

Université Lumière Lyon II
Faculté de Droit et Science politique
École doctorale : Sciences de sociétés et du droit

LA PUISSANCE TERRITORIALE

Contribution à l'étude du droit constitutionnel local

Thèse présentée et soutenue publiquement le 30 juin 2006
pour l'obtention du grade de Docteur en droit public

par M. Guillaume PROTIÈRE

Directeur de thèse : M. Claude JOURNÈS, Professeur de science politique,
Président de l'Université LUMIÈRE Lyon II

Copyright PROTIÈRE Guillaume et Université Lumière - Lyon 2 - 2006. Ce document est protégé en
vertu de la loi du droit d'auteur.

Suffragants : **M. Philippe BLACHÈR**, Professeur de droit public à l'Université d'Avignon et des Pays
du Vaucluse **M. Pierre BRUNET**, *Rapporteur*, Professeur de droit public à l'Université de Paris X –
Nanterre **M. Bertrand FAURE**, *Rapporteur*, Professeur de droit public à l'Université de La Rochelle **M.**
Jean-Christophe LE COUSTUMER, Professeur de droit public à l'Université LUMIÈRE Lyon II **M.**
André ROUX, Professeur de droit public à l'Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence

Table des matières

REMERCIEMENTS .	1
Epigraphe .	3
SIGLES ET ABRÉVIATIONS UTILISÉES . .	5
Périodiques . .	5
« Grands arrêts » et Codes . .	6
Maisons d'édition .	7
Juridictions .	7
Partis politiques . .	7
Autres abréviations .	8
INTRODUCTION GÉNÉRALE . .	9
Section I. De la puissance territoriale, comme élément d'analyse de l'organisation verticale du pouvoir dans l'État unitaire . .	13
Paragraphe 1. Du pouvoir et de l'État : la nodalité de la Constitution .	15
Paragraphe 2. La construction d'un modèle théorique d'analyse du pouvoir dans l'État à partir de la notion de Constitution : une méthode dualiste inspirée de R. CARRÉ DE MALBERG et de M. HAURIOU .	23
Section II. L'étude de l'agencement du pouvoir dans l'État à travers la place réservée au pouvoir local : une approche renouvelée fondée sur un postulat classique .	36
Paragraphe 1. Le pouvoir local : un sujet peu traité par la doctrine publiciste française contemporaine .	37
Paragraphe 2. Le pouvoir local dans l'agencement du pouvoir dans l'État : la Constitution comme prisme d'analyse de la décentralisation et de la démocratie .	39
Section III. L'enjeu de l'étude : l'impact de la constitutionnalisation des collectivités territoriales sur le couple décentralisation administrative/décentralisation politique . .	48
PARTIE I. LES FONDEMENTS DU POUVOIR LOCAL, D'UN POUVOIR PRÉSUMÉ NATUREL À UNE PUISSANCE ORIGINALE .	51
TITRE I. Le pouvoir local dans la loi : un pouvoir non-originaire présumé naturel .	53
Chapitre I. La population et les élections locales, éléments de la présomption de naturalité du pouvoir local .	55
Chapitre II. La présomption de naturalité ne signifie pas <i>de jure</i> la territorialisation de l'origine du pouvoir local . .	112

Conclusion du Titre I. . .	147
TITRE II. L'inscription constitutionnelle du pouvoir local : l'intégration des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir originaire dans l'État .	148
Chapitre I. L'intégration des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir dans l'État : l' <i>originarité immédiate</i> du pouvoir territorial .	149
Chapitre II. Les canaux constitutionnels d'expression territoriale du pouvoir : l' <i>originarité réflexive</i> du pouvoir des collectivités territoriales .	214
Conclusion de la Partie I. . .	263
PARTIE II. LA MISE EN ŒUVRE DU POUVOIR LOCAL, D'UNE LIBERTÉ TOLÉRÉE À UNE RÉSERVE DE PUISSANCE, MODALITÉ SECONDE DE L'ACTION PUBLIQUE . .	265
TITRE I. La mise en œuvre du pouvoir local dans la loi : une liberté de gestion tolérée, faiblement protégée .	267
Chapitre I. La vocation générale des collectivités territoriales, composante libérale du pouvoir local .	268
Chapitre II. La clause générale de compétence des collectivités territoriales, élément d'autonomie limité et peu protégé .	310
Conclusion du Titre I. . .	349
TITRE II. La mise en œuvre du pouvoir local dans la Constitution : une réserve de puissance, modalité seconde de l'action publique .	350
Chapitre I. La puissance territoriale, véritable capacité d'être : la libre administration des collectivités territoriales est une <i>liberté politique</i> originaire . .	352
Chapitre II. La puissance territoriale, capacité de faire fragile et insuffisamment protégée : la décentralisation constitutionnelle française n'est pas une <i>décentralisation politique</i> . .	404
Conclusion du Titre II. . .	477
Conclusion de la Partie II. . .	478
Conclusion générale .	479
BIBLIOGRAPHIE . .	485
Manuels et ouvrages de droit constitutionnel, de droit administratif et d'institutions administratives .	485
Manuels de droit de la décentralisation et de droit des collectivités territoriales . .	487
Manuels d'histoire des institutions .	488
Autres Manuels et ouvrages juridiques généraux . .	489
Théorie du droit et de l'État . .	489
Science et philosophie politiques .	491

Ouvrages généraux relatifs à la décentralisation et aux collectivités territoriales . .	492
Histoire de la décentralisation et des collectivités territoriales .	494
Démocratie locale .	494
Les moyens de la puissance territoriale (Pouvoir réglementaire, Finances publiques, Compétences...) . .	495
Droit comparé de la décentralisation et des collectivités territoriales .	496
Ouvrages de science politique relatifs aux collectivités territoriales et à la décentralisation . .	497
Thèses et mémoires .	497
Articles juridiques généraux .	502
Articles relatifs à la décentralisation et aux collectivités territoriales . .	508
Articles généraux de science politique .	530
Conclusions et notes de jurisprudence . .	531

REMERCIEMENTS

Mes pensées vont dans un premier temps à ma famille et à tous ceux qui, tout au long de la réalisation de ce travail, m'ont manifesté leur soutien et leurs encouragements. Qu'ils trouvent dans ces quelques lignes l'expression de mes sincères gratitude et reconnaissance.

Je tiens à remercier Monsieur le Président Claude JOURNÈS, pour avoir accepté de diriger mon travail et pour les conseils et critiques bienveillantes qu'il m'a prodigués tout au long de sa réalisation.

Je remercie particulièrement Monsieur le Professeur Philippe BLACHÈR, pour sa disponibilité et ses précieux conseils.

Je tiens ensuite à remercier Madame Clara NICOLAY pour son indéfectible soutien. Ses encouragements, ses critiques et sa présence, constants et sans cesse renouvelés au fil des années, ont été de précieux atouts.

Je remercie également Monsieur Christophe ARROUDJ pour sa disponibilité, son aide et son soutien malgré les kilomètres ; Mademoiselle Jessica CONNELLY sans laquelle le résumé ne serait pas *as good as it is* ; Mademoiselle Myriam PROTIÈRE et Monsieur Samuel NICOLAY pour la reprographie des différentes versions de ce travail et Mademoiselle Sophie PROTIÈRE pour sa relecture rigoureuse et ses qualités d'écoute.

Enfin, *last but not least*, j'adresse mes plus chaleureux remerciements à Mademoiselle Nawel MAIZA, pour sa présence et sa compréhension. Ce travail lui doit beaucoup plus que ce qu'elle imagine ; qu'elle y trouve le renouvellement de mon affection.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur

Epigraphe

« L'essentiel de la liberté est un pouvoir ». CALAFERTE (L.), Traversée. Carnets XII, Paris, Gallimard, « L'Arpenteur », 2006, p. 248.

« Tout "système" est caduc. Ce qui est viable chez un penseur, c'est ce qui déroge à la ligne générale de sa pensée, ses oublis, ses contradictions avec lui-même, la tentation athée chez le croyant, les vellétés mystiques du rationaliste. Car on n'est jamais plus soi-même que dans les moments où on échappe à celui qu'on est censé être ». CIORAN, Cahiers 1957-1972, Paris, Gallimard, « NRF », 1997, p. 911.

SIGLES ET ABRÉVIATIONS UTILISÉES

Périodiques

ACL	Annuaire des collectivités locales
AJJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA	Actualité Juridique – Droit Administratif
BJCL	Bulletin juridique des collectivités locales
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
D.	Recueil Dalloz
DA	Droit administratif
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
Gaz. Communes	Gazettes des communes, des départements et des régions
JCP	Jurisclasseur périodique (La semaine juridique)
JORF	Journal officiel de la République française
Leb.	Recueil des décisions du Conseil d'État
LPA	Les petites affiches
Mon. TP	Moniteur des Travaux publics
RA	Revue administrative
RDP	Revue du droit public et de la science politique
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFFP	Revue française de finances publiques
RFSP	Revue française de science politique
RGCT	Revue générale des collectivités territoriales
RISA	Revue internationale de science administrative
RJC	Recueil de jurisprudence constitutionnelle
RLCT	Revue Lamy des collectivités territoriales
RPP	Revue politique et parlementaire
R.R.J.	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
S.	Recueil Sirey
T.	Tables du Recueil des décisions du Conseil d'État

« Grands arrêts » et Codes

GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GADD	Grands arrêts du droit de la décentralisation
GDCC	Grandes décisions du Conseil constitutionnel
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CJA	Code de justice administrative

Maisons d'édition

ANRT	Atelier national de reprographie des thèses
C.U.R.A.P.P.	Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
P.U.A.M.	Presses universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F.	Presses universitaires de France
P.U.G.	Presses universitaires de Grenoble
P.U.L.	Presses universitaires de Lyon
P.U.R.	Presses universitaires de Rennes
QSJ	Que sais-je ?

Juridictions

Ass.	Assemblée
CAA	Cour administrative d'appel
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
Plén.	Plénière
ord. réf.	Ordonnance de référé
Sect.	Section
TA	Tribunal administratif

Partis politiques

MRP	Mouvement républicain populaire
PCF	Parti communiste français
PS	Parti socialiste
RDS	Groupe Résistance démocratique et socialiste
SFIO	Section française de l'Internationale ouvrière
UMP	Union pour un mouvement populaire

Autres abréviations

Act.	Actualité
art.	article
c/	contre
CFPC	Centre de formation des personnels communaux
chron.	chronique
CNFPT	Centre national de la fonction publique territoriale
coll.	collection
comm.	commentaire
concl.	conclusion
dactylo	dactylographié
déc.	décision
éd.	édition
fasc.	fascicule
<i>ibid.</i>	même référence
<i>infra</i>	plus bas dans le texte
Jurisp.	Jurisprudence
L.O.	Loi organique
observ.	observation
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	page
pp.	pages
part.	particulièrement
préc.	précité (pour une décision ou un texte)
Reprod.	Reproduction
req.	requête
somm.	sommaire
ss	suivantes
<i>supra</i>	plus haut dans le texte
t.	tome
Trad.	Traduction
v.	voir
vol.	volume

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« En bref, la puissance politique n'est pas un absolu, mais une relation humaine ». ARON (R.), *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 1962, p. 58. « Tout en faisant une théorie de l'État, c'est-à-dire de l'organisation rationnelle des sociétés, nous n'oublions pas l'organisme naturel qui se trouve caché sous l'État ». HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, Paris, Larose et Forcel, 1893, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1892), p. 4.

« La constitution municipale prend sa source dans l'association naturelle et indispensable qui existe entre des êtres de même nature... Cette association existe avant la grande société de l'État qui n'est établie que pour la fortifier et la maintenir. [...] Tout pouvoir dérivant du peuple, le gouvernement municipal doit être institué par l'assemblée générale des citoyens de chaque municipalité »¹. Reflétant assez fidèlement l'état d'esprit d'une large frange des Révolutionnaires², puis d'une partie de la mouvance libérale du XIX^e siècle³, cette déclaration de BANCAL DES ISSARTS⁴ met bien en évidence la *présomption de naturalité* que l'on prête alors au pouvoir municipal. Celui-ci « n'est pas une création de la loi, il existe par la seule force des choses ; *il est parce qu'il ne peut pas*

¹ BANCAL DES ISSARTS, *Déclaration* lue devant les représentants de la ville de Paris, le 11 novembre 1789, cité in BURDEAU (F.), *Liberté Libertés Locales Chéries*, Paris, Éd. Cujas, 1983 (Préface de M. DEBRÉ), p. 40.

² Dans le même sens, v. le *Plan de Constitution municipale pour la ville de Paris*, élaboré par BRISSOT au début de la Révolution française, dans lequel il considère que la commune est un corps souverain, qui n'a pas à recevoir son statut de l'Assemblée nationale, puisqu'elle possède un droit propre à établir les règles qui doivent la régir. Cité in *ibid.*, p. 40.

ne pas être »⁵. Les communes précédant chronologiquement l'État, leur existence semble s'imposer à lui⁶. Si cette impression paraît prédominer pour les contemporains des XVIII^e et XIX^e siècles, comme le révèlent à la fois les débats de l'Assemblée constituante de 1789 et les écrits des penseurs libéraux tout au long du XIX^e siècle, parfaitement incarnés par Benjamin CONSTANT⁷ et Alexis de TOCQUEVILLE⁸, la question de la traduction juridique de l'antériorité communale reste dans le flou alors qu'elle apparaît essentielle si l'on entend tirer les conséquences de la présomption de naturalité dont bénéficient les communes face à l'État. Il apparaît en effet logique, si l'on croit les auteurs du début du XIX^e siècle, que l'État voit sa marge de manœuvre restreinte face au phénomène communal, faute pour celui-ci de véritablement jouir d'une existence et de compétences propres.

À ce titre, Benjamin CONSTANT aborde la problématique de la subordination des institutions locales à l'État, dans ses *Principes de politique* (1815). Quand il traite de ce qu'il qualifie lui-même de « pouvoir local » et/ou de « pouvoir municipal », cet auteur remarque ainsi que « l'on a considéré jusqu'à présent le pouvoir local comme une branche dépendante du pouvoir exécutif : au contraire il ne doit jamais l'entraver, mais il ne doit point en dépendre »⁹. S'appuyant sur le caractère présumé naturel du pouvoir

³ « La commune comme la famille est avant l'État ; la loi politique la trouve et ne la crée pas. Partout où il y a un certain nombre d'habitations voisines, il y a des intérêts communs de sûreté, de commodité, de salubrité, surtout de propriété. Ce sont ces intérêts entièrement distincts des intérêts généraux qui forment la commune », ROYER COLLARD, Discours à la Chambre, le 13 avril 1818, cité in *ibid.*, p. 88. Nous soulignons. Dans le même sens, HENRION DE PANSEY écrit que « le régime municipal n'a été ni organisé par des publicistes, ni imposé, comme presque toutes les institutions du Moyen-Âge, par l'ignorance armée ; mais [...] cet arbre antique est une production du sol qu'il couvre de ses rameaux », HENRION DE PANSEY, (J.-B.), *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, Paris, Th. BARROIS Père, 1824, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1820), p. 4.

⁴ BANCAL DES ISSARTS (Jean-Henri, 1750-1826). Originaire d'Auvergne, il devient notaire à Paris, où il embrasse la cause de la Révolution française. Élu à la Convention par le département du Puy-de-Dôme, il siège au centre, et s'oppose au Comité de Salut Public. Écarté du pouvoir, il intègre toutefois le Conseil des Cinq-cents en 1796 et y est élu secrétaire. Il prend sa retraite le 1^{er} prairial An V.

⁵ HENRION DE PANSEY, (J.-B.), *Du pouvoir municipal...*, *op. cit.*, p. 37. Nous soulignons. L'auteur poursuit ainsi : « il est, parce qu'il est impossible que les habitants d'une même enceinte, qui consentent à faire des sacrifices d'une partie de leurs moyens et de leurs facultés pour se créer des droits et des intérêts communs, soient assez imprévoyants pour ne pas donner des gardiens à ce dépôt, pour ne pas charger quelques uns d'entre eux de veiller à sa conservation, et d'en diriger l'emploi ».

⁶ « Si le pouvoir municipal est de l'essence de toutes les corporations d'habitants, les lois ne pouvant rien contre la nature des choses, il faut dire qu'elles ne peuvent ni supprimer les corps municipaux, ni priver les communes du droit de les élire », *ibid.*

⁷ CONSTANT (B.), *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France* (1815), in CONSTANT (B.), *De la liberté chez les modernes. Écrits politiques*, Paris, Hachette, « Pluriel », 1980 (Présenté par Marcel GAUCHET), pp. 263-427.

⁸ V. TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, « NRF », 1961 (1^{ère} éd. 1835), t. I, pp. 58-67 (part. p. 58 et pp. 63-64).

local, il conteste, dès lors, sa subordination au pouvoir exécutif¹⁰. Si la position de Benjamin CONSTANT paraît cohérente, et illustrative du courant libéral du XIX^e¹¹, il n'envisage toutefois guère les transcriptions juridique et institutionnelle de son analyse. Alexis de TOCQUEVILLE, quant à lui, propose une vision englobante des libertés locales, qu'il lie au régime représentatif. Cet auteur « ne cessera [ainsi] jamais de répéter que la grande erreur de la Révolution française, et de l'école de pensée qui prétend lui rester fidèle, est d'avoir cru qu'il serait possible d'établir un régime représentatif libéral, tout en maintenant et en renforçant la centralisation »¹². Selon lui, la décentralisation est en effet à la fois un moyen de garantir la liberté (l'élection des organes locaux permet d'éduquer la population¹³) et un complément au régime représentatif, en ce qu'elle organise une multiplicité de contre-pouvoirs. TOCQUEVILLE, à l'instar des autres libéraux¹⁴, se limite toutefois à des considérations sociologiques et philosophiques et n'envisage jamais les conséquences (notamment juridiques) concrètes de sa doctrine sur l'étendue du pouvoir de l'État à l'égard des collectivités territoriales¹⁵. La limitation du pouvoir de l'État est ainsi la grande absente de toute la réflexion relative au pouvoir municipal ; l'optique

⁹ CONSTANT (B.), *Principes de politique...*, *op. cit.*, p. 362.

¹⁰ « La direction des affaires de tous appartient à tous, c'est-à-dire aux représentants et aux délégués de tous. Ce qui n'intéresse qu'une fraction doit être décidé par cette fraction : ce qui n'a de rapport qu'avec l'individu ne doit être soumis qu'à l'individu. L'on ne saurait trop répéter que la volonté générale n'est pas plus respectable que la volonté particulière, dès qu'elle sort de sa sphère », *ibid.*, p. 361.

¹¹ On peut de ce point de vue rapprocher la conception du pouvoir local développée par Benjamin CONSTANT de celle d'HENRION DE PANSEY, quand il établit un lien entre le régime général des libertés et la préservation des libertés locales (HENRION DE PANSEY (J.-B.), *Du pouvoir municipal...*, *op. cit.*, p. 40).

¹² BACOT (G.), « L'apport de TOCQUEVILLE aux idées décentralisatrices », in GUELLEC (L.) (Textes réunis par), *Tocqueville et l'esprit de la démocratie*, Paris, Les Presses de Science Po, « Fait politique », 2005, p. 208.

¹³ « C'est pourtant dans la commune que réside la force des peuples libres. Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science. Elles la mettent à la portée du peuple, elles lui en font goûter l'usage paisible et l'habituent à s'en servir. Sans institutions communales, une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n'a pas l'esprit de liberté » ; TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie en Amérique*, *op. cit.*, t. I, p. 59. Benjamin CONSTANT prête une vertu assez proche aux communes, comme fondement du régime politique. Selon lui, « le patriotisme qui naît des localités est, aujourd'hui surtout, le seul véritable. [...] Il faut donc attacher les hommes aux lieux qui leur présentent des souvenirs et des habitudes, et pour atteindre ce but, il faut leur accorder, dans leurs domiciles, au sein de leurs communes, dans leurs arrondissements, autant d'importance politique qu'on peut le faire sans blesser le lien général », CONSTANT (B.), *Principes de politique...*, *op. cit.*, p. 365. Dans le même sens, v. BARROT (O.), *De la centralisation et de ses effets*, Paris, H. DUMINERAY Éditeur, « Études contemporaines », 1861, p. 187 (« Où pourrions-nous donc apprendre la vie publique et nous y préparer, si ce n'est dans les institutions municipales et départementales fortement émancipées, où se débattaient avec vivacité, avec passion même, les affaires communes, et qui peu à peu nous donneraient les mœurs et les pratiques de la liberté ? »). Il y a donc là une constante de l'idéologie libérale au XIX^e siècle.

¹⁴ Sur l'idée que TOCQUEVILLE réalise principalement une synthèse des idées libérales antérieures, v. l'ouvrage de François BURDEAU, *Liberté Libertés locales...*, *op. cit.*, pp. 118-ss. *Contra*, v. BACOT (G.), « L'apport de TOCQUEVILLE aux idées décentralisatrices », *op. cit.*, p. 205.

naturaliste adoptée la cantonne, selon les auteurs, soit à une réflexion de type philosophique, soit à une doctrine assez vague sans grande cohérence politique¹⁶.

Malgré quelques réactions négatives¹⁷, l'autonomie communale jouit pourtant, au cours de cette période, d'une aura positive, reposant sur le consensus qui voit dans les communes des structures naturelles, qui participent à entraver le pouvoir de l'État. Caractéristique essentielle de l'idéologie libérale du XIX^e siècle¹⁸, elle est, plus généralement, embrassée par l'ensemble des opposants aux différents régimes qui se succèdent, qu'il s'agisse de la République¹⁹ aussi bien que de l'Empire²⁰. Cette constante de l'idéologie politique du XIX^e siècle ne quittera toutefois guère la sphère de la virtualité. Les transcriptions juridiques, au travers des différents textes décentralisateurs qui jalonnent ce siècle, ne vont en effet pas très loin dans la reconnaissance de l'autonomie locale. La présomption de naturalité ne conduit ainsi pas à organiser de véritables tempéraments à la puissance de l'État ; au contraire, les communes d'abord, l'ensemble des collectivités territoriales ensuite, apparaissent comme soumises à l'impératif étatique, contre lequel elles ne peuvent rien faire valoir. Si tous ces courants fournissent un terreau propice à la réflexion sur le pouvoir local et sa place dans l'État, ils pèchent tous par manque de juridicité. Il faut en effet attendre le développement de la

¹⁵ Le caractère holiste de la démarche toquevillienne incite d'ailleurs l'observateur à postuler qu'il aurait admis l'absoluité de la puissance d'État sur son territoire ; l'organisation des libertés locales étant appréhendée sous l'angle de l'organisation générale de la démocratie.

¹⁶ C'est d'ailleurs ce qui ressort des analyses de François BURDEAU, in *Liberté, Libertés...*, *op. cit.*, chapitre II, pp. 67-ss.

¹⁷ Citons C. DUPONT-WHITE selon qui « plus on se connaît, plus on se hait... Peu importe qu'une souveraineté locale soit démocratique ou monarchique, son vice ne la quitte pas : ce vice, c'est d'être locale » ; DUPONT-WHITE (C.-B.), *La centralisation*, Paris, Guillaumin, 1860, cité in *ibid.*, p. 165.

¹⁸ Citons ce propos d'Odilon BARROT, pour qui, « il faut reconnaître qu'il y a en France autre chose que des individus et un gouvernement ; il y a autre chose : il y a des associations naturelles qui sont la commune et la commune ne saurait être niée dans un gouvernement de liberté et de civilisation ; il n'y a pas de communes là où il n'y a pas de propriétés communales, où il n'y a pas de droits communaux », Discours à la Chambre, le 7 mai 1831, cité in *ibid.*, p. 100. Dans le même sens, v., du même auteur, *De la centralisation...*, *op. cit.*, 248 p.

¹⁹ À titre d'exemple, il est possible de mentionner la conception maurrassienne de la décentralisation. V. MAURRAS (C.), *L'idée de décentralisation*, Paris, Éd. de la Revue encyclopédique, 1898, 45 p. (Disponible sur le site de la bibliothèque royaliste, <http://biblioroyaliste.free.fr/Maurras/Decentralisation/decentralisation.html>).

²⁰ En juillet 1865, paraît, à Nancy, un petit ouvrage, signé par 19 auteurs venant de tous les horizons politiques, intitulé *Un projet de décentralisation*. Ce « Manifeste de Nancy » est très vite repris et soutenu par les opposants à l'Empire, parmi lesquels les Légitimistes sont les plus enthousiastes. Pendant toute la seconde moitié de l'année 1865, cette question reste au cœur des débats politiques, initiant une dynamique qui se concrétise une première fois dans le Congrès de Lyon (1868) et avant d'aboutir dans la convocation, par Napoléon III, d'une commission de la décentralisation en 1870. Sur ce point, BURDEAU (F.), *Liberté Libertés...*, *op. cit.*, pp. 169-174. Sur la commission, v. également BASDEVANT-GAUDEMET (B.), *La commission de décentralisation de 1870. Contribution à l'étude de la décentralisation en France au XIX^e siècle*, Paris, P.U.F., 1973, 162 p.

théorie constitutionnelle à la fin du XIX^e et, plus encore, au début du XX^e siècle pour que les implications de ces doctrines en termes de partage du pouvoir soient véritablement envisagées dans leur double dimension locale et étatique. Le recours à la science du droit permet ainsi de mieux cerner ce qui est en jeu ; et loin d'établir un simple programme politique, on peut alors envisager concrètement, à l'aide des outils développés à cette fin, non seulement la réalité de cette présomption de naturalité, mais également ses implications pratiques (**Section I.**).

Si la doctrine du début du XX^e siècle a envisagé, à travers ses recherches sur le concept d'État, les aspects touchant à l'organisation verticale du pouvoir et le rapport entre le pouvoir d'État et le pouvoir local, notamment dans son acception organique, cette perspective est largement absente des travaux de la doctrine contemporaine. Elle leur préfère une approche plus strictement normative, dans laquelle la notion de pouvoir disparaît au profit de celle de compétence²¹. Si cette méthode présente des atouts certains, elle rencontre également des limites sérieuses, en coupant le droit de son fondement sociopolitique. Aussi paraît-il ainsi intéressant de proposer un retour à la dimension organique pour appréhender les rapports entre les collectivités locales et nationale, afin d'envisager une qualification du pouvoir en jeu aux différents échelons territoriaux (**Section II.**).

Ceci paraît d'autant plus important que les fondements des différents pouvoirs ont très largement évolué depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. La constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales questionne alors la distinction classique entre décentralisation administrative et décentralisation politique. Quand l'organisation constitutionnelle de l'expression verticale du pouvoir était l'apanage de l'État fédéral, cette distinction pouvait être suffisante ; mais, dès l'instant où l'ensemble des États recourt à ce dispositif, il faut en questionner la pertinence, voire proposer de la dépasser (**Section III.**).

Section I. De la puissance territoriale, comme élément d'analyse de l'organisation verticale du pouvoir dans l'État unitaire

Aux termes de l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, la République française est un État unitaire, dont l'indivisibilité forme la caractéristique fondamentale²². On a déduit de ce point que la France ne pouvait connaître qu'un seul pouvoir de type politique, défini dans la Constitution et caractérisé par le monopole de la compétence législative.

²¹ Ce qui semble alors revenir à privilégier une définition matérielle du pouvoir à une compréhension organique.

²² À titre de rappel, l'article 1^{er} de la Constitution dispose que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ».

Toute tentative décentralisatrice n'aboutirait ainsi qu'à une décentralisation *administrative*, caractérisée par la valeur législative, tant de ses fondements que de ses règles de mise en œuvre. Cette définition paraît largement corroborée par l'analyse de l'histoire de la décentralisation française. À l'exception de la Constitution du 3 septembre 1791, l'ensemble des règles relatives à l'administration territoriale antérieures à 1946 est en effet déterminé unilatéralement par le législateur. Si celui-ci paraît, notamment dans les décrets de 1789²³ et dans la loi de 1884²⁴, répondre à des impératifs extra juridiques (l'existence d'une donnée naturelle qu'il lui faudrait prendre en compte), la traduction juridique demeure quant à elle exclusivement législative. Conformément au modèle de l'État unitaire, tel qu'esquissé par la doctrine française du début du XX^e siècle, le pouvoir de l'État ne rencontre donc aucun tempérament dans son expression ; les collectivités territoriales ne sont que des structures dominées, ne jouissant d'aucune garantie véritable quant à leur statut et à leur(s) fonction(s)²⁵. Dans ce cas de figure, le pouvoir vient d'en haut, ou plus précisément, du centre : source unique, il irradie alors l'ensemble administrativo-politique. De ce point de vue, l'État unitaire, administrativement décentralisé, s'oppose nettement à l'État fédéral. À l'opposé, celui-ci ne jouit pas d'une autorité absolue sur son territoire, puisqu'il doit respecter les prérogatives des États fédérés, déterminées dans la Constitution²⁶. La constitutionnalisation des règles relatives à l'agencement vertical du pouvoir apparaît ainsi comme la différence fondamentale entre la décentralisation administrative et le fédéralisme. Dans la première situation, les fondements de l'organisation territoriale ne lient pas le législateur de l'État unitaire alors que les organes de l'État fédéral voient leur pouvoir conditionné par les dispositions constitutionnelles. Sa consécration constitutionnelle donne alors une dimension nouvelle à l'organisation verticale du pouvoir.

Si cette distinction se retrouve très nettement au début du XX^e siècle, force est toutefois de constater que les États unitaires ont, dans l'ère moderne du constitutionnalisme, procédé à l'inscription constitutionnelle des dispositions relatives à l'organisation du pouvoir local. S'ils semblent alors se rapprocher de la forme juridique de l'État composé, ces États unitaires ne basculent pas *ipso facto* dans le fédéralisme, d'autant qu'ils prennent soin de réaffirmer leur unité²⁷. Cette identique organisation

²³ Décret du 14 décembre 1789 concernant la constitution des municipalités, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. X, p. 564 ; DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois*, t. 1, pp. 63-71. Décret du 22 décembre 1789 relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives, in DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois*, t. 1, pp. 73-89.

²⁴ Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale, dite « Grande charte des communes de France », *JORF*, 6 avril 1884, p. 1557 ; *D.*, 1884, IV, pp. 25-69 ; DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois*, t. 84, pp. 99-147.

²⁵ « Le pouvoir de domination étatique sur la province et la commune est juridiquement illimité, en ce que l'État peut, sans violation de leurs droits, leur retirer tout ou partie des facultés qui leur appartiennent », CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, 2004 (1^{ère} éd. 1920), Préface d'E. MAULIN, t. I, p. 177.

²⁶ « L'État non souverain a des droits de puissance publique opposables à l'État souverain dont il dépend, de sorte que celui-ci n'a sur lui que des pouvoirs juridiquement limités », *ibid.*

constitutionnelle de l'agencement vertical du pouvoir interpelle l'analyste, en ce qu'elle semble rapprocher des États que l'on a longtemps postulés de deux natures incompatibles. Il convient donc de déterminer si elle engendre des changements et, ce faisant, d'étudier son impact sur l'expression verticale du pouvoir. Proposer une réponse à cette problématique implique, tout d'abord, de préciser la notion de pouvoir et ses rapports avec celle d'État, afin de fixer le vocabulaire. Pour ce faire, un double renvoi aux analyses juridiques et sociologiques semble s'imposer, en ce qu'il permet de confronter le monde juridique, essentiellement idéal, à son incarnation sociale ; la compréhension du droit apparaît alors de façon plus juste (**Paragraphe 1.**).

Dans un second temps, il faudra bâtir un modèle conceptuel destiné à l'analyse de l'organisation verticale du pouvoir, à partir des notions de Constitution et de pouvoir. De ce point de vue, la *Contribution à la théorie générale de l'État* de CARRÉ DE MALBERG fournit un premier matériau, à travers la distinction entre souveraineté et puissance d'État. À partir de ce diptyque, un élargissement de la réflexion sera proposé, en s'inspirant principalement des travaux d'HAURIOU, dont la connexité avec ceux de CARRÉ DE MALBERG permet d'élaborer un corpus d'analyse homogène et cohérent. Celui-ci sera ensuite prolongé afin de mettre notre modèle théorique en phase avec l'évolution du droit depuis le début du XX^e siècle (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. Du pouvoir et de l'État : la nodalité de la Constitution

Ce travail portant sur les modalités d'expression du pouvoir dans l'État, il faut tout d'abord en proposer une définition. Cette étape préliminaire devrait permettre de distinguer les différentes acceptions du terme, et notamment de déterminer les rapports qui se nouent entre les notions de pouvoir et de puissance (**A.**).

Une fois cette définition théorique et d'ordre général précisée, la notion de pouvoir sera rapprochée de celle d'État. La Constitution devrait alors ressortir de cette première confrontation, comme l'élément central établissant le lien entre le pouvoir et l'État. Elle s'affirmera ainsi comme l'un des principaux prismes de notre analyse (**B.**).

A. Pouvoir et puissance : de quelques précisions d'ordre terminologique

Dans son *Cours de droit public*, René CAPITANT dégage deux acceptions du terme pouvoir, compris de manière générale²⁷. Selon cet auteur, il peut, dans un premier sens, être synonyme de *puissance* « désignant un pouvoir de domination, de contrainte d'un individu ou d'un groupe sur un autre individu ou sur un autre groupe »²⁹. Pouvoir et

²⁷ À titre d'exemple, l'article 2 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978, s'il organise un régime avancé d'autonomie locale, réaffirme solennellement que l'Espagne « est fondée sur l'unité indissoluble de la nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols. Elle reconnaît et garantit le droit à l'autonomie des nationalités et des régions qui la composent et la solidarité entre elles ».

²⁸ Nous ne mentionnerons pas ici la définition du pouvoir en tant que structure de l'action collective, développée par MM. CROZIER et FRIEDBERG. Sur ce point, v. leur ouvrage *L'acteur et le système*, Paris, Seuil, « Points essais », 1981 (1^{ère} éd. 1977), 504 p. V. plus particulièrement l'introduction, notamment pp. 25-ss.

puissance ont ainsi « la même origine, le verbe latin *posse* (être capable de, en avoir la force), le premier est l'infinifit du verbe et, selon la formule de Littré, "il marque simplement l'action", tandis que la puissance (le participe) désigne "quelque chose de durable, de permanent". On a la puissance de faire quelque chose et l'on exerce le pouvoir de la faire. [...] Cette distinction serait donc à peu près celle du potentiel (appelée aussi *puissance*) et de l'acte »³⁰. Julien FREUND, partant de prémisses étymologiques identiques³¹ à celles d'ARON, propose une conception de la puissance fondée sur l'idée de possibilité. « Il semble que la puissance appartienne à l'ordre de la virtualité plutôt qu'à celui de l'actualité. Être puissant, c'est avoir le pouvoir de, être capable de faire une chose »³². Il apporte ensuite une précision importante : « même si dans de nombreux cas la puissance s'appuie sur des ressources matérielles, elle reste néanmoins indépendante d'elles. [...] Il n'y a pas de rapport logique entre le développement d'une puissance et l'accumulation de moyens matériels »³³. « En raison de cette particularité que la puissance partage avec tous les possibles, qui peuvent s'actualiser et jamais se matérialiser pleinement, [elle] est [en effet] à un degré étonnant indépendante des facteurs matériels, nombre ou ressource »³⁴. Cette précision est extrêmement intéressante ; en anticipant quelque peu les développements, l'éventuelle faiblesse de ses moyens matériels d'action n'empêcherait pas le pouvoir local de prétendre au statut de puissance, en ce sens qu'il serait démontré qu'il jouit d'une capacité d'intervention consacrée et protégée.

Rapportée au champ politique, la puissance désigne « toute chance de faire triompher au sein d'une relation sociale, fût-ce contre les résistances, sa propre volonté, peu importe sur quoi repose cette chance »³⁵. Elle « consiste [ainsi] en une volonté s'exerçant sur d'autres volontés et capable de faire éventuellement céder leur

²⁹ CAPITANT (R.), *Cours de principes du droit public*, Paris, Les cours de droit, D.E.S. de droit public 1953-1954, p. 9.

³⁰ ARON (R.), « *Macht, Power, Puissance. Prose démocratique ou poésie démoniaque ?* », in *Études politiques*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des sciences humaines », 1972, p. 174. L'auteur souligne.

³¹ Outre la racine latine, Julien FREUND note que la « notion grecque de possible [...] dérive directement de celle de puissance et que le terme allemand de *Macht* est de la famille de *môgen* et *môglich* », que l'on peut traduire respectivement par le verbe « pouvoir » et l'adjectif « possible », FREUND (J.), *L'Essence du politique*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2004 (Postface de P.-A. TAGUIEFF), 1^{ère} éd. 1965, p. 135. H. ARENDT renvoie aux mêmes mots allemands (ARENDR (H.), *Condition de l'homme moderne*, Paris, Pocket, « Agora », 1983 (1^{ère} Trad. franç. 1961), Préface de P. RICOEUR, p. 260).

³² FREUND (J.), *L'Essence du politique*, *op. cit.*, p. 135.

³³ *Ibid.*, p. 136.

³⁴ ARENDT (H.), *Condition de l'homme moderne*, *op. cit.*, p. 260. H. ARENDT précise tout de même une condition d'actualisation : « la puissance n'est actualisée que lorsque la parole et l'acte ne divorcent pas, lorsque les mots ne sont pas vides, ni les actes brutaux, lorsque les mots ne servent pas à voiler les intentions, mais à révéler des réalités, lorsque les actes ne servent pas à violer et détruire, mais à établir des relations et à créer des réalités nouvelles », *ibid.* Davantage d'ordre éthique et politique que juridique, elle n'entrera toutefois pas directement en jeu dans notre étude.

³⁵ WEBER (M.), *Économie et société. 1/ Les catégories de la sociologie*, Paris, Pocket, « Agora », 1995 (1^{ère} éd. 1922), p. 95.

résistance »³⁶ ; la puissance est donc la faculté de commander d'un homme (ou d'un groupe) sur d'autres hommes (ou groupes). « La puissance désigne [ainsi] un rapport entre des hommes, mais comme, simultanément, [cette notion] désigne un potentiel non un acte, on peut définir la puissance comme le potentiel que possède un homme ou un groupe d'établir des rapports conformes à ses désirs avec d'autres hommes ou d'autres groupes »³⁷. La puissance relève donc d'une potentialité³⁸, que le pouvoir vient matérialiser par des actions politiques concrètes (des « actes », pour reprendre la sémantique aronienne). Elle correspond donc à l'idée d'une *réserve* d'action, que le pouvoir concrétisera. Cette distinction s'avèrera essentielle pour comprendre l'agencement du pouvoir dans l'État et ses variations.

Dans un second sens, la notion de pouvoir prend une coloration subjective et correspond à la capacité pour un individu ou un groupe de faire telle ou telle chose. René CAPITANT distingue alors, et afin de précisions, le *pouvoir – liberté* du *pouvoir – créance*. Le *pouvoir – liberté*, droit réel et personnel protégé, implique ainsi que nul ne peut se voir imposer une manière particulière de jouir de sa liberté³⁹ tandis que, de son côté, le *pouvoir – créance* « est le pouvoir d'exiger d'autrui l'accomplissement de certains actes. C'est un pouvoir [...] qui se rattache à l'idée de puissance, de domination »⁴⁰. Le pouvoir est donc à la fois garantie contre les empiètements de l'autre et faculté d'imposer sa volonté⁴¹ ; l'équilibre entre les deux acceptions permet alors à la fois de qualifier le pouvoir en jeu et de le distinguer de la notion de puissance. Maurice HAURIUO développe, quelques années auparavant, une conception similaire du pouvoir qu'il envisage « tantôt comme une contrainte mécaniste, tantôt comme une liberté »⁴². Ce faisant, il met bien en évidence la double perception possible du pouvoir selon qu'il est favorable ou défavorable. « La représentation d'un potentiel social en pouvoir est [ainsi] toujours double, car le pouvoir est toujours conçu à la fois par l'homme qui le subit et

³⁶ FREUND (J.), *L'Essence du politique*, op. cit., p. 140.

³⁷ ARON (R.), « *Macht, Power, Puissance...* », op. cit., p. 176.

³⁸ « La puissance est toujours, dirions-nous, une puissance possible, et non une entité inchangeable, mesurable et sûre, comme l'énergie ou la force », ARENDT (H.), *Condition de l'Homme moderne*, op. cit., p. 260.

³⁹ On peut alors se remémorer la définition toquevillienne de la liberté : « d'après la notion moderne, la notion démocratique, et, j'ose le dire, la notion juste de liberté, chaque homme étant présumé avoir reçu de la nature les lumières nécessaires pour se conduire, apporte en naissant un droit égal et imprescriptible à vivre indépendant de ses semblables, en tout ce qui n'a rapport qu'à lui-même, et à régler comme il l'entend sa propre destinée », TOCQUEVILLE (A. de), *État social et politique de la France avant et depuis 1789*, Œuvres complètes, Paris, Gallimard, t. II, 1, p. 62, cité in ARON (R.), *Essai sur les libertés*, Paris, Hachette littératures, 1998 (1^{ère} éd. Calmann – Lévy, 1965), pp. 25-26.

⁴⁰ CAPITANT (R.), *Cours de principes du droit public*, op. cit., p. 24.

⁴¹ M. HAURIUO écrit ainsi que « le pouvoir est une *libre énergie de la volonté*, c'est-à-dire qu'il est à la fois une liberté et une énergie de la volonté », *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1923), p. 14. L'auteur souligne.

⁴² HAURIUO (M.), *Leçons sur le mouvement social*, Paris, Larose, 1899, p. 50.

l'homme qui l'exerce. [...] Cela signifie [...] que pour le Doyen de Toulouse, le pouvoir n'est pas seulement conçu comme une relation de commandement et de contrainte. En analysant le pouvoir dans sa fonction, HAURIUO met bien à jour l'existence de ce qu'Hannah ARENDT appellera le "pouvoir possibilité" »⁴³. Développant alors une définition dialectique du pouvoir, la position adoptée par Maurice HAURIUO permet d'articuler les deux pans du pouvoir (entendu subjectivement) à travers la notion, clé, de liberté. Le pouvoir ne se réduit plus dès lors à la capacité de contrainte, il est aussi, et peut-être surtout, faculté d'agir selon ses propres considérations, sans être contraint par d'autres personnes.

Ces premiers éléments de définition, d'ordre théorique, s'ils révèlent la dualité structurale de la notion de pouvoir, ne permettent pas de la rattacher concrètement à la réalité étatique. Il faut donc envisager le rapprochement entre cette définition abstraite du pouvoir et le pouvoir de l'État. Cela passe alors par l'évocation de deux notions bien connues du constitutionnaliste : la souveraineté et la puissance d'État. Outre la mise en évidence du phénomène de pouvoir dans le cadre de la structure étatique, celles-ci placent la Constitution au cœur de son appréhension, déterminant un prisme commun pour la définition et l'analyse de celui-là.

B. La Constitution de l'État, acte de pouvoir

Selon le juriste allemand E.-W. BÖCKENFÖRDE, « la Constitution [...] est aujourd'hui largement comprise comme l'ordre fondamental juridique de l'État, voire, plus largement, comme l'ordre fondamental juridique de la collectivité, auquel revient le rang particulier par rapport aux lois et aux autres sources de droit et qui rayonne dans tous les domaines de l'ordre juridique »⁴⁴. Norme suprême, fondamentale, « elle se caractérise par la prétention à régir globalement et unitairement, par une loi supérieure à toutes les autres normes, le pouvoir politique dans sa formation et ses modes d'exercice »⁴⁵. Résultat d'un processus historico-politique, « son titre de validité et sa qualité juridique spécifique découlent, sinon du simple fait de sa création, du moins d'une instance préexistante, qui se présente comme une puissance ou une autorité particulière »⁴⁶. « Toute Constitution repose [...] ainsi sur la décision politique concrète du peuple capable d'agir politiquement. Toute Constitution démocratique présuppose ce peuple capable d'action »⁴⁷. Aussi, envisagée en tant que norme juridique établissant un pouvoir politique⁴⁸, la Loi

⁴³ FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice HAURIUO*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. 245, 2005 (Préface de J.-A. MAZÈRES ; Avant-propos de J. MOREAU), p. 65.

⁴⁴ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », in *Le droit, l'État et la communauté démocratique*, Paris, L.G.D.J., « La pensée juridique », 2000 (Trad. et présentation par O. JOUANJAN), p. 206.

⁴⁵ GRIMM (D.), « Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus », p. 37, cité in BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, Paris, P.U.F., « Léviathan », 1994, p. 204.

⁴⁶ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 206.

⁴⁷ SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, Paris, P.U.F., « Léviathan », 1993 (Préface d'O. BEAUD), p. 377.

fondamentale peut-elle alors être définie comme un « acte constituant »⁴⁹, tandis que son auteur serait le « pouvoir constituant » et que « les deux forment le couple conceptuel de la souveraineté constituante »⁵⁰, « signifi[ant] que, dans les États contemporains, le souverain est celui qui fait la Constitution »⁵¹. La notion de souveraineté constituante trouve ses origines théoriques dans la pensée d'Emmanuel SIEYÈS⁵², pour qui « la souveraineté populaire consiste essentiellement dans le pouvoir constituant du peuple »⁵³. Selon cet auteur, même si le peuple, à travers la Constitution, délègue l'exercice de sa puissance à des pouvoirs constitués⁵⁴, il conserve, quoi qu'il advienne, sa capacité constituante⁵⁵. Procédant à l'analyse de la théorie de SIEYÈS, CARRÉ DE MALBERG en déduit deux éléments qui mettent en lumière l'apport de la construction de l'auteur révolutionnaire. Dans un premier temps, « si la souveraineté est, au point de vue de son

⁴⁸ « La Constitution est l'acte par lequel le souverain, directement ou par l'intermédiaire de ses représentants, constitue la société en établissant les règles fondamentales de l'État », COHENDET (M.-A.), *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, « Focus droit », 2002, 2^e éd. (1^{ère} éd. 2000), p. 52.

⁴⁹ Pour l'historique de l'évolution de la notion, v. BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, pp. 204-207.

⁵⁰ Pour les expressions entre guillemets et la citation, *ibid.*, p. 207.

⁵¹ *Ibid.*, p. 208.

⁵² SIEYÈS (Emmanuel – Joseph, 1748-1826). Ecclésiastique, il est nommé membre de l'Assemblée provinciale d'Orléans en 1787. Il écrit l'*Essai sur les privilèges* (1788), puis *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* (1789), ce qui le place en tête des publicistes de la Révolution française. Désigné vingtième député du Tiers-État à Paris, il est le rédacteur du Serment du jeu de paume. Après l'apostrophe célèbre de MIRABEAU, il dira, flegmatique « nous sommes aujourd'hui ce que nous étions hier..., délibérons ». Membre du Comité de la Constitution, il jette les bases de la déclaration des droits dans un écrit intitulé *Reconnaissance et exposition des Droits de l'homme et du citoyen*. Il prend la plus grande part à la division de la France en départements. Élu président de la Constituante le 8 juin 1790, il joue cependant un rôle beaucoup moins actif à la fin de la législature de cette Assemblée. Administrateur et membre du directoire du département de Paris, il est élu à la Convention, au sein de laquelle il participe au comité d'instruction publique. S'il siège avec assiduité, il demeure silencieux pendant les débats. Membre du Comité de Salut Public, puis élu président de la Convention le 21 avril 1795, il refuse cette fonction. Il siège ensuite au sein du Conseil des Cinq-cents. Il prend enfin le parti de BONAPARTE après le coup d'État du 18 Brumaire An VIII. Il est finalement écarté par son jeune rival ; ce qui marque la fin de sa carrière politique.

⁵³ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, *op. cit.*, t. II, p. 487. SIEYÈS écrit ainsi : « mais qu'on nous dise d'après quelles vues, d'après quel intérêt on aurait pu donner une constitution à la nation elle-même. La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même », in *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* (1789), Paris, P.U.F., « Quadrige », 1989, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1982), Préface de J. TULARD, p. 67. L'auteur souligne.

⁵⁴ « Le gouvernement n'exerce un pouvoir réel qu'autant qu'il est constitutionnel ; il n'est légal qu'autant qu'il est fidèle aux lois qui lui ont été imposées. La volonté nationale, au contraire, n'a besoin que de sa réalité pour être toujours légale, elle est l'origine de toute légalité », SIEYÈS (E.), *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁵ « Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation », *ibid.*, p. 67.

exercice, divisée et répartie séparément entre les diverses autorités constituées, son unité indivisible se trouve maintenue originairement dans le peuple, source constituante unique et commune de tous les pouvoirs publics »⁵⁶. La Constitution apparaît ainsi comme l'incarnation de la volonté originaire du souverain, dont elle assure l'unité malgré la pluralité des pouvoirs constitués. Dans un second temps, le peuple, seul détenteur du pouvoir constitutionnel, ne peut pas être lié par la Constitution⁵⁷; ce qui confirme le caractère souverain et originaire du titulaire du pouvoir constituant. La Constitution chez SIEYÈS apparaît ainsi autant comme le résultat que le moyen d'expression d'une volonté, qui se concrétise juridiquement; il s'agit donc bien d'un « acte constituant ».

Maurice HAURIOU, de son côté, propose une théorisation quelque peu différente du pouvoir constituant; il l'appréhende en effet à travers la notion d'« opération constituante »⁵⁸, qu'il déduit de la définition qu'il adopte de la Constitution. « Une Constitution nationale est [selon cet auteur] le statut de l'État corporatif et de ses membres, établi au nom de la nation souveraine par un pouvoir constituant et par une opération législative de fondation, selon une procédure spéciale »⁵⁹. Il tire, ensuite, trois conséquences de cette définition, dont la principale est que « le pouvoir constituant est un pouvoir législatif fondateur agissant au nom de la nation souveraine »⁶⁰. Il illustre alors le lien entre pouvoir constituant et souveraineté nationale en recourant à deux idées principales. Premièrement, « l'État ne réalise complètement sa forme corporative que par l'avènement de la souveraineté nationale que signifie la réaction du groupe sur ses organes de gouvernement »⁶¹. Deuxièmement, « la souveraineté nationale ne pourrait se manifester en une meilleure occasion que celle de la refonte constitutionnelle de l'État »⁶². De ce fait, le pouvoir constituant, expression particulière de la Nation, est le pouvoir fondateur de l'État, à travers le statut dont il le dote.

⁵⁶ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, *op. cit.*, t. II, p. 488.

⁵⁷ « Non seulement la nation n'est pas soumise à une constitution, mais elle ne *peut* pas l'être, mais elle ne *doit* pas l'être, ce qui équivaut à dire qu'elle ne l'est pas », SIEYÈS (E.), *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, *op. cit.*, p. 68. L'auteur souligne. La définition rousseauiste de la souveraineté est, d'ailleurs, développée quasiment dans les mêmes termes : « il faut remarquer encore que la délibération publique, qui peut obliger tous les sujets envers le souverain, [...], ne peut [...] obliger le souverain envers lui-même, et que, par conséquent, il est contre la nature du corps politique que le souverain s'impose une loi qu'il ne puisse enfreindre » (ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Paris, GF – Flammarion, 1992 (1^{ère} éd. 1762), Livre I, Chap. VII, p. 41). L'essence de la souveraineté est donc identique quelque soit le titulaire qu'on lui attribue.

⁵⁸ HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 246.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Les deux autres enseignements que tire le Doyen de Toulouse sont que « l'opération constituante est une opération de fondation en une forme législative spéciale » et que « la Constitution nationale est un statut de l'État considéré comme une corporation ». *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, p. 248.

⁶² *Ibid.*

« La notion de pouvoir constituant constitue [ainsi] une notion de légitimation, qui – au-delà de la seule explication de son élaboration – fonde la validité normative de la Constitution, et ensuite une notion constructive et dogmatique ayant pour but de stabiliser cette validité »⁶³. On ne peut donc se satisfaire des justifications normativistes⁶⁴ ou jusnaturalistes. Les premières en assimilant le pouvoir constituant à la norme se contentent de poser la question de la légitimation sans y apporter de réponse tandis que les secondes repoussent le pouvoir constituant dans un champ spéculatif, le coupant de la sphère politique dont il ne peut cependant que relever⁶⁵. Aussi, la Constitution « tient[-elle sa consolidation normative et sa validité] d'une idée d'ordre (*Ordnungsidee*) dont le peuple, ou encore les forces et groupes sociaux prépondérants sont les supports, conçue et développée puis enfin consolidée au plan normatif par un *acte de volonté politique*. La force qui engendre et légitime la Constitution doit donc, à tout le moins en partie, se présenter comme une *force politique* »⁶⁶.

On retrouve une idée assez proche chez C. SCHMITT, selon qui « *le pouvoir constituant est la volonté politique dont le pouvoir ou l'autorité sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique propre, autrement dit déterminer l'existence de l'unité politique dans son ensemble* »⁶⁷. De cela, C. SCHMITT déduit quatre caractères de la notion de Constitution. Celle-ci « repose [tout d'abord] sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité. Elle repose [ainsi] sur une décision politique émanant d'un *être* politique sur le genre et la forme de son propre être »⁶⁸. L'auteur de la Constitution est donc une collectivité politique, existant en dehors (en amont) du droit, dont la Constitution participe à son organisation politique et juridique⁶⁹. Pouvoir omniscient, qui n'est jamais limité par la Constitution qu'il vient d'élaborer⁷⁰, « le pouvoir constituant est un et indivisible. Ce n'est pas un pouvoir supplémentaire qui coexiste avec d'autres "pouvoirs" distincts (législatif, exécutif et judiciaire). Il fonde en les englobant tous les autres "pouvoirs" et "séparation des

⁶³ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 206.

⁶⁴ Pour exemple d'une tentative récente de rénovation de cette position doctrinale, v. SUR (E.), « Le pouvoir constituant n'existe pas ! Réflexions sur les voies de la souveraineté du peuple », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges LAVROFF*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 569-591.

⁶⁵ « Le pouvoir constituant se réduirait à n'être qu'un point d'imputation idéal-normatif de la Constitution et la jonction entre le factuel et la légitimation normative, dont il s'agit dans ce concept, serait, dès le départ, laissée de côté. Le pouvoir constituant serait repoussé hors de la sphère du politique à laquelle il appartient cependant par nécessité », BÖCKENFÖRDE (E.-W.), « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 207.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 207-208. Nous soulignons.

⁶⁷ SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, pp. 211-212. L'auteur souligne.

⁶⁸ *Ibid.* L'auteur souligne.

⁶⁹ BLACHÈRE (P.), *Droit constitutionnel*, Paris, Hachette Supérieur, « HU Droit », 2005, pp. 9-12.

pouvoirs" »⁷¹. Le pouvoir constituant est donc un pouvoir originaire, supérieur aux autres pouvoirs (qui ne sont *que* des pouvoirs constitués), dont il détermine les prérogatives et oriente le fonctionnement. Aussi, la Constitution est-elle certes un texte dont la valeur juridique est certaine, mais dont la portée politique est également essentielle. Si elle fonde le pouvoir des organes qu'elle crée⁷², elle est en effet également un texte exprimant la volonté du pouvoir politique suprême ; elle doit donc être porteuse de sens, reflétant en cela, les desseins du Constituant. « Du point de vue de son contenu, une *loi* constitutionnelle est [ainsi] la concrétisation normative de son contenu. *Elle n'existe qu'à la condition préalable et sur le fondement de la décision politique globale contenue dans cette volonté* »⁷³. L'acte constituant apparaît ici comme un acte de volition du souverain, à travers lequel il fonde et organise son incarnation juridique, l'État.

Si la Constitution fonde l'organisation de l'État⁷⁴, les rapports entre ces deux notions ne sont pas pour autant dénués de toutes ambiguïtés, dont la principale réside certainement dans le fait de déterminer si ces deux notions s'épuisent l'une dans l'autre. Olivier BEAUD avance ainsi que la notion de Constitution n'embrasse pas complètement celle d'État, celle-ci étant plus large et antérieure à celle-là⁷⁵. « Cette disjonction entre État et Constitution conduit donc à disjoindre également les deux souverainetés qui coexistent dans l'État constitutionnel : celle qui se rapporte à la maîtrise de la Constitution – la souveraineté constituante – et celle qui a trait au contenu des pouvoirs de l'État – la

⁷⁰ « Édicter une Constitution ne peut en aucun cas épuiser, absorber ou consommer le pouvoir constituant. Le pouvoir constituant n'est pas abrogé ou évacué parce qu'il s'est exercé une fois. La décision politique que représente la constitution ne peut pas agir en retour sur son sujet et supprimer son existence politique. Cette volonté continue à exister à côté de la constitution et au-dessus d'elle », SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 212.

⁷¹ *Ibid.*, p. 213.

⁷² « En droit positif, tout pouvoir s'exerçant dans l'État prend [ainsi] sa source dans une dévolution faite par la Constitution », CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, op. cit., t. II, p. 484.

⁷³ SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 212. Nous soulignons.

⁷⁴ « Condition absolue et [...] base même de l'État. En ce sens que l'État ne peut exister que grâce à un état de choses organiques réalisant l'union de tous ses membres sous la puissance de sa volonté supérieure. Si donc le contenu de la Constitution demeure à cet égard indifférent, l'existence d'un régime statutaire prend une importance capitale qui se communique dès lors à la notion de Constitution elle-même », CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, t. I, pp. 65-66. Si l'on retient la sémantique d'O. BEAUD, il faudrait préciser que la Constitution fonde, non pas l'État *stricto sensu*, mais l'État de droit constitutionnel, BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, op. cit., p. 208.

⁷⁵ A. ESMEIN estimait, dans le même sens, que « la Constitution n'a pas pour but de créer l'État, qui lui est préexistant et qui résulte du fait naturel de la formation nationale ; elle a pour objet de déterminer simplement la forme de l'État et du gouvernement », ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, L.G.D.J. – Éd. Panthéon Assas, « Droit public », 2001 (reprod. de la 6^e éd., 1914), Avant-propos de D. CHAGNOLLAUD, p. 403. Le lecteur intéressé pourra également se reporter utilement à l'étude d'Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, « Naissance et développement de la notion d'État de droit », in *Le droit, l'État...*, op. cit., pp. 127-147, part. pp. 133-138.

souveraineté comme puissance publique »⁷⁶. Cette distinction, qui revient ainsi à « poser une distinction de fond entre le pouvoir et la limitation du pouvoir »⁷⁷, paraît renvoyer, dans une certaine mesure, à la différenciation opérée par la doctrine allemande du XIX^e siècle et reprise par CARRÉ DE MALBERG entre souveraineté et puissance d'État. Deux éléments primordiaux peuvent alors en être déduits. Admettre cette distinction revient, tout d'abord, à admettre que l'État (*stricto sensu*) précède la Constitution⁷⁸, et donc l'État constitutionnel, par essence fondé par la Constitution⁷⁹. C'est pourquoi nous raisonnerons désormais dans le cadre, plus circonscrit, de ce dernier. La Constitution préexistera, dès lors, bien à l'État, nous autorisant à en faire non seulement le fondement du pouvoir dans l'État, mais également un acte de volition du souverain (selon la définition de C. SCHMITT). Ainsi, outre les implications quant à l'antécédence de l'État sur la Constitution, la différenciation entre les deux souverainetés constituante et de l'État illustre clairement que, dans un même mouvement, la Constitution exprime la volonté du pouvoir souverain et limite, ce faisant, le pouvoir de l'État dans l'ordre constitutionnel. La « souveraineté » de la puissance d'État est dès lors relativisée et mérite d'être précisée.

Œuvre d'un pouvoir inconditionné, la Constitution détermine ainsi l'étendue du pouvoir de l'État, dont elle encadre la définition des prérogatives. La notion de pouvoir, rapportée à celle d'État à travers la norme constitutionnelle, apparaît ainsi d'une façon duale : le pouvoir d'établissement de la Constitution renvoie au pouvoir souverain tandis que ce pouvoir s'exprimant dans le cadre constitutionnel se réfère, quant à lui, à la puissance d'État. L'analyse plus particulière de ces deux notions permettra de préciser le cadre théorique de cette étude.

Paragraphe 2. La construction d'un modèle théorique d'analyse du pouvoir dans l'État à partir de la notion de Constitution : une méthode dualiste inspirée de R. CARRÉ DE MALBERG et de M. HAURIOU

Envisager la place du pouvoir local dans l'État amène à considérer les différentes modalités d'expression du pouvoir organisées dans la Constitution. Celles-ci varient en fonction du type d'État et du niveau normatif considéré. De la lecture croisée de ces deux dimensions ressurgit la distinction, fondée par la doctrine allemande de la fin du XIX^e siècle, entre souveraineté et puissance d'État. Si ce diptyque a pu paraître satisfaisant au XIX^e et au début du XX^e siècle pour expliquer l'agencement vertical du pouvoir, il semble

⁷⁶ BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 208.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Cela revient alors à « admettre que l'État de droit [...] est distinct de l'État tout court ou même davantage qu'il le présuppose », *ibid.*

⁷⁹ « De même que l'individu n'a des droits que grâce et par l'État, de même l'État de droit constitutionnel doit être un État avant de pouvoir être un État constitutionnel. [...] Plus précisément, la souveraineté de chaque État est la base, la condition même d'existence de sa Constitution. Inversement : la Constitution comme norme suprême suppose l'État », *ibid.*

qu'il faille aujourd'hui le prolonger afin de prendre en compte les évolutions récentes et faire place aux collectivités territoriales. Aussi, ce couple sera-t-il complété par une troisième notion, la puissance territoriale **(A.)**.

Si le triptyque alors mis en évidence est bien d'inspiration malbergienne, les travaux du maître de Strasbourg ne fournissent cependant pas l'intégralité du référentiel doctrinal et méthodologique de l'étude. Ce travail puise en effet à d'autres sources, dont la principale reste l'œuvre de Maurice HAURIOU. Refusant une approche strictement normative, cette analyse cherche à articuler le droit avec ses racines sociales et politiques, afin de proposer une analyse dynamique du système institutionnel, dans le cadre de laquelle la dimension « pouvoir » trouvera pleinement à s'exprimer **(B.)**.

A. La construction d'un modèle théorique d'analyse du pouvoir dans l'État : le triptyque souveraineté/puissance d'État/puissance territoriale

Le diptyque souveraineté/puissance d'État a été précisé par R. CARRÉ DE MALBERG, dans le cadre de ses développements relatifs à la recherche du critère distinctif de l'État. Le maître de Strasbourg, après avoir proposé une définition duale de la souveraineté⁸⁰, en retient finalement une conception négative : celle-ci n'est qu'une garantie d'indépendance, la certitude que l'État ne se verra pas imposer de sujétions qu'il n'accepterait préalablement⁸¹. Il en déduit alors qu'elle ne peut pas en être la caractéristique essentielle⁸². Si elle était l'élément clé de définition de l'État, il deviendrait en effet impossible d'expliquer la formation des États fédéraux⁸³, puisque si tel était le cas, la souveraineté des États fédérés ne s'exprimerait pas pleinement. On devrait alors

⁸⁰ « La souveraineté de l'État est habituellement présentée comme double : on la divise en souveraineté externe et interne. La première se manifeste dans les rapports internationaux des États. Elle implique pour l'État souverain l'exclusion de toute subordination, de toute dépendance vis-à-vis des États étrangers. [...] Dans l'expression souveraineté externe, le mot souveraineté est donc au fond synonyme d'indépendance : il n'a ainsi qu'une portée toute négative. Au contraire, dans l'expression souveraineté interne, il semble prendre une signification positive. La souveraineté interne implique en effet que l'État possède, soit dans ses rapports avec les individus qui sont ses membres ou qui se trouvent sur son territoire, soit dans ses rapports avec tous autres groupements publics ou privés formés au-dedans de lui, une autorité suprême, en ce sens que sa volonté prédomine sur toutes les autres. [...] L'une et l'autre se ramènent à cette notion unique d'un pouvoir qui n'en connaît aucun autre au dessus de lui », CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, t. I, *op. cit.*, pp. 70-71.

⁸¹ « La souveraineté, c'est le caractère suprême d'un pouvoir : suprême, en ce que ce pouvoir n'en admet aucun autre ni au-dessus de lui, ni en concurrence avec lui », *ibid.* « Le mot souveraineté n'exprime donc jamais qu'une idée négative : la souveraineté, c'est la négation de toute entrave ou subordination », *ibid.*, p. 72. On peut, par ailleurs, rapprocher cette définition de celle que donne G. JELLINEK : « ce concept exprime la négation de toute subordination de l'État à l'égard d'un autre pouvoir, la négation de la limitation de l'État par un autre pouvoir », JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, Paris, Éditions Panthéon – Assas, « Les Introuvables », 2005 (1^{ère} éd. 1913), p. 126.

⁸² JELLINEK parvient, au terme d'une étude historique, et non pas essentiellement théorique comme celle du maître de Strasbourg, à une conclusion identique : la souveraineté n'est pas la marque essentielle de l'État. *ibid.*, pp. 142-147.

⁸³ Pour une démonstration contemporaine de l'incompatibilité entre souveraineté et fédération, v. BEAUD (O.), « Fédéralisme et souveraineté : Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, 1998, pp. 83-122.

en déduire soit qu'ils ne constituent pas des États, soit envisager une redéfinition de la souveraineté. Dès lors que celle-ci ne peut plus être le critère de l'État, Raymond CARRÉ DE MALBERG, s'inspirant de la notion allemande d'*Herrschaft*, propose de la compléter avec la notion de *puissance d'État*.

R. CARRÉ DE MALBERG définit la puissance d'État comme le « pouvoir de commander d'une façon absolue et avec une puissance de coercition irrésistible. [...] La marque distinctive et la condition de l'État, c'est [ainsi] l'existence d'une puissance originaire de domination »⁸⁴. L'originarité de la puissance d'État réside, selon le maître de Strasbourg, dans la capacité qu'a celui-ci de se doter de son propre statut, sous la forme d'une Constitution⁸⁵. Elle se résume donc à l'autonomie constitutionnelle, incarnée dans la puissance d'État. La définition dégagée par CARRÉ DE MALBERG⁸⁶ est finalement assez proche de l'acception première de la *Herrschaft*. Il est en effet possible de traduire ce terme par celui de « domination » « en raison de l'identité des racines (*Herr*) maître, *Dominus* »⁸⁷. « Le concept de domination (ou de *Herrschaft*) tend [alors] à délimiter, à l'intérieur du vaste champ des relations de puissance, [...], un domaine plus étroit dans lequel celui dont la volonté s'impose recourt au commandement et s'attend à l'obéissance. Le dominant n'est pas n'importe quel puissant. Il faut que la relation de puissance se stabilise pour que le sujet de cette relation ordonne à ceux qui en sont l'objet. [...] On va [ainsi] de la puissance – concept formalisé et abstrait – au Pouvoir (dans le sens que ce mot revêt quand on oppose les gouvernés au Pouvoir) par les diverses étapes de la stabilisation, de l'institutionnalisation, de la légitimation, de la concentration, de la domination »⁸⁸. On retrouve donc à l'œuvre le processus de différenciation du pouvoir mis en lumière par la doctrine publiciste dès le début du XX^e siècle ; celui-ci se concrétise alors également dans la Constitution, confirmant la nodalité de cette notion et la proximité de la puissance d'État définie par CARRÉ DE MALBERG et de la *Herrschaft* issue de la doctrine allemande.

Certains auteurs ont toutefois fait valoir que la distinction souveraineté/puissance d'État n'était pas pleinement satisfaisante, notamment dans le cadre de l'État unitaire, car

⁸⁴ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, t. I, *op. cit.*, p. 158.

⁸⁵ On peut alors rapprocher la position de CARRÉ DE MALBERG de celle de JELLINEK, selon qui « le pouvoir étatique est un pouvoir de commander qui n'est pas dérivé d'une autre autorité ; c'est le pouvoir de commander à raison de son propre pouvoir et, par suite, d'après son propre droit », JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit. Deuxième...*, *op. cit.*, pp. 147-148.

⁸⁶ Cette définition est plus large que l'acception normativiste développée par KELSEN qu'elle englobe. Selon KELSEN, « la puissance de l'État n'est [en effet] pas une force ou une instance mystique, qui serait dissimulée derrière l'État ou derrière son droit ; elle n'est rien d'autre que l'efficacité de l'ordre juridique étatique », KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, L.G.D.J. – Bruylant, « La pensée juridique », 1999 (Trad. C. EISENMANN), 1^{ère} éd. 1962, p. 285.

⁸⁷ C'est d'ailleurs la traduction que retient Julien FREUND. V. WEBER (M.), *Le savant et le politique*, Paris, 10/18, 1959 (Introduction R. ARON), 185 p.

⁸⁸ ARON (R.), « *Macht, Power, Puissance...* », *op. cit.*, p. 177. Le propre de la puissance politique est alors d'être une « puissance intégrale », *ibid.*, p. 178.

ces deux notions se confondraient⁸⁹. On peut s'accorder avec eux sur le fait qu'il n'y a pas, dans le cadre de l'État unitaire et contrairement, sur ce point, aux États fédéraux, de différence ontologique entre souveraineté et puissance d'État. D'ailleurs, CARRÉ DE MALBERG lui-même, quelques pages après avoir différencié souveraineté et puissance d'État, donne une définition, tripartite cette fois, de la souveraineté, qui paraît confondre les deux notions. Il considère alors que « dans son sens originaire, [ce terme] désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État, et *il est par suite synonyme de cette dernière*. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire suprême de la puissance de l'organe »⁹⁰. Si, dans une perspective matérielle, la souveraineté et la puissance d'État se rejoignent, cela ne signifie pas qu'elles soient strictement identiques. On voit bien, au contraire, que la souveraineté est plus large que la puissance d'État, notamment si l'on adopte la perspective organique (selon la troisième acception développée par CARRÉ DE MALBERG). Aussi, cette distinction, construite selon une acception formelle du pouvoir, conserve-t-elle une valeur heuristique certaine, en ce qu'elle traduit la différence entre le pouvoir souverain agissant au niveau constitutionnel sans tempérament et la puissance d'État, qui ne peut s'exprimer que dans le cadre prévu par la Constitution⁹¹.

Cette distinction permet par ailleurs de bien distinguer les champs juridique et politique. Elle correspond en ce sens à l'opposition entre souveraineté de statut et souveraineté de gouvernement, développée par HAURIOU afin de les différencier. « La souveraineté du statut [...] est [en effet] d'ordre juridique, c'est la souveraineté du droit établi, tandis que la souveraineté du gouvernement est d'ordre politique »⁹². Ce faisant, cette distinction tire les conséquences du développement de la doctrine constitutionnaliste, admettant que la Constitution, « c'est le statut de l'État, mais c'est en même temps et, avant tout, le *statut de la corporation de la nation* qui doit servir de barrière aux fantaisies du gouvernement, grâce à la toute-puissance du droit établi »⁹³.

La nation ainsi comprise trouve alors dans le monopole de la souveraineté de statut un moyen de se maintenir au-dessus du gouvernement ; la délégation de la souveraineté ne vise qu'à permettre au gouvernement de mener des actions dans le cadre du régime

⁸⁹ « Cette "puissance étatique" dont parlait la doctrine allemande s'avère, après examen, identique à la souveraineté, dont elle possède les mêmes caractéristiques (puissance de commandement unique, exclusive et irrésistible) », BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁰ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, *op. cit.*, t. I, p. 79. Nous soulignons.

⁹¹ En ce sens, et pour une application à la V^e République, v. BURDEAU (G.), « La conception du pouvoir selon la Constitution française du 4 octobre 1958 », *RFSP*, 1959, pp. 87-100.

⁹² HAURIOU (M.), *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat es sciences politiques*, Paris, Sirey, 1916, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1911), p. 625.

⁹³ *Ibid.* Nous soulignons. La souveraineté de statut doit ainsi « constituer une limite des pouvoirs gouvernementaux, parce que des règles juridiques peuvent limiter des pouvoirs politiques », *ibid.*

constitutionnel. Celui-ci consiste alors en « la séparation de la souveraineté politique, laquelle crée le droit, et de la souveraineté juridique, laquelle, avec l'aide du juge, assujettit au droit créé, c'est-à-dire au droit positif, le pouvoir politique en même temps que les sujets »⁹⁴. Le pouvoir du gouvernement n'est donc pas souverain *stricto sensu* puisque la puissance d'État, c'est le pouvoir souverain exprimé à travers la norme constitutionnelle⁹⁵. Le pouvoir *de* l'État peut alors être présenté de façon plus précise : au niveau constitutionnel, il prend la forme du pouvoir souverain alors que dans l'ordre constitutionnel, il correspond à la puissance d'État.

Ce diptyque rend ainsi tangible la relativité du pouvoir d'État constitutionnalisé ; la Constitution apparaît en effet dans une double dimension positive (elle participe à l'organisation de l'expression du pouvoir dans l'État) et négative (elle limite la puissance d'État)⁹⁶. Rien n'indique alors que la puissance d'État épuise la totalité du pouvoir *dans* l'État, la Constitution pouvant prévoir d'autres voies d'expression que les organes constitués étatiques (selon le schéma classique de la séparation horizontale des pouvoirs). Dans les États fédéraux, le pouvoir dans l'État est ainsi la somme de la puissance des différentes entités territoriales, organisées par la Constitution. Celle-ci prévoit donc d'autres modalités d'expression du pouvoir dans l'État que la seule puissance de l'État fédéral. L'organisation verticale des États, dont l'expression du pouvoir s'avère plurale, est alors classiquement qualifiée de décentralisation *politique*, en ce qu'elle implique un nécessaire partage du pouvoir (ou de la compétence) législative entre les deux niveaux étatiques.

Dans cette veine, il est en effet généralement admis l'identité entre nature politique d'un pouvoir et exercice de la compétence législative⁹⁷, tous les autres pouvoirs étant alors renvoyés à la catégorie « pouvoir administratif ». L'amplitude de cette dernière catégorie suffit à elle seule, nous semble-t-il, à justifier une remise en cause de cette conception : on peut en effet s'interroger sur ce qu'il y a de commun entre le pouvoir du Premier ministre, celui d'une collectivité territoriale et/ou d'une autorité administrative indépendante ? Le terme administratif renvoie uniquement, à cette occasion, à un plus commun dénominateur : ces pouvoirs *ne sont pas* législatifs. Subsumer des autorités aussi différentes sous un critère aussi large est d'autant moins acceptable que l'identité postulée entre loi et pouvoir politique semble remise en cause par l'évolution contemporaine de l'organisation du pouvoir dans l'État. Que la loi ait pu, pendant une période, épuiser l'intégralité du pouvoir politique dans l'État, cela semble incontestable.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 39.

⁹⁵ Ceci explique les différences entre eux : le pouvoir souverain est absolu, en ce qu'il n'est tempéré par rien d'autre que ce qu'il accepte, alors que la puissance d'État ne s'exprime que selon les modalités prévues par la Constitution, elle ne peut donc qu'être relative.

⁹⁶ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, *op. cit.*, t. I, pp. 232-235.

⁹⁷ En cela, la doctrine se rattache une conception classique de « la souveraineté comme monopolisation du droit positif » exprimée à travers la loi. Sur ce point, v. la conclusion de la première partie de la thèse d'Olivier BEAUD, in *La puissance de l'État*, *op. cit.*, pp. 197-198.

L'ère du légicentrisme⁹⁸, qui se traduit en termes d'organisation verticale du pouvoir dans la décentralisation administrative, en témoigne. L'émergence, puis l'affirmation de l'ère constitutionnaliste a toutefois remis en cause cette identité, substituant la Constitution à la loi. Le texte constitutionnel peut alors prévoir différents canaux (horizontaux, mais également verticaux) d'expression du pouvoir politique. Les fondements de l'organisation territoriale dans les États ont alors changé de valeur normative, passant de la loi à la Constitution sans que l'on en tire véritablement les conséquences quant à la distinction des différents types de décentralisation. L'approche classique présente ainsi de sérieuses limites, qui incitent à privilégier un nouvel angle d'analyse. Aussi, si l'on accepte le terme « politique » pour qualifier l'organisation de ces États, il semble parallèlement possible de justifier son usage, non plus par la seule traduction de l'organisation verticale du pouvoir en termes de compétence normative mais par la qualité (constitutionnelle) de ses fondements.

Envisager une qualification de l'organisation verticale du pouvoir reposant sur ses fondements permet en effet de dépasser les apories relevées, en articulant la réflexion à partir des notions clairement définissables de Constitution, de puissance et de pouvoir originaire et/ou secondaire. Si le pouvoir originaire est à l'origine du droit et donc de la Constitution⁹⁹, dans l'ordre constitutionnel, cette qualité peut être reconnue à tout pouvoir qui tire directement sa source de la Constitution¹⁰⁰; il est une modalité constitutionnalisée d'expression du pouvoir souverain dans l'État. De son côté, le pouvoir secondaire est une simple capacité de mise en œuvre, dont les fondements ne sont pas constitutionnels, et soumis, de ce fait, à l'absoluité du pouvoir originaire. Seul celui-ci peut, alors, être qualifié de politique, tandis que le pouvoir secondaire ne le peut pas¹⁰¹. La puissance d'État incarne l'exemple typique du pouvoir originaire : le souverain transmet, à travers la norme constitutionnelle, sa puissance aux organes exprimant son pouvoir dans l'État. Cette qualité est de plus confirmée et renforcée par le renouvellement régulier de ces organes par le corps électoral, émanation première du souverain¹⁰², confirmant, à ces occasions, la délégation de sa puissance à ces organes¹⁰³. Le pouvoir secondaire

⁹⁸ Pour illustration, v. CARRÉ DE MALBERG (R.), *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1984 (1^{ère} éd. 1931), 228 p.

⁹⁹ « Le pouvoir originaire est le seul pouvoir dont on puisse dire qu'il ne tient pas sa juridicité de l'ordre juridique mais que, tout à l'opposé, ce que l'on appelle l'ordre juridique lui doit sa juridicité », HÉRAUD (G.), « La conception du pouvoir constituant dans l'œuvre de CARRÉ DE MALBERG », in *Relations des Journées d'études en l'honneur de CARRÉ DE MALBERG. Annales de la Faculté de Droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg*, Paris, Dalloz, 1966, p. 83. L'auteur souligne.

¹⁰⁰ Il faut alors différencier le pouvoir originaire, antérieur au droit et qui est à la source du droit, du pouvoir originaire *constitutionnalisé*, expression du pouvoir souverain dans l'ordre constitutionnel. Nous utiliserons l'expression pouvoir originaire sans différencier les deux sens ; l'assimilation se justifie par la volonté de mettre en avant l'identité de nature de ces pouvoirs, à travers leur rattachement à la norme constitutionnelle. Cette distinction ressort toutefois à travers le couple souveraineté/puissance d'État.

¹⁰¹ Cela n'infère rien d'autre quant à sa nature véritable, car les fondements n'impliquent rien quant aux modalités de mise en œuvre. La grille d'analyse gagne en revanche en précision, si l'on réalise une étude combinée des fondements et des modalités de mise en œuvre ; ces dernières constituent alors des degrés au sein des catégories établies.

quant à lui a longtemps été incarné dans les collectivités territoriales, dont le pouvoir était défini par le législateur. Elles ne jouissaient alors d'aucune protection contre l'État, qui pouvait les aménager selon son « *bon plaisir* ». L'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales paraît toutefois venir tempérer ce point puisque la puissance d'État est conditionnée par la Constitution. La constitutionnalisation des libertés territoriales relativise ainsi le pouvoir de l'État à l'égard des structures territoriales, en ce sens qu'elle leur reconnaît une réserve d'action. Nous l'appellerons, complétant en cela le diptyque malbergien, *puissance territoriale*. La constitutionnalisation de l'agencement vertical du pouvoir aboutit ainsi à une limitation des prérogatives de la puissance d'État, garantissant l'existence d'une expression territoriale du pouvoir. Le pouvoir *dans* l'État sera dès lors l'addition de la puissance d'État et de la puissance territoriale, toutes deux s'appuyant sur des fondements constitutionnels.

La coexistence de deux modalités d'expression du pouvoir dans l'État place alors la réflexion dans le cadre de l'« État non fédéral », c'est-à-dire d'« un État dont la Constitution n'a pas de clause explicite reconnaissant une forme fédérative ni de clause de répartition explicite des compétences législatives entre l'État (le gouvernement central) et les collectivités locales (les gouvernements locaux) »¹⁰⁴. Le pouvoir dans l'État fédéral repose en effet et *a contrario* sur l'articulation entre les différentes puissances d'État, propres à l'entité fédérale et à ses composantes, puisque « le fédéralisme comporte traditionnellement une superposition d'ordres juridiques, à savoir ceux des États fédérés et celui de l'État fédéral »¹⁰⁵, les deux niveaux de collectivités de la Fédération étant ainsi véritablement des États. L'« État non fédéral » ne comporte en revanche qu'un ordre juridique (fondé par la Constitution de l'État), qui a longtemps paru épuisé par la puissance d'État, seul pouvoir constitutionnalisé. Or, l'inscription constitutionnelle des collectivités infraétatiques conduit à admettre l'existence d'un pouvoir au profit des collectivités territoriales. Aussi, la puissance d'État se trouve-t-elle réduite, cantonnée en faveur d'une puissance territoriale, caractéristique du pouvoir des collectivités territoriales. Cette manière de voir invite à dépasser le traditionnel clivage entre les formes administrative et politique de la décentralisation, en proposant d'en repenser les

¹⁰² Le corps électoral est alors conçu comme l'incarnation constitutionnalisée du souverain, exprimant le pouvoir de suffrage, ou « pouvoir électif », mis en évidence par Maurice HAURIOU, in « La souveraineté nationale », *Recueil de législation de Toulouse*, 1912, pp. 61-ss.

¹⁰³ « ...L'élection des membres du Parlement par le peuple a, avant tout, pour objet et obtient pour résultat de procurer à l'État ses organes de décision et, par conséquent aussi, une organisation de puissance. *En demandant à son peuple de travailler à la nomination des autorités par qui s'exerceront ses fonctions impératives, l'État convie précisément les citoyens à coopérer par leur action collective à l'érection ou l'entretien de sa propre puissance* », CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, Avant-propos, p. XVII. Nous soulignons.

¹⁰⁴ Selon l'expression et la définition d'Hiroshi OTSU, in « "État de droit", contrôle juridictionnel de légalité et pouvoir normatif autonome local au Japon », *RFDC*, 2006, p. 15, en note.

¹⁰⁵ PACTET (P.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Institutions politiques Droit constitutionnel*, Paris, Armand Colin, « U », 2005, 24^e éd. (1^{ère} éd. 1969), p. 46.

fondements, pour lui substituer le diptyque décentralisation *légale* et décentralisation *constitutionnelle*. La distinction entre puissance d'État et puissance territoriale, version actualisée de la doctrine malbergienne¹⁰⁶, constitue dès lors un modèle théorique utile pour étudier l'organisation verticale du pouvoir d'un « État non fédéral ». Dans ce cadre, nous privilégierons l'étude d'un État unitaire plutôt que régional, car ses caractéristiques, plus facilement définissables, fourniront des bases plus solides d'analyse.

Aussi recourrons-nous à cet outil d'analyse pour envisager la situation faite au pouvoir local en France. Le choix de ce pays se justifie par la constitutionnalisation récente des dispositions relatives à l'organisation verticale du pouvoir et par le caractère encore plus récent de leur prise en compte (dans leurs effets). La constitutionnalisation doit alors s'entendre non seulement comme synonyme de l'*inscription constitutionnelle* des dispositions relatives au pouvoir local, mais également comme rendant compte de la prise d'importance (quantitative et qualitative) de la jurisprudence constitutionnelle dans la vie juridique, qu'elle contribue à façonner¹⁰⁷. Cette seconde acception illustre ainsi le déplacement du « centre de gravité de l'ordre juridique »¹⁰⁸ de la loi vers la Constitution, confirmant la nécessité de prolonger l'analyse malbergienne. L'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales remonte ainsi à 1946, tandis que le développement d'un véritable droit constitutionnel local (la *constitutionnalisation* proprement dite au sens de FAVOREU) commence en 1979¹⁰⁹, et plus certainement en 1982¹¹⁰. La césure apparaît ainsi assez nettement pour que l'on puisse distinguer la longue période pendant laquelle

¹⁰⁶ La construction est directement tirée de l'œuvre du maître de Strasbourg, mais la notion de puissance territoriale, ainsi que l'utilisation qui en est faite, si elles sont d'inspiration malbergienne, ne figurent pas telles quelles dans les travaux de cet auteur. Sur la notion de puissance territoriale chez R. CARRÉ DE MALBERG, nous nous permettons de renvoyer à PROTIÈRE (G.), « La puissance territoriale chez Raymond CARRÉ DE MALBERG », VI^e Congrès français de droit constitutionnel, 9-11 juin 2005, Montpellier, 11 p. V. www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes6/PROTIERE.

¹⁰⁷ Le principe de libre administration des collectivités territoriales est une très bonne illustration de ce phénomène, comme le révèle la thèse de C. BACUYANNIS, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Paris, Economica – P.U.A.M., 1993 (Préface de L. FAVOREU), 319 p.

¹⁰⁸ « Au XIX^e siècle et au cours de la plus grande partie du XX^e, l'ordre juridique a eu, comme axe essentiel, la loi et comme régulateur principal, la Constitution, tout s'ordonnant autour de ces deux pôles. Aujourd'hui, l'axe essentiel est la Constitution et le régulateur, le Conseil constitutionnel, et l'ensemble de l'ordre juridique se réorganise autour de ces deux pôles », FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en l'hommage de Roland DRAGO*, Paris, Economica, 1996, p. 41.

¹⁰⁹ CC, déc. n° 79-104 DC, 23 mai 1979 (*Loi modifiant les modes d'élections 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. p. 27 ; *Pouvoirs* 1979(11).186, chron. AVRIL, GICQUEL ; *RDP* 1979.1695, chron. FAVOREU.

¹¹⁰ CC, déc. n° 82-137 DC, 25 février 1982 (*Droits et libertés des communes, des départements et des régions*), Rec. p. 38 ; *JORF*, 3 mars 1982, p. 759 ; *RDP* 1982. 603, note FABRE et 1259, chron. FAVOREU ; *RA* 1982.352, note ÉTIEN ; *AJDA* 1982.303, note BOULOUIS.

le pouvoir local n'a bénéficié que de fondements légaux de celle où il a été doté d'une base constitutionnelle. Cette configuration rend possible une double mise en perspective entre décentralisation administrative/politique et décentralisation légale/constitutionnelle dans le modèle comme dans la réalité, dont il devrait ressortir une compréhension plus fine du réel.

B. Une méthode dualiste s'inscrivant dans le prolongement des travaux de R. CARRÉ DE MALBERG et de M. HAURIOU

La construction malbergienne oppose nettement le pouvoir illimité de l'État unitaire sur son territoire à celui, largement tempéré par sa Constitution, de l'État fédéral, illustrant, ce faisant, l'apport de la constitutionnalisation de l'organisation verticale du pouvoir. Le maître de Strasbourg propose à cette occasion une réflexion théoriquement stimulante sur l'apport de la constitutionnalisation des modalités verticales d'expression du pouvoir, bien mise en lumière par le choix sémantique du terme « puissance ». Cette construction éclaire ainsi la différence entre la définition légale du pouvoir infranational et sa définition constitutionnelle, permettant d'envisager la traduction concrète des postulats théoriques. Le triptyque souveraineté/puissance d'État/puissance territoriale permet ainsi de poursuivre la réflexion de CARRÉ DE MALBERG sur l'organisation verticale du pouvoir, en prenant en compte les novations du droit positif et la généralisation progressive de l'inscription constitutionnelle des dispositions relatives à l'autonomie locale.

Les présupposés méthodologiques et intellectuels retenus confirment donc l'attachement de ce travail à suivre et prolonger les pistes ouvertes dans l'œuvre de R. CARRÉ DE MALBERG. Cette dernière ne constitue toutefois pas le seul terreau théorique, sur lequel se construit cette étude, puisqu'elle s'inscrit dans la veine plus large de la doctrine publiciste non positiviste dont elle entend s'inspirer, et plus particulièrement dans la lignée des travaux de Maurice HAURIOU. Celui-ci développe en effet une véritable théorie de la décentralisation¹¹¹, qui tente d'articuler les données du droit positif avec les données factuelles (notamment de type sociologique). Il intègre de plus ses réflexions dans la thématique plus générale de l'organisation verticale du pouvoir dans l'État, envisagée à l'aune de l'articulation des notions de souveraineté et de décentralisation¹¹². S'appuyant sur les prémices sociologiques de la décentralisation, il postule ainsi l'identité du pouvoir en jeu dans les différentes collectivités territoriales, et donc l'unicité génétique du pouvoir *dans* l'État. Anticipant le processus d'unification du champ politique, cet auteur développe également une théorie institutionnelle¹¹³ mettant en avant la liberté propre à chaque groupement, et ses nécessaires implications juridiques (à travers la distinction droit disciplinaire et droit statutaire). On trouve ainsi chez Maurice HAURIOU les outils pour, non seulement penser le processus d'inscription

¹¹¹ HAURIOU (M.), « Décentralisation », in *Répertoire du droit administratif* Léon BÉQUET, Paris, P. Dupont, 1882, pp. 471-491.

¹¹² Pour une présentation de cette théorie, v. Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, Paragraphe 2.

¹¹³ HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, 1925, n° 4, pp. 1-45.

constitutionnelle des collectivités territoriales, mais également envisager les conséquences de l'admission et de la mise en œuvre d'une liberté territoriale constitutionnellement définie. Les analyses de CARRÉ DE MALBERG et d'HAURIOU présentent enfin une similarité intéressante en ce qu'elles reposent, dans les matières qui nous occupent, sur les notions identiques de Constitution et de pouvoir originaire. Il existe donc un soubassement notionnel commun aux œuvres de ces deux auteurs.

Outre la proximité matérielle de leurs analyses, ces deux éminents auteurs développent de plus une démarche dont la structure apparaît finalement assez similaire ; l'absence de cantonnement au droit positif rend ainsi possible leur rapprochement dans un seul arsenal théorique. La méthode développée par Maurice HAURIOU repose sur la volonté de prendre en compte les faits dans toute entreprise de théorisation¹¹⁴. Pour ce faire, cet auteur adopte une démarche empirique ; il s'agit alors de « dégager le problème de toute idée préconçue sur le système général du droit ; l'étudier dans les faits car aucune théorie ne saurait prévaloir contre les faits, au contraire certaines théories se sont incorporées au fait ; distinguer les faits les uns des autres et les synthèses que l'on organise »¹¹⁵. Ces différentes étapes montrent bien que la pensée d'HAURIOU est mouvante et qu'elle évolue en fonction des transformations du monde et de leur impact sur l'auteur¹¹⁶. Maurice HAURIOU ne trouve donc pas son objet d'étude existant par nature ; celui-ci résulte d'une construction de l'analyste. « Les théories, même reposant sur des faits réels, ne sont [ainsi] que des foyers de lumière que nous projetons sur les choses pour les éclairer à notre commodité »¹¹⁷. La démarche retenue participe donc pleinement de l'appréhension des objets étudiés. Dans ce cadre méthodologique, M. HAURIOU alimente la réflexion juridique d'autres disciplines¹¹⁸, en s'appuyant principalement sur la sociologie, l'histoire et, mais dans une mesure moindre, la science administrative¹¹⁹, développant ainsi une méthode « fondée sur un "spiritualisme réaliste" (idéal-réalisme) dépassant consciemment, dans un point de vue plus large et plus élevé,

¹¹⁴ « Aucune théorie, fût-elle de BODIN ou d'ARISTOTE, ne saurait se prévaloir contre les faits », HAURIOU (M.), « La souveraineté nationale », *op. cit.*, p. 5.

¹¹⁵ FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice HAURIOU*, *op. cit.*, p. 77.

¹¹⁶ Pour éclairer ce point, F. FOURNIÉ mentionne un échange entre François GÉNY et Maurice HAURIOU. Le premier, présentant la méthode du second écrit ainsi que « pareil à un poste de télégraphie sans fil, l'esprit de M. HAURIOU saisit toutes les ondes, qui traversent l'atmosphère intellectuelle et cherche, au milieu de leurs contradictions et de leurs croisements, à serrer de plus en plus près, le sens de la vie ; mais son effort est constamment entravé par de nouveaux afflux, qui remettent sans cesse en question ce qui pouvait sembler acquis » (GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t. 2, 1915, p. 91) Le Doyen de Toulouse précise en retour : « mes travaux ne sont en réalité que des bulletins successifs d'un laboratoire de recherche » (HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 2^e éd., *op. cit.*, p. XXVI). L'ensemble est cité in FOURNIÉ (F.), *ibid.*

¹¹⁷ HAURIOU (M.), « La souveraineté nationale », *op. cit.*, p. 12, en note. HAURIOU écrit également, pour illustrer la prévalence des données factuelles sur la théorie, que « boiteuse comme la justice, la théorie suit de loin les faits », *ibid.*, p. 3.

¹¹⁸ Il reprend par exemple les lois de la dynamique des fluides pour l'adapter à une explication des mouvements du corps social. V. HAURIOU (M.), *Leçons sur le mouvement social*, Paris, Larose, 1899, 176 p.

l'opposition entre le "sociologisme" et le "normativisme", le réalisme empiriste et l'idéalisme conceptaliste »¹²⁰. À travers ce corpus disciplinaire, il tente ainsi d'établir des liens entre les mondes réel et idéal¹²¹ pour satisfaire les exigences qu'il impose à la théorisation doctrinale.

La méthode adoptée par R. CARRÉ DE MALBERG prête quant à elle davantage à la discussion. Si une partie de la doctrine a catalogué cet auteur comme positiviste¹²², il semble que la réalité de sa démarche soit plus nuancée. Si R. CARRÉ DE MALBERG travaille essentiellement à partir « des données fournies par le droit positif en vigueur »¹²³, il faut bien voir, afin de bien comprendre la méthode malbergienne, que, pour lui, le droit, malgré la définition positiviste qu'il en donne de prime abord¹²⁴, se compose de normes et de principes principalement tirés de la Révolution française¹²⁵. Il semble dès lors plus précis de dire que le maître de Strasbourg réfléchit à partir de la *conception* qu'il se fait « des données fournies par le droit positif ». Aussi, même s'il rejette le droit naturel en dehors du droit¹²⁶, figure-t-il dans l'œuvre malbergienne des traces de jusnaturalisme. « Il s'avère, en effet, que la présence d'éléments jusnaturalistes, qu'on ne cesse de découvrir dans ses écrits, ne relève pas d'un simple accident, autrement dit d'une dérive regrettable par rapport à une méthodologie *a priori* positiviste. Cette optique normative constitue, au contraire, la clef de voûte d'une vision *globale*, car dualiste, du droit, laquelle ne se réduit pas à celle du juriste – technicien¹²⁷. Il y a indubitablement chez CARRÉ DE

¹¹⁹ On peut alors, pour confirmer l'attention d'HAURIOU aux faits, respectivement les définir, à l'instar de François FOURNIÉ, comme la science des faits, l'étude des faits passés et la science des faits propres à l'administration, FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice HAURIOU*, *op. cit.*, p. 77.

¹²⁰ GURVITCH (G.), « Les idées – maîtresses de Maurice HAURIOU », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1931, n° 1-2, p. 155.

¹²¹ Même si certains auteurs ont relativisé la dimension factuelle de la démarche d'HAURIOU. Jean CARBONNIER relève ainsi que les travaux d'HAURIOU paraissent « procéder d'une intuition philosophique plutôt que d'une recherche empirique », CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., « Quadrige », 2004, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1978), p. 117.

¹²² Citons, à titre d'exemple, BURDEAU (G.), « Raymond CARRÉ DE MALBERG. Son oeuvre, sa doctrine », *RDP*, 1935, p. 357.

¹²³ MAULIN (E.), « Raymond CARRÉ DE MALBERG, le légiste de la République », Préface à la *Contribution...*, *op. cit.*, non paginé.

¹²⁴ « L'essence même de la règle de droit, c'est d'être sanctionnée par des moyens de coercition immédiate, c'est-à-dire par des moyens humains. Le droit suppose donc nécessairement une autorité publique capable de contraindre les individus à l'observation des commandements qu'elle a elle-même édictés. Par là même il est manifeste qu'il ne peut se concevoir, en fait de droit, que du *droit positif* », CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, t. I, *op. cit.*, pp. 57-58, note n° 6. Nous soulignons.

¹²⁵ Comme le confirme l'importance que le maître de Strasbourg accorde à la période révolutionnaire tout au long des deux tomes de la *Contribution à la théorie générale de l'État*.

¹²⁶ « La notion de "droit naturel" n'est pas une notion juridique », CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, t. I, *op. cit.*, p. 58, en note.

MALBERG un espace pour un regard différent, c'est-à-dire moral et politique, sur le droit »¹²⁸. Le maître de Strasbourg n'écrit-il pas lui-même en ce sens que son « "positivisme juridique" ainsi que l'on l'a qualifié non sans un sens péjoratif, [sa] "méthode" n'implique en aucune façon la méconnaissance de règles autres que la norme de droit et qui sont même d'une essence singulièrement plus haute que celles auxquelles doit être réservé le nom de droit »¹²⁹. La méthode de CARRÉ DE MALBERG apparaît ainsi, à l'instar de celle d'HAURIOU, duale¹³⁰. Loin de l'opposition initiale, leurs deux démarches se structurent dès lors de façon identique, laissant place à des considérations dépassant le droit positif. Le fait que la nature de ces considérations diffère quelque peu n'infirme nullement le rapprochement opéré. Au contraire, il semble que ces deux maîtres de la doctrine publiciste du début du XX^e siècle fournissent une vue assez complète du monde juridique et de son imbrication aussi bien avec la sociologie qu'avec des éléments d'ordre moral. Cette combinaison permet alors de replacer les analyses juridiques en face de leurs fondements sociétaux. L'optique retenue gagne à cette remise en perspective, puisqu'elle replace le droit dans l'utilisation qui en est faite, lui rendant sa dimension sociopolitique. Celle-ci, latente chez CARRÉ DE MALBERG¹³¹, est alors explicitée par le recours aux outils théoriques développés par HAURIOU.

Ces auteurs, contemporains l'un de l'autre, envisagent de surcroît la question de l'autonomie communale en réaction à des paradigmes identiques, tirés de la doctrine allemande, auxquels ils entendent répondre. De ce point de vue, la doctrine juridique marque une rupture avec les penseurs libéraux du XIX^e siècle. Ces derniers ont en effet principalement analysé la situation française en référence à la théorie du pouvoir municipal anglo-saxon, sans parvenir à ce que l'équivalent français dépasse le stade du

¹²⁷ De ce point de vue, on peut la rapprocher de l'opinion d'HAURIOU selon laquelle « en tant qu'art, le Droit et la jurisprudence sont des trouveurs de vérité sociale, des créateurs d'ordre social et de justice. Qui s'en doutera si on les affuble en une technique ? Leurs constructions exigent plus que de la technique, elles réclament de l'intuition artistique, et le *construit* est une œuvre d'art, – non pas une œuvre de technique », HAURIOU (M.), « L'ordre social, la justice et le droit », in *Aux sources du droit – Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la Nouvelle journée*, n° 23, 1933, p. 70, cité par FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice HAURIOU, op. cit.*, p. 82.

¹²⁸ HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2002, p. 395, § 402.

¹²⁹ Lettre inédite de CARRÉ DE MALBERG, cité par WALINE (M.), « Le positivisme juridique de CARRÉ DE MALBERG », in *Relations des Journées d'études en l'honneur de CARRÉ DE MALBERG. Annales de la Faculté de Droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg*, Paris, Dalloz, 1966, p. 35. Olivier BEAUD montre quant à lui comment le positivisme de l'auteur cède face à l'exigence d'équité quand il envisage les réparations auxquelles ont droit les populations d'Alsace et de Lorraine, BEAUD (O.), « CARRÉ DE MALBERG, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », in BEAUD (O.), WACHSMANN (P.) (Sous la direction), La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918 : actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 252-253.

¹³⁰ Luc HEUSCHLING estime ainsi, à raison, que le dualisme méthodologique constitue une part importante du legs intellectuel de CARRÉ DE MALBERG, HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law, op. cit.*, pp. 396-403, § 403-405.

« mirage »¹³². Au contraire, tant HAURIUO que CARRÉ DE MALBERG appréhendent la question de l'autonomie locale à l'aune de la théorie allemande¹³³ auxquels ils s'opposent. « Maurice HAURIUO entend [en effet] renforcer l'État français dans la perspective du prochain affrontement franco-allemand, en empruntant précisément au Reich son "modèle" d'"État de droit" »¹³⁴; sa volonté d'inscrire la décentralisation dans le régime constitutionnel de l'État entend ainsi infirmer « la théorie purement administrative de la souveraineté, organisée par GERBER et LABAND sous le nom de doctrine de la *Herrschaft* »¹³⁵. Le dialogue de CARRÉ DE MALBERG avec la doctrine allemande a déjà été évoqué au cours de cette section et il est simplement besoin de préciser que la *Contribution à la théorie générale de l'État* est construite comme une réponse à la théorie de la *Herrschaft*¹³⁶. Or, si l'on accepte avec Maurice BOURJOL que « la "décentralisation" n'est qu'un avatar du "modèle prussien" étatique de la *selbsterwaltung* »¹³⁷, le recours aux travaux de CARRÉ DE MALBERG et d'HAURIUO s'impose comme les prémices incontournables à quiconque envisage de réfléchir à nouveau sur l'organisation verticale du pouvoir en France. Les modèles théorisés par ces éminents auteurs paraissent en effet d'une incroyable modernité, même s'ils s'avèrent, dans une certaine mesure, parallèlement dépassés. Ils restent modernes en ce qu'ils conçoivent le pouvoir local à l'aune de l'organisation étatique (donc selon une perspective plutôt centralisatrice

¹³¹ Même si elle affleure parfois, comme à la fin de l'avant-propos de la *Contribution*, dans lequel CARRÉ DE MALBERG, critiquant la *Herrschaft* allemande et l'usage qui en a été fait pendant la Grande guerre écrit que « tout en maintenant le principe d'autorité et le pouvoir de commandement sans lesquels l'État ne pourrait, ni fonctionner, ni même se concevoir, il faut donc réserver la part de la morale, à côté et au-dessus de celle du droit effectif. Quant au point de savoir par quels moyens organiques il est possible de réaliser une conciliation entre ces deux termes, la puissance indispensable à l'État et le respect, plus nécessaire encore, dû à la loi morale, c'est là un problème de tous les temps, dont, à vrai dire, aucun arrangement juridique ne suffirait à résoudre, d'une façon pleinement satisfaisante, l'insurmontable difficulté. Seule, la droiture foncière des peuples et de leurs Gouvernements peut fournir à ce problème des éléments efficaces d'atténuation relative, à défaut d'une véritable et complète solution » (Avant-propos à la *Contribution...*, t. I, *op. cit.*, p. XX). Nous soulignons.

¹³² Selon l'expression employée par Maurice BOURJOL in « Pouvoir municipal et décentralisation : De BARANTE, HENRION DE PANSEY, Maurice HAURIUO », in BOURJOL (M.) (Sous la direction), *La commune, l'État et le droit*, Paris, L.G.D.J., « Décentralisation et développement local », 1990 (Postface de M. TROPER), p. 173.

¹³³ Selon le mécanisme de discussion et de concurrence qui opposait les doctrines publicistes française et allemande au tournant du XX^e siècle. Sur ce phénomène, v. l'ouvrage dirigé par MM. BEAUD et WACHSMANN, *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918...*, *op. cit.*

¹³⁴ BOURJOL (M.), « Pouvoir municipal et décentralisation : De BARANTE, HENRION DE PANSEY, Maurice HAURIUO », *op. cit.*, p. 173.

¹³⁵ HAURIUO (M.), *Principes de droit public...*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 609-610.

¹³⁶ Ainsi que CARRÉ DE MALBERG l'explique dans l'avant-propos qu'il donne à cet ouvrage.

¹³⁷ BOURJOL (M.), « Pouvoir municipal et décentralisation : De BARANTE, HENRION DE PANSEY, Maurice HAURIUO », *op. cit.*, p. 173.

qui n'est pas démentie). Ils sont en revanche dépassés en ce que le triomphe de l'« État constitutionnel » a rendu pour le moins obsolète l'opposition entre « État légal » et « État de droit ». Si « la substitution de l'«État de droit» à l'«État légal» aggrave la situation des collectivités locales [parce que] dans l'«État légal», les prérogatives de ces collectivités sont intégralement protégées par la loi [alors que] dans l'«État de droit», le règlement "autonome" envahit littéralement le domaine de la "libre administration" »¹³⁸, cette distinction doit être repensée en prenant en compte l'élévation du niveau normatif de définition des conditions de l'autonomie locale. L'« État constitutionnel » invite ainsi à réfléchir à l'articulation du pouvoir en son sein, à l'aune des nouveaux fondements de l'expression territoriale du pouvoir afin de mettre en perspective les conclusions de la doctrine publiciste du début du siècle. « Ces orientations [c'est-à-dire le développement des fondements constitutionnels du pouvoir local] suffisent [en effet] à faire voler en éclats les conceptions trop classiques du droit des collectivités locales où l'on opposerait la "précarité de la décentralisation" à l'"irrévocabilité des libertés fédérales" (M. WALINE). Cette opinion est aussi vieille que le légicentrisme et l'entière soumission à la loi, fût-elle théorique, n'est plus un critère de distinction de l'État unitaire décentralisé »¹³⁹. À cette fin, il paraît nécessaire et justifié de reprendre les outils développés par les principaux auteurs ayant réfléchi à cette question. La continuité de méthode, si elle garantit l'identité des prémices entre cette étude et la doctrine du début du siècle, devrait alors permettre d'actualiser leurs conclusions à la lumière de la situation contemporaine.

L'étude de l'agencement du pouvoir dans l'État à travers la place réservée au pouvoir local repose ensuite sur une approche renouvelée de postulats classiques.

Section II. L'étude de l'agencement du pouvoir dans l'État à travers la place réservée au pouvoir local : une approche renouvelée fondée sur un postulat classique

La présente thèse se propose d'étudier la prise en compte de l'objet « pouvoir local »¹⁴⁰ par l'État unitaire français, en recourant prioritairement à une analyse des fondements juridiques de l'organisation territoriale. Ce travail entend examiner les implications du niveau normatif de la définition des fondements du pouvoir local dans l'agencement vertical du pouvoir et, plus généralement, dans l'économie globale de l'expression du pouvoir dans l'État. Le but est donc de replacer les dispositions normatives étudiées dans la perspective dynamique de l'ensemble juridico-politique, afin de leur rendre leur sens véritable et d'envisager plus particulièrement l'apport de leur constitutionnalisation. Une telle analyse est assez originale dans le champ de la doctrine publiciste. Les travaux

¹³⁸ *Ibid.*, p. 189.

¹³⁹ FAURE (B.), « Existe-t-il un "pouvoir local" en droit constitutionnel français ? », *RDP*, 1996, p. 1552.

¹⁴⁰ Au sens de SFEZ (L.) (Sous la direction), *L'objet local*, Paris, 10/18, 1977, 446 p.

précédents ont en effet délaissé la démarche englobante, au profit d'une multiplication d'études portant sur les différents aspects de la décentralisation. La question du pouvoir local, et de son rapport au pouvoir de l'État, n'est jamais abordée qu'en creux et l'on peut dire que le pouvoir local est un sujet peu traité par la doctrine publiciste française contemporaine (**Paragraphe 1.**).

Aussi, cette étude, à travers une démarche volontairement systématique et globalisante, marque-t-elle une tentative pour renouveler l'approche de l'organisation verticale du pouvoir dans le cadre de l'État unitaire français (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. Le pouvoir local : un sujet peu traité par la doctrine publiciste française contemporaine

La doctrine publiciste française n'aborde quasiment pas la notion de pouvoir local, en tant que telle. « On doit certainement ce constat de carence tout autant au règne des aspects institutionnels sur le contentieux constitutionnel des collectivités locales [...] qu'à l'évidente difficulté d'associer ce pouvoir local à des mécanismes juridiques certains qui l'identifieraient »¹⁴¹. La doctrine lui préfère alors les notions, juridiquement plus clairement définissables, de décentralisation et/ou de démocratie locale (ou de proximité¹⁴²), qui constituent toutes deux des pans importants de sa production.

Lorsqu'elle s'intéresse à la notion de décentralisation, la démarche la plus répandue dans la doctrine contemporaine vise alors rarement à proposer une conception générale de la mise en œuvre de la décentralisation, mais consiste plutôt en un ensemble d'études ciblées sur les différents aspects du phénomène. Jean-Marie PONTIER et Isabelle MULLER font toutefois exception ; le premier consacre en effet une étude à la mise en œuvre de la décentralisation à travers l'articulation de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités locales¹⁴³, tandis que la seconde analyse la régulation juridictionnelle de la décentralisation¹⁴⁴. Cependant, même si l'étude de M. PONTIER peut être lue à l'aune d'une définition matérielle du pouvoir, cette dimension est, malgré tout, peu développée, laissant place à un examen concret des mécanismes juridiques. Ni son étude, ni celle de M^{me} MULLER n'embrassent de plus la dimension constitutionnelle de la décentralisation en restant essentiellement centrées sur les données législatives du phénomène décentralisateur. Elles omettent, de ce fait, un pan important de l'analyse des rapports entre les deux puissances d'État et territoriale. D'autres auteurs ont *a contrario*

¹⁴¹ FAURE (B.), « Existe-t-il un "pouvoir local"... », *op. cit.*, p. 1540.

¹⁴² La variation sémantique n'entraîne aucun enrichissement du concept, ainsi que le démontre F. LERIQUE, in « La loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité. Les petits pas de la décentralisation », *ACL 2002. L'organisation territoriale de la France, demain*, Paris, CNRS Éditions, 2002, pp. 347-362.

¹⁴³ PONTIER (J.-M.), *L'État et les collectivités locales*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. CXXVII, 1978 (Préface de C. DEBBASCH), 630 p.

¹⁴⁴ MULLER (I.), *Le juge administratif et l'autonomie des collectivités locales*, Thèse, Toulouse I, 1994 (dactylo), 434 p.

privilegié une démarche au niveau constitutionnel, proposant, bien souvent, des études générales, cherchant à théoriser la décentralisation¹⁴⁵, ou à tout le moins à en déterminer les bases constitutionnelles¹⁴⁶. Nombre de ces travaux construisent leurs réflexions sur une comparaison entre décentralisation et fédéralisme¹⁴⁷, ils n'en tirent toutefois aucune conséquence ni quant à l'apport de la constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales à l'organisation verticale du pouvoir dans l'État, ni quant à la nature et la définition du pouvoir local, laissant quasiment vierge notre terrain d'analyse.

L'ensemble de ces études, représentatives des positions doctrinales contemporaines, n'envisage ainsi pas la dimension « pouvoir » de la décentralisation, du moins pas dans son acception organique. Or, c'est elle qui doit permettre, dans un premier temps, de qualifier la nature du pouvoir local. Aucun auteur n'envisage de plus la potentielle rupture opérée par la constitutionnalisation dans l'agencement de la décentralisation en France. Ils raisonnent d'une façon généralement *anhistorique* et sur un seul niveau normatif. Il paraît pourtant primordial d'introduire la variable « temps », comme l'y invite d'ailleurs Maurice HAURIOU¹⁴⁸, afin de rendre compte de l'évolution du système normativo-institutionnel.

De leur côté, les études consacrées à l'analyse de la démocratie locale s'attachent plus manifestement à la qualification organique du pouvoir mis en jeu par le procès décentralisateur, à travers l'acceptation et la mise en lumière du développement d'une vie *politique* locale, facteur autant que cause de la promotion de la démocratie locale. Postulant que les collectivités territoriales constituent des cadres de la démocratie globale, ces études n'établissent pourtant jamais clairement les fondements juridiques et/ou politiques de cette assertion, se contentant d'une pétition de principe. Cela constitue d'ailleurs une faiblesse substantielle de ces travaux : l'approche organique et institutionnelle de la démocratie locale nécessite obligatoirement de fonder le lien entre les collectivités territoriales et le pouvoir politique. Cet écueil n'est toutefois pas

¹⁴⁵ BÉNOIT (J.), *Théorie juridique de la décentralisation administrative en France*, Thèse, Paris II, 1990 (dactylo), 2 t., 758 p.

¹⁴⁶ HOUTEER (C.), *Recherches sur les bases constitutionnelles de la décentralisation territoriale*, Thèse, Toulouse I, 1987 (dactylo), 2 t., 942 p.

¹⁴⁷ J. BÉNOIT et C. HOUTEER partent ainsi tous deux de la comparaison entre État unitaire et État fédéral. Leurs thèses diffèrent de trois ans, et il est vrai qu'il y avait là, au tournant des années quatre-vingt dix, une thématique de questionnement appréciée et très visitée par la doctrine publiciste.

¹⁴⁸ Jean-Arnaud MAZÈRES insiste sur l'apport de Maurice HAURIOU à la théorie juridique par l'intégration du temps comme dimension de la réflexion. V. MAZÈRES (J.-A.), « La théorie de l'institution de Maurice HAURIOU ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoirs et liberté. Études offertes à J. MOURGEON*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 239-293. François FOURNIÉ insiste également sur l'importance de la dimension temporelle chez HAURIOU ; il en fait un point de rapprochement entre le Doyen de Toulouse et BERGSON. V. FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice HAURIOU*, op. cit., pp. 40-41. Pour une analyse des rapports du droit et du temps, v. OST (F.), *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, 376 p. Pour une analyse relative à la décentralisation et cherchant à prendre en compte le facteur temps, v. PONTIER (J.-M.), « La décentralisation et le temps », *RDP*, 1991, pp. 1217-1237.

rédhibitoire à l'ensemble des études ; certaines, privilégiant une démarche de type structuraliste, et développant une approche empirique et/ou positiviste, mettent en évidence, à travers l'articulation entre les volets représentatif ¹⁴⁹ et participatif ¹⁵⁰ de la démocratie locale, la commune structure des pouvoirs local et national. Cette impression est confirmée par la mise en évidence du rapprochement des modalités de fonctionnement des différents organes politiques locaux et nationaux ¹⁵¹.

Si ces courants doctrinaux approchent de manière plus prononcée la notion de pouvoir local, les évolutions récentes invitent à poursuivre leurs conclusions. D'autant plus qu'outre l'absence de réflexion sur la nature du pouvoir analysé, aucune étude n'envisage, là non plus, l'apport de la constitutionnalisation. Prises dans les évolutions contemporaines du droit, dont elles procèdent à une éclairante systématisation, elles se coupent dans une large mesure de la perspective historique. De plus, les réflexions se concentrent largement sur l'agencement de la démocratie locale, en elle-même et pour elle-même, sans l'envisager dans le cadre plus large de la démocratie globale. Aussi, notre optique diffère-t-elle sensiblement de celle de ces travaux.

Paragraphe 2. Le pouvoir local dans l'agencement du pouvoir dans l'État : la Constitution comme prisme d'analyse de la décentralisation et de la démocratie

L'étude de l'agencement du pouvoir dans l'État, à travers la mise en évidence de l'apport de l'inscription constitutionnelle des fondements du pouvoir local, implique de recourir au droit constitutionnel pour montrer en quoi elle constitue une rupture par rapport à l'agencement antérieur **(A.)**.

Centré sur l'analyse du pouvoir, ce travail nécessite également de bien définir le rapport entre décentralisation et démocratie **(B.)**.

A. Une étude de droit constitutionnel français justifiée par l'évolution particulière de la décentralisation dans cet État

Le recours au modèle théorique développé par CARRÉ DE MALBERG, ainsi que les présupposés méthodologiques retenus, imposent de circonscrire le champ d'étude au cas d'un « État non fédéral ». La volonté de mettre en avant la rupture constituée par le

¹⁴⁹ HENROT-COLLOMP (V.), *Élections locales et démocratie représentative*, Thèse, Université de Toulon et du Var, 1995 (dactylo), 555 p.

¹⁵⁰ CHEVILLEY-HIVER (C.), *La participation directe des citoyens aux décisions locales*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, « Thèse à la carte », 2001, 637 p. et PAOLETTI (M.), *La démocratie locale et le référendum*, Paris, L'Harmattan, « Logiques politiques », 1997 (Préface de J. CHEVALLIER), 238 p.

¹⁵¹ CASTANIÉ (S.), *La parlementarisation des assemblées délibérantes des collectivités territoriales*, Thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2002 (dactylo), 2 t., 538 p. et JANICOT (L.), *Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de droit public », t. 238, 2004 (Préface de Michel VERPEAUX), X-619 p.

passage d'une décentralisation légale à une décentralisation constitutionnalisée implique de prendre comme objet d'analyse, au sein de cette « catégorie », un État unitaire (*stricto sensu*), dont les caractéristiques et l'histoire permettent de rendre compte du changement de niveau normatif des fondements du pouvoir des collectivités territoriales. La République française fournit, ainsi qu'il l'a déjà été mentionné, un cas remplissant les deux conditions précédentes, puisqu'elle est bien un État unitaire, dont l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales date, si l'on ne tient pas compte de l'éphémère Constitution du 3 septembre 1791, de 1946 (leur constitutionnalisation étant plus récente encore). Aussi, la République française, dès lors définie comme l'adjonction de l'État *stricto sensu* et des collectivités territoriales, constitue-t-elle un champ d'analyse adéquat, pour appréhender l'apport de la constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales et son impact sur la puissance territoriale.

Il faut toutefois préciser que la volonté de systématisation invite à se concentrer plus particulièrement sur les collectivités territoriales de droit commun, situées sur le territoire européen de la République, à savoir les communes, départements et régions. L'outre-mer n'est pas pour autant complètement abandonné, mais il n'est évoqué qu'à travers des points saillants, qui permettent d'éclairer le processus général d'organisation de l'expression verticale du pouvoir. Nous n'entendons donc pas procéder à une étude des statuts particuliers de certaines collectivités d'outre-mer, et ce pour deux raisons. D'une part, ces travaux ont déjà été réalisés¹⁵². D'autre part, les évolutions institutionnelles n'ont pas été telles depuis lors qu'elles impliquent une nouvelle étude. Il s'agira donc d'éclairer, à travers les particularités des collectivités d'outre-mer, les avancées ou les limites propres aux questions du pouvoir des collectivités territoriales de droit commun et de l'agencement vertical du pouvoir dans l'État.

Fort de ces prémisses, ce travail se conçoit essentiellement comme une étude de *droit constitutionnel local*. Les sources de cette composante du droit constitutionnel se trouvent tant dans le corps de la Constitution que dans la jurisprudence constitutionnelle, sa particularité provenant de l'importance de cette dernière par rapport aux dispositions constitutionnelles *stricto sensu*. Jusqu'à 2003, un seul article de la Constitution intéressait directement les collectivités territoriales de droit commun. L'article 72 comprenait trois alinéas : le premier définissait les collectivités territoriales de la République¹⁵³ ; le second établissait le principe de libre administration des collectivités territoriales¹⁵⁴ ; le troisième alinéa, enfin, était consacré au principe du contrôle de l'État sur les collectivités

¹⁵² À titre d'exemple, v. BOYER (A.), *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'État unitaire. Contribution à l'étude des articles 74, 75, 76 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, Economica – P.U.A.M., « Droit public positif », 1998 (Préface d'A. ROUX), 301 p. Sur les évolutions plus récentes, FABERON (J.-Y.) (Sous la direction), *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La documentation française, « Études de la documentation française », 2004, 224 p.

¹⁵³ Pour une analyse de cet alinéa, v. SAUVAGEOT (F.), *Les catégories de collectivités territoriales de la République. Contribution à l'étude de l'article 72, alinéa premier de la Constitution française du 4 octobre 1958*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004 (Préface de Michel VERPEAUX), 472 p.

¹⁵⁴ La rédaction était alors : « ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi ». Pour une analyse de ce principe, v. BACCOYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration...*, *op. cit.*

territoriales ¹⁵⁵. Face à la faiblesse de ces dispositions, résumée dans la formule de Michel TROPER selon laquelle la libre administration est « un terme vague et vide (privé de référence), dont la fonction est de transposer au niveau administratif l'idéologie politique de la démocratie représentative » ¹⁵⁶, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence visant à définir les éléments manquants. La liberté d'administration est ainsi progressivement apparue, à travers la production du juge de la rue Montpensier. Celle-ci reste rétrospectivement assez inégale, promouvant une autonomie forte en matière institutionnelle, mais ne censurant que rarement un législateur définissant timidement les éléments matériels induits par ce principe ¹⁵⁷. Au final, c'est une jurisprudence plutôt jacobine qui émerge, réduisant le principe de libre administration des collectivités territoriales à une simple « éthique de la décentralisation » ¹⁵⁸. La révision constitutionnelle de mars 2003 constitue, de ce point de vue, une réponse aux errances de la jurisprudence constitutionnelle. Le législateur constitutionnel procède, à cette occasion, à une véritable densification des dispositions constitutionnelles relatives à la libre administration des collectivités territoriales, en lui consacrant trois articles complets. Sont ainsi abordés l'expérimentation (notamment législative), des principes de répartition des compétences, la démocratie locale (constitutionnalisation du droit de pétition et du référendum décisionnel) et les finances locales (notamment la notion de ressources propres) ¹⁵⁹. La révision de 2003 semble donc marquer une nouvelle ère dans les relations dialectiques unissant Constitution et jurisprudence constitutionnelle ; la notion de libre administration des collectivités territoriales, densifiée par ces précisions, ne paraît alors plus pouvoir être réduite à une simple « police juridique » participant de l'« administration du droit ». Au contraire, le pouvoir local devrait désormais pouvoir prendre corps dans le « fond du droit » ¹⁶⁰. À ce titre, outre la consécration de la dimension organique, celle de fondements matériels réels au bénéfice de l'autonomie locale illustre cette tendance. Ce nouvel équilibre renforce l'intérêt d'une étude envisageant la portée de la constitutionnalisation des dispositions relatives au pouvoir local puisque l'économie générale du titre relatif à l'organisation verticale du pouvoir a

¹⁵⁵ MARCEAU (A.), *Les règles et principes constitutionnels relatifs au contrôle des collectivités territoriales : étude sur l'article 72 alinéa 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958*, Lille, ANRT, 2000, 545 p.

¹⁵⁶ TROPER (M.), « Libre administration et théorie générale du droit. Le concept de libre administration », in MOREAU (J.), DARCY (G.) (Sous la direction), *La libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*, Paris, Economica – P.U.A.M., 1984, p. 62.

¹⁵⁷ La jurisprudence en matière de fiscalité locale est de ce point de vue édifiante. V. *infra*.

¹⁵⁸ FAURE (B.), « Existe-t-il un "pouvoir local"... », *op. cit.*, p. 1544.

¹⁵⁹ V. le discours du Premier ministre Jean-Pierre RAFFARIN lors de la discussion générale devant le Sénat, Séance du 29 octobre 2002, *JORF Sénat débats*, 30 octobre 2002, p. 3214.

¹⁶⁰ Inversant alors le constat établi en 1996 par Bertrand FAURE, selon lequel « le pouvoir local en droit constitutionnel français ne prend pas corps dans le *fond du droit* mais dans l'*administration du droit*. Il est d'abord une "police juridique" », FAURE (B.), « Existe-t-il un "pouvoir local"... », *op. cit.*, p. 1544. L'auteur souligne.

connu des modifications substantielles.

Le champ d'étude retenu explique l'absence de recours systématique au droit comparé. Les qualités mêmes du modèle théorique utilisé impliquent, nous semble-t-il, de concentrer l'analyse sur un régime particulier afin de l'éprouver. Deux tempéraments à l'absence de recours au droit comparé peuvent toutefois être apportés. Tout d'abord, quand cela paraît nécessaire pour éclairer une caractéristique particulière de la puissance territoriale, certains points du développement établissent une comparaison entre l'agencement de l'État unitaire français et celui des États composés, allemand et espagnol principalement (mais non exclusivement). Cela doit permettre de mieux faire ressortir, outre la particularité française, l'unité des problématiques en jeu quand on aborde la séparation verticale du pouvoir dans l'État. Ensuite, deuxième tempérament, les conclusions d'ordre théorique, bien qu'établies pour le cas français, peuvent être étendues aux autres États. L'exemple français n'est en effet qu'un champ d'analyse, destiné à permettre d'appréhender théoriquement l'incidence de la constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales. Dans cette optique, on comprend pourquoi le recours au droit comparé n'est pas systématique. La dimension théorique du traitement du sujet devrait permettre, à partir du cas français, d'établir des conclusions dépassant ce champ d'analyse ; le recours à la comparaison n'a lieu que lorsqu'il apporte un élément indispensable pour préciser la définition de la notion de puissance territoriale.

B. Une étude reposant sur le postulat classique de l'existence d'un lien entre décentralisation et démocratie

Travail centré sur l'expression du pouvoir, cette étude se rattache à la problématique de la décentralisation territoriale qu'elle appréhende, selon une perspective institutionnaliste, à travers les cadres démocratiques qui en permettent l'expression. Ce faisant, elle s'inscrit dans la continuité de la doctrine publiciste classique, qu'elle entend prolonger. Il est en effet traditionnellement postulé un lien entre promotion de la décentralisation et progrès de la démocratie. La doctrine libérale voit en elle le moyen de limiter l'État autocratique, à travers l'élection des organes locaux par la population. La dynamique décentralisatrice est donc à l'origine davantage libérale que démocratique *stricto sensu*, mais la synthèse des deux idées dans la démocratie libérale explique sans doute, pour une large part, l'établissement de cette liaison. Maurice HAURIOU, selon une logique inverse à celle adoptée par le courant libéral du XIX^e siècle, fit ainsi de l'élection (démocratique) de l'organe délibérant local par les habitants de la collectivité concernée le critère de la décentralisation¹⁶¹, concrétisant depuis lors, dans l'esprit des acteurs institutionnels¹⁶² et de la doctrine juridique¹⁶³ et politiste¹⁶⁴, le procès décentralisateur comme un creuset de la démocratie¹⁶⁵.

L'optique inverse, c'est-à-dire l'appréhension démocratique de la décentralisation, confirme le lien entre les deux notions. La démocratie, « principe d'organisation relatif à la détention et à l'exercice du pouvoir d'État »¹⁶⁶, est en effet organisée « de telle sorte que

¹⁶¹ « Il faut des élections locales pour que le corps électoral prenne conscience de sa souveraineté, parce que, dans les élections générales, il se sent manœuvré par la machine des partis », HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, 1^{ère} éd., p. 246. V. également du même auteur, « Décentralisation », *op. cit.*, pp. 471-491.

son exercice soit constitué, légitimé et contrôlé par les citoyens»¹⁶⁷. Seule « forme de domination politique qui soit conforme à la liberté [...], ce type de régime] permet ainsi [...] d'établir la médiation entre l'existence d'une domination politique [...] et le principe de la liberté et de l'autodétermination individuelles »¹⁶⁸. Dans cette perspective, la décentralisation renforce la *liberté démocratique de participation* de l'individu – citoyen, favorisant, ce faisant, le développement des éléments « constitutifs (*konstituierend*) de la démocratie [... et] la libre participation de tous à la formation de l'opinion et de la volonté »¹⁶⁹ générales aux différents échelons de pouvoir¹⁷⁰. En conséquence, ce renforcement

¹⁶² À titre d'exemple d'une affirmation contemporaine, v. le discours de François MITTERRAND, prononcé à Melun le 22 mars 1989. Reproduit in MITTERRAND (F.), « L'organisation territoriale de la France : histoire et devenir », *RPP*, n° 946, 1990, pp. 4-10. V. également le discours du président CHIRAC prononcé le 4 décembre 1998 devant le conseil régional de Bretagne (*Le Monde*, 5 décembre 1998, p. 6). Plus récemment, Jean-Pierre RAFFARIN justifiait ainsi la constitutionnalisation des dispositions relatives à la démocratie locale : « les démocrates, les républicains n'ont pas peur de l'expression populaire. La décentralisation, c'est la confiance populaire, *c'est elle qui fera vivre notre pays, c'est elle qui organisera la mobilisation républicaine* », Séance du 29 octobre 2002, *JORF Sénat débats*, 30 octobre 2002, p. 3215. Nous soulignons.

¹⁶³ Bien que majoritairement accepté, il est une partie de la doctrine qui estime qu'« il n'y a pas lieu, en théorie générale, de retenir l'"élection locale" comme un élément essentiel de la décentralisation », car l'autonomie personnelle sur laquelle elle débouche pourrait être obtenue par d'autres moyens (ex. le tirage au sort), EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 276. Cette analyse, si elle est fondée dans le cadre d'une théorie *pure* du droit, n'est, dans notre optique, pas pleinement recevable en ce qu'elle coupe le monde juridique de ses implications politiques et sociales. Modalité d'organisation du pouvoir, on ne peut, à notre sens, amputer le droit, *a fortiori* le droit constitutionnel fut-il local, de cette dimension.

¹⁶⁴ Les politistes ont, pour illustrer cette tendance à la survalorisation du local dans la résorption de la crise politique, adapté et adopté la métaphore proustienne de la madeleine ; le local fait alors figure de « petite madeleine de la démocratie » selon l'expression de Dominique WOLTON (« Le local, petite madeleine de la démocratie », *Hermès*, 2000, n° 26-27, pp. 89-97). Pour une présentation détaillée de cette métaphore, v. FAURE (A.), « Les petites madeleines de la démocratie différentielle », *Pouvoirs locaux*, 2004, n° 62, pp. 26-29.

¹⁶⁵ « La justification que l'on a donnée et que l'on donne encore de la décentralisation, à savoir qu'elle est une école de la liberté et que les élections locales sont pour les électeurs un apprentissage en vue des élections politiques, cette justification-là est bien en dessous de la vérité. Dans la réalité des choses, les élections locales sont les seules que comprennent vraiment les électeurs, les seules où ils aient pleinement conscience de leur pouvoir, les seules où ils s'intéressent au jeu politique, les seules où ils aient quelque compétence pour émettre une opinion sur les affaires », HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 190.

¹⁶⁶ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), « Principes de la démocratie, forme politique et forme de gouvernement », in *Le droit, l'État et la communauté démocratique*, *op. cit.*, p. 278.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 286.

¹⁶⁹ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), « Principes de la démocratie, forme politique et forme de gouvernement », in *Le droit, l'État et la communauté démocratique*, *op. cit.*, p. 286.

de la liberté de participation fonde et soutient l'essor de la *liberté – autonomie collective* des citoyens, par laquelle ces derniers participent à la définition de la volonté générale démocratique, dont le contenu ne peut être déterminé à l'avance, conformément au « principe [démocratique] selon lequel l'ordre politique et juridique reste à la disposition du peuple et des représentants qu'il s'est choisi »¹⁷¹. La décentralisation, en ce qu'elle promeut la participation de la population aux collectivités territoriales, apparaît alors effectivement comme un élément favorisant l'épanouissement de la liberté démocratique. En concourant ainsi à l'extension de la participation du peuple à la détermination de sa volonté aux différents échelons de la puissance publique, elle permet en effet de revaloriser la souveraineté populaire (synonyme de la démocratie¹⁷²) contre la souveraineté nationale (incarnée dans le régime représentatif)¹⁷³.

Le rapport entre démocratie et décentralisation, aussi indéniable paraisse-t-il, a cependant été critiqué par différents auteurs¹⁷⁴, en ce qu'il tend parfois à l'assimilation abusive de ces deux notions. La contestation du lien entre décentralisation et démocratie repose alors, à l'ère contemporaine¹⁷⁵, soit sur une approche en termes institutionnels, soit sur une conception individualiste centrée sur la question des droits fondamentaux et de leur préservation. Deux auteurs incarnent plus particulièrement chacun de ces courants, Charles EISENMANN pour le premier, Dominique ROUSSEAU pour le second.

Pour C. EISENMANN, « contrairement à ce que [TOCQUEVILLE] a avancé, et que des cohortes de "suiveurs", politiques ou juristes, ne cessent depuis lors de répéter à qui mieux mieux de façon bien plus banale, il n'y a aucun lien nécessaire entre démocratie et décentralisation... administrative »¹⁷⁶. Selon lui, « la décentralisation est un système sans couleur politique déterminée »¹⁷⁷; elle n'est donc pas nécessairement démocratique, de même que la centralisation n'est pas nécessairement autocratique,

¹⁷⁰ « La démocratie postule le pluralisme des collectivités juridiques », CAPITANT (R.), « La définition de la démocratie (Reprod. *Principes de droit public*, Paris, Les Cours de droit, 1952-1953, (extraits des pages 41 à 182)) », in *Écrits constitutionnels*, Paris, Éd. du C.N.R.S., 1982 (Préface de Marcel WALINE), p. 162. L'auteur explique ce pluralisme en remarquant qu'il « est une conséquence de l'autonomie de l'individu, car cette autonomie, pour être totale, doit comporter, non seulement le droit d'adhésion à l'État, mais aussi le droit d'adhésion aux autres collectivités », *ibid.*

¹⁷¹ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), « Principes de la démocratie, forme politique et forme de gouvernement », *op. cit.*, p. 287

¹⁷² Conformément à la définition, déjà mentionnée, de la souveraineté populaire adoptée par Benjamin CONSTANT dans ses *Principes de politique (1815)*, *op. cit.*, p. 269.

¹⁷³ CAPITANT (R.), « La définition de la démocratie... », *op. cit.*, p. 159.

¹⁷⁴ Pour une critique relevant davantage de la science administrative, v. LANGROD (G.), « Le "gouvernement local", fondement ou apprentissage de la démocratie », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1952, pp. 223-235.

¹⁷⁵ Pour une analyse historique, v. REGOURD (S.), « De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie. Genèse d'une problématique », *RDP*, 1989, pp. 961-975.

¹⁷⁶ EISENMANN (C.), in SFEZ (L.), *L'objet local*, *op. cit.*, p. 67.

semblant ainsi postuler un rapport symétrique binaire strict entre les deux propositions¹⁷⁸. Or, il apparaît que les propositions à l'œuvre ne relèvent pas de rapports logiques exclusivement binaires, mais bien plutôt d'une dynamique arborescente. Dès lors, le rapport de symétrie postulé par EISENMANN ne peut fonctionner. D'autant moins qu'on ne le retrouve pas dans les écrits qu'il critique, puisque TOCQUEVILLE n'a jamais postulé que la centralisation puisse ne jamais être démocratique¹⁷⁹. EISENMANN concentre ensuite sa critique sur la position, développée par HAURIOU, faisant de l'élection des organes locaux le critère établissant le caractère démocratique de la décentralisation. S'appuyant sur des exemples historiques tirés principalement du XIX^e siècle¹⁸⁰, il estime que « sous l'action d'une identification trop hâtive des idées d'élection et d'élection au suffrage universel, on est arrivé à la thèse : la décentralisation est démocratique par essence »¹⁸¹. EISENMANN, en centrant son analyse théorique sur la dimension organique de la décentralisation, ne donne qu'une vision tronquée de la décentralisation. Il omet en effet toutes considérations d'ordre matériel : la décentralisation est également un facteur de démocratie (libérale) parce qu'elle permet à des collectivités de gérer leurs affaires de manière propre, sans intervention de l'État. « Le regard dont procède cette lecture des agencements institutionnels est [ainsi] aveugle à la micro-administration, c'est-à-dire aux manières dont se prennent les décisions d'engager des politiques ou des actions publiques »¹⁸². La position d'EISENMANN est par ailleurs d'autant plus critiquable qu'il ne procède pas à une définition claire de ce qu'il entend par démocratie, dont la dimension libérale est complètement absente. Concentré sur les problèmes de désignation des organes, il reproduit l'erreur qu'il impute à la thèse adverse, en ne proposant qu'une vision parcellaire du phénomène décentralisateur, qu'il coupe de tous fondements et implications sociopolitiques. De ce point de vue, une remise en perspective historique permet de relever que la décentralisation, partie intégrante de l'agencement du pouvoir dans l'État, est avant tout libérale. Elle s'inscrit dans la promotion du libéralisme propre au XIX^e siècle. Dans son commentaire de l'œuvre de TOCQUEVILLE, François BURDEAU met d'ailleurs ce point en avant, en soulignant que la « vertu primordiale [de la liberté locale] est d'être résistance. La fonction libérale, qu'assurait jadis l'aristocratie face au pouvoir du monarque, incombe dans les temps de démocratie aux collectivités locales.

¹⁷⁷ EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 277.

¹⁷⁸ « Si la décentralisation était nécessairement démocratique, ne semble-t-il pas que la centralisation, son contraire, dût être, elle, par nature, autocratique ? », EISENMANN (C.), *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, Paris, L.G.D.J., 1948, p. 221.

¹⁷⁹ Sur ce point, v. la réponse de François MONCONDUIT à Charles EISENMANN, in SFEZ (L.), *L'objet local*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁸⁰ EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 276.

¹⁸¹ EISENMANN (C.), *Centralisation et décentralisation...*, *op. cit.*, p. 223.

¹⁸² CAILLOSSE (J.), « Ce que les juristes appellent "décentralisation". Notes sur l'évolution du droit français de la décentralisation à la lumière des travaux de Charles EISENMANN », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Paris, Dalloz, 2006, p. 82.

[...] Par le bienfait de la démocratie locale, l'individu a des chances de demeurer libre, parce qu'il exerce des responsabilités et est à même de résister ainsi à l'absolutisme du pouvoir »¹⁸³, puis renvoyant à TOCQUEVILLE : « la vie politique locale... n'est autre chose que la liberté »¹⁸⁴. Adopter cette conception éclaire en quoi une analyse (même théorique) reposant sur le rapport de stricte symétrie entre centralisation/autocratie et décentralisation/démocratie est illusoire, voire constitue un sophisme. La logique à l'œuvre est essentiellement centrifuge ; la décentralisation est *une* condition, de plus, censée promouvoir la démocratie ; elle n'en est pas *la* condition. L'analyse de Charles EISENMANN souffre ainsi de son caractère statique alors qu'une analyse dynamique permet de rétablir la réalité du lien entre démocratie et décentralisation. Elle comporte enfin un dernier point critiquable : cet auteur raisonne en différenciant l'organisation du pouvoir de l'État (à travers sa forme) et la question de l'organisation de l'appareil administratif (il travaille bien en effet sur la décentralisation *administrative*). Or cette distinction perd de sa pertinence avec l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales, tel que le révèle le prolongement du modèle malbergien de la puissance territoriale. On fait face à un même phénomène, le pouvoir de et dans l'État, qui est appréhendé à travers, non plus seulement ses modalités horizontales d'organisation, mais également ses modalités verticales. Le prisme constitutionnel confère ainsi une unité à la question de l'organisation de l'État, qui rend caduque la distinction d'EISENMANN. On ne peut dès lors le suivre dans sa critique. D'un point de vue institutionnel, il semble bien que la décentralisation participe du renforcement de la démocratie libérale, à travers non seulement l'élection des organes locaux, mais également la libre gestion de leurs affaires par les différentes collectivités territoriales.

Un second courant relevant d'une approche individualiste centrée sur la préservation des droits fondamentaux critique quant à lui le lien entre décentralisation et démocratie, en s'appuyant sur le fait que la doctrine a apprécié plutôt négativement le fait que le principe de libre administration des collectivités territoriales soit toujours concilié restrictivement par rapport aux droits fondamentaux. Dominique ROUSSEAU estime, pour sa part, qu'il ne peut en aller autrement. Dans cette perspective, les collectivités territoriales sont en effet assimilées au pouvoir public, toujours potentiellement dangereux pour les droits individuels. Cet auteur prolonge, ce faisant, la position d'EISENMANN, en tentant de montrer que démocratie et décentralisation ne peuvent être assimilées, car elles relèvent de deux dimensions irréductibles l'une à l'autre. « L'ordre de la démocratie est [ainsi] celui des droits fondamentaux, de la constitution sociale pour parler comme HAURIOU, de l'espace public d'exercice des libertés ; l'ordre de la décentralisation est celui de l'organisation territoriale de la structure de l'État, de la répartition des compétences entre le pouvoir central et les autorités locales. Dans le vocabulaire constitutionnel moderne, l'ordre de la démocratie relève, principalement, du droit constitutionnel relationnel, l'ordre de la décentralisation principalement du droit constitutionnel institutionnel »¹⁸⁵. On ne peut que s'accorder avec ce constat de Dominique ROUSSEAU, même s'il faut, nous semble-t-il, le replacer dans son contexte.

¹⁸³ BURDEAU (F.), *Liberté Libertés...*, op. cit., p. 121.

¹⁸⁴ TOCQUEVILLE (A. de), *L'Ancien régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, II, 2, p. 430, cité in BURDEAU (F.), *ibid.*

Dans une perspective stricte cherchant la protection des droits fondamentaux individuels, les collectivités territoriales peuvent bien entendu présenter un danger¹⁸⁶ et doivent donc les respecter. Mais réifier cette distinction heuristique peut conduire à un contresens. Le droit constitutionnel institutionnel participe également de l'agencement de la démocratie. Les collectivités territoriales constituent en effet des cadres démocratiques, dont l'autonomie est à la fois porteuse de démocratie (selon les modalités définies dans le paragraphe précédent), et nécessairement soumise au respect de l'État de droit, afin de ne pas constituer une éventuelle entrave aux libertés individuelles. Mais de ce dernier point de vue, la problématique à l'œuvre au niveau des collectivités territoriales ne se distingue pas de celle de l'État. Il faut d'ailleurs constater, *a contrario*, la complémentarité entre les dimensions relationnelle et institutionnelle de la démocratie constitutionnelle ; celle-ci étant bien la condition *sine qua non* de celle-là. De ce point de vue, l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales contribue, non seulement à établir un lien (non une assimilation) entre décentralisation et démocratie, mais également à le promouvoir à travers le renforcement du pluralisme juridique¹⁸⁷ et institutionnel.

Il apparaît ainsi qu'il existe bien un rapport entre décentralisation et démocratie. Celui-ci ne doit pas être entendu comme l'assimilation de la dernière à la première, contrairement à ce que les analyses positivistes laissent entendre. Il faut simplement, reprenant en cela la logique libérale à l'origine de ce lien, postuler que la décentralisation est une condition qui renforce la pratique démocratique, en ce qu'elle promeut la séparation (verticale) des pouvoirs. L'ère moderne a conforté ce postulat en inscrivant dans la Constitution les modalités de ces rapports. La constitutionnalisation de l'organisation verticale de l'État revient alors à organiser l'ensemble du champ de la démocratie politique, dans son acception étatique (*stricto sensu*) mais également territoriale. Dans cette optique, elle apporte un argument essentiel pour les tenants du lien entre collectivités territoriales et pouvoir politique. La Constitution, « canal par lequel la puissance se communique »¹⁸⁸, a en effet pour fonction d'organiser (horizontalement mais aussi verticalement) le pouvoir politique. Dès lors que les dispositions relatives à l'expression verticale du pouvoir figurent dans la Constitution, elles semblent bel et bien liées au pouvoir politique, selon des modalités qu'il reste à définir. Dans cette optique, à l'unité du pouvoir dans l'État se superposerait l'unité de la sphère de la démocratie politique, confirmant l'intégration des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir

¹⁸⁵ ROUSSEAU (D.), « Libertés locales et droits fondamentaux », in LE POURHIET (A.-M.) (Sous la direction), *Droit constitutionnel local « Égalité et liberté locale dans la Constitution »*, Paris, Economica – P.U.A.M., « Droit public positif », 1999 (Préface de L. FAVOREU), p. 234.

¹⁸⁶ En ce sens, la Cour européenne des droits de l'Homme assimile les collectivités territoriales à l'État, CEDH, 1^{er} février 2001, *Ayuntamiento de Mula c/ Espagne*, *Rec. des décisions de la CEDH* p. I-523. V. GAUTHIER (C.), « Les collectivités locales et la Convention européenne des droits de l'Homme », *DA*, 2003, chronique n° 9, pp. 9-14.

¹⁸⁷ Sur cette notion et ses rapports avec la décentralisation, v. AUBY (J.-B.), « Décentralisation et pluralisme juridique », *Mélanges Paul AMSELLEK*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 39-52.

¹⁸⁸ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, t. II, *op. cit.*, p. 484.

politique par le biais de leur constitutionnalisation.

Section III. L'enjeu de l'étude : l'impact de la constitutionnalisation des collectivités territoriales sur le couple décentralisation administrative/décentralisation politique

L'étude de la constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales permet d'envisager la définition du pouvoir local en France aux deux niveaux légal et constitutionnel. L'impact du changement de valeur normative des dispositions étudiées fournira ainsi un élément clé pour envisager l'organisation de l'expression verticale du pouvoir dans l'État. La notion de puissance territoriale présente alors une double utilité : dans une perspective organique, elle permet de spécifier la nature du pouvoir des collectivités territoriales, en ce qu'elle ouvre la possibilité de déterminer précisément le titulaire du pouvoir des collectivités territoriales. Selon une approche matérielle, elle fournit les éléments nécessaires pour mesurer la réalité du pouvoir reconnu aux structures infranationales. La notion de puissance territoriale permet enfin de distinguer la *virtualité* du pouvoir local de son *actualité*. En cela, elle rend possible de réfléchir à la fois à la question générale de l'organisation constitutionnelle du pouvoir (au sens de puissance), impliquant de penser le pouvoir local en rapport avec l'ensemble constitutionnel, selon une perspective holiste, et en fonction de celle, plus particulière, de la traduction de cette puissance en actes, à travers l'analyse de la réalité des attributions reconnues en faveur des collectivités territoriales¹⁸⁹. Sont ainsi mis en lumière par un seul concept les enjeux liés tant à la modification des fondements du pouvoir local que ceux inhérents à sa mise en œuvre, renvoyant, dans ce cas, à la marge d'autonomie dont jouissent les structures territoriales.

Loin de l'imprécision coutumière, la puissance territoriale rend possible à travers ses deux dimensions une délimitation juridiquement claire de la notion d'autonomie¹⁹⁰ locale. L'étude du changement de niveau normatif des dispositions relatives aux collectivités territoriales met ainsi en évidence l'autonomie dont elles jouissent, à partir de ce nouvel outil conceptuel qu'est la puissance territoriale. Outre la détermination des caractéristiques du pouvoir local constitutionnalisé, c'est donc la question plus large de

¹⁸⁹ On retrouve alors les deux acceptions de la constitutionnalisation. L'appréhension globale renvoie, en effet, à l'inscription constitutionnelle des dispositions relatives aux collectivités territoriales tandis que l'analyse portant plus particulièrement sur l'organisation des collectivités territoriales correspond à leur définition progressive par la jurisprudence constitutionnelle.

¹⁹⁰ Sur l'imprécision ontologique de la notion d'autonomie, v. HERTZOG (R.), « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification ? », *Mélanges AMSELLEK*, *op. cit.*, pp. 445-470. L'auteur y relève notamment que ce terme « apparaît surtout dans le débat public lorsqu'il en est demandé davantage, de sorte que dans le nouveau dictionnaire des idées reçues il faut écrire "autonomie : toujours insuffisante ; en réclamer plus" » (*ibid.*, p. 445).

l'autonomie qu'approche notre étude. Dans cette perspective, elle amène logiquement à reconsidérer le couple notionnel décentralisation administrative/décentralisation politique. L'analyse de l'organisation verticale du pouvoir, à travers l'opposition entre ses définitions légale et constitutionnelle, conduit en effet à mettre en lumière les carences de l'analyse classique, dont les fondements sont antérieurs à la dynamique de constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales. Aussi, l'enjeu de cette étude réside-t-il également dans la mise à jour des rapports entre les couples décentralisation administrative/décentralisation politique et décentralisation légale/décentralisation constitutionnelle.

* * *

L'étude de la prise en compte du pouvoir local par l'État, et ses incidences sur l'agencement vertical du pouvoir dans l'État, s'articule autour de deux éléments, les fondements du pouvoir local et sa mise en œuvre, qui, s'ils confirmeront le passage (certes inachevé) d'une décentralisation *légale* à une décentralisation *constitutionnelle*, conduiront à un constat pour le moins nuancé quant à l'émergence d'une véritable décentralisation *politique* en France.

La présentation retenue vise précisément à mettre en lumière cette évolution. Si elle est sous-tendue par une démarche de type chronologique, elle ne s'y cantonne pas, en ce qu'elle s'attache à une analyse des différents niveaux normatifs et de leurs rapports. La dimension historique est d'ailleurs d'inégale importance dans les développements ; il faut ainsi distinguer les deux parties. Dans la première, l'inscription constitutionnelle des dispositions relatives aux collectivités territoriales implique une rupture, incarnée dans le passage de la loi à la Constitution. Dans ce cas, la perspective historique est réelle, et il ne peut en aller autrement, en ce sens qu'à un instant donné, il est procédé à la *substitution* des fondements constitutionnels du pouvoir local à ses bases légales. Il faut donc envisager deux objets différents se succédant, du fait de leurs modalités mêmes de définition. L'analyse se fera donc diachronique. Dans un second temps, l'étude du procès de constitutionnalisation, si elle implique également une dimension temporelle, ne lui accorde qu'une place moindre. La constitutionnalisation repose en effet sur une logique non plus de substitution, mais de *superposition* des normes : si le pouvoir local est dès l'origine défini dans la loi, c'est toujours le législateur qui, sous l'ère de la décentralisation constitutionnelle, le met en œuvre. Dès lors, l'application des dispositions relatives aux collectivités territoriales met en jeu les deux niveaux normatifs simultanément et l'analyse se fera alors synchronique¹⁹¹. Dans ce cas, le choix de d'abord présenter le pouvoir local dans la loi répond bien à un souci (chrono) logique, mais il aurait pu en aller différemment. Il nous a simplement paru plus intéressant, afin de marquer la continuité des enjeux aux deux niveaux normatifs (quelles que soient les périodes) autant que pour proposer un raisonnement symétrique, d'adopter cette démarche-ci, tout en reconnaissant que les deux logiques (substitutive et de superposition) à l'œuvre sont différentes.

Historiquement, le pouvoir local est d'abord défini dans la loi. Il s'agit alors d'un pouvoir présumé naturel, que le législateur entend organiser sans que cela crée aucune

¹⁹¹ Illustrant le propos de François OST, selon lequel « le temps est pluriel, évidemment, et son domaine est autant celui de la simultanéité (tout ce qui se passe "en même temps") que celui de la successivité », OST (F.), *Le temps du droit*, op. cit., p. 30.

garantie en faveur des collectivités territoriales. Cette *présomption de naturalité* repose sur deux éléments : la population et les élections locales. Bien que présumée naturelle, la population locale n'est ni source d'un quelconque pouvoir propre, ni ne jouit d'aucun droit face à l'État. La puissance d'État conserve un pouvoir absolu sur son territoire. Les collectivités territoriales ne sont que des structures secondaires ; leurs liens avec la sphère politique sont ténus et tiennent davantage de la rhétorique politique que de l'organisation institutionnelle. Le pouvoir local n'est ainsi qu'une tolérance sans garantie aucune. Le pouvoir dans l'État est exprimé intégralement par la puissance d'État, qui s'assimile alors au pouvoir souverain. La constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales, à la fin de la Seconde Guerre mondiale, rompt cette identité. Le Constituant entend alors protéger la liberté des collectivités territoriales, comprises de façon holiste, contre les empiètements de la puissance d'État. Cette limitation revient à admettre que le pouvoir dans l'État peut passer par d'autres canaux que la seule puissance d'État. De ce fait, les collectivités territoriales se trouvent intégrées à l'expression du pouvoir dans l'État ; ce qui fonde *de jure* leur intégration à la sphère politique et le caractère originaire de leur pouvoir (**Partie I.**).

Dans le cadre de sa mise en œuvre, le législateur adopte une conception libérale du pouvoir local. L'autonomie dont jouissent les collectivités territoriales consiste alors en une liberté de gérer les affaires qui ne relèvent que d'elles. Cette liberté demeure fragile, car aucun élément ne permet de définir avec certitude quelles sont les matières relevant en propre des collectivités territoriales, l'État pouvant toujours se les réapproprier. *In fine*, malgré des *a priori* positifs en faveur de la décentralisation, les collectivités territoriales restent des structures malléables ne jouissant d'aucun droit que l'État ne puisse aménager. La constitutionnalisation de la liberté d'administration locale constitue de ce point de vue un apport véritable en ce qu'elle vient limiter la puissance d'État, en créant une réserve de puissance propre aux collectivités territoriales. La puissance territoriale, nouvelle modalité d'expression du pouvoir dans l'État, connaît toutefois toujours des limites, en ce qu'elle est trop souvent réduite à sa dimension institutionnelle. Elle n'est ainsi pas dotée d'outils réels pour s'affirmer par ses actions : tant le pouvoir normatif territorial que le pouvoir fiscal local demeurent réduits. L'ébauche d'une constitutionnalisation de garanties formelles des mécanismes de répartition des compétences ne paraît, de plus, pas à même de lui donner une portée plus large. L'autonomie locale, induite par la puissance territoriale, rencontre enfin une autre limite, de type organique cette fois : les fondements de la puissance territoriale sont en effet largement *hétéroconditionnés*. Cela démontre que la constitutionnalisation n'est qu'une étape dans l'agencement d'une véritable puissance territoriale ; elle implique, afin de trouver une portée véritablement conforme à la logique constitutionnaliste qui l'anime, la création des moyens de faire respecter les droits qu'elle ouvre. Ce qui n'est pas encore le cas en France (**Partie II.**).

Partie I. Les fondements du pouvoir local, d'un pouvoir présumé naturel à une puissance originaire

Partie II. La mise en œuvre du pouvoir local, d'une liberté tolérée à une réserve de puissance, modalité seconde de l'action publique

PARTIE I. LES FONDEMENTS DU POUVOIR LOCAL, D'UN POUVOIR PRÉSUMÉ NATUREL À UNE PUISSANCE ORIGINALE

« ...Finalement, de la Révolution à nos jours, la décentralisation est au cœur de la lutte qui se joue pour la conquête du pouvoir. Institution administrative en apparence, elle est une des pièces du jeu politique [...]. Derrière la logique des institutions, il y a toujours les passions des hommes... ». BÉNOIT (F.-P.), « Rapport de synthèse », in *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Paris, Economica, 1992, p. 261.

Envisager les fondements du pouvoir local en droit constitutionnel conduit à apprécier la place qui lui est faite au sein de l'État. Si, selon la conception traditionnelle de l'État unitaire, le pouvoir politique originaire est monopolisé par la collectivité étatique, le pouvoir local apparaît logiquement comme second, voire subalterne. Cette évidence doctrinale est toutefois questionnée par les mutations de l'organisation du pouvoir, initiées par le développement de la pratique et de la doctrine constitutionnalistes ; il semble alors possible d'interroger cette certitude doctrinale, tant l'évolution contemporaine des différents types d'États paraît les rapprocher dans le creuset d'un même modèle, caractérisé par la constitutionnalisation de l'expression verticale du pouvoir originaire.

De manière générale, l'analyse des fondements d'un pouvoir peut être menée à plusieurs niveaux et selon différentes perspectives, parmi lesquelles nous retiendrons la sociologique et la juridique. Si l'on considère les données factuelles, le pouvoir local plonge ses racines dans la population locale, « substratum sociologique »¹⁹² de la notion de collectivité territoriale. Dès le Moyen-Âge, la dimension communautaire des communes en fait ainsi des données naturelles, que le pouvoir « central » reconnaît, en les personnifiant. Si ce caractère naturel ne peut pas s'étendre, dans la même mesure, aux autres structures territoriales¹⁹³, leur réalité démographique et communautaire reste néanmoins prévalente dans la conception contemporaine des collectivités territoriales. Cette perspective sociologique, insuffisante pour envisager la réalité juridique des phénomènes constatés, doit donc être complétée : dans ce cas, les fondements sont alors la norme la plus haute définissant les caractéristiques du pouvoir local. Il s'agit successivement de la loi, puis de la Constitution¹⁹⁴. L'élévation normative des fondements juridiques de cette notion conduit alors à une modification substantielle de l'économie du pouvoir dans l'État : plutôt que le cadre communautaire territorial, le pouvoir local est en effet conçu à l'aune de la démocratie politique étatique. Loin d'être le fruit d'une communauté naturelle, il est aspiré et subsumé dans le pouvoir émanant de la population étatique.

Les fondements sociologiques et juridiques entretiennent ainsi des rapports mouvants, parfois contradictoires, qui varient en fonction du temps et de la norme considérée. Un cadre d'analyse permet toutefois de les envisager dans un même mouvement : la détermination du caractère originaire du pouvoir local. Celle-ci fournit en effet, à travers la définition des éléments constitutifs de la notion de collectivité territoriale (population et territoire), puis l'analyse de leur prise en compte par l'État, un cadre commun d'étude permettant, non seulement de mieux définir l'élément fondamental prévalent de la notion de collectivité territoriale, mais également d'en appréhender l'essence. Il est alors possible d'expliquer puis de dépasser la dualité supposée des collectivités territoriales entre un caractère politique, dans le champ démocratique, et une fonctionnalisation de ces structures par les organes de la puissance d'État, dès lors qu'il s'agit de gérer le territoire de l'État. Dépassant leur originarité naturelle présumée par le législateur, la promotion des collectivités territoriales dans le cadre de la décentralisation constitutionnelle en fait des organes fondamentalement politiques, participant à l'expression du pouvoir originaire dans l'État.

Critère sans lequel les collectivités territoriales perdent leur raison d'être, la

¹⁹² BÉNOIT (F.-P.), *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, pp. 19-ss. Dans le même sens, Maurice BOURJOL fonde la décentralisation sur l'« existence de communautés humaines réelles ». V. BOURJOL (M.), *Les institutions régionales de 1789 à nos jours*, Paris, Berger-Levrault, « L'administration nouvelle », 1969, pp. 29-30 et p. 40.

¹⁹³ Les départements et régions sont des découpages territoriaux, que la population investit selon un processus réflexif. Sur ce point, FERAL (F.), *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2000 (Préface de F.-P. BÉNOIT), p. 102.

¹⁹⁴ Il s'agit donc bien, ainsi qu'il a été vu en introduction, d'une logique substitutive, en ce sens que les fondements initialement intégrés à la loi sont intégralement transférés dans la Constitution.

population les caractérise sociologiquement et juridiquement. L'affirmation de la dimension humaine comme élément prévalent des structures territoriales a deux conséquences principales. Elle place les collectivités territoriales locales en parallèle avec la collectivité territoriale étatique. Elle met, de plus, en exergue le caractère communautaire des structures territoriales et soulève la question de la qualité du pouvoir mis en jeu en leur sein. Le parallèle avec l'État apparaît, dans cette perspective, comme particulièrement éclairant. Celui-ci génère en effet un pouvoir, dont la population est le titulaire¹⁹⁵. Aussi, le caractère communautaire des collectivités territoriales invite-t-il à un rapprochement. Des nuances importantes apparaissent pourtant qui empêchent l'observateur d'aller au bout de la comparaison ; l'appartenance des collectivités territoriales à l'État ainsi que la structure de leur pouvoir leur confèrent une particularité qui tempère le mimétisme avec l'État. Le pouvoir local, pouvoir communautaire présumé naturel, n'est ainsi pas en lui-même un véritable pouvoir originaire (**Titre I.**).

La constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales conduit à une appréhension globale de l'organisation verticale du pouvoir. La dimension communautaire, jusqu'alors élément prédominant de définition du pouvoir local, devient quantité négligeable. Appréhendées de façon holiste par le Constituant, les collectivités territoriales sont envisagées comme un prisme recouvrant le territoire de la République. Elles deviennent, selon cette conception, des cadres politiques ; ce qui conduit alors à leur intégration à l'expression du pouvoir dans l'État. Modification substantielle de l'économie institutionnelle, le pouvoir originaire s'exprime dès lors de façon duale par la puissance d'État et la puissance territoriale. L'essence du pouvoir local change sous l'impulsion de l'apparition et de l'émergence de la décentralisation constitutionnelle (**Titre II.**).

Titre I. Le pouvoir local dans la loi : un pouvoir non-originaire présumé naturel

Titre II. L'inscription constitutionnelle du pouvoir local : l'intégration des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir originaire dans l'État

TITRE I. Le pouvoir local dans la loi : un pouvoir non-originaire présumé naturel

Selon MM. BOURDON, PONTIER et RICCI, « quatre conditions doivent être réunies pour que l'on puisse parler de collectivité territoriale : la personnalité juridique, des affaires locales, une véritable autonomie, un pouvoir de décision »¹⁹⁶. De leur côté, MM. AUBY et NOGUELLOU distinguent trois éléments essentiels de définition : le territoire, l'autonomie

¹⁹⁵ Dans le cadre de la Constitution du 4 octobre 1958, v. l'article 3 « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

¹⁹⁶ BOURDON (J.), PONTIER (J.-M.), RICCI (J.-C.), *Droit des collectivités territoriales*, Paris, P.U.F., « Thémis Droit public », 1998, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1987), p. 49.

locale et la personnalité juridique¹⁹⁷. Ces deux présentations liminaires renvoient aux éléments caractéristiques des collectivités territoriales : une population organisée sur un territoire et jouissant d'une certaine autonomie de pouvoir. La mention des affaires locales correspond alors à la détermination matérielle du champ d'action de ces structures. L'analyse du champ du pouvoir local n'est toutefois envisageable que dans un second temps car la question de l'origine du pouvoir mis en jeu dans les collectivités territoriales infraétatiques se pose tout d'abord. Aussi, faut-il, afin de proposer une réponse à cette interrogation, s'intéresser aux deux autres éléments de définition des collectivités territoriales.

La personnalité juridique correspond à la consécration juridique de la notion de population locale¹⁹⁸. Cela signifie qu'en amont du processus de personnalisation, il existe un groupe de personnes, territorialement circonscrites, dont les intérêts communs sont suffisamment réels pour que le droit en tienne compte. La population locale fait ainsi figure de groupement naturel, réel ; la population communale est d'ailleurs historiquement antérieure à l'État. Association originaire, la commune se distingue d'ailleurs légèrement, sur ce point, des deux autres collectivités territoriales ; le primat de la population n'est cependant pas démenti dans le cadre des collectivités intermédiaires, il répond simplement à une dynamique *a posteriori*. Les populations locales sont ainsi prises en compte par le législateur, qui consacre leur existence. Ce phénomène trouve ses racines dans la reconnaissance de la prévalence du critère démographique sur le critère territorial sous la Révolution française. C'est à cette période également que se développe la pratique électorale comme mode de désignation des organes locaux. L'élection apparaît ainsi comme une garantie de l'expression autonome du pouvoir de la population locale. Ces deux éléments servent de fondements à la présomption, acceptée par le législateur et une partie de la doctrine, du caractère naturel du pouvoir local (**Chapitre I.**).

Cette présomption de naturalité du pouvoir local ne se traduit toutefois pas par la consécration de son caractère originaire. Les populations locales ne définissent pas, en effet, les modalités de désignation de leurs organes ; c'est le législateur qui est seul compétent pour cela. L'élection locale, prise dans le cercle restreint de la collectivité, ne peut dès lors pas être analysée comme participant à l'exercice d'un pouvoir originaire. La population locale n'est de plus jamais reconnue en droit positif comme la titulaire d'un pouvoir dont elle serait l'origine. Seule la population nationale génère un pouvoir originaire dans l'État. Le législateur traduit néanmoins *de jure* la présomption de naturalité, en ce qu'il reconnaît la possibilité aux populations locales de défendre leur existence, à travers l'organisation de référendums. Les habitants de la collectivité constituent donc un

¹⁹⁷ Ils consacrent à chacun de ces éléments un chapitre de la première partie de leur manuel consacrée au « statut de la collectivité territoriale ». V. AUBY (J.-B.), AUBY (J.-F.), NOGUELLOU (R.), *Droit des collectivités locales*, Paris, P.U.F., « Thémis Droit public », 2004, 3^e éd. (1^{ère} éd. 1990), pp. 37-98.

¹⁹⁸ Constaté la personnalité morale consiste, selon Marcel WALINE, à « constater qu'un certain nombre de personnes physiques se sont reconnues des intérêts communs, que ces intérêts d'autre part leur sont propres, les distinguant du reste des hommes. Et c'est constater qu'en ce qui concerne leurs relations juridiques avec les tiers, il est commode de considérer tous les membres comme formant un groupe indivisible », cité in BOURDON (J.), PONTIER (J.-M.), RICCI (J.-C.), *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 50.

groupement dont on présume le caractère naturel, sans que cela signifie une quelconque
originarité du pouvoir qu'ils génèrent (**Chapitre II.**).

*Chapitre I. La population et les élections locales, éléments de la présomption de
naturalité du pouvoir local*

*Chapitre II. La présomption de naturalité ne signifie pas de jure la territorialisation de
l'origine du pouvoir local*

Chapitre I. La population et les élections locales, éléments de la présomption de naturalité du pouvoir local

La population locale est le soubassement ontologique des collectivités territoriales. Ces
dernières sont en effet l'incarnation juridique de leur population et canalisent le pouvoir
général par les habitants ainsi organisés. Les populations locales ont très tôt revendiqué le
droit de désigner les personnes chargées d'assurer la gestion de leurs affaires propres.
Ces deux éléments apparaissent dans la définition du pouvoir municipal dès la Révolution
française. Ils s'inscrivent ainsi très tôt comme deux corollaires. Cette complémentarité est
confortée au XIX^e siècle quand l'élection des organes locaux devient une revendication
visant à garantir l'autonomie (entendue dans un sens libéral) des populations locales, puis
au XX^e siècle. Le législateur étend ainsi progressivement entre 1789 et 1982 l'origine
élective à l'ensemble des organes délibérants locaux. Ce faisant, il confirme que la
population est l'élément prévalent de la définition de la notion de collectivité territoriale,
consacrant *de jure* l'origine naturelle de ces structures (**Section I.**).

Parallèlement au travail législatif, plusieurs courants de la doctrine publiciste ont
également développé une approche de la décentralisation et des collectivités territoriales
construite à partir de la population et de l'élection des organes locaux. Ces travaux se
rattachent principalement à deux écoles : d'un côté, le *courant corporatif* dont les
principaux tenants sont Léon MICHOUUD et Louis CONSTANS et, de l'autre, le *courant
institutionnel* incarné par Maurice HAURIOU. Ces analyses proposent une systématisation
juridique des données sociologiques qu'elles constatent. Leur but est alors identique :
démontrer que le caractère naturel de ces corporations/institutions imposent leur
existence à l'État. Cette double tentative d'assimilation de l'originarité sociologique à son
équivalent juridique n'emporte toutefois pas complètement la conviction. L'originarité
d'une structure ne signifie pas *ipso facto* sa naturalité *de jure* (**Section II.**).

Section I. La population et les élections locales, fondements présumés naturels du pouvoir local

Les collectivités territoriales trouvent leur origine dans le phénomène communal. Le
mouvement qui conduit des premières communes aux collectivités territoriales actuelles
n'altère pas les caractéristiques originelles : la dimension communautaire est centrale et
permet de distinguer les collectivités territoriales des autres personnes publiques.
Construite à partir du substrat humain, cette notion repose sur, autant qu'elle consacre
leur dimension communautaire naturelle (**Paragraphe 1.**).

La particularité de la population s'incarne dans la personnalité juridique reconnue aux collectivités territoriales, sans, toutefois, que cette caractéristique soit propre à ces structures. Elle ne dit de plus rien (ou peu) quant à la mise en jeu du pouvoir au sein des organes de la collectivité territoriale. Or, la singularité de la population locale trouve son principal moyen d'expression dans le recours à l'élection. Si ce procédé, admis dès 1789 pour la désignation des organes délibérants locaux, connaît une remise en cause temporaire le temps de l'Empire, le XIX^e siècle est le théâtre de sa consécration : placé au centre de toutes les revendications décentralisatrices, il est rapidement admis par le législateur, qui ne l'abandonnera plus. Marqué du sceau du libéralisme, il apparaît alors comme le meilleur moyen de garantir la liberté des populations locales (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. La population, fondement naturel de la collectivité territoriale

Depuis l'Antiquité, les populations se regroupent au niveau territorial afin de gérer leurs intérêts communs nés de la proximité. Cette donnée factuelle, bien qu'elle n'ait pas toujours été transposée en droit, ne s'est pour autant jamais démentie. L'affirmation de leur conscience d'elle-même par les communautés locales est donc une constante historique, qui connaît un premier point d'orgue au cours du Moyen-Âge. Les populations locales négocient alors l'obtention de leur statut face aux seigneurs. La commune moyenâgeuse illustre ainsi parfaitement le paradigme de la communauté naturelle reconnue par le droit : la population est alors l'élément de définition des structures juridiques territoriales (**A.**).

Le mouvement favorable aux communes ne dure toutefois pas au-delà du XIV^e siècle. Malgré tout, la réalité des communautés locales persiste et triomphe au moment de la Révolution française. Les Révolutionnaires débattent en effet longuement des principes d'une nouvelle organisation territoriale : s'affrontent à cette occasion les tenants du critère territorial contre les défenseurs du critère démographique. Ces derniers l'emportent et confirment le primat de la population dans la définition de la notion de collectivité territoriale. Ce point ne sera plus jamais remis en cause et constitue un élément stable de l'histoire des collectivités territoriales (**B.**).

A. La dimension communautaire du pouvoir communal au Moyen-Âge

Le phénomène communal est ancien. Il plonge ses racines dans les *universitates* romaines de l'Antiquité¹⁹⁹. Celles-ci sont dotées d'une certaine liberté d'administration, non pas au sens contemporain de ce principe, mais d'une capacité réelle de gérer leurs intérêts propres. On retrouve, dès cette époque, les composantes classiques de la collectivité territoriale : une population homogène, liée par un sentiment de solidarité humaine et territoriale. Les collectivités territoriales connaissent ensuite un effacement, pendant les périodes mérovingienne et carolingienne. L'administration locale mérovingienne est en effet constituée de fonctionnaires qui assistent le roi. Il n'existe donc qu'une structure hiérarchique « centralisée », sans collectivités territoriales. De son côté, l'administration carolingienne relève principalement de l'idée de *déconcentration*²⁰⁰ ;

¹⁹⁹ Sur ce point et pour une présentation détaillée, v. ELLUL (J.), *Histoire des institutions. L'Antiquité*, Paris, P.U.F., « Quadrige », 1999 (1^{ère} éd. 1961), 629 p. Pour l'Antiquité grecque, v. pp. 70-ss et pour l'Antiquité romaine, v. pp. 335-ss, 421-ss et 551-ss

l'autorité territoriale est ainsi désignée par l'Empereur et le représente dans les fiefs de ses vassaux. Ce n'est qu'au cours du haut Moyen-Âge que renaissent véritablement les communes. Elles se caractérisent alors par le double critère d'une population sur un territoire. Créées par les habitants sur la base d'une solidarité organique, les communes reposent sur une dimension communautaire très développée. Le facteur territorial est quant à lui moins important, même si les communes constituent un phénomène essentiellement urbain (1.).

Si leur réalité organique est le point commun aux différentes communes du Moyen-Âge, leur organisation juridique et leurs pouvoirs sont eux d'une extraordinaire hétérogénéité. L'éventail des situations s'étend ainsi de la simple liberté de gestion du patrimoine commun jusqu'à l'affirmation d'une seigneurie collective, souveraine sur son territoire. Le phénomène du pouvoir est ainsi variable. Un élément est pourtant commun à l'ensemble des communes : leur pouvoir apparaît à tous comme quelque chose de naturel (2.).

1. LES CARACTÈRES COMMUNAUTAIRE ET URBAIN DE LA COMMUNE MOYENÂGEUSE

La commune du Moyen-Âge résulte d'une aspiration d'une partie de la population à davantage de liberté, notamment économique. Longtemps réduite à peu de chose, la structure communale réapparaît en effet entre les X^e et XII^e siècles²⁰¹, en réaction à une double évolution de la société féodale. Elle résulte tout d'abord de l'opposition de la population aux velléités des seigneurs de soumettre plus fortement les villes à leur pouvoir. Bien qu'ils aient un plein contrôle du plat pays, les communautés urbaines ne leur sont en effet pas complètement soumises alors qu'elles produisent des richesses, sources potentielles d'impôts supplémentaires. La société féodale est ensuite peu sûre et peu sécurisée ; les villes sont ainsi les premières victimes des invasions et pillages, ou simplement d'un surcroît d'imposition décidé par le seigneur qui a besoin de deniers pour aller « guerroyer ». Face à ces périls, la population prend progressivement conscience d'elle-même et aspire à résister et gérer ses affaires ; ceci sert de fondement aux premières associations communales, formées par le serment des habitants de se prêter secours et assistance. « Association sous la foi du serment, entre habitants d'une ville, pour se défendre mutuellement contre les agressions et les oppressions et pour empêcher entre eux les désordres et les violences : [la commune] porte souvent un nom caractéristique, "*pax, amictia, foedus pacis*" »²⁰². Elle a ainsi une double fonction de régulation des rapports sociaux en son sein et de protection de ses membres contre l'extérieur. Le serment implique que, contrairement à la situation contemporaine, le fait d'habiter dans un ressort territorial ne signifie pas l'appartenance à la commune. « Très logiquement, il résulte de l'origine et de la conception de la commune que celle-ci ne

²⁰⁰ Sur ces deux points, v. ELLUL (J.), *Histoire des institutions. Tome 3. Le Moyen Âge*, Paris, P.U.F., « Thémis », 1993, 13^e éd. (1^{ère} éd. 1962), pp. 63-65 (pour la période mérovingienne) et pp. 107-110 (pour la période carolingienne).

²⁰¹ ELLUL (J.), *Histoire des institutions. Tome 3. Le Moyen Âge, op. cit.*, pp. 205-208.

²⁰² ESMEIN (A.), *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, Paris, Sirey, 1912, 11^e éd. (1^{ère} éd. 1892), p. 348.

comprend pas nécessairement tous les habitants de la ville »²⁰³. Si l'on peut expliquer ce point par le rôle important que les corporations et autres gildes marchandes ont joué dans la formation des structures communales²⁰⁴, il rend bien compte de la dimension volontaire de l'association et du primat de la dimension humaine sur la logique territoriale. La population forme ainsi une communauté naturelle que le serment et la transformation en commune concrétisent.

La conscience de soi et de ses particularités naît ainsi dans les villes, sous l'action des gildes marchandes désireuses de pouvoir gérer librement leurs affaires. Toutes les villes ne forment toutefois pas des communes et toutes les communes ne sont pas nécessairement une ville. Une controverse historique existe d'ailleurs sur le caractère urbain des premières structures communales, deux courants s'opposant : le premier soutient le caractère urbain des communes moyenâgeuses cependant que le second estime que l'on ne peut les réduire à la ville. Derrière cette querelle apparemment anodine, c'est pourtant la détermination de l'élément prégnant de définition de la commune qui est en jeu. Pour le premier, il s'agit de la population alors que le second courant donne une place plus importante au territoire. Relevant de deux logiques antagonistes (organique ou fonctionnelle), il s'agit donc à travers leur présentation de trouver les prémisses à l'agencement des collectivités modernes, afin de déterminer la dimension prévalente des structures territoriales. Le caractère urbain des communes ne fait ainsi aucun doute pour A. ESMEIN ou H. ROUSSILLON²⁰⁵. Le premier, dans sa présentation des institutions du Moyen-Âge, aborde le mouvement d'émancipation communale dans un chapitre intitulé « Les villes »²⁰⁶ et propose une définition de la commune centrée sur le caractère urbain. « La commune désigne [ainsi] *toute ville* ayant une organisation municipale complète, constituant une personne publique et exerçant des droits politiques »²⁰⁷. De son côté, Henry ROUSSILLON, se référant aux travaux de différents historiens ou historiens du droit²⁰⁸, constate que le lien entre les communes et

²⁰³ *Ibid.*, pp. 348-349.

²⁰⁴ « En France, l'organisation municipale révèle très souvent la part considérable qu'ont les corporations dans la conquête des franchises, en ce que les officiers municipaux sont nommés par ces corporations qui constituent ainsi le collège électoral. Parfois, c'est un corps de marchands qui concentre entre ses mains tout le pouvoir municipal. Pour la ville de Saint-Omer, on a démontré que la gilde marchande est directement devenue la commune, et le même phénomène s'est produit pour la municipalité de Paris. On sait, en effet, que celle-ci fut d'abord concentrée dans la corporation des "marchands de l'eau" qui faisaient l'importation des marchandises par le cours de la Seine », *ibid.* pp. 336-337.

²⁰⁵ ROUSSILLON (H.), *Les structures territoriales des communes. Réformes et perspectives d'avenir*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de science administrative », t. VII, 1972 (Préface de P. COUZINET), pp. 238-ss.

²⁰⁶ V. le Chapitre V de la deuxième partie du *Cours élémentaire d'histoire du droit français...*, *op. cit.*, p. 330.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 348. Nous soulignons.

²⁰⁸ Il cite notamment Adhémar ESMEIN (*Cours élémentaire d'histoire...*, *op. cit.*), Achille LUCHAIRE (*Les communes françaises à l'époque des capétiens directs*, Paris, Hachette et compagnie, 1911, 299 p.) et Charles PETIT-DUTAILLIS (*Les communes françaises. Caractères et évolution des origines au XVIII^e siècle*, Paris, Albin Michel, 1970, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1947), 379 p.).

les villes ne s'est jamais démenti, tant au Moyen-Âge que lors de la Révolution française. Il faut toutefois souligner une carence de la position de ces auteurs, en ce qu'elle n'analyse pas la situation des campagnes²⁰⁹. Or, une telle étude révèle que le monde rural connaît également des organisations collectives au niveau communal, certes moins développées que dans les villes, mais non pas moins réelles. Le territoire joue alors un rôle beaucoup plus important que dans le monde urbain, car il est le fondement patrimonial de la solidarité existant entre les habitants des paroisses²¹⁰. La plus grande importance du territoire n'altère toutefois en rien le primat du critère démographique dans la définition de la commune rurale. Comme dans le cas des villes, la démarche volontariste d'une population qui prend conscience de ses intérêts communs prédomine en effet dans la procédure d'institutionnalisation de la commune. Aussi, l'opposition initiale s'estompe-t-elle au profit d'une identique prévalence de la dimension organique.

La commune moyenâgeuse est, d'une manière générale, l'aboutissement d'un processus volontaire mené par une population, qui a conscience de sa particularité (au minimum patrimoniale) et entend la préserver. Il s'agit alors pour elle d'obtenir une certaine autonomie dans son existence quotidienne face au pouvoir seigneurial. Pour cela, la communauté s'organise et négocie avec le seigneur la reconnaissance et l'obtention d'un véritable pouvoir local.

2. L'ÉVOLUTION DU POUVOIR COMMUNAL : ENTRE INFÉODATION ET « SOUVERAINETÉ »

Le mouvement d'émancipation urbaine, qui se déroule pendant le haut Moyen-Âge, se traduit juridiquement par la revendication de *franchises* par les communes. Celles-ci sont des actes dans lesquels le seigneur reconnaît la « liberté d'administration » de la communauté à l'origine de la demande. Celles des villes n'ont pas toutes été acquises de la même façon : certaines le furent de manière violente (insurrections, principalement au sud), d'autres de manière négociée (rachat de la liberté au seigneur ou octroi du seigneur qui espère en tirer avantage ultérieurement). Elles sont de plus sanctionnées juridiquement de façons diverses : le plus souvent, elles sont constatées dans une charte ; il arrive également qu'elles soient sanctionnées par un coutumier municipal (c'est-à-dire recueil des droits). Les chartes restent assez rudimentaires quand le droit municipal était développé avant leur élaboration, se contentant de renvoyer aux pratiques passées. En ce sens, elles procèdent à la juridicisation de données traditionnelles, nées des usages et consacrent le caractère naturel du pouvoir communal²¹¹. *A contrario*, elles prennent soin de développer les acquis de la communauté consacrée quand le droit antérieur est limité, voire inexistant, afin de donner une plus grande effectivité à l'autonomie obtenue²¹². L'inscription dans la Charte correspond alors à un moyen de protéger les nouvelles prérogatives communales, le seigneur avec qui elle est signée

²⁰⁹ Si cette omission peut se justifier par la conception même des communes, il semble que ces deux auteurs auraient pu évoquer la situation des campagnes, ne serait-ce que pour l'écartier sur des critères objectifs. La forme de leurs analyses laisse ouverte la question du caractère *a priori* de cette « éviction » des communes rurales.

²¹⁰ MERLEY (N.), *Conception et administration du territoire en France métropolitaine*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1998 (Préface d'Henri OBERDORFF), pp. 320-323.

acceptant de voir son pouvoir limité par elle ²¹³ .

Résultat de multiples tractations, le droit municipal du Moyen-Âge est caractérisé par la diversité et la particularité ; chaque ville négocie son propre statut et acquiert individuellement ses propres privilèges ²¹⁴ . On retrouve cette diversité tant au niveau de la forme que du fond (les libertés octroyées étant pour le moins hétérogènes). Il est toutefois possible de dégager, à titre d'exemples, deux types illustrant les deux extrémités rencontrées. Les villes qui eurent le moins ne négocièrent que la liberté civile et quelques avantages pour les habitants (par exemple l'abolition du servage) alors que les villes qui obtinrent le plus acquièrent la liberté politique et la véritable autonomie. Il leur fut ainsi reconnu le droit de justice (véritable expression de la puissance publique au Moyen Âge ²¹⁵), la législation municipale, le droit d'imposition, et/ou le droit d'avoir une force armée ²¹⁶ . Dans ces cas, la ville devient une véritable « seigneurie collective » ²¹⁷ ; elle peut donc, ainsi que le rapportent les juristes contemporains de ce processus, être considérée comme souveraine ²¹⁸ . Dans les cas les plus avantageux pour les communes, elles obtiennent ainsi un statut équivalent à celui du seigneur ²¹⁹ ; « conformément aux idées

²¹¹ « Les chartes de communes différaient en quelques points ; mais, uniformes sur les plus importants, toutes abolissaient la servitude personnelle et les taxes arbitraires. Toutes renfermaient un certain nombre de dispositions législatives qui réglaient les principaux actes civils et déterminaient les peines des délits les plus communs, notamment des délits de police. Toutes consacraient le principe que le choix des officiers municipaux appartient aux habitants. Toutes attachaient au pouvoir municipal la manutention des affaires de la commune, le maintien de la police et l'administration de la justice, dans les cas où il s'agissait de statuer sur des points réglés par la Charte. Enfin, et ceci est fort remarquable, tous ces diplômes autorisaient les officiers municipaux à faire prendre les armes aux habitants, toutes les fois qu'ils le jugeaient nécessaire pour défendre les droits et libertés de la commune, soit contre des voisins entreprenant, soit contre le seigneur lui-même. [...] Ces municipalités étaient enfin parvenues à dépouiller la puissance féodale de ce qu'elle avait de menaçant pour l'ordre public, et de plus oppressif pour les citoyens », HENRION DE PANSEY (J.-B.), *Du pouvoir municipal...*, op. cit., pp. 24-26. Nous soulignons.

²¹² JELLINEK explique ainsi ce constat : « au Moyen-Âge, le droit des villes, des corporations, des Églises, des seigneurs est couché par écrit, parce que ce droit est une concession que leur fait l'autorité supérieure. Fixer par l'écriture des droits qu'on tient de soi-même, cela n'a pas de sens », JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit. Deuxième...*, op. cit., pp. 172-173.

²¹³ Les chartes, « c'est [ainsi] la garantie contre l'arbitraire (fiscal, judiciaire, policier) du seigneur, allant jusqu'à l'abolition de certains droits seigneuriaux », ELLUL (J.), *Histoire des institutions. Tome 3...*, op. cit., p. 212.

²¹⁴ « Les villes ont des constitutions très diverses. Leurs magistrats portent des noms différents ou puisent leurs pouvoirs à différentes sources : ici un maire, là des consuls, ailleurs des syndics. Quelques-uns sont choisis par le roi, quelques autres par l'ancien seigneur ou le prince apanagiste ; il y en a qui sont élus pour un an par leurs concitoyens, et d'autres qui ont acheté le droit de gouverner ceux-ci à perpétuité », TOCQUEVILLE (A. de), *Œuvres. Tome III. L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, « NRF-La Pléiade », 2004 (1^{ère} éd. 1856), p. 81.

²¹⁵ ELLUL (J.), *Histoire des institutions. Tome 3...*, op. cit., pp. 169-170.

²¹⁶ ESMEIN (A.), *Cours élémentaire d'histoire du droit...*, op. cit., pp. 341-346.

²¹⁷ Si l'on trouve cette expression tant chez ESMEIN que chez ROUSSILLON, J. ELLUL préfère, quant à lui, parler de « seigneuries d'un type spécial », ELLUL (J.), *Histoire des institutions. Tome 3...*, op. cit., p. 216.

de ce temps-là, les véritables communes furent constituées dans des droits politiques [...]. Il fallait, alors, n'être pas moins que souverain pour pouvoir être libre »²²⁰. Le pouvoir des communes les mieux dotées fait donc figure de pouvoir originaire, en ce que la collectivité participe à l'élaboration de son statut et peut le réviser. Dans tous les cas, il s'agit de la consécration d'un pouvoir présumé naturel, en ce sens que le seigneur reconnaît un phénomène qui a acquis une réalité sociale telle qu'il ne peut plus l'ignorer. En cela, la Charte est bien la consécration juridique d'une réalité sociétale. Le pouvoir communal moyenâgeux est ainsi caractérisé par la double qualité de naturel et d'originaire. Il serait donc, si l'on voulait prendre une comparaison contemporaine et tirer toutes les conséquences de l'emploi du terme de « souveraineté » par BEAUMANOIR, un pouvoir constitutionnel de type politique²²¹. Pour les autres communes, leur pouvoir est moindre et ne peut être qualifié d'originaire ; il n'en demeure pas moins un pouvoir naturel, plus ou moins étendu, et consacré par une charte²²².

Les communes émancipées ne s'organisent pas exactement de la même façon en fonction de leur situation géographique. Trois principaux types d'organisation municipale peuvent ainsi être distingués. Tout d'abord, la *commune* peut se comprendre selon deux sens au Moyen-Âge. Dans un premier sens, elle désigne toute ville ayant une organisation municipale complète, constituant une personne publique et exerçant des droits politiques. Dans un second sens plus étroit, elle désigne les communes jurées c'est-à-dire une forme particulière de communes qui coïncide avec le maximum des

²¹⁸ V. notamment BEAUMANOIR (P. de), *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, Salmon A., 1970 (1^{ère} éd. 1283), 2 vol., 513 et 554 p. Plus récemment, certains juristes ont accepté ce point. Lorsqu'il procède à l'étude des communes du Moyen-Âge, S. REGOURD écrit ainsi que « si l'on s'en [tient] à ces trois domaines privilégiés – justice, fiscalité, défense – il ne serait guère besoin de souligner que l'autonomie entendue sous l'angle contemporain des compétences locales, outrepassait alors singulièrement le cadre de l'autonomie administrative, pour toucher au *noyau dur des fonctions régaliennes, que l'on dira, plus tard, de souveraineté* », REGOURD (S.), « De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie », *op. cit.*, p. 978. Nous soulignons.

²¹⁹ « Dans toutes les villes érigées en communes, il s'éleva un pouvoir qui, habilement secondé par les rois, rivalisa bientôt avec la puissance féodale, et dont les forces combinées avec celles de la couronne, ne tardèrent pas à dépouiller les seigneurs de la plupart des prérogatives qu'ils avaient usurpées sur elles », HENRION DE PANSEY (J.-B.), *Du pouvoir municipal...*, *op. cit.*, pp. 23-24.

²²⁰ BARANTE (A. de), *Des communes et de l'aristocratie*, Paris, Librairie française de LADVOCAT, 1821, p. 5.

²²¹ V. *contra* la position de Jacques ELLUL qui relève qu'« il y a [dans les franchises], en outre des dispositions de droit civil ou pénal, très rarement des dispositions constitutionnelles », ELLUL (J.), *Histoire des institutions. Tome 3...*, *op. cit.*, p. 212.

²²² On trouve la confirmation de la double présomption de naturalité et d'originarité du pouvoir communal (et partant de sa postérité) dans la présentation de cette période dans le rapport n° 1547 du 19 décembre 1882 : « la commune n'est pas une création de la loi ; *elle est née de la nature des choses*. Lorsque la société moderne commence à se dégager du chaos de la féodalité, les communes furent les premiers embryons d'un état social régulier ; et le mouvement de leur affranchissement a été le point de départ des évolutions successives de la Nation vers la liberté politique. Les chartes qu'elles arrachèrent à la puissance féodale les constituaient en général à l'état de véritable souveraineté ». Cité in BOURJOL (M.), *La réforme municipale*, Paris, Berger-Levrault, « L'administration nouvelle », 1975, p. 60. Nous soulignons.

franchises mais qui a ses traits distinctifs et son domaine géographique. Cette commune jurée se trouve principalement dans le Nord de la France et se caractérise principalement par l'existence d'un serment des membres de se porter secours et assistance. L'*Encyclopédie* définit ainsi la commune comme une « espèce de société que les habitants ou bourgeois d'un même lieu contractent entre eux par la permission de leur seigneur, au moyen de laquelle ils forment tous ensemble un corps, ont droit de s'assembler et de délibérer de leurs affaires communes, de se choisir des officiers pour les gouverner, percevoir les revenus communs, d'avoir un sceau et un coffre commun... »²²³. L'organisation générale des communes est cependant très variable même si l'on y trouve toujours un organe délibérant qui porte différents noms (ses membres peuvent également servir d'agent d'exécution). À la tête, est placé un maire. Il existe souvent une multiplicité d'organes délibérants à côté du principal. Leur désignation se fait par l'élection, sans que le suffrage universel soit utilisé. Le *consulat* correspond, ensuite, à un modèle étranger importé d'Italie : les consuls sont élus pour une durée brève (un ou deux ans), normalement au suffrage universel mais les consuls en place peuvent parfois nommer leurs successeurs. Ce modèle s'est principalement développé dans le Sud-est jusqu'à l'Auvergne. Les *villes de prévôtés* continuent enfin, après l'adoption d'une franchise, à être gérées par un prévôt royal ou seigneurial. Le prévôt doit jurer de respecter la franchise, il peut s'entourer d'un corps communal composé de bourgeois. Dans ce dernier cas, l'autonomie municipale est fort restreinte.

La commune est le type d'institutions locales le plus répandu. L'émancipation des villes, favorisée par le Roi en ce qu'elle affaiblissait les seigneurs, dure jusqu'au XIV^e siècle, quand l'État décide de les reprendre en main. Des erreurs de gestion, parfois catastrophiques, lui donnent l'occasion de se réintroduire dans les communes et de les asservir. Selon TOCQUEVILLE, « la liberté municipale a [néanmoins survécu dans une certaine mesure] à la féodalité. Lorsque déjà les seigneurs n'administraient plus les campagnes, les villes conservaient encore le droit de se gouverner. On en rencontre, jusque vers la fin du XVII^e siècle, qui continuent à former comme de petites républiques démocratiques, où les magistrats sont librement élus par tout le peuple et responsable envers lui, où la vie municipale est publique et active, où la cité se montre encore fière de ses droits et très jalouse de son indépendance »²²⁴. À l'opposé, du XV^e au XVII^e siècle, il n'y a pour ainsi dire plus de liberté communale dans les campagnes. Le statut des villes rejoint néanmoins complètement celui du plat pays à la fin du XVII^e siècle. « Les élections [sont en effet] abolies généralement pour la première fois en 1692. Les fonctions municipales furent alors mises *en offices*, c'est-à-dire que le roi rendit, dans chaque ville, à quelques habitants, le droit de gouverner perpétuellement les autres »²²⁵. Les communes sont ainsi largement soumises au pouvoir des intendants ; ce qui correspond bien à l'anéantissement général des libertés municipales. Ce n'est que vers la fin du XVIII^e siècle qu'une série de réformes de l'administration territoriale est entreprise afin de

²²³ Cité in *ibid.*, p. 50.

²²⁴ TOCQUEVILLE (A. de), *L'Ancien Régime et la Révolution*, op. cit., p. 88.

²²⁵ *Ibid.* L'auteur souligne.

rendre un peu de liberté aux communautés locales²²⁶. Parmi l'ensemble des projets, citons en deux particulièrement représentatifs de l'époque. NECKER²²⁷, inspiré par les idées physiocrates selon lesquelles le soutien populaire est nécessaire pour la solidité de la Monarchie, et cherchant à court-circuiter le pouvoir des Parlements, propose, dès 1778, l'élection des assemblées provinciales²²⁸. Malgré l'élection des organes provinciaux, la réforme de NECKER n'a toutefois guère d'ambition libérale ; il ne s'agit pas en effet de créer des organes représentatifs de la volonté de la population, mais, plus modestement, d'éclairer les responsables des décisions. Les intendants conservent d'ailleurs leurs prérogatives en matière de police, d'ordre public et d'exécution des volontés royales. Cette réforme relève dès lors davantage de la déconcentration que de la décentralisation et n'a guère de portée. Quelques années plus tard, en 1787, LOMÉNIE DE BRIENNE²²⁹ propose quant à lui une réforme ambitieuse, se rattachant davantage à la logique décentralisatrice : elle consiste en la formation d'une série d'assemblées aux différents échelons territoriaux. Serait ainsi créée une municipalité dans chaque communauté, une assemblée intermédiaire de « département » dans chaque district et une assemblée provinciale prolongée par une commission intermédiaire dans chaque province dépourvue d'États. « Ces corps, à l'exception des assemblées provinciales, seraient élus, la représentation du Tiers étant doublée dans les assemblées du département et de la province »²³⁰. Ces organes avaient alors deux missions : la gestion des intérêts locaux et l'administration générale du Royaume, sans que leurs délibérations soient directement exécutoires ; elles sont en effet soumises à l'autorité de l'intendant. La mise en œuvre de ce projet s'avère toutefois difficile ; les intendants conservent l'habitude de leur toute puissance et les conditions d'élection ne sont pas jugées satisfaisantes par la population, qui boude majoritairement le premier scrutin municipal de 1788. La réforme échoue,

²²⁶ Pour une présentation de ces réformes, GOJOSSO (E.), *Le concept de République en France (XVI^e -XVIII^e siècle)*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., « Histoire des Idées Politiques », 1998, pp. 336-356.

²²⁷ NECKER (Jacques, 1732-1804). Financier et homme d'État genevois. Il se fait connaître en France dès 1772 par son *Éloge de COLBERT*, couronné par l'Académie française ; il devient directeur du Trésor royal en 1776, puis des Finances (1777-1794). Financier habile et honnête, il tente de faire face à la situation dramatique des finances publiques (dépenses inconsidérées de la Cour et dépenses liées à la Guerre d'Indépendance américaine). Il mène différentes réformes fiscales, mais est obligé de démissionner suite à la publication de son *Compte rendu au Roi* qui décrit l'état des finances tel qu'il est. Il est rappelé en 1788 par la Roi en plein cœur d'une double crise financière et politique. Alors qu'il a réussi à obtenir le doublement des représentants du Tiers État aux États généraux, il est renvoyé le 11 juillet 1789 ; ce qui développe le mouvement révolutionnaire populaire. Rappelé le 15 juillet, il ne parvient pas à redresser la situation économique et financière du pays et quitte les affaires en 1790.

²²⁸ *Mémoire au Roi sur l'établissement des administrations provinciales*, cité in BURDEAU (F.), *Liberté Libertés locales...*, op. cit., p. 20.

²²⁹ LOMÉNIE DE BRIENNE (Étienne-Charles de, 1727-1794). Abbé, il obtient le grade de docteur en 1752. Nommé évêque de Condom en 1760, il est nommé archevêque de Sens en 1788 au terme d'une carrière tumultueuse. Il fut à l'initiative de la construction du Canal (qui porte encore son nom à Toulouse) reliant la Garonne au Canal du midi et rentra à l'Académie française en 1770.

²³⁰ BURDEAU (F.), *Liberté Libertés locales...*, op. cit., p. 24.

laissant entier le chantier de la rénovation de la division générale du Royaume. Face à une situation complexe, les Révolutionnaires se saisissent très rapidement de la question, toute réforme de l'organisation politique du Royaume devant reposer sur une administration territoriale efficace et sûre. L'œuvre révolutionnaire du point de vue institutionnel s'inspire alors largement de l'organisation antérieure des communes et villes de l'Antiquité et du Moyen-Âge.

B. Sous la Révolution française, la population, communauté naturelle, est à l'origine du pouvoir de la collectivité

Les Révolutionnaires de 1789 envisagent très tôt la question de la « division générale du royaume »²³¹ et, de ce fait, celle du devenir des communautés locales. Si le pouvoir royal avait progressivement annihilé les libertés municipales, il n'avait nullement profité de cette reprise en main pour procéder à une rationalisation des découpages du Royaume. Au contraire, on assiste, au cours des XVI^e et XVII^e siècles à une multiplication des circonscriptions. C'est pourquoi il apparaît très vite aux membres de l'Assemblée nationale constituante que la régénération de l'État à laquelle ils aspirent passe nécessairement par une refonte de l'agencement territorial du royaume, « condition nécessaire à la mise en vigueur du nouvel ordre révolutionnaire »²³² envisagé. La déclaration du 4 août 1789, en procédant à l'anéantissement des privilèges des anciennes circonscriptions territoriales, accroît encore un peu plus la nécessité cette réforme²³³. SIEYÈS l'expose très clairement dès le 2 octobre 1789 : « je sens depuis longtemps la nécessité de soumettre la superficie de la France à une nouvelle division. Si nous laissons passer cette occasion, elle ne reviendra plus, et les provinces garderont éternellement leur esprit de corps, leurs privilèges, leurs prétentions, leurs jalousies. La France ne parviendra jamais à cette *adunation*²³⁴ politique si nécessaire, pour ne faire

²³¹ C'est sous cette expression qu'est recensée la question du découpage territorial dans l'index des différents volumes des archives parlementaires. À titre, d'ex., v. *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 782.

²³² LANZA (A.), *L'expression constitutionnelle de l'administration française. Contribution à l'étude des constantes constitutionnelles*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de droit public », t. CXLVIII, 1984 (Préface de Jean BOULOUIS), p. 429.

²³³ « Une constitution nationale et les libertés publiques étant les plus avantageuses aux provinces que les privilèges dont quelques-unes jouissent et dont le sacrifice est nécessaire à l'union intime de toutes les parties de l'Empire, il est déclaré que tous les privilèges particuliers des provinces, principautés, pays, cantons, villes et communautés d'habitants [...] sont abolis sans retour et demeurent confondus dans le droit commun de tous les Français », Article 12 de l'arrêté du 4 août 1789, Séance du 5 août 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. VIII, p. 353.

²³⁴ Vocabulaire emprunté au vieux français (le *Dictionnaire de l'ancien français. Le Moyen âge* – Larousse, « Trésors du français », 1997, p. 11 – considère que les verbes « aduner » et « réunir » sont synonymes), il se définit comme « l'acte d'unir, de lier en un tout des fragments inconstitués » (BAECQUE (A. de), *Le corps de l'histoire. Métaphores et politique (1770-1800)*, Paris, Calmann-Lévy, 1993, p. 123). Chez SIEYÈS, « l'adunation signifiera [ainsi] la réunion de plusieurs corps, tous reconnus comme égaux, et tous susceptibles dès lors de n'en faire qu'un. Elle sera la condition du lien social représentatif propre à une société libérale », BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, Bruylant – L.G.D.J., « La pensée juridique », 2004 (Préface de M. TROPER), p. 166 (les deux citations sont extraites de cet ouvrage).

qu'un grand peuple régi par les mêmes lois et dans les mêmes formes d'administration »²³⁵. THOURET²³⁶ confirme, un mois plus tard, la nécessité de se saisir du moment pour envisager les réformes importantes, faute de devoir s'en abstenir pour toujours. Selon lui, « si le moment actuel n'est pas mis à profit, si la nouvelle division territoriale n'est pas liée à la nécessité d'admettre la Constitution dont elle fera partie, et dont on ne peut plus se passer, il faut y renoncer pour jamais »²³⁷. Dans l'optique du Constituant révolutionnaire, la refonte du territoire est la première étape à l'établissement de la Constitution ; le nouveau régime devra pouvoir s'appuyer sur elle pour se consolider²³⁸.

Les débats relatifs à la nouvelle organisation territoriale du Royaume sont alors l'occasion de préciser la question de l'exercice du pouvoir en son sein. Dans le cadre des débats, le Comité aborde en effet conjointement la question de l'organisation administrative du Royaume et celle de la représentation nationale²³⁹. Il semble ainsi inscrire la question des divisions territoriales dans celle de l'expression du pouvoir de la nation ; la prévention contre toute fédéralisation de la France²⁴⁰ est, en cela, particulièrement exemplaire. *De facto*, les choses ne sont pas aussi simples, ni aussi

²³⁵ SIEYÈS (E.), « Observations sur le rapport du Comité de Constitution, concernant la nouvelle organisation de la France », in *Écrits politiques*, Paris, Éd. des archives contemporaines, « Réimpression », Choix et présentation R. ZAPPERI, 1985, p. 247.

²³⁶ THOURET (Jacques-Guillaume, 1746-1794). Reçu avocat à l'âge de 19 ans, il est nommé procureur syndic de l'assemblée provinciale de la Généralité de Rouen (1787). Enthousiasmé par les principes de la Révolution française, il représente le Tiers État de Rouen aux États généraux. Apparaissant sans véritable attache de parti, il prend alors une part active aux travaux de la Constituante et particulièrement à la division du royaume en départements ainsi que dans la mise en œuvre de la nouvelle organisation judiciaire. La Constituante ayant accompli son mandat, THOURET devient juge au tribunal de Cassation. Accusé sous la Terreur, il est arrêté le 26 brumaire An II et enfermé au Luxembourg. Dénoncé par COUTHON comme complice d'un complot dantoniste, il est condamné à mort par le Tribunal révolutionnaire et exécuté le 22 avril 1794.

²³⁷ THOURET, Séance du 3 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 655 ; le discours est également reproduit in FURET (F.), HALÉVI (R.), *Orateurs de la Révolution française. t. I Les Constituants*, Paris, Gallimard, « NRF-La Pléiade », 1989, p. 1102.

²³⁸ Dans le même sens, LANZA (A.), *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, *op. cit.*, pp. 437-439.

²³⁹ « Le plan de votre Comité embrasse toujours deux ordres de choses dans le même cadre : savoir, la représentation nationale et l'administration provinciale. Pour que l'administration soit bonne, active, vigilante, efficace, il est du plus haut intérêt d'avoir, au-dessous de l'assemblée provinciale, des corps administratifs subordonnés, intermédiaires entre l'assemblée supérieure et les communautés des villes, bourgs et villages », THOURET, Séance du 9 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 725.

²⁴⁰ « Je soutiens toujours que la France n'est point, ne peut pas être une démocratie, elle ne doit pas devenir un "État fédéral", composé d'une multitude de républiques, unies par un lien quelconque. La France doit être *un seul tout*, soumis dans toutes ses parties à une législation et une administration communes » (SIEYÈS souligne), SIEYÈS (E.), « Dire sur la question du veto royal » (7 septembre 1789), in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 237, cité in BEAUD (O.), « Fédéralisme et Fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », in *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, Nouvelle série n° 3, 1999, p. 28.

claires et il faut distinguer les communes des départements. Si, dans les deux cas, les Révolutionnaires pensent les cadres territoriaux de manière duale, ce caractère ne recouvre pas exactement les mêmes choses. Les départements sont ainsi pensés comme faisant partie intégrante de l'administration du Royaume, leur découpage visant avant tout à satisfaire le critère de bonne administration²⁴¹ **(1.)**.

Les communes sont, de leur côté, perçues comme des entités naturellement dotées d'un pouvoir propre. Les travaux de l'Assemblée nationale constituante consacrent dès lors cette donnée de fait **(2.)**.

1. LE DÉPARTEMENT, CIRCONSCRIPTION ADMINISTRATIVE DE L'ÉTAT, NE PRODUIT PAS DE POUVOIR

Le découpage des départements est le fruit d'un long débat, qui oppose le projet du Comité²⁴², largement inspiré par SIEYÈS mais défendu par THOURET (et dans une mesure moindre par TARGET²⁴³), à celui de MIRABEAU²⁴⁴. Le projet du Comité prévoit le découpage du royaume en 80 départements de 324 lieues carrées chacun ; chaque département est lui-même divisé en neuf districts, eux-mêmes regroupant neuf cantons²⁴⁵. Ce projet recherche avant tout une bonne administration du royaume et prend comme critère principal de découpage l'élément territorial²⁴⁶. Face à cette velléité rationalisante, les opposants proposent un autre élément de division ; tant VERDET²⁴⁷ que MIRABEAU²⁴⁸ fondent en effet leur projet respectif sur un découpage démographique des

²⁴¹ Notion développée à l'époque contemporaine par le juge administratif, notamment en matière électorale, la bonne administration peut s'entendre comme « la bonne organisation et [le] bon fonctionnement des pouvoirs publics et des services publics », CE, 18 novembre 1977, *Commune de Fontenay-sous-Bois*, *Leb.* p. 448 ; *RDP* 1978.526, concl. FRANC.

²⁴² Le projet du Comité est présenté par TARGET (député des communes de la prévôté et vicomté de Paris) et THOURET, lors de la séance du 29 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, pp. 202-210.

²⁴³ TARGET (Gui-Jean-Baptiste, 1733-1806). Avocat au Parlement de Paris à partir de 1752 avec lequel il rompt en 1785, année où il devient l'avocat de l'Université et membre de l'Académie française. Député du Tiers État de Paris aux États généraux, dont il devient le président le 18 janvier 1790, il prend une part active à l'écriture de l'acte constitutionnel ; il contribue particulièrement à l'adoption de la nouvelle division de la France en départements. Lors de la nouvelle organisation judiciaire, il entre dans la magistrature, devenant juge, puis président d'un des tribunaux civils de Paris. Sollicité en 1792 pour défendre Louis XVI, il refuse. En 1797, il devient juge au tribunal de Cassation, où il est renommé le 8 avril 1800 ; poste qu'il occupera jusqu'à sa mort. Notons enfin qu'il fut nommé à l'unanimité par ses collègues l'un des commissaires chargés de l'examen du Code civil.

²⁴⁴ MIRABEAU (Honoré-Gabriel RICHETTI, Comte de ; 1749-1791). La jeunesse de MIRABEAU est marquée par un début de carrière militaire houleuse et une succession d'emprisonnements (pour diverses raisons) entre 1774 et 1777. Rejeté par la noblesse aixoise lorsqu'il se présente pour la représenter aux États-généraux, il est finalement élu député du Tiers-État de la sénéchaussée d'Aix. Formidable orateur (ainsi que l'illustre le Serment du jeu de paume), il participe activement, si ce n'est fougueusement, aux travaux de la Constituante, tant sur la division du Royaume que sur la Constitution civile du Clergé. Il est élu le 16 janvier 1791 membre du département de Paris, et le 31 du même mois président de l'Assemblée nationale. Ce tribun extraordinaire, que d'aucuns classent dans la même catégorie que BURKE, meurt de maladie en avril 1791.

²⁴⁷ Député du Tiers-État des communes de la sénéchaussée de Clermont (Auvergne).

départements. Le premier projette ainsi d'organiser le Royaume en 720 grandes communes (équivalentes en taille aux départements) en fonction de l'importance de leur population, celles-ci étant parallèlement découpées en municipalités et regroupées au niveau des anciennes provinces pour former une administration intermédiaire²⁴⁹. Le Comte de MIRABEAU propose, quant à lui, la formation de 120 départements de population similaire²⁵⁰. La double fonction assignée aux départements sert de justificatif aux opposants, qui voient dans leur proposition une manière de mieux assurer la représentation des futurs membres du Corps législatif alors que THOURET, lui, se place essentiellement sur le terrain de l'administration²⁵¹.

Privilégier l'un ou l'autre des deux critères n'est pas neutre du point de vue de l'économie institutionnelle. Le projet de THOURET développe ainsi une approche fonctionnelle du département, supposé être le meilleur cadre possible d'administration

²⁴⁵ TARGET, Séance du 29 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, pp. 202-203. « Le Comité présente 80 divisions nouvelles, parce que sous ces deux rapports, l'étendue de 324 lieues carrées, dont chaque division est composée, paraît la plus avantageuse. Elle donne lieu d'ailleurs à de bonnes subdivisions intérieures, puisque chacune fournit neuf districts de *commune*, qui se fractionnent encore chacun en neuf *cantons* : distribution heureuse, sur laquelle on pourra, avec le temps, établir le mécanisme facile de toutes les parties du régime intérieur de chaque administration », THOURET, Séance du 3 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 656. Souligné dans le texte.

²⁴⁶ Si le projet du Comité retient initialement trois critères (territoire, population et contribution), le territoire est celui qui prédomine dans la vision défendue par ses membres. La méthode retenue est par ailleurs explicitée par SIEYÈS. Elle repose sur plusieurs étapes. Il s'agit tout d'abord d'élaborer un découpage théorique « parfait ». Celui-ci est superposé à d'autres cartes représentant les différents découpages antérieurs ; puis « avec ces différents secours, [on] trace le plus près possible de [ces] divisions géométriques, des limites ou des frontières véritables ». Il est ainsi possible de parvenir à adapter les considérations géométriques avec la réalité topographique (pour le détail de la méthode retenue, v. SIEYÈS (E.), « Observations sur le rapport du Comité de Constitution... », *op. cit.*, pp. 248-250 ; citation p. 248). Conformément à cette conception, TARGET consacre, quant à lui, la première partie de sa présentation du projet à la « base territoriale » du découpage ; celle-ci sert ensuite de prisme pour analyser les deux autres éléments. La prépondérance du critère territorial repose notamment sur le fait qu'il est *invariable* à l'opposé des deux autres (Séance du 29 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, pp. 202-204). En ce sens, on a parfois présenté THOURET et le Comité comme les « géomètres » en opposition aux « géographes » (MIRABEAU), v. TURPIN (D.), « Provinces et départements », in MOREAU (J.), VERPEAUX (M.) (Sous la direction), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Paris, Economica, « Droit public positif », 1992, pp. 187-202.

²⁴⁸ « J'ai admis pour principe, dans le plan que j'ai formé, de ne donner d'autre égalité aux départements que celle de la population et d'importance, j'ai déjà montré que l'égalité de territoire ne peut pas être prise pour base des départements, à moins de vouloir les rendre nécessairement inégaux », MIRABEAU, Séance du 10 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 733.

²⁴⁹ Séance du 3 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 658.

²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 659-664.

²⁵¹ « C'est des *départements administratifs* surtout qu'il convient essentiellement de borner l'étendue. Cette précaution est nécessaire politiquement, et d'ailleurs l'intérêt de chaque territoire administré l'exige », THOURET, Séance du 3 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 656. Nous soulignons.

alors que, de son côté, le projet de MIRABEAU met en avant la population²⁵², privilégiant, ce faisant, la fonction de cadre de désignation du Corps législatif. Les deux questions ne soulèvent pas les mêmes enjeux ; il apparaît d'ailleurs peu opportun de les traiter dans le même projet tant elles relèvent de deux registres différents. D'un côté, la désignation des membres du Corps législatif semble appeler un critère démographique afin que la représentation soit la plus juste possible. Mais une division démographique n'assure pas que les territoires découpés présenteront une pertinence en matière d'administration. À l'opposé, le choix du critère strictement territorial vise l'efficacité de l'administration, au détriment de l'équité de la représentation. La dialectique opposant territoire et population apparaît, d'ailleurs, dès avant la présentation du contre-projet de MIRABEAU²⁵³. En fait, elle est présente dès les premières critiques du projet du Comité. Trois griefs principaux lui sont alors adressés : l'anéantissement de la structure de la province, l'affaiblissement de ces mêmes provinces en les désunissant et l'impraticabilité de la réforme²⁵⁴. Les deux premières critiques relèvent bien de l'opposition entre la prise en compte de groupes humains ayant une identité commune ou leur dépassement par une nouvelle division territoriale. En s'appuyant sur le critère territorial, le projet du Comité tente de faire *tabula rasa* des identités locales antérieures²⁵⁵ ; il s'agit donc bien, dès le départ, d'une lutte entre la promotion d'un élément de découpage neutralisant politiquement le territoire et le maintien de véritables corporations territoriales (avec le pluralisme que cela implique) afin de parvenir à une homogénéisation du territoire²⁵⁶, seule garante de la liberté nationale²⁵⁷.

Les Révolutionnaires se trouvent ainsi face à un dilemme, causé à la fois par leur volonté initiale de simplification des découpages territoriaux et par « l'absence de [tout]

²⁵² « Si c'est pour les hommes et non pour le sol, si c'est pour administrer et non pour défricher qu'il convient de former les départements, c'est une mesure absolument différente qu'il faut prendre. L'égalité d'importance, l'égalité de poids dans la balance commune, si je puis m'exprimer ainsi, voilà ce qui doit servir de base à la distinction des départements ; or, à cet égard, l'étendue n'est rien et la population est tout », MIRABEAU, Séance du 3 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 660.

²⁵³ Séance du 10 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, pp. 731-736.

²⁵⁴ Sur la présentation par THOURET de ces critiques, Séance du 9 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, pp. 724-728.

²⁵⁵ D'autant plus qu'elles constituent, aux yeux des Révolutionnaires, et ainsi qu'il a déjà été évoqué des privilèges au profit des collectivités à qui elles ont été reconnues.

²⁵⁶ Relevons, à titre d'exemple, l'intervention du député GOSSIN pour qui « la France doit cesser d'être un assemblage de pièces posées les unes à côté des autres sans adhérence mutuelle ; nos Assemblées nationales ne seront plus vouées à l'impuissance et à l'inaction auxquelles les destinait un défaut de liaison des parties et le contraste de chaque administration particulière. L'esprit public triomphera de ce barbare monument, résultat informe du développement successif du système féodal », Séance du 21 décembre 1789, 4^e annexe, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. X, p. 703.

²⁵⁷ Sur ce point, v. les nombreuses citations proposées par Olivier BEAUD, in « Fédéralisme et Fédération en France... », *op. cit.*, pp. 30-31.

choix préalable sur la nature du phénomène administratif et sur sa place dans la construction constitutionnelle d'ensemble »²⁵⁸. Le traitement conjoint des deux questions de l'administration et de la représentation soulève en effet une dialectique inconciliable entre des considérations irréductibles les unes aux autres. Il faut d'ailleurs remarquer que certains orateurs, conscients du brouillage opéré par la volonté de traiter simultanément ces deux questions, cherchèrent à atténuer cette confusion. Il y aurait dès lors « deux manières de donner à la population toute l'influence politique : l'une, d'avoir des espaces inégaux, également peuplés, qui exerceront la même influence ; l'autre, d'avoir des espaces égaux, inégalement peuplés, qui influenceront d'une manière inégale »²⁵⁹. Cette dernière position sacrifie toutefois la nécessité d'une bonne administration pour se concentrer sur la fonction politique des circonscriptions départementales.

Au terme des débats, l'Assemblée doit se prononcer sur le projet du Comité en répondant successivement à deux questions. La première d'entre elles, formulée par BARNAVE²⁶⁰, traite de la réalisation ou non d'une nouvelle division du royaume²⁶¹ ; l'Assemblée y répond positivement. La seconde porte quant à elle sur le nombre de départements : « les premiers départements seront-ils au nombre de 80, plus ou moins ? »²⁶². Jugée trop imprécise, un amendement déposé par DÉMEUNIER²⁶³ la reformule en fixant le nombre de départements entre 75 et 85²⁶⁴. Les députés répondent

²⁵⁸ LANZA (A.), *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, op. cit., p. 440.

²⁵⁹ TARGET, Séance du 11 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 745.

²⁶⁰ BARNAVE (Antoine Joseph Marie, 1761-1793). Avocat protestant dauphinois, il est, avec Mounier, l'un des leaders de la révolution dauphinoise de 1788 et, grâce à son argumentation et à ses connaissances, le meilleur orateur des États Généraux et de la Constituante après Mirabeau. Il est l'un des fondateurs du Club des Jacobins, anciennement Société des Amis de la Constitution et de la Liberté, et il constitue, avec Duport et Alexandre Lameth, le *triumvirat* qui peu à peu prend la tête du parti patriote, s'opposant aux ministres. Président de la Constituante en octobre 1790, il est alors très populaire, popularité qui décroît chez les démocrates car Barnave est opposé au suffrage universel et à l'émancipation des esclaves aux colonies. Il se rapproche de la famille royale en 1791 ; il est finalement arrêté le 15 août 1792 et exécuté le 29 octobre 1793.

²⁶¹ La question était : « sera-t-il procédé à une nouvelle division du royaume, pour la formation des départements de représentation et d'administration ? ». Délibération proposée par BARNAVE, Séance du 9 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 728.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ DÉMEUNIER (Jean-Nicolas, 1751-1814). Écrivain royaliste, il adopte les opinions du Tiers lorsque commence la Révolution française. Élu député des communes de la ville de Paris, il prend une part active aux grandes réformes entreprises par l'Assemblée constituante (notamment sur la question de l'organisation des pouvoirs dans le cadre de la préparation de la nouvelle Constitution). Il n'adopte toutefois jamais l'idéologie républicaine et s'exile aux États-Unis jusqu'à la fin de la Révolution. Il est nommé par BONAPARTE au sein du Tribunat (dont il devient président) puis intègre le Sénat en 1802.

²⁶⁴ Séance du 9 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 759. La loi du 15 janvier 1790 fixera finalement leur nombre à 83.

également positivement à cette seconde question. L'Assemblée vient ainsi de déterminer les principes théoriques du découpage des départements, validant les présupposés de THOURET. On peut donc déduire de ce vote que les départements sont avant tout conçus comme des circonscriptions territoriales devant permettre d'assurer une saine administration du Royaume. Cette présomption administrative est confirmée par le décret du 22 décembre 1789 et par la Constitution du 3 septembre 1791. Le premier, contrairement au décret du 14 décembre 1789, ne reconnaît pas de pouvoir propre aux départements. Ils ne sont qu'une administration d'exécution placée sous l'inspection du Corps législatif ou du Roi²⁶⁵. De son côté, la Constitution de 1791 dispose que « le Royaume est un et indivisible : son territoire est distribué en quatre-vingt-trois départements, chaque département en districts, chaque district en cantons »²⁶⁶ ; les départements, simples circonscriptions administratives, participent à l'administration du Royaume sans générer en eux-mêmes de pouvoir. De ce point de vue, l'objectif de préservation du caractère unitaire du royaume, contre les tendances fédératives, est atteint ; « bien avant le décret du 25 septembre 1792 sur l'unité et l'indivisibilité de la République, la victoire du département comme unité administrative de base signifie la victoire de ce grand principe révolutionnaire »²⁶⁷. L'acceptation d'une Constitution municipale au sein de la Constitution nationale relève quant à elle d'une logique différente.

2. L'ACCEPTATION D'UNE « CONSTITUTION MUNICIPALE » ANTÉRIEURE ET EXTÉRIEURE À L'ÉTAT : LES COMMUNES GÈNÈRENT UN POUVOIR LOCAL NATUREL

Contrairement aux départements, les communes ne sont pas une création de l'Assemblée constituante. « Réalités vivantes »²⁶⁸, elles ont une existence antérieure à celle de l'État et ont déjà connu de véritables pouvoirs. L'abolition des « privilèges » et « franchises » dont bénéficiaient les communes conduit toutefois à leur effacement en tant que structures intermédiaires ; ce qui se traduit, dans ce cas également, par la nécessité de « reconstruire » une architecture territoriale. Dans cette optique, les membres de la Constituante débattent du réagencement communal. Deux projets s'affrontent : d'un côté, le Comité envisage d'établir des « grandes communes » tandis que, de l'autre, MIRABEAU propose le maintien des municipalités dans le cadre des anciennes paroisses.

Dans sa quatrième section, le projet du Comité propose ainsi d'établir des municipalités, qui constitueront un « second édifice politique »²⁶⁹, consacré dans l'expression « *Constitution municipale* »²⁷⁰. Celle-ci semble alors se positionner aux

²⁶⁵ Décret du 22 décembre 1789, Section III, art. 1^{er} et 2.

²⁶⁶ Titre II, art. 1 de la Constitution du 3 septembre 1791, disponible notamment sur le site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constitution/c1791.htm>. Nous soulignons.

²⁶⁷ Pour une analyse de la division du Royaume comme « refus de la "République fédérative" », v. BEAUD (O.), « Fédéralisme et Fédération en France... », *op. cit.*, pp. 26-31. Citation p. 26.

²⁶⁸ LANZA (A.), *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, *op. cit.*, p. 634.

côtés de la « Constitution nationale »²⁷¹ ; les « municipalités ne peuvent [en effet] être élémentaires d'aucun pouvoirs gouvernants »²⁷². THOURET, quand il présente les organes communaux, évoque d'ailleurs « le petit État municipal »²⁷³, laissant croire à un dualisme d'expression du pouvoir politique. Cet agencement, s'il se justifie par le double caractère naturel et privé des collectivités municipales, n'implique toutefois pas l'autonomie globale des grandes communes ; la création/reconnaissance des Municipalités doit satisfaire aux critères généraux de division du royaume posés par le Comité. Les Municipalités sont ainsi conçues comme des subdivisions immédiatement infradépartementales, dont le nombre a été fixé à 720, en fonction de critères nationaux et indépendamment de toutes les réalités sociales territoriales²⁷⁴. L'assiette territoriale, dont l'importance renvoie à une conception fonctionnelle des Municipalités, paraît contradictoire avec l'affirmation, « sous ses apparences laudatives et optimistes »²⁷⁵, de l'autonomie municipale. Face à ce projet, les débats se déroulent difficilement, la question des Municipalités passant après les « découpage et définition des unités territoriales supérieures (TARGET) ; ou la justification requise pour être électeur ou éligible dans les municipalités (DEFERMON²⁷⁶) »²⁷⁷. Ce n'est qu'avec l'intervention de MIRABEAU, qui s'opposant au projet du Comité, propose la transformation des paroisses en Municipalités

²⁶⁹ Ainsi que l'écrit SIEYÈS en conclusion de sa présentation de la nouvelle division territoriale du Royaume : « telle sera la nouvelle *base territoriale* sur laquelle nous aurons à élever [...] *deux édifices politiques* [nous soulignons], savoir, une constitution *nationale*, et une constitution *municipale* », SIEYÈS (E.), « Observations sur le rapport du Comité de Constitution... », *op. cit.*, p. 253. L'auteur souligne.

²⁷⁰ « Nous avons vu jusqu'ici que dans chaque commune la représentation nationale pour la législature, et la représentation provinciale pour l'administration générale, tirent leurs éléments des assemblées primaires. Ces deux établissements composent ensemble le grand édifice national. C'est sur la même base, c'est-à-dire sur la même assise des assemblées primaires, qu'il s'agit d'élever un second édifice politique qui est la *Constitution municipale* », THOURET, Séance du 29 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 208. Souligné dans le texte.

²⁷¹ Ainsi que l'illustre Michel GUILLOT en annexe de son article « Le gouvernement municipal de THOURET. À propos d'un projet méconnu », in GAILLARD (M.) (Sous la direction), *Institutions et territoire*, Lyon, P.U.L., 1993, p. 54.

²⁷² THOURET, Séance du 29 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 208.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ « S'il est important de donner à la nation l'énergie et la puissance nécessaires pour défendre sa liberté, et aux municipalités une consistance utile et respectable dans leurs territoires, cette double considération doit vous porter à constituer les 720 grandes communes du royaume, en autant de corps de municipalité », THOURET, Séance du 29 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 208.

²⁷⁵ SAUTEL (G.), « La Révolution française », in FOUGÈRE (L.), MACHELON (J.-P.), MONNIER (F.) (Sous la direction), *Les communes et le pouvoir de 1789 à nos jours*, Paris, P.U.F., 2002, p. 65. L'auteur va alors jusqu'à se demander s'il ne faut pas voir dans le discours de THOURET « une nouvelle version de l'apologue "Le renard et la cigogne" ».

²⁷⁷ SAUTEL (G.), « La Révolution française », *op. cit.*, p. 65.

que les débats prennent véritablement forme, grâce à la confrontation d'un projet alternatif. Celui-ci, qui aboutit à la création de quelques 44 000 municipalités, repose quant à lui sur les commodités administratives et la volonté de prendre en considération le maillage sociologique préexistant. L'opposition est frontale, directe et donne lieu à un âpre débat entre les deux hommes.

THOURET s'oppose, au nom du Comité, à la proposition de MIRABEAU en avançant trois séries d'arguments favorables selon lui à la création des « districts communaux ». Il lui semble tout d'abord qu'il faut que les communes aient une taille qui les rende (économiquement) viables. Or, le projet de MIRABEAU entraînerait une trop grande dispersion des coûts²⁷⁸. THOURET soulève ensuite l'argument de la formation de l'esprit public. Une commune trop petite ne favorisera pas l'intérêt et la participation des habitants alors qu'il s'agit, selon lui, « de former l'esprit public à l'habitude des affaires »²⁷⁹. Enfin, et l'on retrouve l'argument déjà invoqué pour les départements, il faut profiter de l'époque ; si les innovations les plus radicales ne sont pas faites maintenant, elles ne le seront jamais. De son côté, MIRABEAU développe une critique de la création de 720 « grandes communes »²⁸⁰ reposant également sur trois arguments principaux. Il reproche, tout d'abord, au projet du Comité d'instaurer des inégalités démographiques là où il prétend les résorber²⁸¹, à travers un traitement indifférencié de la réalité du territoire. Dans cette veine, MIRABEAU fait apparaître la question des rapports entre milieux urbains et ruraux. Selon lui, il existerait dans le traitement homogène du territoire, envisagé par le Comité, un risque de domination des villes sur les villages dans le cadre de la procédure électorale²⁸² alors que c'est la campagne qui devrait être valorisée²⁸³. Le troisième argument soulevé fait le lien entre les deux précédents : l'artificialité du

²⁷⁶ DEFERMON DES CHAPELIÈRES (Joseph, vers 1756-1831). Procureur au Parlement de Bretagne, puis député des communes de la sénéchaussée de Rennes. Il ne prend que rarement la parole à la tribune mais travaille activement dans les comités ; il est élu président de l'Assemblée le 19 juillet 1791. Intéressé par de nombreux sujets, il se distingue notamment lors de la discussion du projet de loi sur la presse et par sa proposition que les Noirs nés libres soient admis à l'exercice des droits de citoyen actif. Un temps membre du Comité de Salut Public, avec lequel il prend rapidement ses distances, il intégrera le Conseil des Cinq-cents (qu'il présidera en 1796) puis le Conseil d'État après le 18 Brumaire (nommé par BONAPARTE auquel il restera fidèle jusqu'au bout). À la chute de l'Empire, il est contraint à l'exil.

²⁷⁸ « La multiplication de ces corps multiplierait [sic] inévitablement les dépenses, parce qu'il y a une grande partie de leurs frais nécessaires et habituels qui seront les mêmes pour un petit ressort que pour un plus grand », THOURET, Séance du 9 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 725.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 726.

²⁸⁰ « J'ai découvert une foule d'objections contre l'établissement de sept cent vingt communes, que l'on suppose devoir être de trente-six lieues carrées ; il est facile de voir que ces sous-divisiones seraient encore plus inégales que celles des départements », MIRABEAU, Séance du 10 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 732.

²⁸¹ « Sur une moindre surface, les lacunes de la population doivent être plus sensibles. Entre des espaces plus resserrés, les compensations en tous genres sont moins faciles. Cette prétendue unité administrative que l'on veut mettre dans le royaume serait ainsi formée d'éléments qui n'auraient aucune proportion », *ibid.*

découpage proposé, et la répartition inégale de la population qui en résulte²⁸⁴, rendent impossible une application stricte de la procédure électorale prévue dans le projet du Comité²⁸⁵. Fort de ce constat négatif, il conclut en repoussant la logique générale du projet du Comité en ce qu'elle cherche à distinguer pouvoir municipal et pouvoir national à travers l'assimilation des structures administratives et électorales. Or, selon MIRABEAU, une telle distinction est inutile puisque des principes identiques sont à l'origine de ces deux pouvoirs²⁸⁶. Proposant une autre voie que le plan du Comité, il défend l'augmentation des circonscriptions intermédiaires²⁸⁷ afin de ne pas avoir à créer de grandes communes. Ce faisant, MIRABEAU propose la consécration du *statu quo ante* pour les circonscriptions inférieures, ce qui aboutit à la création de 44 000 communes, dans le cadre des paroisses, mettant là encore en avant l'élément humain. Plus que les arguments développés par MIRABEAU, le caractère radical de la proposition de THOURET et le contexte politique (la « Révolution municipale » incite en effet autant à la prudence qu'à la célérité²⁸⁸) jouent comme des repoussoirs. Les débats sont d'ailleurs d'une extrême brièveté et aboutissent assez rapidement à la question fatidique de savoir s'il y aura des municipalités dans chaque ville, bourg et village, à laquelle les parlementaires répondent affirmativement²⁸⁹. Il faut alors tenter d'expliquer le choix des membres de l'Assemblée nationale constituante.

²⁸² « Je me demande si les députés qui seraient envoyés par les assemblées primaires de la ville ne seraient pas en trop grand nombre relativement aux députés des assemblées primaires des villages, s'ils n'auraient pas sur ces derniers une prépondérance trop sensible, s'ils ne décideraient pas du sort du scrutin dans toutes les élections, s'ils ne dirigeraient pas l'administration d'une manière absolue ? Ce dernier motif est celui qui m'a décidé le plus fortement contre l'établissement des communes : nous avons attaqué tous les genres d'aristocratie ; celle que pourraient exercer les villes sur les villages seraient-elles moins dangereuses ? », *ibid.*

²⁸³ « Le but de toute bonne société ne doit-il pas être de favoriser les habitants de la campagne, je dis plus, de les honorer, de leur faire sentir à elles-mêmes leur propre importance ? », *ibid.*

²⁸⁴ « On observe dans le plan du Comité que ce qui manquera en population dans quelques cantons se trouvera en excédant dans les autres ; mais cela ne répond à rien car là où il y aura excédent, les assemblées primaires seront multipliées, mais là où la population sera nulle ou insuffisante, le plan du comité ne dit point comment on y suppléera », *ibid.*, pp. 732-733.

²⁸⁵ « Il y aura certainement des cantons qui n'auront pas 200 votants ; je demande dans ce cas si de pareils cantons n'auront point d'assemblée, ou s'ils auront un député sans avoir 200 votants », *ibid.*, p. 733.

²⁸⁶ « Quel est donc le principe qui a dirigé le Comité ? Il a voulu distinguer le pouvoir municipal du pouvoir national. Selon lui, le premier n'a trait qu'à l'intérêt privé, le second est relatif à l'intérêt de tous ; mais cette distinction est inutile. Les assemblées municipales doivent être peu nombreuses et permanentes ; les assemblées électives doivent être générales et momentanées ; ce premier caractère suffirait donc pour les distinguer, et les pouvoirs municipaux et nationaux ne seraient pas confondus, quand même on n'adopterait pas le plan du comité », *ibid.*

²⁸⁷ « Premièrement, j'ai pensé qu'il était possible d'augmenter le nombre de départements de manière que les assemblées communales devinssent inutiles sans que l'administration perdît de sa force ou de sa surveillance », *ibid.*

²⁸⁸ Séance du 12 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. X, p. 7.

Deux courants d'interprétation peuvent, classiquement, être dégagés. La thèse de l'« aboutissement »²⁹⁰ est la plus répandue ; elle se fonde sur le fait que les Révolutionnaires se seraient contentés d'entériner la situation existante, les paroisses devenant les communes. Il s'agirait donc d'un acte de conservatisme. Cette explication paraît peu satisfaisante car créer 44 000 communes ne peut être qualifié de conservatisme²⁹¹. Il faut donc dépasser ce premier point. De son côté, la thèse du caractère « aberrant » repose sur une critique de l'émiettement communal qui résulte d'une décision insensée fondée sur une passion pour l'égalité. Ce courant n'explique rien, se contentant de critiquer, et il n'est guère intéressant. Face à cette opposition, Henry ROUSSILLON a proposé une troisième voie, qui présente l'intérêt de s'appuyer sur les caractères propres de la commune révolutionnaire. Selon cet auteur, la fin du XVIII^e siècle est caractérisée par le début de la première Révolution industrielle et par une modification sensible des équilibres entre ville et campagne. Créer 44 000 communes est alors, selon cet auteur, la seule solution « qui permette le maximum de conciliation entre les caractères traditionnels de la commune, caractères communautaire et urbain, et les impératifs dus au nouveau contexte sociologique et politique fait d'un équilibre entre monde rural et monde urbain ; ainsi il s'agit moins d'un abandon des caractères traditionnels des communes que de leur adaptation à une situation nouvelle »²⁹². La solution retenue en 1789 est celle qui porte le moins atteinte aux deux principales caractéristiques de la commune, que sont ses caractères communautaire et urbain²⁹³. La constitution des grandes communes obligeait en effet à associer totalement ville et commune ; elle présentait donc le risque d'un écrasement numérique des villes par les campagnes dans le cadre de la nouvelle commune²⁹⁴. Selon H. ROUSSILLON, la thèse des « petites communes » est ainsi la moins mauvaise pour la préservation de l'essence de la commune. « La petite commune apparaît seule capable de traduire au niveau des institutions administratives locales, l'équilibre fondamental mais précaire, qui caractérise

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ Nous reprenons les expressions forgées par Henry ROUSSILLON dans sa thèse de doctorat, *Les structures territoriales des communes...*, *op. cit.*, p. 262.

²⁹¹ En ce sens, *ibid.*

²⁹² *Ibid.*, p. 266.

²⁹³ En ce sens, v. l'intervention du député DELANDINE, Séance du 4 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, pp. 672-673 et celle du député de SINÉTY, Séance du 5 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 690.

²⁹⁴ « Ces grandes communes doivent absorber, dans le projet du comité, les administrations particulières des villes et villages ; cette suppression étant faite avec l'arrière-pensée de mettre fin à l'agitation politique qui se manifestait à l'échelon urbain ainsi qu'à la domination souvent persistante du seigneur ou du curé, dans les villages ». Cela permettait également de soumettre « [les] villes les plus révolutionnaires à la domination des campagnes modérées », répondant ainsi à ce que désirait l'aile droite de la Révolution, selon les analyses croisées de MM. BOURJOL, SAUTEL et HAROUEL. V. BOURJOL (M.), *La réforme municipale*, *op. cit.*, pp. 380-383. Pour la première citation, SAUTEL (G.), HAROUEL (J.-L.), *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Paris, Dalloz, « Précis », 1997, 8^e éd. (1^{ère} éd. 1970), p. 85.

la Société à partir de la fin du XVIII^e, équilibre entre un monde rural et un monde urbain »²⁹⁵. Si l'on peut émettre quelques réserves sur le caractère nécessaire de la préservation du caractère urbain des communes²⁹⁶, il est en revanche incontestable que le choix des petites communes renforce le caractère communautaire de ces structures. On privilégie ainsi la dimension démographique sur les éléments territoriaux et/ou fonctionnels, confirmant la consécration par les Révolutionnaires des caractéristiques communales issues de l'histoire.

L'affirmation de cette conception communautaire des institutions communales n'est pas sans incidence sur l'ordonnement du pouvoir au sein du Royaume. Il semble ainsi être simultanément admis l'antériorité de la commune sur l'État et l'existence d'un pouvoir municipal distinct du pouvoir national²⁹⁷. La préexistence des communes se retrouve d'ailleurs dans l'article 8 de la Constitution du 3 septembre 1791, selon lequel « les citoyens français considérés sous le rapport des relations locales qui naissent de leurs réunions dans les villes et dans certains arrondissements du territoire des campagnes, forment les Communes »²⁹⁸. Cet article semble bien consacrer l'antériorité de l'association communale par rapport à l'État, l'inscription de la réalité humaine communale dans le texte fondamental de 1791 confirmant que l'État ne peut que constater leur existence. La réalité communale, fait naturel, s'imposerait ainsi au législateur. Cette antériorité des communautés humaines locales explique l'admission d'un pouvoir qui leur soit propre. L'article 49 du décret du 14 décembre 1789 en tire en effet les conséquences lorsqu'il dispose que « les corps municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir, *les unes propres au pouvoir municipal*, les autres propres à l'administration générale de l'État et subdéléguées par elle aux municipalités »²⁹⁹. Le pouvoir municipal apparaît dès lors certes naturellement originaire et hétérogène par rapport à l'État, mais également circonscrit dans sa portée. Il n'est pas un pouvoir général de la collectivité territoriale, mais l'admission d'un cercle (nécessairement restreint) d'activités³⁰⁰.

²⁹⁵ ROUSSILLON (H.), *Les structures territoriales des communes...*, *op. cit.*, p. 272.

²⁹⁶ V. en ce sens la position développée par MIRABEAU dans son contre projet, Séance du 10 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 732.

²⁹⁷ « Gardons-nous donc de confondre le pouvoir municipal, qui a *sa nature propre et son objet à part*, avec les pouvoirs nationaux qui s'exercent tant par la législature, que par l'administration générale. Les pouvoirs nationaux existent et sont exercés pour l'intérêt et pour les besoins communs de la nation ; le pouvoir municipal n'a trait qu'à l'intérêt privé et aux besoins particuliers de chaque district municipalisé », THOURET, Séance du 29 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 726. Nous soulignons.

²⁹⁸ Dans le même sens, Maurice BOURJOL cite le décret des 10-11 juin 1793, selon lequel « une commune est une société de citoyens unis par des relations locales », in *La réforme municipale*, *op. cit.*, p. 46.

²⁹⁹ Nous soulignons.

³⁰⁰ Dans le même sens, LANZA (A.), *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, *op. cit.*, p. 474. Pour une analyse de ce thème, v. *infra* le Titre I de la Partie II.

Il ne faut, de plus, pas voir dans cette « originarité » du pouvoir municipal une marque de l'intégration des communes à l'expression du pouvoir politique. « L'autorité municipale n'est pas une autorité politique, c'est une autorité de famille et de cité que le peuple confère librement et pour un temps »³⁰¹. Aussi, « ce que veut dire à l'origine l'expression "pouvoir municipal", c'est qu'il s'agit d'un pouvoir originaire et exclusif de la commune, dont celle-ci, en tant que telle, est titulaire en propre, sans qu'il soit besoin de lui trouver une attribution par l'État. On fait allusion ainsi indiscutablement au caractère "naturel" de la commune (héritage clair du "jusnaturalisme" physiocratique) dans la mesure où il s'agit d'une communauté qui, avant toute régulation étatique, pouvait déjà se prévaloir de ses propres titres de pouvoir »³⁰². « La municipalité est, par rapport à l'État, précisément ce que la famille est par rapport à la municipalité dont elle fait partie. Chacune a des intérêts, des droits et des moyens qui lui sont particuliers ; chacun entretient, soigne, embellit son intérieur, et pourvoit à tous ses besoins, en y employant ses revenus, sans que la puissance publique puisse venir croiser cette autorité domestique, tant que celle-ci ne fait rien qui intéresse l'ordre général. Il ne faut pas conclure de là que les municipalités soient indépendantes des pouvoirs publics ; *disons qu'elles sont soumises à ces pouvoirs, mais qu'elles n'en font pas partie* ; disons qu'elles sont soumises à ces pouvoirs comme les individus, comme les familles privées, qu'elles doivent l'obéissance aux actes de la législature, et qu'elles dépendent du pouvoir exécutif, soit par les corps administratifs, soit par les tribunaux dans tout ce qui est du ressort du pouvoir judiciaire »³⁰³. Il n'est donc pas question de la mise en jeu d'un pouvoir politique, que monopolise le Corps législatif, seul compétent pour définir les intérêts de la nation. Le pouvoir communal est un pouvoir privé « parce que les affaires autour desquelles [il] se constitue sont des affaires privées, propres à ses membres, qui n'affectent pas comme telles la communauté politique et à propos desquelles *celle-ci ne présente aucune exigence* »³⁰⁴. On retrouve ici la conception classique de la commune, déjà développée au Moyen-Âge ; le fait qu'il s'agisse d'un pouvoir privé justifie l'acceptation de son expression dans le cadre d'un État unitaire. Si l'État unitaire ne connaît en effet classiquement qu'un seul pouvoir public (le pouvoir souverain étatique), il n'épuise pas pour autant l'intégralité du phénomène de pouvoir. Celui-ci se développe, en marge de l'État, dans le cadre de la société. La conception privatiste du pouvoir communal s'inscrit alors dans la logique du développement de l'expression de la société civile face à l'État.

³⁰¹ Abbé MAURY, Séance du 2 décembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. X, p. 356.

³⁰² GARCIA DE ENTERRIA (E.), *Révolution française et administration contemporaine*, Paris, Economica, « Droit public positif », 1993, p. 112.

³⁰³ THOURET, Séance du 29 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, pp. 726-727. Nous soulignons.

³⁰⁴ GARCIA DE ENTERRIA (E.), *Révolution française...*, *op. cit.*, p. 113. Nous soulignons. Notons également ce propos de THOURET devant l'Assemblée constituante : « nous entendons toujours, dans la Constitution, par utilité publique, ce qui est général ; car ce qui n'est que communal n'est pas public, de telle sorte que les communes ne doivent être considérées que comme individu et comme chose privée et non pas comme chose publique appartenant à l'organisation générale », THOURET, Séance du 9 août 1791, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. XXIX, p. 299.

Si le pouvoir municipal n'est pas politique par son objet, il acquiert cependant une fonction politique à partir du moment où le pouvoir central s'engage à le respecter. « Cette exigence du respect par l'État du libre développement *in suo ordine* du pouvoir municipal est la clé de l'identification du municipalisme [...], et trouve sa justification dans l'apologie d'une sphère de vie sociale libre par rapport à l'État ; elle parviendra à son expression la plus élaborée avec l'insertion du pouvoir municipal dans la doctrine de la division des pouvoirs, que propose Benjamin CONSTANT. Ce qui implique son indépendance au regard des autres pouvoirs de l'État »³⁰⁵. Le pouvoir municipal, pouvoir naturel, exerce alors une fonction politique, à travers l'engagement de l'État de le respecter³⁰⁶ (ce respect étant lui-même fondé sur la prise de conscience du caractère antérieur des communes par rapport à l'État, donc sur sa naturalité présumée). Le pouvoir municipal n'est toutefois pas, dans cette perspective, naturellement et ontologiquement politique. Il n'est pas perçu comme un pouvoir de domination, identique à celui de l'État ; sa politicalité n'est acquise qu'à travers les fonctions qu'il remplit dans l'ordre social³⁰⁷. On touche là une des limites de la conception révolutionnaire (et plus généralement française) du pouvoir municipal, en ce que son caractère politique ne résulte que d'une fonctionnalisation du pouvoir municipal par l'État³⁰⁸. Bien que les caractères naturel et originaire de ce pouvoir soient unanimement admis et partagés par les Révolutionnaires, il faut néanmoins, d'ores et déjà, distinguer pouvoir originaire et pouvoir politique, que l'on ne peut assimiler et réduire l'un à l'autre³⁰⁹.

Les équilibres établis à la Révolution française perdurent depuis lors et n'ont jamais été remis en cause. Le découpage communal, bien que critiqué depuis le début de la seconde moitié du XX^e et malgré quelques réformes timides et/ou malmenées³¹⁰, est toujours en vigueur. De leur côté, les départements se sont densifiés et la population départementale a peu à peu pris conscience de son unité et de ses intérêts communs, conférant une réalité démographique et politique à des structures dont la dimension territoriale a longtemps prévalu. Le législateur semble, de son côté, également avoir admis ce point. La région connaît, quant à elle, le même mécanisme, encore inachevé

³⁰⁵ GARCIA DE ENTERRIA (E.), *Révolution française...*, op. cit., pp. 113-114.

³⁰⁶ « Le pouvoir municipal accède au niveau politique dès lors que l'État s'impose de respecter formellement son existence et son domaine propre », *ibid.*, p. 113.

³⁰⁷ « L'aménagement administratif de l'espace territorial est, en réalité, une *condition essentielle de la mise en vigueur des institutions nouvelles* car cet aménagement fait, de l'Administration, le *moyen d'exercice par excellence du pouvoir politique dans sa dimension territoriale* », LANZA (A.), *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, op. cit., p. 433. L'auteur souligne.

³⁰⁸ Sans cette instrumentalisation de la structure locale, le pouvoir communal n'est qu'un droit de gérer ses intérêts propres, dans une logique restrictive de type patrimonialiste. V. *infra*, Partie II.

³⁰⁹ Cette distinction marquera d'ailleurs la conception future des collectivités territoriales en France. V. le Titre suivant.

³¹⁰ V., à titre d'exemple, outre la politique de fusion initiée dans les années soixante-dix, le développement et la promotion de la coopération intercommunale.

aujourd'hui³¹¹. Mais l'on assiste bien dans le cas des deux collectivités intermédiaires à l'investissement des structures territoriales par la population, sur le modèle corporatif des communes et suite au travail de différenciation organique des élus locaux³¹². De ce point de vue, la relance contemporaine de la décentralisation consacre la généralisation du modèle communal à l'ensemble des collectivités territoriales ; la dimension humaine s'affirme dès lors comme l'élément déterminant dans la définition de cette notion. L'apparition, puis le développement de l'élection comme moyen de désignation des organes locaux confirme le primat de la population dans la définition du pouvoir local.

Paragraphe 2. L'élection, critère de reconnaissance et d'expression du pouvoir local

« Les élections locales sont faites pour créer des municipalités ».

Charles de GAULLE cité in PEYREFITTE (A.), *C'était de GAULLE*, Paris, Gallimard, « Quarto », 2002 (1^{ère} éd. 1997), p. 741.

La population est, nous venons de le voir, l'élément déterminant dans la conception française des collectivités territoriales, justifiant la présomption de naturalité reconnue en faveur du pouvoir local depuis 1789. La simple admission de ce caractère naturel de la population ne suffit toutefois pas à rendre compte de la prise en considération de l'originarité du pouvoir local, elle permet tout au plus de prendre connaissance de l'origine sociologique de ce pouvoir. C'est pourquoi il faut à présent envisager les moyens d'expression. Ceux-ci s'incarnent dans le procédé électif, mis en œuvre dès 1789³¹³. À l'origine, le recours à l'élection a pu surprendre et être source de contradictions ; nous verrons qu'il est l'expression du caractère communautaire des communes et découle donc logiquement de la conception des collectivités territoriales portée en 1789 (A.).

Latente à l'origine, la dimension démocratique se greffe sur la problématique de la décentralisation au cours du XIX^e siècle. Dans cette perspective, les fonction et

³¹¹ « Étant donné l'adhésion modérée des populations à l'idée de région, on peut être réservé encore aujourd'hui sur la qualification même de collectivité. Certes, ce sont bien des élus locaux qui ferrailent dans les conseils, et les compétences de la région sont expressément reconnues par la loi [...]. Mais on a du mal à voir autre chose pour l'instant qu'une institution partisane, dominée par les notables et les technocrates de la planification et des programmatiques. Il faudra encore probablement bien des années pour qu'une adhésion citoyenne et populaire se réalise autour de l'espace régional », FERAL (F.), *Approche dialectique...*, *op. cit.*, p. 178. La remarque date de 2000 et l'on peut, depuis les élections régionales de 2004, sans doute tempérer le pessimisme de l'auteur. Ce scrutin fait figure d'électrochoc accélérateur de l'institutionnalisation de la collectivité régionale.

³¹² Sur l'investissement du département, espace étatique, par les notables du conseil général, v. FERAL (F.), *Approche dialectique...*, *op. cit.*, pp. 174-176.

³¹³ La personnalité morale, condition de l'accès des collectivités territoriales au commerce juridique, n'est pas considérée ici comme un moyen d'expression du pouvoir local. Si elle constitue la condition de l'existence des structures territoriales, elle n'est pas, ainsi que nous l'avons déjà mentionné, propre aux collectivités. Elle est de plus induite par les développements précédents ; la prise en compte de l'élément « population » dans la définition de la catégorie « collectivité territoriale » par l'État implique en effet la transformation des populations de fait en personne de droit. Aussi, ne retiendrons-nous que la caractéristique propre d'expression du pouvoir local, à savoir le procédé électif.

signification de l'élection changent. Si l'on y voit au départ un moyen de respecter la gestion privée des intérêts communaux, elle devient ensuite la marque de la décentralisation, l'élément discriminant le plus important. Symbole de la rupture de la relation hiérarchique entre l'État et les collectivités territoriales, la technique élective assure en effet que les organes locaux jouiront d'une véritable liberté dans l'exercice de leur compétence (B.).

A. L'élection locale, entre ambiguïté et expression d'un pouvoir corporatif territorialisé

Les décrets des 14 décembre et 22 décembre 1789³¹⁴ procèdent à la généralisation de la technique élective pour désigner les administrateurs locaux ; celle-ci est ensuite inscrite dans la Constitution du 3 septembre 1791. L'élection semble ainsi s'imposer au moment de la Révolution française, comme le meilleur moyen de désignation des administrateurs locaux/territoriaux ; ce qui ne va d'ailleurs pas sans soulever nombre d'interrogations. La principale, et celle qui nous intéresse plus particulièrement, a trait à la signification du recours à l'élection. Comme précédemment, il faut, pour envisager une réponse, distinguer départements et communes.

L'élection des administrateurs du département relève d'une volonté, un peu surprenante, de prendre en compte la réalité territoriale de la population dans la désignation de l'administration, sans signifier pour autant la reconnaissance d'un pouvoir propre à ces structures (1.).

De son côté, l'origine élective des organes communaux repose sur, autant qu'elle confirme l'acceptation du caractère naturel du pouvoir municipal (2.).

1. L'AMBIGUÏTÉ DU RECOURS À L'ÉLECTION DE L'ADMINISTRATION DE DÉPARTEMENT, SURPRENANTE VOLONTÉ DE PRENDRE EN COMPTE LE TERRITOIRE DANS LE POUVOIR DE L'ÉTAT

Alors que le département est une circonscription administrative de l'État, créée en 1789, le choix de l'élection comme mode de désignation des administrateurs départementaux surprend l'observateur. Création nouvelle, quasi *ex nihilo*, il convient donc de trouver une autre interprétation que l'expression d'une communauté naturelle, au recours à la technique élective. Cela s'avère redoutable, car comme le rappelle Guillaume BACOT, « on peut d'autant plus se demander [les raisons de ce recours systématique à l'élection] que ce procédé de désignation apparaissait alors à tous si évident, qu'il ne fut jamais débattu et rarement expliqué »³¹⁵. Malgré cela, cet auteur relève une série de trois arguments, qui méritent, chacun, d'être précisés : « l'élection d'assemblées nombreuses permet [...], selon la Constituante, d'accroître les lumières et l'activité des autorités

³¹⁴ L'article 2 du décret du 14 décembre 1789 dispose ainsi que « les officiers et membres des municipalités actuelles seront remplacés par voie d'élection. La section II du décret du 22 décembre 1789 organise, quant à elle, la « formation et l'organisation des assemblées administratives ».

³¹⁵ BACOT (G.), « Administrations locales et élections locales selon la Constituante », *RDP*, 1993, p. 1036.

administratives. Elle favorise aussi la confiance des administrés envers ceux qui les dirigent. Elle constitue finalement une école de civisme, qui prépare les citoyens à l'exercice des responsabilités qui leur incombent au plan national »³¹⁶.

Le premier argument évoqué par G. BACOT paraît justifié à la lecture des débats de l'Assemblée nationale constituante, puisque la volonté de former le plus grand nombre possible de citoyens à la chose publique (au sens le plus noble de la *Res Publica*) est un point retenu par plusieurs orateurs, dont THOURET³¹⁷ quand il présente le projet du Comité. « Ces magistratures populaires, qu'on exerce un moment pour rentrer dans la classe des citoyens, [...], répandent [ainsi] l'esprit public et produisent l'inestimable avantage d'éclairer tout le monde »³¹⁸. L'élection, rompant avec l'Ancien régime³¹⁹, transforme ainsi les individus en hommes publics et la population en corps politique, dont les premiers ont en charge de définir l'intérêt et les règles nécessaires pour y parvenir³²⁰. Dans cette veine, l'élection des administrateurs locaux vise ainsi à « rapprocher l'administration des hommes et des choses »³²¹.

Aussi, ce premier élément est-il nécessairement lié au second : l'élection est un

³¹⁶ *Ibid.*, p. 1037.

³¹⁷ Il s'agit bien, selon THOURET, « de former l'esprit public à l'habitude des affaires » en multipliant le nombre de citoyens en charge des affaires publiques, Séance du 9 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 726. On retrouvera cet argument développé, presque un siècle plus tard, dans le rapport parlementaire relatif à la future loi du 10 août 1871. Celui-ci énonce en effet que « la création d'un administrateur élu par le conseil général ne répondrait pas au vrai but que se propose la décentralisation, qui ne cherche pas à multiplier les fonctionnaires, mais à *former des hommes*. Il ne suffit pas qu'il y ait dans chaque département un homme de plus initié à la direction des affaires, il faut qu'il y en ait le plus possible ; il ne s'agit pas seulement de trouver un administrateur de plus dans le département, mais d'y créer une *pépinière d'administrateurs*, d'y intéresser dans chaque canton et dans chaque commune, *le plus de citoyens possible au maniement des affaires locales*, et de leur donner, par l'exercice de la responsabilité, le sentiment du devoir ; il s'agit en un mot de *fonder à tous les degrés le Gouvernement du pays par lui-même* », MAGNIN (P. J.), BETHMONT (P.-L.), RAUDOT (C. M.), WADDINGTON (W.), « Rapport fait au nom de la commission de décentralisation chargée d'examiner les propositions de lois relatives à l'organisation et aux attributions des conseils généraux », *D.*, 1871, 4^e partie, p. 103. Nous soulignons.

³¹⁸ DÉMEUNIER, Séance du 2 mars 1791, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. XXIII, p. 633, cité in BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation...*, *op. cit.*, p. 158.

³¹⁹ « Le recours à l'élection apparaît [... ainsi] comme l'un des moyens de renverser les rapports de force de l'Ancien Régime, de faire disparaître, en particulier, les vestiges de l'ordre féodal, en assurant la promotion politique des bourgeoisies locales », REGOURD (S.), « De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie... », *op. cit.*, p. 971. L'auteur renvoie à un propos de DAUNOU (un des rédacteurs de la Constitution de l'An III) qui considère que faire élire les agents locaux « par le peuple est une idée qui ne devient admissible que dans une Constitution plus ou moins fédérative, ou bien lorsqu'il s'agit d'affaiblir ou d'abolir quelque ancien système féodal », *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*, Paris, 1819, p. 199, cité in *ibid.* L'auteur souligne.

³²⁰ BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation...*, *op. cit.*, p. 158.

³²¹ MIRABEAU, Séance du 3 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 659.

facteur de confiance et d'efficacité. DÉMEUNIER, encore lui, ne déclare-t-il pas à la tribune de la Constituante que « lorsque le peuple ne délègue pas au loin le pouvoir de conduire ses affaires immédiates, lorsqu'il le retient près de lui et sous ses yeux, l'administration inspire plus de confiance, le choix des administrateurs est meilleur »³²². On retrouve d'ailleurs le même argument quelques deux cents ans plus tard quand il s'agit de justifier le développement de la démocratie dite de proximité, et, dans ce cadre, celui des consultations et référendums locaux³²³. L'élu local est soumis à un contrôle de la population d'autant plus efficace qu'il lui est (géographiquement) proche. « L'élection destinée à retrouver le modèle antique de l'"administrateur-citoyen" capable de répandre les vertus civiques [et de] former l'esprit public à l'habitude des affaires »³²⁴ est ainsi le moyen par lequel s'établit l'équilibre entre la population et les personnes en charge de son intérêt.

Outre cette série d'arguments relatifs à la plus-value démocratique du recours à l'élection des administrateurs départementaux, celle-ci trouve une justification dans l'économie des pouvoirs et plus particulièrement dans la volonté de tempérer le pouvoir exécutif. « Une Constitution libre ne pouvant abandonner au pouvoir exécutif le choix de ces agents ; il aurait eu des moyens de séduire et de corrompre et l'ambition l'aurait entraîné lui-même au-delà des bornes qui lui sont assignées »³²⁵. « Il fallait [donc] que les administrateurs soient élus car, soumis au roi quant à leurs fonctions, ils ne devaient pas dépendre de lui quant à leur nomination »³²⁶. L'élection est donc comprise dans ce cas comme un moyen de contrecarrer les tendances centralisatrices de l'exécutif, s'affirmant, d'ores et déjà, comme un élément d'autonomie organique³²⁷, valorisant la volonté populaire contre le pouvoir d'État. Cette fonction est d'ailleurs renforcée par l'identité des circonscriptions servant de base aux élections législatives et administratives, tous les mouvements du corps politique partant alors d'un ressort commun³²⁸ pour faire face au pouvoir exécutif.

On le voit, les arguments sont d'ordre national et n'ont pas vraiment à voir avec

³²² DÉMEUNIER, Séance du 2 mars 1791, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. XXIII, p. 633, cité in BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation...*, *op. cit.*, p. 157.

³²³ V. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I, Paragraphe 2.

³²⁴ DARCY (G.), « Administration et élection dans la Constitution du 3 septembre 1791 », in BART (J.), CLÈRE (J.-J.), COURVOISIER (C.), VERPEAUX (M.) (Sous la direction), *1791. La première Constitution française*, Paris, Economica, 1993, p. 281.

³²⁵ DÉMEUNIER, Séance du 2 mars 1791, *op. cit.*, cité in BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation...*, *op. cit.*, p. 158.

³²⁶ BRUNET (P.), *ibid.*

³²⁷ Cette caractéristique n'aura de cesse de se développer jusqu'à presque épuiser l'idée décentralisatrice en France, ainsi que nos développements subséquents l'illustreront.

³²⁸ THOURET, Séance du 29 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 202.

l'intérêt de la population départementale. L'élection des administrateurs départementaux ne met ainsi pas en jeu l'expression d'un pouvoir originaire, présumé naturel, de la population départementale. Conformément à la logique déjà relevée, elle renvoie à une conception fonctionnelle du département : ce cadre est pensé pour une bonne administration. Le procédé électif, faible élément d'autonomie organique, vise alors à accroître la légitimité, et partant l'autorité, de l'administration étatique. Il permet enfin l'éducation de la population, en la sensibilisant à la gestion de la chose publique. L'élection des organes départementaux n'a ainsi pas à voir avec l'expression d'une communauté locale, mais avec celle de la population nationale³²⁹. On assiste là à un autre type de « fonctionnalisation politique » que celui à l'œuvre à l'échelon communal. Le département est un cadre de démocratisation de l'administration alors que la commune est le résultat de l'expression d'un pouvoir naturel. Le département participe ainsi à la construction de l'État central, dont il n'est qu'une circonscription. D'ailleurs, les dispositions relatives aux départements ne seront pas reprises dans le Titre II de la Constitution de 1791 relatif à « la division du Royaume, et à l'état des citoyens » mais dans la section II du Titre III³³⁰ portant sur l'administration intérieure illustrant bien ainsi l'inexistence d'un pouvoir départemental naturel et originaire, équivalent du pouvoir municipal, dans la Constitution.

2. L'ÉLECTION DES OFFICIERS COMMUNAUX, CONSÉCRATION DU CARACTÈRE NATUREL DU POUVOIR COMMUNAL

L'élément démographique est prédominant dans la conception révolutionnaire de la commune, la population étant la raison d'être de la structure communale. L'élection est alors le meilleur moyen pour qu'elle désigne les organes, chargés de veiller à ses intérêts. La technique élective garantit en effet que les administrateurs élus auront été désignés par la collectivité concernée. L'élection permet ainsi la prise en compte des deux dimensions territoriale et démographique des communes, en marquant leur spécificité par rapport à l'organisation centrale. Les procédures mises en œuvre par le décret du 14 décembre 1789 confirment ce constat liminaire. Son article 7 dispose en effet que « les assemblées ne pourront se former par métiers, professions ou corporations, mais par quartiers ou arrondissements »³³¹. Il s'agit donc bien de permettre l'expression d'une population territorialement définie et homogénéisée, sans prendre en compte les autres qualités des membres des communes que leur origine territoriale.

La procédure de désignation du Corps municipal débute par la réunion de l'Assemblée générale de la municipalité. Organe de base, elle regroupe l'ensemble des

³²⁹ Ce qui ne va pas sans créer de confusions dans la signification de la « représentation » assurée par les élus départementaux : est-elle d'une nature identique à celle des représentants nationaux ? Ce qui signifierait la participation des départements à l'expression du pouvoir originaire dans l'État. Sur ce point, v. *infra* Partie I, Titre II, Chap. I, Section I, Paragraphe 1.

³³⁰ Le titre III est quant à lui relatif aux « pouvoirs publics ».

³³¹ Cette disposition est reprise et expliquée par l'Instruction du 14 décembre 1789 sur la formation des nouvelles municipalités, in DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois*, t. 1, p. 67.

citoyens satisfaisant aux conditions requises par le suffrage censitaire. Si la population est trop importante, elle se réunit en plusieurs assemblées générales³³², sans que les sections ainsi formées soient de véritables communes. Il est au contraire explicitement spécifié³³³ que les sections forment un tout (la commune) et les résultats des élections se composent de l'addition des divers résultats partiels. Après l'élection du Corps municipal, l'Assemblée primaire doit se dissoudre, car l'organisation municipale met en œuvre un système représentatif, non une démocratie directe. La procédure révèle ainsi le caractère des élections : elles sont un moyen d'expression de la population pour désigner ses organes propres, et donc une illustration de l'admission du caractère naturel du pouvoir municipal.

Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par la rédaction de l'article 9 de la Constitution de 1791. Celui-ci dispose en effet que « les citoyens qui composent chaque commune, ont le *droit*³³⁴ d'élire à temps, suivant les formes déterminées par la loi, ceux d'entre eux qui, sous le titre d'*Officiers municipaux*, sont chargés de gérer les affaires particulières de la commune ». Non seulement les Révolutionnaires admettent-ils ainsi le caractère naturel du pouvoir communal et le droit de la population à gérer ses affaires par des organes qu'elle désigne, mais ils inscrivent ce principe dans le marbre de la Constitution, scellant l'existence et la protection de ce pouvoir municipal. Une telle constitutionnalisation signifie en effet que les organes étatiques admettent la réalité du pouvoir municipal, exprimé par des organes dont ils reconnaissent simplement au législateur la compétence pour en fixer le régime³³⁵. Il semble bien, à travers cette constitutionnalisation, que la commune, pourtant comprise principalement comme une entité privée, accède au niveau politique. Cela paraît ainsi confirmer le constat antérieur d'une fonctionnalisation politique des collectivités communales. L'élection fait alors office de levier dans la réalisation de ce processus. Plus que la constitutionnalisation (sur laquelle nous reviendrons), le recours à l'élection traduit la reconnaissance par le Constituant de 1791 d'un pouvoir antérieur à l'État, et consacre ainsi un pouvoir naturel hétéronome³³⁶. Cette prise en compte d'un pouvoir extérieur à l'État par le constituant ne

³³² Dans les communes où il y a plus de 4 000 habitants, il devra être organisé plusieurs assemblées : deux lorsque la population est comprise entre 4 000 et 8 000 habitants, trois lorsqu'elle s'élève entre 8 000 et 12 000, etc.

³³³ Instruction du 14 décembre 1789, préc., p. 68.

³³⁴ Nous soulignons.

³³⁵ Il faut relever qu'aucune disposition portant sur ce thème ne figure dans l'article 1^{er} (Section I, Chapitre III, Titre III) relatif aux pouvoirs et fonctions de l'Assemblée nationale. Seul l'article 8 (Titre II) dispose que « le pouvoir législatif pourra fixer l'étendue de l'arrondissement de chaque commune ». Cela montre que les constituants révolutionnaires ont sur ce point une conception assez minimaliste de la compétence du législateur ; ce qui semble théoriquement avoir pour corollaire un accroissement de la marge de manœuvre des communes.

³³⁶ Cette consécration est réelle, même si certains auteurs insistent sur le fait que plus qu'une volonté réelle du Constituant, elle résulte d'une incapacité à s'opposer à ce qui apparaît comme une donnée naturelle. Sur ce point, BACOT (G.), « Administrations locales... », *op. cit.*, p. 1024.

dure toutefois pas et disparaît dès la Constitution suivante³³⁷. La Constitution de 1791 marque ainsi une parenthèse dans l'histoire du pouvoir municipal.

Sous la Révolution française, le recours généralisé à l'élection comme procédé de désignation des administrateurs territoriaux n'a pas la même signification selon la catégorie de collectivité considérée. Il n'implique d'ailleurs pas la mise en jeu d'un pouvoir identique : pouvoir autonome dans les communes, pouvoir hétéronome et fonctionnalisation dans les départements. Ce dualisme disparaît toutefois assez rapidement au XIX^e siècle ; l'élection locale n'est plus alors appréhendée en termes de pouvoir (*Gewalt*) mais de liberté (*dürfen*). Le XIX^e siècle est ainsi marqué par la revendication de la désignation électorale des administrateurs territoriaux, synonyme d'un accroissement de la liberté de gestion locale.

B. L'élection locale est l'expression d'une liberté (*dürfen*) naturelle plutôt que d'un pouvoir de domination (*Gewalt*)

La loi du 28 pluviôse An VIII³³⁸, si elle parachève l'intégration des collectivités territoriales à l'administration publique, n'en annihile pas moins toute réalité infra-étatique, abrogeant, dans cette veine, l'origine électorale des administrations territoriales à laquelle elle substitue la nomination des administrateurs locaux par le pouvoir central³³⁹. Le refus de l'origine électorale des organes locaux correspond alors à la négation d'une quelconque présomption de naturalité en faveur des collectivités territoriales. Bien que marquant durablement l'organisation administrative, cette conception n'est finalement qu'une parenthèse, qui se referme avec le rétablissement de l'élection sous la Monarchie de Juillet ; la Charte de 1830 annonce en effet une nouvelle législation relative aux élections locales³⁴⁰. En conséquence, la loi du 21 mars 1831³⁴¹ organise l'élection des administrateurs locaux. Accueilli avec enthousiasme³⁴², le principe de l'origine électorale

³³⁷ L'article 3 de la Constitution du 24 juin 1793 dispose ainsi que le peuple français « est distribué, pour l'administration et pour la justice, en départements, districts et municipalités » (nous soulignons). Le texte semble ainsi marquer l'intégration très nette des communes dans l'administration publique étatique.

³³⁸ Loi du 28 pluviôse An VIII (17 février 1800) concernant la division du territoire français et l'administration ; DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois*, t. 12, pp. 78-110.

³³⁹ Les modalités varient en fonction de l'importance de la population communale. Pour les communes, le préfet est compétent pour nommer et suspendre les membres des conseils municipaux (art. 20). Il procède à la nomination des maires et adjoints pour les communes de moins de 5 000 habitants (même article), tandis que, pour les communes de plus de 5 000 habitants, les maires et adjoints sont nommés par le Premier consul (art. 18). L'élection du maire par la population ne sera établie qu'en 1882 (Loi du 28 mars 1882 qui abroge le dernier paragraphe de l'article 2 de la loi du 12 août 1876 ; DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois*, t. 82, pp. 116-118).

³⁴⁰ L'article 69 de la Charte du 14 août 1830 dispose ainsi qu'« il sera pourvu successivement par des lois séparées et dans le plus court délai possible aux objets qui suivent : [...] 7° Des institutions départementales et communales fondées sur un système électif ».

³⁴¹ Loi du 21 mars 1831 sur l'organisation municipale ; DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois*, t. 31, pp. 67-92.

de l'organe délibérant communal n'est plus jamais remis en question. Le conseil général du département renoue quant à lui avec l'élection en 1833³⁴³. Aucune loi ne remet, dès lors, plus en cause ce point et l'on peut tenir pour une *caractéristique constante* de la décentralisation française, l'élection des organes locaux par les populations locales. Les scrutins se déroulent au suffrage universel direct dès son instauration, sans qu'il y ait remise en cause de ce point sous aucune des Républiques³⁴⁴. Le retour à l'élection trouve sa justification dans une volonté de rendre des libertés à la Nation ; il repose, à l'image de la conception tocquevillienne³⁴⁵, sur l'intuition naturaliste que les collectivités territoriales, et plus particulièrement les communes, sont des communautés servant à l'éducation politique de la population. Il semble, dans cette optique, moins s'agir de promouvoir un pouvoir propre d'action que de favoriser l'essor d'une liberté, de type politique, au bénéfice des structures territoriales. Celle-ci consistera alors dans la libre désignation par la population des organes en charge de la gestion des affaires de son intérêt.

L'élection s'affirme ainsi, au cours du XIX^e siècle, comme la marque de la décentralisation, qu'elle semble, pour une large part, épuiser³⁴⁶. Ce n'est toutefois qu'avec HAURIOU (1892) que ce mécanisme incarne l'indice ultime, nécessaire et (surtout) *suffisant* pour constater la décentralisation. Il est alors, assez généralement, admis que « tant qu'une autorité locale est nommée par le pouvoir central, alors même qu'elle aurait des attributions propres et jouirait d'une certaine autonomie, il y a centralisation ; à l'inverse, dès qu'une autorité locale ou une autorité spéciale est constituée, ne fut-ce qu'en partie, par le vote populaire, il y a décentralisation, alors même que son autonomie serait bridée par une très forte tutelle. [...] C'est le seul signe auquel il faille s'attacher »³⁴⁷. La position d'HAURIOU s'appuie ainsi sur la généralisation de ce

³⁴² Cet enthousiasme perdure, tout au long du XIX^e siècle, puisque de MARCÈRE, dans son rapport sous la future loi du 5 avril 1884, écrit, non sans une certaine emphase que « la loi du 21 mars 1831 fut une sorte de *restitution d'État* pour les communes, qui purent constituer leurs mandataires naturels en conseil délibérant, et la loi du 18 juillet 1837, en fixant et en étendant les attributions des corps municipaux, leur *rendit la vie* », *D.* 1884, IV, p. 26. Nous soulignons.

³⁴³ Loi du 22 juin 1833 sur l'organisation des conseils généraux de département et des conseils d'arrondissement ; DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois*, t. 33, pp. 201-228.

³⁴⁴ C'est pourquoi certains auteurs affirment que l'élection au suffrage universel direct des organes locaux peut être considérée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Cette question, née de l'absence de référence au caractère direct du suffrage dans l'article 72 Constitution de 1958 (contrairement à celle de 1946), n'est pas purement oiseuse. Nous reviendrons sur cette qualification dans le cadre du Titre I de la partie suivante, essayant, à ce moment, de lui trouver des fondements plus solides que la simple « tradition républicaine », v. BÉNOIT (J.), *Théorie juridique de la décentralisation...*, *op. cit.*, p. 135.

³⁴⁵ N'oublions pas que *De la démocratie en Amérique* paraît pour la première fois en 1835.

³⁴⁶ En ce sens où la revendication de la désignation élective monopolise les revendications décentralisatrices, laissant une part très faible aux revendications demandant un accroissement des compétences.

³⁴⁷ HAURIOU (M.), « Décentralisation », *op. cit.*, p. 474.

procédé par le législateur de la III^e République, ce mouvement trouvant son accomplissement final dans la loi du 2 mars 1982. Celle-ci prévoit en effet l'élection des conseillers régionaux au suffrage universel direct ainsi que la désignation des exécutifs départementaux et régionaux par les organes délibérants de ces collectivités, alignant, ce faisant, leur fonctionnement sur celui des communes. À cette occasion, l'élection s'affirme bien comme un facteur d'autonomie, en ce qu'elle consacre non seulement la reconnaissance d'une liberté locale naissante, mais également l'altérité des structures locales par rapport à l'État qui n'intervient plus directement dans le fonctionnement des organes des collectivités territoriales.

L'élection des organes locaux est donc devenue, à partir du XIX^e siècle, la marque autant que la garantie du respect de la liberté des collectivités territoriales. Elle acquiert ainsi une dimension essentiellement libérale, tant parce qu'elle limite le pouvoir de l'État (selon une optique verticale) que parce qu'elle assure l'autonomie des collectivités territoriales. La généralisation de l'élection repose, au moins, sur deux facteurs explicatifs. Tout d'abord, au plan de la philosophie politique, les revendications décentralisatrices se doublent de revendications démocratiques et libérales. Plus qu'une simple technique d'aménagement de l'administration publique, la décentralisation devient ainsi une façon d'organiser le pouvoir politique, en ce qu'elle promeut la participation populaire (logique démocratique) autant qu'elle limite l'État (logique libérale). Ce point est renforcé par un second élément : les communes découpées à la Révolution française recouvrent des réalités sociales antérieures à l'État³⁴⁸. L'élection des organes locaux devient ainsi une garantie de liberté de gestion des affaires du groupe. Si une dynamique inverse à celle de la construction communale est à l'œuvre dans les départements et les régions, elle a une conséquence identique : la population donne son sens à la collectivité territoriale. Sans elle, il n'y a plus de différence entre collectivité et circonscription territoriales. L'élection révèle ainsi pour l'ensemble des collectivités territoriales l'importance de leur dimension sociale, conformément aux constats opérés précédemment. Elle est de plus un gage de leur autonomie organique ; le pouvoir local consiste ainsi en la libre expression collective de sa volonté par une population locale. On comprend alors mieux les raisons de l'importance du procédé électif dans la conception démocratique/libérale de la décentralisation, qui s'impose à partir d'HAURIOU.

L'élection locale permet, nous l'avons vu, l'expression de la population des collectivités territoriales. Elle a trouvé un terreau particulièrement propice à son développement dans les revendications libérales de décentralisation et dans la réalité organique des communautés locales. On trouve alors un processus identique à celui à l'œuvre au niveau de l'État : une population désigne, par l'élection, les organes en charge de ses affaires, sans qu'aucun pouvoir extérieur intervienne dans le processus. Cette identité des pouvoirs mis en jeu incite à une assimilation entre les pouvoirs local et national. Dans cette veine, l'élection paraît permettre l'expression directe d'une

³⁴⁸ En ce sens, François FERAL mentionne les analyses de Pierre LEGENDRE, qui « explique cette victoire des élus par le fait que les circonscriptions communales définies lors de la Révolution étaient calquées sur des réalités sociales non artificielles : le bourg rural, le village, que recouvrait la paroisse de l'Ancien Régime, ont un ancrage social et économique qui n'a rien de métaphysique. Ainsi la francisation des noms vernaculaires des paroisses, la redéfinition du fonctionnement des conseils et l'étatisation du maire, ne sont que des péripéties vers une autonomisation inéluctable », FERAL (F.), *Approche dialectique...*, *op. cit.*, p. 102.

population, le pouvoir local plongeant ses racines directement dans la sphère sociale. Tout comme le pouvoir de l'État, celui-ci semble présenter les caractéristiques d'un pouvoir naturel originaire. L'élection confirme, selon cette logique, les prémices de naturalité découvertes dans la population locale, dont l'État accepte et organise l'expression sans que l'on puisse toutefois en déduire que ce procédé signifie *de jure* l'expression d'un pouvoir originaire. Les champs sociologique et juridique paraissent en effet divergents ; la naturalité présumée, si elle est sous-jacente au travail du législateur, n'implique dès lors pas *ipso facto* la consécration de l'originarité du pouvoir exprimé.

Parallèlement aux évolutions politiques et juridiques, certains courants doctrinaux ont développé des constructions cherchant à défendre le caractère naturel des structures territoriales et de leur pouvoir. Il convient de les envisager afin d'avoir une conception plus précise du caractère naturel du pouvoir local et de ses possibles implications en droit.

Section II. Les population et élection locales, insuffisantes bases doctrinales pour défendre le caractère naturel du pouvoir local face à l'État

L'analyse historique de l'émergence et de la pérennisation des structures territoriales a mis en avant le critère démographique ; la reconnaissance du pouvoir local se fonde ainsi sur l'acceptation (plus ou moins marquée) par le pouvoir central étatique des particularités territoriales et sur l'admission d'un pouvoir de définition et de gestion de ces spécificités locales par les populations territoriales. S'appuyant sur ces prémices, deux courants doctrinaux ont développé et théorisé des approches, se basant sur le substratum sociologique local pour démontrer le caractère naturel des structures territoriales et du pouvoir qu'elles mettent en œuvre. Bien que sociologisantes, elles permettent de mettre en lumière les implications juridiques pratiques de l'admission d'un pouvoir naturel des collectivités territoriales. Élaborées au début du XX^e siècle, leurs conclusions n'en sont pas moins éclairantes et conservent une acuité étonnante.

Les tenants de l'approche corporative insistent sur la place de la population dans la structure locale. Selon qu'elle est origine et fin de l'action de la structure ou simplement fin, l'organisation sera considérée comme corporative ou comme un établissement de type fondatif. Dans les deux hypothèses, il s'agit de données naturelles que le droit vient consacrer. Ces auteurs s'attachent ainsi, particulièrement, à révéler le caractère naturel des structures locales, duquel ils tirent quelques conséquences sur la nature du pouvoir qu'elles mettent en jeu, notamment concernant le pouvoir normatif et fiscal ; les prérogatives de ces corporations paraissent alors s'imposer à l'État. Fondée sur la réalité sociale de la population, ce courant développe ainsi une conception immanente du pouvoir local (**Paragraphe 1.**).

L'analyse institutionnelle repose sur un postulat identique à celui du courant précédent : elle considère les communautés locales comme des groupements naturels, antérieurs au droit et à l'État. Plutôt que de centrer son analyse principalement sur la population, elle la replace toutefois dans le temps et dans l'espace. Ce faisant, elle insiste davantage sur le pouvoir mis en jeu ; celui-ci apparaît alors comme une donnée naturelle générée par l'institution et que l'État doit prendre en considération. Développant une définition reposant sur les buts poursuivis par l'institution territoriale, ce courant adopte

ainsi une conception transcendante du pouvoir local, dépassant la réalité sociologique constatée (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. Les collectivités territoriales à l'aune du paradigme corporatif : une définition immanente du pouvoir local fondée sur la population – réalité sociale territorialisée

Les théories corporatives présentent les collectivités territoriales comme des structures naturelles, construites et reposant sur un fondement sociologique : la population. Celle-ci s'organise et on assiste alors à un processus de différenciation du pouvoir. Les autorités territoriales jouissent ainsi d'un véritable pouvoir sur la population (**A.**).

La question, alors en suspens, reste bien sûr la détermination de ses caractéristiques. Selon les auteurs, il s'agit d'un pouvoir de domination plus ou moins étendu, qui n'est, *in fine*, qu'un moyen pour que la corporation territoriale atteigne la fin qu'on lui assigne : gérer les intérêts réels de la communauté (**B.**).

A. Une collectivité (territoriale), comprise comme une population organisée

Si les collectivités territoriales se définissent classiquement en fonction de trois critères, dans l'optique des théories corporatives, la population est l'élément déterminant. C'est elle qui justifie la particularité des structures territoriales par rapport aux autres types de personnes publiques (**1.**).

La population ne reste pas à l'état de nature, mais s'organise. Un processus de différenciation du pouvoir au sein de la structure territoriale est alors à l'œuvre, qui se traduit par son institutionnalisation (**2.**).

1. LA POPULATION EST L'ÉLÉMENT CARACTÉRISTIQUE DE LA CORPORATION TERRITORIALE

Les tenants de l'approche corporative des personnes collectives distinguent traditionnellement les corporations des fondations. Cette distinction, classique en droit, s'appuie sur les rôles différents des groupes constitués dans l'ordre sociétal. « En droit privé, le terme de "corporation" s'applique [ainsi] à un groupement d'hommes, présentant certains caractères d'homogénéité et de stabilité, auquel est reconnue la qualité de sujet de droits pour lui permettre de pourvoir, directement ou par l'intermédiaire de ses représentants, à la satisfaction de ses intérêts collectifs. La corporation doit être envisagée, par conséquent, à la fois comme un phénomène sociologique et comme un phénomène juridique »³⁴⁹. Opposant les corporations aux fondations, Louis CONSTANS constate ainsi que dans le cas des corporations « les membres du groupe, prenant conscience de la solidarité qui les unit, optent pour la forme de la corporation, qui se caractérise par le fait que les administrateurs sont ceux qui bénéficient de son activité. La fondation, au contraire, se caractérise par le fait que les bénéficiaires de l'activité de la

³⁴⁹ CONSTANS (L.), *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Paris, Dalloz, 1966 (Préface de J.-M. AUBY), p. 170.

personne morale n'ont aucune part à la création de cette dernière »³⁵⁰. Loin d'être obsolète, cette opposition a été récemment reprise dans une étude portant sur la formation du droit de l'organisation administrative. La corporation est alors analysée comme le « procédé administratif par lequel sont reconnus la légitimité des intérêts catégoriels d'un groupe et les moyens juridiques et institutionnels internes de les représenter, les gérer et les défendre »³⁵¹.

La population est ainsi un élément constitutif de la personnalité morale, le critère d'appartenance au groupe servant alors de *substratum* à la personne morale. Selon Louis CONSTANS, ce critère est révélateur de la stabilité du groupe, qui se trouve cimenté, en dehors de toute construction juridique, par un sentiment de solidarité unissant tous ses membres³⁵². À l'opposé, le territoire n'est pour lui qu'un « élément secondaire » de la notion de collectivité publique, car « la notion de compétence territoriale est une absurdité, une compétence ne peut s'exercer qu'à l'égard de personnes »³⁵³. Le territoire ne doit être perçu que comme « la limite matérielle effective des gouvernants »³⁵⁴. HAURIOU va dans le même sens quand il affirme que « le territoire [...est] un élément de la nation conçue comme individualité sous-jacente à la personnalité juridique de l'État, et par ce détour, il [devient] un élément de l'État considéré dans sa réalité complexe d'individualité nationale personnifiée »³⁵⁵. Le territoire sert ainsi à déterminer l'appartenance d'un individu à une collectivité, en même temps qu'il constitue le cadre dans lequel s'exerce l'autorité des organes directeurs de la collectivité. La population est donc l'élément déterminant, justifiant l'existence et le fonctionnement des corporations territoriales.

Les corporations, réalités sociologiques naturelles, se voient reconnaître une véritable marge de manœuvre afin de gérer les intérêts du groupe qu'elles incarnent. Il faut relever que les intérêts en cause ne sont pas matériellement définis ; il s'agit, certes d'un élément sociologique objectif, mais que les auteurs ne précisent pas. Il faut donc comprendre cette expression comme une capacité d'action, entendue dans un sens téléologique. On peut, pour illustrer ce point, renvoyer à la définition de l'intérêt communal, figurant à l'article 61 de la loi du 5 avril 1884 : est d'intérêt communal, ce que

³⁵⁰ *Ibid.* Nous n'aborderons pas ici les fondations.

³⁵¹ FERAL (F.), *Approche dialectique...*, *op. cit.*, p. 126. En cela, la corporation s'oppose à la fondation entendue comme l'« affectation de moyens à un organe délégué dans le cadre d'un statut particulier pour réaliser une mission propre à réaliser les objectifs de l'appareil d'État », *ibid.*, p. 125.

³⁵² « Les collectivités publiques se caractérisent par le fait que les membres du groupe social que représente chacune d'elles sont liés entre eux par un certain sentiment de solidarité », CONSTANS (L.), *Le dualisme...*, *op. cit.*, p. 174.

³⁵³ *Ibid.*, p. 176.

³⁵⁴ DUGUIT, cité in CONSTANS (L.), *Le dualisme...*, *op. cit.*, p. 176.

³⁵⁵ HAURIOU (M.), *Principes de droit public à l'usage des étudiants de licence (3^e année) et en doctorat ès sciences politiques*, Paris, Sirey, 1910, p. 263. HAURIOU poursuit en remarquant que « le droit de l'État sur son territoire métropolitain est de l'espèce fort indéterminée des droits de puissance qu'une personne a sur son propre corps », *ibid.*, p. 264.

le conseil municipal estime l'être. Force est alors de constater qu'une telle acception est une source potentiellement large de pouvoir pour les corporations.

Les éléments de définition des corporations territoriales mis en évidence (une population organisée gérant ses intérêts propres sur un territoire déterminé) correspondent aux éléments traditionnels composant les collectivités territoriales. Bien plus, le paradigme corporatif permet de mettre en parallèle l'ensemble des personnes publiques, en révélant une certaine identité entre elles. Si celle-ci n'est pas combattue, ni niée pour les collectivités territoriales locales, il est moins fréquent de placer sur le même plan l'État et les institutions territoriales. Pourtant, les éléments de définition montrent bien que ces phénomènes ont des similitudes troublantes. La comparaison entre l'État et les autres collectivités territoriales soulève alors la question de la nature de la collectivité locale et du pouvoir mis en jeu. Louis CONSTANS établit, à cette fin, une distinction au sein des corporations territoriales en fonction de la nature du groupement qu'elles incarnent. Selon lui, « les collectivités nationales et communales correspondent à la notion sociologique de "société" ; ce sont des groupements naturels, dans lesquels leurs membres trouvent l'essentiel de ce qui leur est, matériellement et spirituellement, nécessaire pour la vie. Au contraire, les autres collectivités, la collectivité départementale y compris, correspondent au type que les sociologues appellent des "associations" ; ce sont des collectivités artificielles, qui s'organisent autour d'un objectif précis, que leurs membres s'efforcent d'atteindre par une action concertée »³⁵⁶. Sa position est assez classique et l'on en trouve les fondements dans l'idéologie révolutionnaire. L'artificialité du département (et de la région, même s'il ne la mentionne pas, car son travail est antérieur à leur développement) est toutefois contestable. Les cantons, longtemps considérés comme des groupements naturels au même titre que les communes³⁵⁷, servent en effet de substratum aux conseils généraux. Dès le début du XIX^e siècle³⁵⁸, les populations, incarnées dans leurs notables, investissent ainsi la structure départementale, donnant un fondement humain à ce qui n'était alors qu'un découpage rationnel du territoire de la République. L'évolution du département n'infirmera jamais ce fait. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs récemment validé cette conception, en considérant que le conseil général devait « assurer la représentation des composantes territoriales du département »³⁵⁹. Le département apparaît ainsi comme une collectivité, bâtie sur une fédération de groupements naturels qu'il unifie et homogénéise. S'il est encore un peu tôt

³⁵⁶ CONSTANS (L.), *Le dualisme...*, op. cit., p. 175. On retrouve une distinction similaire entre communauté (*Gemeinschaft*) et société (*Gesellschaft*) chez F. TONNIËS, v. *Communauté et société : catégories fondamentales de la sociologie*, Paris, Retz – C.E.P.L., 1977, 285 p.

³⁵⁷ Ce point apparaît nettement lors des travaux préparatoires à la loi du 10 août 1871. Ainsi lors des débats, le rapporteur WADDINGTON affirme que « dans le département, les intérêts cantonaux sont essentiellement des *intérêts de groupes*, ce ne sont pas des intérêts proportionnels au nombre », *D.* 1871, IV, p. 120. Nous soulignons.

³⁵⁸ Les principes du mode d'élection des conseils généraux n'ont pas évolué depuis la loi du 22 juin 1838 sur l'organisation des conseils généraux de département et des conseils d'arrondissements (reproduite par BOUFFET (M.), PERRIER (L.), « Département », in BÉQUET (L.), *Répertoire du droit administratif*, Paris, P. Dupont éd., 1891, p. 522) ; ce qui révèle bien la prégnance de la conception naturaliste.

pour juger de l'évolution des régions, il semble bien qu'un processus identique soit à l'œuvre³⁶⁰. On devrait donc conclure à l'identité des fondements des corporations territoriales dans un (ou un ensemble de) groupement(s) naturel(s), qu'il s'agisse de l'État, de la commune ou du département.

L'importance de la population (à la fois origine et fin) dans la vie des corporations territoriales a une traduction dans le processus de désignation de leurs organes ; ce qui soulève la question de l'organisation de l'expression du pouvoir dans ces structures.

2. LA DIFFÉRENCIATION ORGANIQUE DU POUVOIR : L'AFFIRMATION D'UN CADRE INSTITUTIONNEL PROPRE AUX CORPORATIONS TERRITORIALES

Les organismes publics à caractère corporatif s'appuient sur un fondement démographique ; ils incarnent l'institutionnalisation du pouvoir généré par le groupe humain à son origine. Celle-ci se traduit par la constitution d'organes corporatifs et par l'existence individuelle de la corporation (en dehors de ses membres). Ce processus est différent selon le type de collectivité et il convient, en l'espèce, de distinguer l'État des autres collectivités territoriales. Le processus de création étatique résulte d'une évolution historique de long terme, pendant laquelle la population prend conscience d'elle-même et de ses intérêts communs ; ce qui se traduit *in fine* par la création d'organes exprimant le pouvoir du groupe. La particularité étatique réside dans l'originarité de la compétence du souverain. La population étatique s'organise en effet librement en créant les organes qu'elle souhaite sans devoir prendre en considération une autre volonté que la sienne. Au terme de ce processus constituant, l'État compte différents organes, exprimant le pouvoir du souverain. Ces organes existent en dehors de la population ; il y a bien différenciation organique du pouvoir.

Le processus d'organisation est quelque peu différent pour les collectivités territoriales locales. Malgré le caractère naturel des groupements humains à leur origine, leur organisation (c'est-à-dire la traduction dans l'ordre juridique de l'existence de ce groupe naturel) ne connaît en effet pas la même liberté que la collectivité étatique, puisque si la population étatique est souveraine dans la détermination de ses organes, les populations locales appartiennent à un État. Elles ne peuvent donc pas agir discrétionnairement. D'autant moins que le processus d'institutionnalisation se concrétise dans l'attribution à la structure corporative de la personnalité juridique par l'État. La personnalisation est donc largement hétéronome au groupement territorial (alors qu'elle

³⁵⁹ CC, déc. n° 82-147 DC, 2 décembre 1982 (*Guadeloupe, Guyane, Martinique et Réunion*), *Rec.* p. 70 ; *RJC* p. I-135 ; *JORF*, 4 décembre 1982, pp. 3666-3667 ; *RA* 1982.620, note ÉTIEN ; *RDP* 1983.333, chron. FAVOREU ; *Pouvoirs* 1983(25).183, chron. AVRIL, GICQUEL. Dans le même sens, CC, n° 84-174 DC, 25 juillet 1984 (*Guadeloupe, Guyane, Martinique et Réunion*), *Rec.* p. 48 ; *RJC* p. I-188 ; *JORF* 28 juillet 1984, p. 2492 ; *AJDA* 1984.619, note FERSTENBERT ; *RDP* 1986.395, chron. FAVOREU.

³⁶⁰ Même si Romain PASQUIER montre que ce phénomène ne suffit pas pour constituer de véritables identités régionales, la conception de la région portée par les acteurs de l'action publique étant la condition *sine qua non* de l'émergence d'un véritable espace politique régional d'action publique. V. PASQUIER (R.), *La capacité politique des régions. Une comparaison France/Espagne*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, « *Res Publica* », 2004 (Préface de Y. MÉNY), p. 54 (pour l'exemple de la région Centre).

est autonome à la population de l'État). Les théories corporatives ne proposent d'ailleurs pas de véritables modèles de la personnification ; elles la pensent comme une donnée concrétisant le caractère naturel du groupement³⁶¹. Cette position est toutefois peu satisfaisante puisque si l'on conçoit la personnification comme un processus hétéronome, rien ne garantit au groupement qu'il verra son existence reconnue juridiquement. Pour ce courant, le caractère naturel des groupements ne laisse toutefois pas d'autre choix à l'État : face à une évidence sociologique, celui-ci serait dans l'obligation de valider l'organisation des corporations territoriales locales³⁶². On peut cependant douter de l'évidence de la naturalité des groupements. D'autant plus que les théories corporatives ne proposent aucun instrument qui permette aux collectivités territoriales locales de se protéger face à l'État. Celles-là risquent alors d'être en situation de très forte précarité face à celui-ci et on voit bien que leur caractère naturel n'a finalement qu'une faible incidence dans l'organisation étatique.

Le principal moyen pour garantir l'altérité des collectivités territoriales réside alors dans le recours à l'élection pour désigner les organes propres à chacune. À tous les niveaux, le procédé électif est censé être le moyen permettant à la population (et uniquement elle) de participer à la gestion de ses affaires, sans intrusion de la part d'une autre collectivité. L'élection est ainsi la garantie de la différenciation organique des collectivités territoriales par rapport à l'État central. Louis CONSTANS insiste d'ailleurs beaucoup sur ce point et sa conclusion vaut d'être mentionnée intégralement. « En définitive, il apparaît bien qu'en ce qui concerne la désignation des autorités dirigeantes des collectivités locales et des organismes publics à caractère corporatif, le pouvoir de décision appartient exclusivement à l'ensemble du corps électoral de chacun de ces organismes. Il en résulte que se crée, au sein des différentes institutions administratives, une dialectique gouvernants – gouvernés analogue à celle que l'on peut rencontrer au sein des institutions politiques de l'État. L'élection, en effet, [...], manifeste une sorte de "souveraineté" des électeurs de chacune de ces personnes morales. Cette souveraineté, d'ailleurs ne se manifeste pas exclusivement par des procédés de démocratie représentative, quoique ce soit le cas à peu près général »³⁶³. Cet auteur conclut ainsi son analyse sur le caractère originaire des corporations territoriales et du pouvoir qu'elles mettent en jeu. Il tire ce point de l'élection : un groupe ayant des intérêts propres désigne les organes gérant ses intérêts sans intervention extérieure. Privilégiant la réalité

³⁶¹ Léon MICHOUÉ écrit ainsi que « la capacité de vouloir et d'agir des corporations sont une réalité existant dans et avec leur personnalité », MICHOUÉ (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français. Première Partie. Notion de personnalité morale, Classification et création des personnes morales*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd. (Mise à jour par L. TROTABAS), 1924 (1^{ère} éd. 1906), p. 71.

³⁶² Mathieu DOAT précise la dialectique à l'œuvre dans le processus de personnification des structures territoriales. Reprenant les termes de Jean RIVÉRO, cet auteur estime que « si les personnes morales sont des réalités [...] l'État n'est pas libre de les créer ou de les supprimer, elles s'imposent à lui. Si au contraire elles sont de pures fictions, l'État en est le maître », RIVÉRO (J.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, « Précis », 1980, p. 40, cité in DOAT (M.), *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de droit public », t. 230, 2003, p. 82.

³⁶³ CONSTANS (L.), *Le dualisme... op. cit.*, pp. 138-139.

sociologique du groupe en question au procédé de formalisation juridique, il ne prend pas en compte l'incidence de l'intervention de l'État sur la formation des structures territoriales inférieures.

« L'indépendance organique des collectivités locales et des organismes publics à caractère corporatif peut donc être reconnue comme le résultat du fait que les autorités dirigeantes exercent leur fonction de représentation juridique de chacune de ces personnes morales, en vertu d'un "mandat" qui leur est conféré par leurs électeurs ; elle se manifeste sous la forme d'un véritable régime représentatif, au sens du droit constitutionnel »³⁶⁴. Le développement récent de mécanismes de type parlementaire au sein des organes délibérants locaux tend bien, d'ailleurs, à confirmer cette présomption de la théorie corporatiste. Il convient néanmoins d'être prudent car ce phénomène est récent et ne repose pas sur le caractère naturel des collectivités territoriales. Celui-ci n'est donc toujours pas complètement pris en compte dans le droit positif ; la logique propre et centralisatrice de ce dernier tend à uniformiser le paysage institutionnel alors que la théorie corporative cherche, au contraire, à penser le pluralisme social.

On retiendra principalement de ce premier point la réalité des fondements sociologiques naturels du pouvoir des organismes publics à caractère corporatif. « Les personnes morales de type [corporatif] constituent [ainsi] effectivement des centres de pouvoir autonomes où l'autorité n'émane pas de l'État mais, *par la permission de ce dernier*, du groupe social personnalisé lui-même, parfois directement, plus souvent par l'intermédiaire de ses représentants »³⁶⁵. Il faut alors déterminer la portée et l'étendue du pouvoir reconnu aux corporations territoriales.

B. Une collectivité disposant d'un pouvoir naturel propre, présumé originaire, de domination plus que de gestion

Les théories de la corporation territoriale insistent sur le pouvoir de domination propre à ces organismes sociaux, omettant largement le pouvoir – liberté de gestion des intérêts (1.).

Cette insistance sur la caractéristique de domination du pouvoir corporatif pose la question de la spécificité de ce pouvoir par rapport à celui de l'État. La théorie développée par Louis CONSTANS apparaît, là encore, fragile (2.).

1. LA RECONNAISSANCE D'UN POUVOIR NATUREL DE DOMINATION CONDUIT À UNE CONCEPTION ATTÉNUÉE DE LA LIBERTÉ DE GESTION

Le pouvoir de domination correspond à la capacité pour les organes institués de faire primer l'intérêt du groupe sur les intérêts particuliers des membres, en recourant si besoin à des mesures coercitives. Ce droit a été reconnu très tôt en faveur des communes ; dès la Révolution française, elles jouissaient de compétences étendues en matière de police, afin d'assurer la sécurité des habitants³⁶⁶. Cette période ne dura toutefois pas et la

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 139.

³⁶⁵ CONSTANS (L.), *Le dualisme...*, *op. cit.*, p. 196. Nous soulignons.

théorie corporative n'y fait guère allusion. Elle appréhende ce pouvoir de domination à travers deux prérogatives : le droit d'élaborer un ordre juridique propre (sorte de prolongement de l'ancien pouvoir de police) et le droit de lever des contributions financières.

Le droit d'élaborer un ordre juridique propre au groupe social qu'elles représentent est reconnu aux collectivités à caractère corporatif. Pour Léon MICHOU, « il y a dans toute personne morale une sorte de vie intérieure, qui est réglée par la personne morale elle-même, dans la mesure où la législation générale lui laisse le droit de le faire »³⁶⁷. Cette notion de vie intérieure apparaît comme quelque chose de tout à fait spécifique aux personnes morales de type corporatif. Elle concerne la réglementation, par la personne elle-même, des rapports entre ses membres, en tant que ces derniers sont engagés dans le lien collectif. « Ce pouvoir intérieur découle de l'existence même du groupe organisé ; il n'est point créé par la loi ; il est seulement reconnu et délimité par elle. C'est une part d'autonomie qui est, non pas donnée, mais laissée au groupe »³⁶⁸. Si l'autonomie des collectivités territoriales ne va pas jusqu'à leur faire disposer du pouvoir de s'organiser elles-mêmes, une marge de manœuvre leur est laissée avec les règlements intérieurs des organes délibérants. À titre d'exemple, Louis CONSTANS renvoie ainsi à l'arrêt *Le Moign*³⁶⁹, lequel reconnaît que les règlements intérieurs dont se dotent les conseils généraux sont établis avec un pouvoir souverain, une illégalité du règlement intérieur ne pouvant pas servir de base à un recours pour excès de pouvoir³⁷⁰. Ce faisant, la Haute juridiction administrative consacre « une donnée essentielle de l'institution corporative, à savoir le droit qui appartient à chacune d'élaborer un ordre juridique qui lui soit propre, pour autant que la législation générale lui permette de le faire. Le Conseil d'État a donc parfaitement raison, en ce sens, de dire que la violation d'une des dispositions du règlement intérieur d'un conseil général ne constitue pas une "illégalité" »³⁷¹. L. CONSTANS critique toutefois, dans un deuxième temps, le refus d'autoriser le recours pour excès de pouvoir car la *souveraineté* de l'assemblée départementale signifie que son pouvoir ne procède

³⁶⁶ On retrouve déjà cette idée dans le courant libéral du XIX^e siècle. HENRION DE PANSEY écrit ainsi que « c'est au pouvoir municipal et à ce pouvoir seul que la loi confie le soin de régler la police intérieure. [...] Ces fonctions [de police] sont *propres* au pouvoir municipal, c'est-à-dire qu'elles sont de son essence, et qu'elles dérivent de sa nature ; ce qui nous conduit nécessairement à cette conséquence, que la police immédiate des communes appartient aux officiers municipaux à l'exclusion de tous les autres fonctionnaires », *Du pouvoir municipal...*, *op. cit.*, pp. 144-145.

³⁶⁷ MICHOU (L.), cité in CONSTANS (L.), *Le dualisme...* *op. cit.*, p. 185.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 187.

³⁶⁹ CE, 22 mars 1912, *Le Moign*, S. 1913.3.105, note HAURIOU.

³⁷⁰ Le Conseil d'État considère que « le conseil général a établi son règlement intérieur avec un pouvoir souverain, et, si les infractions qu'il commet lui-même à ce règlement constituaient des violations pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir, alors c'est que son pouvoir ne serait plus souverain » (CE, 22 mars 1912, *Le Moign*, préc.)

³⁷¹ CONSTANS (L.), *Le dualisme...*, *op. cit.*, p. 188.

pas de l'État, nullement qu'il s'agit d'un pouvoir inconditionné. « Il paraît certain dès lors, que le juge administratif, juge naturel de la vie intérieure des collectivités publiques, devrait annuler une délibération prise en infraction du règlement intérieur, non certes ! pour illégalité, mais pour violation de la loi intérieure du groupe. En d'autres termes, le juge administratif devrait, en la matière, prendre conscience de l'existence d'un droit corporatif et décider, comme le font les tribunaux judiciaires, qui admettent parfaitement que l'assemblée générale d'une association soit souveraine pour élaborer son règlement intérieur, mais considèrent qu'elle ne peut déroger à ses dispositions par une mesure particulière »³⁷². Malgré les critiques doctrinales suscitées par cette position, le Conseil d'État maintiendra sa jurisprudence pendant tout le XX^e siècle, la réaffirmant peu après les lois de 1982-1983, par sa formation contentieuse la plus prestigieuse. L'Assemblée du contentieux du Conseil d'État, dans sa décision *Charbonnel*³⁷³, refuse en effet de contrôler la légalité d'une délibération par laquelle l'assemblée locale adopte ou modifie son règlement intérieur, considérant que cette délibération ne constitue pas un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Le raisonnement de la Haute juridiction repose alors sur deux motifs conjugués. Le juge administratif considèrerait que cet acte ne faisait pas grief mais était un acte purement interne. De plus, « si l'assemblée n'était pas tenue de se conformer au règlement établi, c'était parce que l'auteur de l'acte lui-même et celui à qui il s'applique ne font qu'un, l'assemblée elle-même »³⁷⁴. Cette décision soulève le même type de critiques doctrinales que la décision *Le Moign* : si la position du juge semble laisser une certaine autonomie d'action aux collectivités territoriales en reconnaissant un certain pouvoir d'auto-organisation interne, l'immunité juridictionnelle reconnue aux règlements intérieurs met en cause « l'effectivité d'une représentation locale authentique, à savoir la mise en œuvre des intérêts de la collectivité par la volonté majoritaire sous le contrôle de la minorité »³⁷⁵. La faculté reconnue aux assemblées locales ne signifie pas en effet qu'elles peuvent tout faire, mais seulement que le pouvoir de se doter d'un règlement intérieur ne procède pas de l'État. Elle n'autorise pas l'assemblée locale à transgresser les règles qu'elle s'est posées. On retrouve ainsi dans la doctrine de la fin du XX^e siècle la même critique que chez sa devancière du début de ce siècle : la capacité d'édicter un règlement intérieur marque l'altérité de la collectivité territoriale, nullement une souveraineté inconditionnée, contraire à la logique démocratique. Face à cette situation

³⁷² *Ibid.*, p. 189. La position de L. CONSTANS rejoint largement celle du Doyen HAURIOU pour qui le raisonnement du Conseil d'État « repose sur une conception de la souveraineté qui sent son pouvoir absolu et son Louis XIV ; c'est tout simplement la formule du *lege solutus*. Celui qui fait la loi est au-dessus de la loi, il peut dispenser de l'exécution de la loi, et surtout il peut se dispenser lui-même de l'exécution de la loi », HAURIOU (M.), « Note sur CE, 22 mars 1912, *Le Moign* », reproduit in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*, Paris, Éd. La Mémoire du Droit, « Références », 2000 (1^{ère} éd. 1929), t. II, p. 192.

³⁷³ CE, Ass., 2 décembre 1983, *Jean CHARBONNEL et autres*, *Leb.* p. 475 ; *AJDA*, 1984, p. 76 ; *RDP*, 1985, p. 827, note DE SOTO.

³⁷⁴ MULLER-QUOY (I.), *Le droit des assemblées locales*, Paris, L.G.D.J., « Systèmes collectivités locales », 2001, p. 60.

³⁷⁵ *Ibid.*

insatisfaisante, le législateur est intervenu : l'article 34 de la loi relative à l'administration territoriale de la République du 6 février 1992³⁷⁶ vient ainsi juridiciser les règlements intérieurs en autorisant qu'ils soient soumis au contrôle du juge administratif³⁷⁷. Avant cette avancée légale, le juge avait progressivement mis en œuvre la technique du « vice propre à la délibération », qui permettait de censurer une délibération au motif d'un dysfonctionnement dans la procédure d'élaboration³⁷⁸. Il y avait donc bien une prise en compte par le juge administratif du caractère corporatif de l'organe producteur de l'acte, mais cette reconnaissance ne passait pas par la consécration jurisprudentielle de l'acte réglementant le fonctionnement interne des collectivités publiques³⁷⁹.

De son côté, le *droit de lever des contributions financières* manifeste également l'existence d'un pouvoir d'essence corporative. Le lien avec la qualité de « membre » d'une collectivité est d'ailleurs attesté par les dispositions électorales. Cette capacité se retrouve, de plus, dans l'histoire des villes dès le XI^e siècle ; les assemblées ont en effet obtenu, à partir de cette époque, le droit de consentir à l'impôt, puis de le répartir afin de gérer les tâches communes. Il s'agit donc là d'une constante de l'histoire des collectivités territoriales. Il faut noter qu'un processus similaire aux échelons local et national est alors à l'œuvre, puisque les premiers parlements³⁸⁰ arrachent le droit de consentir à l'impôt et que celui-ci est pendant longtemps la raison d'être de ces assemblées. Un parallèle entre la naissance du parlementarisme et l'essor des organes délibérants à l'échelon local peut alors être établi, l'histoire nous amenant à constater dès le Moyen-Âge des mécanismes de mimétisme institutionnel³⁸¹ entre les institutions territoriales et l'État.

³⁷⁶ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JORF*, n° 33, 8 février 1992, p. 2064.

³⁷⁷ Pour une première application jurisprudentielle positive : CE, Sect., 10 février 1995, *Commune de Coudekerque-Branche et Riehl* (2 espèces), *Leb.* p. 67 ; *RFDA*, 1995, p. 343, concl. SAVOIE ; *AJDA*, 1995, p. 414, chron. TOUVET et STAHL ; *ACL*, 1996, n° 6.

³⁷⁸ Pour une présentation de cette notion, v. KOUBI (G.), « Le "vice propre à la délibération" dans le droit de la décentralisation », *AJDA*, 1992, pp. 779-784. Cette position jurisprudentielle a été abandonnée par le juge administratif en 1996 (CE, 15 avril 1996, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux*, *Leb.* p. 130 ; *RFDA* 1996.1169, concl. COMBEXELLE ; *AJDA* 1996.405, chron. STAHL, CHAUVAUX ; *ACL* 1997 n° 32).

³⁷⁹ Phénomène qui peut également s'expliquer par le fait que les règlements intérieurs n'étaient pas obligatoires dans l'ensemble des collectivités. Reconnaître une telle valeur à ce type d'acte aurait permis d'intégrer une différenciation à l'intérieur des collectivités locales (principalement au sein des communes en distinguant les communes de moins de 3500 habitants pour qui le règlement intérieur n'était pas obligatoire et les autres, soumises à l'édition d'un tel acte) ; différenciation contraire au principe d'unité catégorielle défendu par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

³⁸⁰ L'origine du lien entre assemblée et vote de l'impôt remonte au XIII^e siècle en Angleterre. L'Assemblée des barons devient le Conseil du Roi après l'octroi de la « Grande Charte » par Jean sans Terre en 1215. On s'accorde à voir dans ce texte l'acte de naissance du parlementarisme moderne.

³⁸¹ Sur cette notion, v. MÉNY (Y.), (Sous la direction), *Les politiques du mimétisme institutionnel : la greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, « Logiques politiques », 1993, 285 p.

Le droit d'exiger le versement d'une contribution financière est encore, à l'époque contemporaine, une caractéristique de la corporation territoriale ; l'autonomie financière et fiscale des collectivités territoriales a ainsi été consacrée dans le corps de la Constitution, en mars 2003³⁸². Malgré cela, la création et la promotion par le législateur d'établissements publics de coopération intercommunale dotés d'une fiscalité propre paraît susceptible de remettre profondément en cause ce point pour les communes. Le droit de consentir à l'impôt, conformément en cela à la logique corporative, passe en effet traditionnellement par la désignation directe des personnes (les représentants de la population) qui sont chargées de cette compétence³⁸³. Or, l'attribution d'une compétence fiscale aux établissements publics de coopération intercommunale (*a priori* établissements de type fondatif³⁸⁴) dont l'organe délibérant n'est recruté qu'au suffrage universel indirect semble déroger à cette règle traditionnelle³⁸⁵. Une limite de la théorie corporative apparaît ici : les collectivités territoriales évoluent et certaines structures se trouvent de fait à mi-chemin entre fondation et corporation³⁸⁶. Ceci illustre parfaitement les difficultés à définir puis prendre en compte des structures et un pouvoir *présumés* naturels. L'opération de personnalisation marque un biais important entre la théorie corporative et la réalité juridique, comme le révèle le cas des établissements publics de coopération intercommunale contemporains. Il faut enfin remarquer que la théorie corporative n'insiste pas vraiment sur la liberté de gestion des intérêts propres. Certes, l'organisation institutionnelle dans son ensemble est pensée dans ce but³⁸⁷, mais dès

³⁸² Le lien entre collectivités territoriales et pouvoir fiscal a été relancé récemment à travers la constitutionnalisation en mars 2003 du principe de l'autonomie fiscale des collectivités territoriales, version moderne et positive de leur pouvoir de lever des contributions financières. Le nouvel article 72-2 de la Constitution pose ainsi plusieurs principes : la *libre disposition des ressources* dans le cadre de la loi ; la possibilité pour les collectivités territoriales d'accéder à tout ou partie des impositions de toute nature ; la *part déterminante que doivent représenter les recettes fiscales* et autres ressources propres. V. Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II, Paragraphe 1, B.

³⁸³ Art. 14 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 : « tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée. »

³⁸⁴ Même si une partie de la doctrine estime que l'évolution de ces structures tend à l'affirmation de leur « vocation corporative ». En ce sens, FAURE (B.), « L'hypothèse des bases constitutionnelles de l'établissement public territorial », *La profondeur du droit local...*, *op. cit.*, p. 167. Sur cette question, v. également l'article (classique) d'André de LAUBADÈRE, « Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale. À propos des groupements de collectivités territoriales », in *Mélanges offerts à P. COUZINET*, Toulouse, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1974, pp. 410-447.

³⁸⁵ En ce sens, CAILLOSSE (J.), « Ce que la Constitution donne à voir de la démocratie locale », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques MOREAU*, Paris, Economica, 2003, p. 56.

³⁸⁶ Le caractère hybride des établissements publics de coopération intercommunale est par ailleurs renforcé par le développement en leur sein de « chartes de fonctionnement », visant à organiser les rapports entre l'établissement public et les communes membres. On peut alors rattacher cette initiative au droit d'élaborer un ordre, si ce n'est *juridique (stricto sensu)*, à tout le moins *politique* propre. Sur ces chartes, v. TOUZET (A.), « Les chartes de fonctionnement des EPCI : un pouvoir d'auto-organisation conforté », *AJDA*, 2006, pp. 484-488.

lors qu'il faut caractériser le pouvoir organique, il est seulement fait référence au pouvoir de domination du groupe sur les membres. En cela, ces théories s'inscrivent dans la perspective individualiste classique développée depuis la Révolution française, selon laquelle il faut protéger l'individu de la domination du groupe. Dans cette optique, la liberté de gestion des intérêts propres du groupe n'est potentiellement dangereuse pour l'individu qu'à travers les prérogatives de domination qui requièrent dès lors toute l'attention.

2. LE CARACTÈRE NATUREL DU POUVOIR DES CORPORATIONS TERRITORIALES CONDUIT À PRÉSUMER SON ORIGINARITÉ SANS EN GARANTIR L'EFFECTIVITÉ JURIDIQUE

L'assimilation de l'ensemble des collectivités à caractère corporatif insiste, nous l'avons vu, sur le caractère naturel des groupements qui leur servent de fondement. Construite sur l'identité des collectivités territoriales, cette conception assimile les collectivités territoriales, là où d'autres auteurs insistent sur la spécificité du pouvoir d'État. Louis CONSTANS évoque ainsi une sorte de « souveraineté » des électeurs territoriaux. Une telle comparaison peut surprendre si l'on considère que la souveraineté, comprise comme un pouvoir absolu, originaire et suprême, est classiquement réservée à l'État³⁸⁸, mais cet auteur ne s'accorde pas avec cette conception, considérant que la souveraineté ne peut être le caractère de définition de la collectivité étatique. Le caractère absolu de la souveraineté est en effet difficilement concevable dans le cadre d'un État de droit ; c'est pourquoi il lui préfère les notions d'indépendance³⁸⁹ et d'*imperium*. Si l'indépendance est, dans cette optique, propre à l'État « l'*imperium*, c'est-à-dire le pouvoir de donner des ordres inconditionnés, est [en revanche] une partie intrinsèque de la forme juridique de la corporation, [...] il est par conséquent un élément essentiel du particularisme de la condition juridique des collectivités publiques »³⁹⁰. Selon cet auteur, chaque corporation générerait ainsi à l'égard de ses membres un pouvoir de domination originaire. Il y a, sur ce point, une rupture importante avec la conception classique de l'organisation du pouvoir dans l'État.

Traditionnellement, l'État souverain détient seul l'*imperium*, car il est le seul à disposer d'un pouvoir originaire. Selon cette conception, les collectivités territoriales locales ne sont que des structures secondaires, incorporées à l'État, qui leur délègue une partie de ses prérogatives de domination afin qu'elles gèrent leurs intérêts propres. Selon la position classique, seul le pouvoir de l'État peut être qualifié de politique ; les collectivités territoriales locales sont quant à elles des autorités administratives, donc secondes. La position de L. CONSTANS, en rupture avec la doctrine juridique classique,

³⁸⁷ V. la justification du recours à l'élection par exemple.

³⁸⁸ V. le chapitre suivant.

³⁸⁹ Il définit celle-ci en fonction de trois critères. L'État est libre de déterminer lui-même sa compétence *ratione materiae* (point que l'on retrouve pour les collectivités territoriales en ce qui concerne les services publics). La compétence de l'État a un caractère exclusif ; elle revêt enfin un caractère discrétionnaire, c'est-à-dire que l'État est « le seul juge de l'opportunité des décisions à prendre », CONSTANS (L.), *Le dualisme...*, *op. cit.*, pp. 178-181, p. 180 pour la citation.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 181.

amène à repenser cette conception. Selon lui, le caractère originaire n'est en effet pas délégué, mais se fonde sur un substratum réel, sociologique, à l'origine de toute collectivité corporative. Dans cette perspective, les collectivités territoriales, corporations naturelles, génèrent et jouissent d'un pouvoir originaire, que l'État tolère. Il rompt ainsi avec les cadres traditionnels de pensée ; ce qui n'est pas sans créer quelques difficultés. La population locale est, dans cette optique, l'origine du pouvoir de la collectivité corporative, qu'elle exprime à travers le procédé électif. Celui-ci, en ce qu'il tire son origine et sa légitimité directement de la collectivité, peut donc être qualifié d'originaire.

Cette qualification ne permet toutefois pas d'en déduire le caractère politique du pouvoir corporatif. S'il y a classiquement, dans le cadre de l'État, confusion entre ces deux qualités, à travers la production de la norme législative, l'auteur ne mentionne pas ce point au sujet des autres collectivités corporatives. Il semble donc qu'il distingue ces deux caractères, sans toutefois évoquer explicitement ce point dans son ouvrage, laissant la question sans réponse. La théorie de cet auteur s'avère *in fine* carentielle quant à cette distinction, pourtant cardinale. La conception classique présente *a contrario* l'avantage, en l'espèce, de faire correspondre les caractères originaire et secondaire des collectivités à la nature politique ou administrative du pouvoir qu'elles exercent. Or, on ne trouve rien d'équivalent chez CONSTANS. Si l'on reprend la position classique, on devrait conclure que les collectivités territoriales secrètent et bénéficient d'un pouvoir originaire, donc de type politique, au même titre que l'État. Mais il apparaît assez contradictoire de finaliser la rupture épistémologique de CONSTANS par un retour à la conception doctrinale classique. Il faut alors conclure que cette question n'intéressait pas cet auteur ; le but de son ouvrage n'est pas là. Il cherche simplement à classer les personnes publiques, en prenant en considération les éléments sociologiques objectifs. C'est déjà beaucoup. Cela permet en effet de mettre en parallèle l'ensemble des collectivités territoriales et de les regrouper au sein d'une même catégorie, en montrant qu'il existe des groupes naturels inférieurs à l'État qui bénéficient d'un pouvoir de domination originaire. C'est toutefois insuffisant dans notre optique car cette construction ne permet pas de conclure quant à la nature du pouvoir local. L'absence de réflexion sur la nécessité de protéger *de jure* l'existence empirique des corporations territoriales constitue de plus une seconde lacune du paradigme corporatif, en ce que rien ne permet de certifier que le groupe accédera à la vie juridique, la personnification ne dépendant pas de sa compétence. Des difficultés similaires apparaîtront au cours de l'étude de la théorie de l'institution de Maurice HAURIOU.

Paragraphe 2. Le pouvoir institué chez HAURIOU : une définition transcendante du pouvoir local fondée sur le but poursuivi (l'œuvre institutionnelle)

La théorie de l'institution a connu des fortunes diverses. Peu utilisée par la doctrine publiciste contemporaine³⁹¹, elle retrouve toutefois une certaine aura chez les juristes qui dépassent le strict positivisme. Elle a ainsi été utilisée à plusieurs reprises dans des travaux portant sur la notion de pouvoir normatif³⁹² ou de réglementation³⁹³ dont elle

³⁹¹ TANGUY (Y.), « L'institution dans l'œuvre de Maurice HAURIOU », *RDP*, 1991, p. 61.

semble embrasser assez parfaitement les problématiques. Notre recherche s'inscrit dans le prolongement des précédentes en se focalisant non pas sur le pouvoir normatif, mais sur le pouvoir de l'institution. Dès lors, et assez classiquement, il faudra déterminer si les collectivités territoriales sont des institutions **(A.)**, avant d'envisager les conséquences de cette qualité sur le pouvoir généré par ces structures **(B.)**.

A. Les collectivités territoriales sont des institutions corporatives

La théorie de l'institution n'a été élaborée ni spécialement, ni exclusivement pour les collectivités territoriales mais pour l'ensemble des groupes sociaux afin d'expliquer leur formation et leur préservation dans le temps. Il s'agissait alors pour son auteur de penser le pouvoir³⁹⁴ de façon pluraliste et dans sa dimension sociale **(1.)**.

La théorie institutionnelle trouve toutefois dans les collectivités territoriales un terrain particulièrement adéquat ; celles-ci semblent en effet donner sa pleine dimension à la doctrine développée par HAURIOU **(2.)**.

1. L'INSTITUTION, PHÉNOMÈNE SOCIAL NATUREL

Selon Maurice HAURIOU³⁹⁵, « une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »³⁹⁶. Il existe deux types d'institutions : les institutions – personnes et les institutions – choses³⁹⁷

³⁹² Elle est ainsi utilisée tant par Jean-Claude DOUENCE (*Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. LXXXI, 1968 (Préface de J.-M. AUBY), pp. 21-24) que par Marc JOYAU (*De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de droit public », t. 198, 1998 (Préface de J.-Y. VINCENT), pp. 20-35).

³⁹³ V. la thèse de Maryvonne HECQUARD-THÉRON, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de droit public », t. CXXVI, 1977 (Préface de J.-A. MAZÈRES), pp. 121-129.

³⁹⁴ Sur l'importance de la notion de pouvoir pour HAURIOU, v. la note sous CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, S. 1921.III.49. HAURIOU y développe son attachement à la notion de puissance publique, en terminant par cette formule évocatrice : « je sais bien pourquoi on en veut pas [de la puissance publique comme critère du droit administratif], c'est parce qu'on ne veut plus de la notion de pouvoir sous aucune de ses formes. Le malheur est qu'avec de pareilles idées préconçues, on s'attire les démentis des faits ». Se reporter également à la préface de la dixième édition du *Précis de droit administratif*, sur les rapports entre puissance publique et service public. Reproduite in HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public, Précis de droit administratif et de droit public* (Paris, Dalloz, 12^e éd. (1^{ère} éd. 1933), 2002 (Avant-propos de P. DELVOLVÉ et F. MODERNE, Préfaces d'A. HAURIOU et M. HAURIOU), p. IX.

³⁹⁵ Nous présenterons la théorie institutionnelle du Doyen de Toulouse, sans prétendre rendre compte des évolutions ou inflexions qu'elle a pu subir suite à l'intervention de disciples d'HAURIOU (à titre d'exemple, v. RENARD (G.), *La théorie de l'institution*, Paris, Sirey, 1930) ou de la théorisation par d'autres auteurs (pour exemple, v. ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2002 (Préface de P. MAYER ; Introduction de P. FRANCESKAKIS), 2^e éd. (1^{ère} éd. 1918), 174 p.).

. Les premières sont des corps constitués, au sein desquelles « le pouvoir organisé et les manifestations de communion des membres du groupe s'intériorisent dans le cadre de l'idée d'œuvre : après avoir été l'objet de l'institution corporative, l'idée devient le sujet de la personne morale qui se dégage dans le corps constitué »³⁹⁸. M. HAURIOU définit ensuite plus précisément ce qu'il faut entendre par *institution incorporée* : « une organisation sociale, en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence individuelle est assurée par l'équilibre interne d'une séparation des pouvoirs, et qui a réalisé dans son sein une situation juridique »³⁹⁹. On peut déduire trois points principaux de cette définition. Tout d'abord, l'institution est une organisation sociale, c'est-à-dire une organisation faite d'une collectivité d'individus. En même temps, cette organisation doit avoir par elle-même une individualité assez forte pour être connue et nommée. Elle dépasse donc les individus et a une réalité sociale en dehors des personnes qui la composent. Ensuite, l'institution est une organisation sociale établie en relation avec l'ordre général des choses. Il existe un ensemble d'organisations sociales et de rapports sociaux dont toutes les parties sont liées. « Une organisation sociale donnée ne peut prétendre au titre d'institution sociale, que si elle est en relations régulières avec le vaste ensemble préexistant ; il y a là un phénomène de reconnaissance, d'aveu, qui, pour être le plus souvent implicite, n'en est pas moins nécessaire »⁴⁰⁰. Enfin, une institution est une organisation sociale dont la permanence est assurée par un équilibre de forces internes. Un élément complexe de définition qu'il faut décomposer en deux idées, celle de permanence et celle d'équilibre de forces. Ces deux idées sont d'importance capitale et s'enchaînent. Pour devenir une institution, une organisation doit être durable, c'est-à-dire qu'elle se perpétue en un mouvement uniforme. Selon HAURIOU, il est bon de voir cette durée dépasser une génération humaine.

L'élément initial met bien en évidence le premier des deux *mouvements* de l'institutionnalisation : l'affirmation de la force créatrice de l'idée d'œuvre. Celle-ci est ce qui sous-tend l'organisation institutionnalisée, elle est incorporée, intégrée par la population membre de l'institution. Cette idée est difficilement définissable et il ne faut pas la confondre avec le but ou la fonction du groupement⁴⁰¹. Si l'idée n'était qu'un but du groupe, l'institution ne serait en effet qu'une institution téléologique artificielle ; or, elle est un groupement naturel, c'est-à-dire qui ne résulte pas d'une association volontaire de ses membres. « Ce serait [ainsi] une erreur de tenir l'institution pour un simple phénomène téléologique »⁴⁰² car « dans l'institution, c'est l'idée qui agit à travers l'entreprise, alors

³⁹⁶ HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution... », *op. cit.*, p. 10.

³⁹⁷ On retrouve une distinction similaire chez Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 19.

³⁹⁸ HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution... », *op. cit.*, p. 10.

³⁹⁹ HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 129.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 130.

⁴⁰¹ HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution... », *op. cit.*, p. 13.

que dans les groupements, sociétés ou corps non institutionnalisés, c'est le groupe ou l'organisme qui agit en vue d'une fin qui, atteinte, sera l'idée réalisée. L'idée existe dans l'institution, partout ailleurs, elle ne fait que justifier, motiver ou diriger l'entreprise »⁴⁰³.

Si l'idée d'œuvre paraît difficilement définissable, on prend tout de même conscience qu'elle est partie intégrante de l'idée du groupe ; elle fait partie de l'identité des membres de l'institution⁴⁰⁴. On peut ainsi rapprocher le corps des membres de l'institution d'une communauté organique⁴⁰⁵. L'institution viendrait ainsi concrétiser un groupement naturel, ayant conscience de lui-même et de ses particularités par rapport à l'extérieur. Le curseur est ainsi placé sur l'origine sociologique du groupe qui s'institutionnalise et, face à ces caractéristiques, on ne peut que suivre Marc JOYAU quand il conclut à une profonde ressemblance entre la population institutionnalisée et les groupements naturels de type *communauté*⁴⁰⁶.

Cette communauté institutionnalisée accède à la vie juridique par la personification. Ce second mouvement se traduit alors par l'organisation juridique de l'institution ; ce qui lui confère une véritable existence dans l'ordre juridique⁴⁰⁷. Ce phénomène a deux types principaux de conséquences. D'un point de vue normatif, l'institution est reconnue et acceptée comme centre d'édiction de normes propres, ne s'appliquant qu'à ses membres. Du point de vue de l'organisation structurelle, l'institution se dote d'organes, élus par la population, chargés de vouloir pour elle. L'élection représente ainsi à la fois un élément d'autonomie important de l'institution et une garantie d'identité entre les organes gouvernants et les membres de l'institution⁴⁰⁸. L'élection des organes par la population

⁴⁰² JOYAU (M.), *De l'autonomie des collectivités territoriales...*, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁰³ BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1980, n° 171, pp. 255-256, cité par JOYAU (M.), *ibid.*

⁴⁰⁴ HAURIOU avance ainsi que l'incorporation est placée « sous la dépendance d'un mouvement d'intériorisation qui fait passer dans le cadre de l'idée directrice de l'entreprise [...] les manifestations de communion du groupe », « La théorie de l'institution... », *op. cit.*, p. 24.

⁴⁰⁵ « Projetée dans le social, dans la réalité du phénomène corporatif, l'idée directrice apparaît objective, c'est elle qui agit sur les adhérents, c'est sa mystique qui entraîne les foules », *ibid.*, p. 24.

⁴⁰⁶ Cet auteur se réfère à la définition de la communauté donnée par Maurice DUVERGER (*Les partis politiques en Europe, leur rôle et leurs liens*, Centre européen universitaire, p. 11), c'est-à-dire un groupement fondé « sur l'affectivité, sur le besoin d'association [et] sur l'intérêt en même temps », JOYAU (M.), *De l'autonomie des collectivités territoriales...*, *op. cit.*, p. 27. Pour une étude plus globale de la confrontation entre les notions de communauté et de collectivité, v. DOAT (M.), *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 19-66, particulièrement pp. 57-66.

⁴⁰⁷ « Au total, la continuité subjective de la personnalité morale complète et enrichit singulièrement les effets de la continuité objective du corps institué ; la personification parachève l'incorporation ; l'une et l'autre assurent d'une façon puissante la réalisation de l'idée objective dans le milieu social », HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution... », *op. cit.*, p. 35.

⁴⁰⁸ « L'élection n'est pas de l'essence du régime représentatif, mais elle est un élément naturel de sa technique, parce qu'elle paraît être une garantie de la communauté de vue entre les gouvernants et les membres du corps », *ibid.*, p. 18.

ainsi que le fonctionnement de ces mêmes organes sous les yeux de la communauté instituée témoignent de la mise en œuvre du pouvoir inhérent à chaque institution. « L'intervention de l'élément pouvoir produit ici un double effet. [...] Il unifie les consentements ; même lorsque le pouvoir se manifeste par un vote majoritaire d'assemblée, on voit la minorité opposante accepter, contrainte et forcée, la décision de la majorité par le seul fait que ses membres ne se retirent pas de l'institution ; ensuite, les décisions prises présentent ce caractère de valoir par elles-mêmes juridiquement, ce qui est la marque des actes de pouvoir. Il faut en tirer cette conclusion que la "communion fondative" est une opération du pouvoir autant qu'une opération consensuelle, et que les fondateurs exercent un pouvoir »⁴⁰⁹.

L'examen et la présentation de la théorie de l'institution révèlent bien la mise en jeu d'un pouvoir institutionnel, dont le groupe qu'il incarne est à la fois l'origine et la fin. Il en est l'origine car il est à la base de l'institution ; sans lui, il n'y a pas en effet de support à celle-ci. Il en est la fin, car l'idée d'œuvre intégrée par les membres et par l'institution correspond globalement à l'*orientation* du pouvoir institutionnel⁴¹⁰. Il faut dès lors parvenir à montrer que les caractéristiques essentielles de l'institution se retrouvent chez les collectivités territoriales afin de pouvoir les considérer comme des organisations instituées.

2. LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES SONT DES INSTITUTIONS

Ainsi que le relève Marc JOYAU, « au sens commun, il est acquis que les collectivités locales constituent des institutions car ce sont des ensembles d'organes structurés »⁴¹¹ ; la question qui importe est alors de mettre en évidence que l'on retrouve les caractéristiques permettant de les qualifier ainsi au regard de la théorie de l'institution. Nous avons vu que les institutions se fondaient sur une communauté organique naturelle. Il semble bien que l'on retrouve cet élément dans la définition des collectivités territoriales. La population est en effet la raison d'être de la collectivité territoriale ; mieux, elle la forme⁴¹². Il a été montré, en ce sens, le caractère naturel des communes, depuis le Moyen-Âge jusqu'à l'époque contemporaine, ainsi que l'extension de cette qualité aux autres collectivités territoriales à l'époque récente. Les populations locales forment de plus des groupements, au sein desquels la dimension affective est importante. À ce titre, M. HAURIOU fait lui-même référence au caractère communautaire des communes

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 39.

⁴¹⁰ On peut en effet penser que selon l'idée d'œuvre à l'origine de l'institution, le pouvoir ne sera pas organisé de la même façon et ne visera pas les mêmes buts. Son *orientation* sera donc différente.

⁴¹¹ JOYAU (M.), *De l'autonomie des collectivités territoriales...*, *op. cit.*, p. 30.

⁴¹² À titre d'illustration, v. la citation du sénateur J. DESCOURS-DESACRES, au cours de la séance du 18 décembre 1968 : "...les Français ne vivent pas dans les collectivités, ils les constituent". La représentation des collectivités territoriales se ramène donc finalement à une représentation exclusive du peuple », cité in ROBBE (F.), *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat. Étude sur l'article 24 alinéa 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », n° CI, 2001 (Préface de M. DREYFUS, Avant-propos de M. VERPEAUX), p. 166.

lorsqu'il constate que « la fondation des communes au Moyen-Âge a été accompagnée de graves crises morales qui soulevaient les populations au cri de "Communion ! Communion !" »⁴¹³. L'affect et la naturalité forment ainsi le creuset des collectivités territoriales, qui résultent en effet non d'une adhésion volontaire mais de l'état des choses. Le poids historique et sociologique marque l'appartenance à la collectivité territoriale, comme, à une autre échelle, à la Nation. Celle-ci s'appuie (autant qu'elle les génère d'ailleurs) sur les intérêts propres à la collectivité, qui naissent de la proximité géographique, de la vie en commun et dont la doctrine n'est jamais parvenue à démontrer l'inexistence⁴¹⁴. L'idée d'œuvre trouve ainsi dans l'intérêt local une incarnation surprenante de similitude ; celui-ci, conformément aux caractéristiques de celle-là, s'inscrit en effet dans la durée, s'affirmant comme la raison d'être de la collectivité territoriale au-delà des aléas conjoncturels (assimilables à la notion de « but » dans la sémantique d'HAURIOU).

Une fois constatée l'identité du fondement démographique de l'institution théorique et de la collectivité territoriale, il faut à présent confronter le second mouvement de la formation institutionnelle à la réalité territoriale. Les collectivités territoriales sont dotées d'une personnalité juridique et l'ensemble des études de cette notion ont abouti à la même conclusion : la personnification à l'origine des collectivités territoriales correspond à l'incorporation d'un groupe territorial donné⁴¹⁵. La personnification des collectivités territoriales peut ainsi être interprétée comme l'incorporation d'un groupe préexistant, bien qu'elle soit tributaire d'une autorité hétéronome, l'État⁴¹⁶. La construction d'HAURIOU tente toutefois d'éviter cette aporie, sans y parvenir complètement, en distinguant la personnalité morale, qui est un fait naturel, de la personnalité juridique, qui est « une stylisation⁴¹⁷ de la personne morale dans laquelle interviennent des idées directrices du système juridique »⁴¹⁸. Pour le Doyen HAURIOU, il convient en effet de distinguer entre

⁴¹³ HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution... », *op. cit.*, pp. 19-20.

⁴¹⁴ Sur ce point, v. ROUAULT (M.-C.), *L'intérêt local*, Lille, Presses universitaires, 1991, pp. 232-ss. V. également la deuxième partie de ce travail.

⁴¹⁵ Sur une présentation de l'évolution de la position doctrinale, v. BACCOYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration...*, *op. cit.*, pp. 23-27, § 28-37. V. également la position de Maurice BOURJOL pour qui « en reprenant la théorie de l'institution, on peut dire que la collectivité territoriale est personne « morale » d'essence constitutionnelle, dotée pour le "commerce juridique", de la personnalité "administrative" », BOURJOL (M.), « Fascicule n° 21 – Statut constitutionnel, Éléments du corps politique de l'État nation », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, 2000.

⁴¹⁶ C'est bien l'État qui accorde aux différentes collectivités territoriales leur personnalisation. S'il prend en compte des éléments sociologiques objectifs, il faut toutefois constater qu'il jouit d'une compétence complètement discrétionnaire dans cette opération. V. *infra*.

⁴¹⁷ « C'est-à-dire au sens propre du mot, une représentation simplifiée en vue d'un effet déterminé, ici le commerce juridique », MAZÈRES (J.-A.), Préface à la thèse de François LINDICHTH, *Recherches sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public » n° 176, 1997, p. XX.

⁴¹⁸ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 46.

la *personnalité morale*, individualité objective assimilable à un fait naturel, et la *personnalité juridique* qui est une retouche de ce fait naturel opérée selon les directives générales du système juridique⁴¹⁹. La personnalité résulte, ainsi que l'explique J.-A. MAZÈRES, d'un « équilibre de superposition entre deux moments. Le premier ("pré-personnalisation" écrit HAURIOU) a bien déjà une dimension juridique : celle de l'agencement fonctionnel d'organes semblables à ceux qui donnent la vie à un corps. HAURIOU perçoit ici l'importance d'un aspect essentiel (et souvent négligé) de tout système juridique qui est l'organisation, l'aménagement prévu par des normes statutaires d'instances objectives structurant l'ensemble social. Ce n'est que dans un deuxième moment, avec la manifestation d'éléments subjectifs, qu'apparaît l'autre aspect essentiel du droit, résultat de la volonté d'un sujet, c'est-à-dire la décision, un acte juridique proprement dit – celui que la doctrine quasi unanime met au centre de l'analyse du droit (alors que la décision pour HAURIOU ne se forme par la volonté d'un sujet qu'après avoir été pré-formée par la structure objective de l'organisation) »⁴²⁰. « Il en résulte [...] que la personne morale est une réalité complexe, que la personnalité juridique dont elle est douée ne l'absorbe pas entièrement, ou du moins, qu'il ne suffit pas de l'envisager sous l'aspect de la personnalité juridique. [...] Il faut donc observer] que [si] la personnalité juridique n'est pas le tout de la personne morale, c'est que, par-dessous la personnalité juridique, il existe un groupement d'hommes ayant une individualité concrète, et pouvant réellement faire corps par des mouvements de solidarité : par exemple, en matière communale, la personnalité juridique de la commune n'est pas le tout ; il existe un groupement réel des habitants de la commune, avec des organes tels que le conseil municipal et le maire, et le groupement et les organes peuvent faire corps dans certains sursauts de solidarité »⁴²¹. Cette distinction permet alors de prendre en compte « l'idée de vie propre des groupements sociaux, à leur existence indépendante de la loi »⁴²² que la jurisprudence administrative semble disposer à accepter, et ce, dès le début du XIX^e siècle⁴²³.

« La "personnalité juridique" et la "personnalité morale" sont [donc] deux sujets différents dans lesquels le groupe se personnifie suivant son fonctionnement comme sujet des "rapports avec autrui" (d'autres groupes ou des individus tiers) ou comme sujet de

⁴¹⁹ « La personnalité juridique suppose un être sous-jacent qu'elle vient compléter en définissant ce qui lui est propre, mais qu'elle vient compléter en définissant ce qui lui est propre, mais qu'elle n'absorbe pas complètement [...]. Cette autre région est celle de l'individualité objective », HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 109 cité par GURVITCH (G.), « Les idées – maîtresses de Maurice HAURIOU », *op. cit.*, p. 167.

⁴²⁰ MAZÈRES (J.-A.), Préface à la thèse de François LINDICTH, *op. cit.*, p. XIX.

⁴²¹ HAURIOU (M.), « Note sous CE, 20 janvier 1911, *Époux DELPECH-SALGUES* et 3 février 1911, *ANGUET* », *Recueil des notes d'arrêts...*, *op. cit.*, t. 1, p. 634.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ Outre la décision précitée, HAURIOU renvoie à un arrêt du Conseil d'État du 27 juin 1834 *Préfet du Bas-Rhin* (*Leb.* p. 417), portant sur la personnalité du département.

son "droit institutionnel" propre qui régit sa vie intérieure »⁴²⁴. Dans cette perspective, le groupe devient le sujet de la personne morale⁴²⁵, et ce à deux sens : « au sens subjectif, il est le sujet de la personne morale ; en même temps qu'au sens organique il est sous la sujétion des organes de gouvernement, parce que la personne morale elle-même est sous la sujétion de ses organes »⁴²⁶. La personnalité morale fait ainsi apparaître dans la sphère juridique la collectivité – communauté. Néanmoins, celle-ci ne peut conserver sa forme brute dans l'ordonnement juridique : la personnalité juridique provoque ainsi une « stylisation » de la personne morale dans laquelle interviennent des idées directrices du système juridique. Dans une interaction dialectique, la personnalité morale, élément naturel, vient rendre moins artificielle le construit juridique en ce qu'elle se fonde sur un donné social. Construite sur une présomption de naturalité, l'analyse d'HAURIOU ne lève pas totalement l'aporie que nous relevions précédemment. Il faut en effet admettre que rien ne vient garantir que l'État, même confronté au *droit naturel* d'une collectivité, opérera la stylisation transformant la personnalité morale en personnalité juridique. Or, si cette absence de transformation n'est pas réhibitoire à l'existence du groupe⁴²⁷, elle l'empêche d'accéder au commerce juridique ; ce que ne peut tolérer une collectivité territoriale. La nécessaire intervention de l'État reste ainsi, et quoiqu'il en soit, la principale difficulté rencontrée par toute analyse qui entend transcrire le caractère naturel du pouvoir local en droit.

Conformément aux caractéristiques de l'institution, les collectivités territoriales sont enfin dotées d'organes, dont la fonction est de gérer l'intérêt de la collectivité concernée. Ceux-ci sont désignés par les membres de la collectivité sans intervention d'une quelconque autorité extérieure, en recourant au procédé électif⁴²⁸. Il faut ainsi constater que la genèse juridique des collectivités territoriales ressemble fortement au deuxième mouvement de l'institutionnalisation décrite par Maurice HAURIOU.

Finalement, il est possible de conclure que les collectivités territoriales sont des institutions au sens de la théorie de l'institution : elles apparaissent donc, dans cette perspective, comme des structures originaires et naturelles. Incarnation juridique d'un groupement naturel, les collectivités territoriales vont, comme toute institution, générer un pouvoir, dont il faut à présent envisager l'analyse.

B. Le droit des collectivités territoriales à l'aune du droit institutionnel : l'expression, par la population locale, d'un pouvoir originaire propre visant à

⁴²⁴ GURVITCH (G.), « Les idées – maîtresses de M. HAURIOU », *op. cit.*, p. 173.

⁴²⁵ HAURIOU (M.), *Principes du droit public*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 642. « Toute personne morale [aurait ainsi] droit d'être stylisée en personne juridique », *ibid.*

⁴²⁶ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 45.

⁴²⁷ Ainsi que l'illustrent les associations non déclarées.

⁴²⁸ Outre l'article 72, alinéa 6 de la Constitution du 4 octobre 1958, citons « les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus », art. L. 1111-1 (CGCT). Nous soulignons.

satisfaire ses intérêts

La construction d'HAURIOU offre des outils appréciables pour appréhender le droit institutionnel, et partant le pouvoir généré par ce modèle de structures. Le Doyen de Toulouse distingue, à cet effet, le droit disciplinaire du droit statutaire⁴²⁹, mettant en évidence le caractère dual du droit institutionnel. Ces deux types de droit correspondent, d'ailleurs, sensiblement à la dualité propre à la notion de pouvoir⁴³⁰. Il faudra donc voir si le droit des collectivités territoriales correspond aux catégories d'HAURIOU, et ainsi, envisager les caractères originaire et propre du pouvoir des structures territoriales.

Le droit disciplinaire paraît résulter d'un pouvoir de domination de l'institution sur ses membres, caractéristique que l'on retrouve, dans une certaine mesure, dans le pouvoir local (1.).

De son côté, le droit statutaire garantit à l'institution une autonomie de gestion ; il peut dès lors être pensé en termes de liberté, rejoignant, quant à lui plus nettement, la logique libérale inhérente au pouvoir des structures locales (2.).

1. LE DROIT DISCIPLINAIRE, EXPRESSION D'UN DROIT NATUREL DE DOMINATION DU GROUPEMENT INSTITUTIONNALISÉ EN VUE DE LA RÉALISATION DE L'ŒUVRE INSTITUTIONNELLE

« Le droit disciplinaire est constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose »⁴³¹. Cette définition illustre le caractère organique du droit disciplinaire ; l'institution exerce une force sur tous ses membres pour les contraindre à accepter les organes créés à l'intérieur de l'institution. Le droit disciplinaire « se présente [donc] comme une force à laquelle on obéit ou à laquelle on résiste à ses risques et périls. L'obligation préétablie d'obéir existe dans le droit légal, parce que la loi est conçue de telle sorte que tous les sujets de l'État sont censés y avoir consenti. Mais il n'y a rien de tel pour le droit disciplinaire ; il s'impose quoique non consenti et il s'impose et s'oppose à la façon d'un fait »⁴³². Ce droit prend des formes

⁴²⁹ « Le droit disciplinaire, qui représente l'intérêt du groupe exprimé par la coercition du pouvoir de domination, et le droit statutaire qui représente l'intérêt du groupe exprimé par l'adhésion individuelle des membres aux procédures collectives de la vie corporative, se font contrepoids l'un à l'autre, et cet équilibre des règles du droit est un élément de l'équilibre total des forces qui soutiennent l'institution », HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 1^{ère} éd., op. cit., pp. 136-137.

⁴³⁰ Si l'on conçoit le pouvoir « global » de l'institution comme l'adjonction du pouvoir disciplinaire et du pouvoir statutaire, il est possible, selon l'optique développée par René CAPITANT, de rapprocher le pouvoir disciplinaire du pouvoir de domination, tandis que le pouvoir statutaire correspond à la logique libérale du pouvoir. Sur ce point, v. l'introduction générale.

⁴³¹ HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 137.

⁴³² *Ibid.*, p. 139.

variées et « est placé à côté du droit public de l'État sans lui être incorporé ; dans une large mesure, il ne vaut que par les sanctions que l'institution peut elle-même appliquer. C'est ainsi que les règlements d'assemblées délibérantes ne sont sanctionnés d'une façon publique que sur des points particuliers et par de très rares dispositions légales ; la sanction normale est l'expulsion de la salle de la réunion ou la suspension de séance »⁴³³. « Malgré la modération qu'il doit aux équilibres de la séparation, le pouvoir de domination implique [ainsi] dans tout le système un état de contrainte qui se fait sentir et a sa répercussion sur tous les individus du groupe. En ce sens, toute institution est coercitive et disciplinaire, non seulement l'État national avec sa police, sa force armée, ses lois et règlements, mais la moindre association, la moindre société de secours mutuels, avec les pénalités de ses statuts et la nécessité de subir dans une certaine mesure les décisions de son organe dirigeant »⁴³⁴.

La définition de ce premier corps de règles révèle l'apport du Doyen de Toulouse par rapport aux autres théories corporatives : il expose, à travers le droit disciplinaire, l'existence d'un droit constitutionnel propre au groupement⁴³⁵. Ce droit ne tire ni son origine, ni sa légitimité d'une institution extérieure, mais de l'institutionnalisation de l'idée d'œuvre. La puissance publique étatique n'est ainsi plus la seule source de pouvoir et d'édiction normative générale (c'est-à-dire ne résultant pas d'une source contractuelle). Certes, cette généralité ne vaut que pour une population territorialement circonscrite, mais il en va identiquement pour l'État, même si c'est à un échelon territorial plus large. Dès lors, « l'État n'est, ni la seule institution, ni la source de toutes les autres, ni l'arbitre, à volonté, de leur existence... il n'est qu'une institution dans la gradation des institutions ; il occupe simplement le premier rang sur l'échelle des institutions de la société civile : *primus inter pares*, à coup sûr ! mais *par* : un égal ; il n'est pas – qu'on me passe l'expression – "d'un autre bois" »⁴³⁶. On retrouve d'ailleurs la capacité des collectivités territoriales à se doter d'un droit propre dès l'origine en matière de police communale (comme nous l'avons déjà évoqué), et actuellement dans la capacité de fixer les règles de fonctionnement de leurs organes (et principalement de l'organe délibérant). Le paradigme d'HAURIOU permet de donner toute sa signification aux prérogatives propres des collectivités territoriales contemporaines, en leur rendant leur dimension sociétale. Celles-ci sont donc dotées, comme toute institution, d'un pouvoir de domination originaire et naturel sur leur population, admis et reconnu par l'État à travers leur personnalisation

⁴³³ *Ibid.*, p. 140.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 135. V., dans le même sens, la position de Léon MICHOUUD : « quant au droit disciplinaire sur leurs membres, il est remplacé purement et simplement pour ces personnes [de droit public], par le droit d'*imperium* », MICHOUUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français. Deuxième partie. La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences*, Paris, L.G.D.J., 3^e éd. (Mise à jour par L. TROTABAS), 1932 (1^{ère} éd. 1909), p. 33.

⁴³⁵ « Toute institution a [ainsi] sa Constitution et son droit constitutionnel ; il y a autant de Constitution et de droit constitutionnel que d'institutions », RENARD (G.), « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », in *Mélanges R. CARRÉ DE MALBERG*, Paris, Librairie E. Duchemin, 1977 (1^{ère} éd. 1933), p. 491.

⁴³⁶ *Ibid.*

juridique.

Ce phénomène est par ailleurs confirmé par l'admission de la supériorité de l'intérêt institutionnel (l'idée d'œuvre) (que l'on pourrait qualifier, dans notre optique, d'intérêt de la collectivité ou encore d'intérêt local) sur les intérêts particuliers et la reconnaissance du pouvoir des autorités dont le groupe s'est doté pour faire primer cet intérêt. L'intérêt général local, de même que l'intérêt institutionnel dans la théorie d'HAURIOU, prime ainsi sur les intérêts individuels des membres. Comment ne pas voir ici la reconnaissance d'une « souveraineté » de la corporation, exprimée à travers ce qui ressemble étrangement à des prérogatives de puissance publique originaires, dans la gestion de ses affaires ? La prédominance de l'intérêt du groupe sur l'intérêt individuel renvoie d'ailleurs *mutatis mutandis* à la théorie de la souveraineté du peuple puisque la philosophie sous jacente à celle-ci peut en effet être résumée comme « la suprématie de la volonté générale sur toute volonté particulière »⁴³⁷. Rappelons de plus l'attachement d'HAURIOU au procédé électif, moyen privilégié d'expression du peuple, pour désigner les organes de l'institution. Nous serions donc bien confrontés à des logiques identiques et à une application de ce principe dans le cadre restreint de l'institution corporative territoriale et ceci, indépendamment de l'intervention étatique. Il faudrait alors comprendre la référence au terme de « souveraineté », comme une reconnaissance, d'une part du caractère originaire du pouvoir de domination de l'institution territoriale (fondée sur sa naturalité présumée), et, d'autre part, comme l'admission d'une liberté absolue de la corporation dans le cadre de ses prérogatives. À ces conditions, un tel parallèle, même s'il ne doit pas être exagéré, ne paraît pas dénué de sens. Le droit disciplinaire correspond donc à l'admission en faveur de l'institution territoriale d'une capacité constituante⁴³⁸, lui permettant de s'organiser dans les limites de sa liberté⁴³⁹. Cette faculté se concrétise par ailleurs dans le cadre de l'élaboration de son droit statutaire, véritable étalon de mesure du pouvoir (compris au sens matériel) de la collectivité – institution.

2. LE DROIT STATUTAIRE, EXPRESSION DE LA LIBERTÉ DE GESTION NATURELLE DE L'INSTITUTION

⁴³⁷ CONSTANT (B.), *Principes de politique*, op. cit., p. 269.

⁴³⁸ Il est alors possible de distinguer la *capacité constituante*, qui peut s'entendre comme la faculté de se doter de ses règles propres, selon une logique instituante, de la *capacité constitutionnelle* qui est celle de se doter d'une Constitution. Cette dernière est l'apanage des États, tandis que la première, plus large, est une attribution de quiconque jouit de la possibilité de fixer son propre statut dans l'espace de liberté qui lui est laissé. Les Communautés autonomes espagnoles jouissent ainsi d'une capacité constituante et non d'une capacité constitutionnelle, puisque l'entrée en vigueur de leur statut dépend d'une loi adoptée par les *Cortes generales* (art. 143, 147 et 148 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978).

⁴³⁹ En ce sens, v. CC, déc. n° 98-407 DC, 14 janvier 1999 (*Fonctionnement conseils régionaux*), Rec. p. 21 ; JORF 20 janvier 1999, p. 1028 ; RFDA 2000.109, comm. VERPEAUX, BAGHESTANI-PERREY ; AIJC 1999.582, comm. FATIN-ROUGE ; D. 2000, somm.194, observ. GHÉVONTIAN ; Cahiers du CC 1999(7).8 ; RFDC 1999.142, comm. GHÉVONTIAN ; JCP 1999, Actu., 10 mars 1999, p. 449, comm. ZARKA ; LPA 1999(45).13, note VIOLA ; AJDA 1999.149, note SCHOETTL ; LPA 12 février 1999(31).9, comm. GRUBER ; LPA 1999(12).3. Sur ce point, v. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I, Paragraphe 1, A. V. également nos développements précédents sur la capacité de l'organe délibérant local pour déterminer son règlement intérieur.

Le droit statutaire est le deuxième corps de règles produit par l'institution. Ce type de droit est généré naturellement par les institutions, soit par la coutume, soit par l'autorité délibérante. Le droit statutaire peut ainsi s'entendre du droit élaboré par l'institution à travers les procédures fixées lors de sa création. Ce droit s'affirme ainsi plus particulièrement dans le cadre du fonctionnement des conseils locaux. Il correspond au respect des procédures et à l'adhésion à ces mêmes procédures de la part de la population. Nous avons vu précédemment que l'institution disposait, à travers le droit disciplinaire, d'une capacité de déterminer elle-même et dans une mesure non négligeable le droit du groupement ; le droit statutaire serait la transcription procédurale de ce pouvoir d'autodétermination du droit. Le but n'est plus alors d'assurer la domination du groupe et de son intérêt sur les individus, mais plutôt de permettre la liberté de gestion de l'institution corporative, à travers l'élaboration de règles qui permettent tant l'adhésion de la population que le maintien d'une certaine autonomie décisionnelle (endogène et exogène) de la collectivité instituée.

Le droit statutaire correspond ainsi au versant « liberté » du pouvoir de l'institution. À travers la détermination de cet ensemble de règles, l'institution établit les modalités de sa liberté et de son fonctionnement interne. Le droit statutaire traduit ainsi en termes formels et libéraux le pouvoir de domination des institutions. On retrouve, dans le droit positif, des dispositions relevant de cette catégorie dans les procédures de détermination de l'intérêt général local, notamment dans la compétence des collectivités territoriales de créer et d'organiser des services publics locaux. Il faut alors distinguer les pans matériel et formel pour analyser cette capacité. D'un point de vue matériel, la collectivité est libre de déterminer les modalités de son action (c'est-à-dire les moyens lui permettant de satisfaire son intérêt général). Formellement, la détermination des procédures permet à l'institution de s'assurer un contrôle total de son intervention, ce qui semble garantir la liberté de gestion de ses affaires. Si le droit disciplinaire était justifié par le fondement démographique de l'institution, le droit statutaire est, quant à lui, légitimé par l'intérêt propre de celle-ci. Il faut toutefois remarquer qu'HAURIU est beaucoup moins disert au sujet de cette branche du droit institutionnel, son intérêt se portant principalement sur le droit disciplinaire. Si l'on voulait éclairer la distinction entre ces deux branches du droit, on pourrait cependant remarquer que le droit disciplinaire est une sorte de « droit constitutionnel », alors que le droit statutaire correspondrait à l'équivalent d'un « droit administratif » institutionnel. Le premier détermine les fondements ; le second les met en application. Le droit disciplinaire fonde ainsi l'étendue de l'autonomie institutionnelle tandis que c'est dans le cadre du droit statutaire que se joue la liberté effective du groupement.

Pour finir, il faut remarquer que la structure du droit institutionnel évoque celle de la souveraineté. Celle-ci peut en effet être scindée en deux branches : d'une part, elle est synonyme de la capacité du peuple souverain de déterminer seul son organisation et de l'imposer à ses membres (*pouvoir de domination*) ; d'autre part, elle est la garantie que l'existence de ce groupement ne dépendra que de lui-même, sans intervention extérieure (*liberté de gestion du groupe*). On retrouve la même dualité dans le diptyque formé par les droits disciplinaire et statutaire. Toute institution jouirait ainsi naturellement de prérogatives, si ce n'est souveraines, au moins de type souveraineté ; le caractère naturel

et originaire du pouvoir institutionnel doit donc être admis, même si l'on raisonne dans le cadre conceptuel classique.

Le rapprochement entre la construction d'HAURIOU et les collectivités territoriales a, dans un premier temps, révélé la nature institutionnelle de ces collectivités. La confrontation entre les deux branches du droit institutionnel et le droit des collectivités territoriales a, quant à lui, permis de montrer la réalité du caractère naturel et originaire du pouvoir des collectivités territoriales, ainsi que sa prise en compte dans ses traductions positives. Force est donc de constater que les collectivités territoriales sont, dans l'optique de la théorie de l'institution, les sources d'un pouvoir naturel et originaire.

Maurice HAURIOU propose ici une théorie plus ancrée, ou tout au moins, plus facilement rattachable au corpus juridique positif que la théorie corporative. Si l'institution permet d'envisager le pouvoir institutionnel comme un pouvoir naturellement exprimé et sécrété par les groupes sociaux, elle montre aussi les équilibres de superposition à l'œuvre dans l'ensemble de la structure étatique, notamment à travers la nécessaire intervention de l'État, « institution des institutions »⁴⁴⁰. L'ensemble de ces théories⁴⁴¹, dont les prémisses sont peut-être de type trop sociologique⁴⁴², n'insiste toutefois pas assez sur le rôle central de l'État dans l'accession des collectivités territoriales à la vie juridique. Si HAURIOU pense la structure du droit institutionnel de telle sorte qu'il devrait pouvoir s'exprimer naturellement, sa construction n'est pas sans faille. Et l'on peut lui adresser les mêmes critiques qu'à la théorie corporative : rien ne garantit que l'État prendra en compte le « substratum sociologique » dans l'organisation de son territoire⁴⁴³ ; ce qui conduit dès lors à distinguer nettement l'origine naturelle du pouvoir généré par les institutions territoriales de son caractère originaire, dont la traduction juridique est par trop fragile.

Conclusion du Chapitre I.

La population est le fondement principal de la notion de collectivité territoriale. C'est elle qui, tant pour le Constituant de 1789 que pour la doctrine publiciste des XIX^e et XX^e siècles, soutient la *présomption de naturalité* en faveur des collectivités territoriales, et donc le caractère originaire du pouvoir local. Ces deux qualités trouvent un moyen

⁴⁴⁰ On retrouve l'utilisation de cette expression à la fois chez Maurice HAURIOU (*Principes de droit public...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 140) et chez Santi ROMANO (*L'ordre juridique, op. cit.*, p. 27).

⁴⁴¹ Cette remarque si est vaut pour la construction de Maurice HAURIOU, peut, sans aucun tempérament, être étendue au paradigme corporatif.

⁴⁴² Même si, selon HAURIOU, « un peu de sociologie éloigne du droit, beaucoup de sociologie y ramène », HAURIOU (M.), « Les Facultés de droit et la sociologie », *Revue générale du droit*, 1893, p. 294.

⁴⁴³ La définition de l'institution adoptée par Jean CARBONNIER éclaire *a contrario* ce point ; cette construction chercherait, selon cet auteur, à « légitimer, par la spontanéité sociologique de leur création, des corps intermédiaires – tels qu'associations, fondations, congrégations, églises – auxquels le pouvoir politique de l'époque mesurait chichement la personnalité », CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique, op. cit.*, p. 120.

d'expression particulier dans le procédé électif, qui s'impose très vite comme la condition nécessaire de l'autonomie locale. Malgré la réalité sociologique du corps social auquel elle permet l'expression, l'élection locale n'est toutefois pas conçue en droit comme participant à l'expression d'un pouvoir originaire, contrairement à ce qui se passe au niveau étatique. L'intégration des collectivités territoriales à l'appareil administratif de l'État aboutit ainsi à en privilégier une conception. Ce qui est par ailleurs confirmé par l'exclusivité de la compétence de l'État pour fixer les modalités de désignation des organes locaux.

Si les éléments de naturalité et d'originarité du pouvoir local paraissent réels et sociologiquement fondés, ils ne trouvent pas de véritable consécration en droit positif. Les constructions doctrinales naturalistes révèlent, en ce sens, leur faiblesse à concilier l'existence de collectivités territoriales présumées naturelles (et plus particulièrement des communes) et le caractère absolu de la puissance d'État sur son territoire. Elles ne parviennent pas à trouver un argument dirimant qui imposerait à l'État la reconnaissance des corporations naturelles. Bien qu'offrant des cadres d'analyse élaborés et proches de la réalité, elles ne parviennent toutefois pas à transcrire de façon irréfutable la naturalité présumé du pouvoir local en son originarité juridique. Au contraire, il semble qu'il faille plutôt conclure sur l'impossibilité d'en faire un pouvoir localement originaire, tant qu'il n'est juridiquement concrétisé qu'après l'intervention de l'État.

Chapitre II. La présomption de naturalité ne signifie pas *de jure* la territorialisation de l'origine du pouvoir local

La population est la caractéristique essentielle des collectivités territoriales, institutions corporatives. Il existe ainsi en France, tant dans l'œuvre législative que doctrinale, une présomption de naturalité en leur faveur. Celle-ci ne suffit toutefois pas à soutenir la reconnaissance du caractère originaire de leur pouvoir. Le droit constitutionnel français n'admet en effet qu'une seule population originaire et indivisible, la Nation, niant tout particularisme socioculturel infraétatique. C'est ainsi à la population nationale, entendue de façon holiste, qu'est reconnue le droit d'être recouverte de collectivités territoriales, non pas aux populations locales. Seule titulaire de la souveraineté, la Nation est ainsi l'unique source du pouvoir dans l'État (**Section I.**).

Malgré cette affirmation de principe, quelques aménagements ont été organisés. Ceux-ci permettent la reconnaissance, sur des fondements extra juridiques, de certaines populations infranationales. Ils se cantonnent toutefois à des territoires géographiques particuliers ou à certaines procédures ; il n'y a donc pas de remise en cause du principe affirmé. Si elle admet que des populations locales présumées naturelles puissent défendre leur existence, la République française ne connaît toujours qu'un pouvoir originaire (**Section II.**).

Section I. Le principe : la population nationale, ensemble indivisible et origine unique du pouvoir dans l'État

La présomption de naturalité des populations locales ne trouve pas de traduction dans le

droit constitutionnel français. Fruit du processus centripète de construction de l'État, la population est conçue comme un tout englobant, au sein duquel les populations locales n'ont pas d'existence constitutionnelle. Le juge constitutionnel défend, dans cette veine, l'unité et l'indivisibilité du peuple français, en développant une conception holiste de la population (**Paragraphe 1.**)

La singularité et l'homogénéité de la population nationale ont des conséquences dans l'appréhension et la définition du pouvoir dans l'État. Au terme de l'article 3 de la Constitution de 1958, la nation, seule, est souveraine, le pouvoir de l'État jouissant dès lors de l'exclusivité du caractère originaire. La présomption de naturalité admise en faveur du pouvoir local ne se traduit donc pas *de jure* par la reconnaissance de son caractère originaire (**Paragraphe 2.**)

Paragraphe 1. La conception holiste de la population en droit constitutionnel : le primat de la Nation sur tous les autres groupes

Les populations locales ne trouvent pas à s'exprimer dans le cadre constitutionnel. L'admission de l'existence de toute entité sociologique homogène infranationale est niée au titre de la valeur constitutionnelle des principes d'indivisibilité et d'unité du peuple français (**A.**)

Selon la même logique, la Constitution n'envisage les collectivités territoriales que d'une manière générale, sans égard pour les particularités de leur substratum sociologique. C'est ainsi à la nation qu'est reconnu le droit d'être administrée par des collectivités territoriales et non pas aux populations locales (**B.**)

A. L'indivisibilité et l'unicité du peuple français sont des principes de valeur constitutionnelle empêchant toutes divisions infranationales

Les principes d'indivisibilité et d'unicité du peuple français ont été consacrés par le juge constitutionnel à deux moments distincts. Leur affirmation présente toutefois une similarité : elle s'oppose à la volonté des forces politiques aux affaires de reconnaître l'existence de *peuples locaux* (ou minorités), différenciés, selon des critères socioculturels, de l'ensemble de la nation. Le juge constitutionnel a ainsi censuré la reconnaissance législative du « peuple corse, composante du peuple français », sur le fondement de l'indivisibilité du peuple français (**1.**)

Il a ensuite estimé que la ratification de la Charte européenne des langues régionales nécessitait une révision de la Constitution ; le droit constitutionnel français n'admet en effet l'existence d'aucun critère culturel de différenciation infranationale. Participant à la reconnaissance de minorités linguistiques, la Charte porte ainsi atteinte à l'unicité du peuple français (**2.**)

1. LA DÉCISION N° 91-290 DC ⁴⁴⁴ : LE REFUS DU « PEUPLE CORSE, COMPOSANTE DU PEUPLE FRANÇAIS »

À l'automne 1990, le gouvernement dirigé par Michel ROCARD propose un projet de nouveau statut de la Corse. Présenté comme une étape importante dans le règlement du

« problème corse », le projet du gouvernement se veut ambitieux et mentionne dans son article Premier une disposition très controversée, qui sera l'objet principal de la saisine du Conseil constitutionnel par l'opposition⁴⁴⁵. L'article Premier du projet disposait ainsi, et il convient de le citer dans son intégralité, que « la République française garantit à la communauté historique et culturelle vivante que constitue le *peuple corse, composante du peuple français*, les droits à la préservation de son identité culturelle et à la défense de ses intérêts économiques et sociaux spécifiques. Ces droits liés à l'insularité s'exercent dans le respect de l'unité nationale, dans le cadre de la Constitution, des lois de la République et du présent statut »⁴⁴⁶. La reconnaissance du peuple corse est contestée par l'opposition parlementaire dans le cadre de trois saisines. Pour la première d'entre elles, cette disposition est contraire au préambule de la Constitution et aux articles 2 et 3 de la Constitution ; elle violerait donc les principes d'unicité et d'indivisibilité du peuple. Les sénateurs quant à eux (troisième saisine) invoquent tous azimuts des violations de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, de plusieurs alinéas du Préambule de 1946, de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 et des articles 2, 3 et 91 de la Constitution⁴⁴⁷.

Le Conseil constitutionnel donne droit à ces requêtes en articulant un raisonnement en deux temps et sans faire référence à l'ensemble des dispositions invoquées devant lui. Il estime, tout d'abord, que « le concept juridique de "peuple français" a valeur constitutionnelle »⁴⁴⁸. Il s'appuie, pour ce faire, sur l'ensemble des dispositions constitutionnelles se référant à la notion de peuple français : la Déclaration des droits de 1789, les Préambules de 1946 et de 1958 et la Constitution de 1958. Il relève d'ailleurs que « la référence faite au "peuple français" figure [...] depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels »⁴⁴⁹. Le juge du Pavillon Montpensier s'appuie ensuite uniquement sur l'article 2 de la Constitution⁴⁵⁰, afin de fonder l'exigence d'égalité propre à l'État unitaire français. Celui-ci dispose en effet que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ». La notion de peuple corse est donc incompatible

⁴⁴⁴ CC, DÉC. N° 91-290 DC, 9 MAI 1991 (*STATUT DE LA CORSE*), REC. P. 50 ; RJC P. I-438 ; JORF 14 MAI 1991, P. 6350 ; GDCC, 12E ÉD., P. 761, COMM. N° 44 ; RDP 1991-943, NOTE LUCHAIRE ; RFDC 1991.305 ET 487, CHRON. FAVOREU ; RFDA 1991.407, NOTE GENEVOIS ; LPA 1991(74).15, COMM. HOUTEER ; LPA 1991(82).20, NOTE CARPENTIER ; RFDC 1991.484, COMM. LUCHAIRE ; *POUVOIRS*, 1991(59).221, CHRON. AVRIL, GICQUEL ; D. 1991.624, NOTE DEBBASCH ; RA, 1991.234, COMM. ÉTIEN.

⁴⁴⁵ Saisine du Conseil constitutionnel le 12 avril 1991 par 117 députés RPR et UDF ainsi que le 15 avril 1991 simultanément par Alain POHER, président du Sénat et 66 sénateurs.

⁴⁴⁶ Cité notamment par Robert ÉTIEN (*RA*, 1991, n° 261, p. 234) et Roland DEBBASCH (*D.* 1991, III, p. 626). Nous soulignons.

⁴⁴⁷ CC, déc. n° 91-290 DC, préc., considérant n° 11.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, considérant n° 12.

⁴⁴⁹ *Ibid.* La doctrine soulève majoritairement la justesse historique de cette affirmation. V., à titre d'exemple, GENEVOIS (B.), « Le contrôle de constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse », *RFDA*, 1991, p. 410 ou DEBBASCH (R.), « Note sous CC, déc. n° 91-290 DC », *op. cit.*, p. 627.

avec la conception républicaine d'un peuple français composé de citoyens identiques, l'indivisibilité du peuple étant ainsi le corollaire de l'égalité entre citoyens. Il est alors impossible au législateur d'introduire des différenciations entre catégories de citoyens sur le fondement de critères contraires à la Constitution⁴⁵¹, même pour admettre la particularité d'une population formant une collectivité territoriale de la République. L'indivisibilité du peuple français s'oppose à toute fragmentation de celui-ci et, partant, à l'admission de la réalité sociologique des communautés territoriales.

La décision « Statut de la Corse » affirme ainsi nettement que l'admission de composantes au sein du peuple français serait synonyme, pour le juge constitutionnel, de division de la nation. Les collectivités territoriales locales ne peuvent dès lors pas revendiquer la reconnaissance d'une identité sociologique et/ou culturelle spécifique. Ce refus de toute différenciation statutaire sur des bases sociales est confirmé et complété par la décision n° 99-412 DC.

2. LA DÉCISION N° 99-412 DC⁴⁵² : LE REFUS DE TOUTE MINORITÉ EN FRANCE

L'indivisibilité du peuple français a été renforcée par la position adoptée par le Conseil constitutionnel à propos de la Charte européenne des langues régionales. Saisi sur le fondement de l'article 54 de la Constitution par le président de la République, afin de savoir si ce texte, signé par la France le 7 mai 1999, était compatible avec la Constitution, le Conseil constitutionnel se prononce le 15 juin de la même année mettant en avant l'inconstitutionnalité de ce traité. Le principe d'unicité du peuple français est alors consacré avant même l'étude des dispositions de la Charte, lors de l'énoncé des normes de références. Le Conseil constitutionnel considère, en l'espèce, que « d'une part, ainsi que le proclame l'article 1^{er} de la Constitution : "La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances" ; que le principe d'unicité du peuple français [...] a également valeur constitutionnelle »⁴⁵³. La Haute juridiction construit, ici, son raisonnement sur la même disposition que dans la décision n° 91-290 DC : l'article 1^{er} de la Constitution. Il semble donc que les principes

⁴⁵⁰ Cet article est devenu l'article 1^{er} depuis la révision constitutionnelle de 1995. V. l'article 8 de la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires, *JORF*, n° 181, 5 août 1995, p. 11744.

⁴⁵¹ *A contrario*, une telle éventualité relève de la compétence du pouvoir constituant, comme le remarque Bruno GENEVOIS, « Le contrôle... », *op. cit.*, p. 410.

⁴⁵² CC, DÉC. N° 99-412 DC, 15 JUIN 1999 (CHARTRE EUROPÉENNE DES LANGUES RÉGIONALES OU MINORITAIRES), *REC. P.* 71 ; *JORF* 18 JUIN 1999, P. 8964 ; *LPA*, 1999(188).18, NOTE VERPEAUX ; *RDP*, 1999.985, OBSERV. MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; *RFDC*, 1999.454, NOTE VERPEAUX ; *D.* 1999.III.598, NOTE LARRALDE ; *JCP*, 1999.II.10198, NOTE DEBBASCH ; *AJDA*, 1999.573, OBSERV. SCHOETTL ; *AJDA* 2000.300, DOCTR. FRANGI ; *POUVOIRS*, 2000(93).209, COMM. OLIVESI ; *AIJC*, 1999.603 & 617, PINI.

⁴⁵³ *Ibid.*, considérant n° 5.

d'indivisibilité et d'unicité du peuple français soient des corollaires. Formant un bloc monolithique homogène (indivisibilité), le peuple français est unique (unicité). Ces deux propriétés en infèrent d'ailleurs une troisième : l'unité, même si celle-ci ne figure plus *expressis verbis* dans le texte constitutionnel⁴⁵⁴. Le Conseil constitutionnel affiche ainsi une conception stricte de la population d'un État unitaire⁴⁵⁵, à laquelle on peut d'ailleurs reprocher le recours au terme d'« unicité » pour qualifier le peuple français. Si l'on se réfère à sa définition, il signifie en effet littéralement « caractère de ce qui est *unique* »⁴⁵⁶, non pas de ce qui est *uni* (c'est-à-dire « dont les éléments sont semblables ; qui ne présente pas d'inégalité, de variation apparente »⁴⁵⁷), ni même uniforme. Le principe d'unicité ne paraît dès lors pas comme le plus pertinent pour empêcher l'expression plurielle du peuple français⁴⁵⁸, sa formulation n'étant pas la plus adéquate pour refuser la reconnaissance de minorités. Il faut alors, pour adhérer à l'énonciation du juge constitutionnel, admettre qu'il donne un sens nouveau à l'idiome « unicité », entendu comme synonyme d'unité.

Une fois ce cadre déterminé, le juge constitutionnel considère que « ces principes fondamentaux s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »⁴⁵⁹. Il n'est ainsi admise aucune différenciation de type sociologique, culturelle ou ethnique, au sein de la nation française, comprise comme un ensemble homogène indivisible, unique et unifié. Dans cette perspective, la seule collectivité territoriale dont la population soit reconnue comme fondement originaire est l'État. Ce constat amène à deux conclusions. Premièrement, la France est confirmée en tant qu'État unitaire, malgré les

⁴⁵⁴ Alors que caractère était mentionné à l'article 85 de la Constitution du 27 octobre 1946.

⁴⁵⁵ En ce sens et sur les mêmes fondements (art. 1^{er} et 72 de la Constitution), le Conseil constitutionnel censure, dans la décision 2000-435 DC, la référence faite par le législateur au « pacte qui unit l'outre-mer à la République » ; le principe d'assimilation des départements d'outre-mer en fait des « collectivités territoriales qui font partie intégrante de la République », confirmant, indépendamment des spécificités insulaires, l'unicité et l'indivisibilité du peuple français. CC, déc. n° 2000-435 DC, 7 décembre 2000 (*Loi d'orientation pour l'outre-mer*), *Rec.* p. 164 ; *JORF* 14 décembre 2000, p. 19830 ; *AJDA* 2001.102, chron. SCHOETTL ; *RDP* 2001.247, comm. LUCHAIRE ; *LPA* 2001(80).8, note CHAGNOLLAUD ; *RFDC* 2001(45).110, chron. VERPEAUX ; *LPA* 2001(151).18, note VERPRAUX, SAUVAGEOT ; *D.* 2001(22).1765, comm. ROUX ; *RFDA* 2002(2).361, chron. LEMAIRE ; *AJCC* 2000(XVI).721, chron. ROUX ; *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2001(10).8. Considérant n° 8.

⁴⁵⁶ *Le Robert. Dictionnaire de la langue française*, 2002 p. 2716. Nous soulignons.

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ Pas plus d'ailleurs que le principe d'unité, si l'on en retient la définition donnée par Thomas d'AQUIN, selon laquelle l'unité « ne nie pas la multitude mais la division » (*La Somme Théologique*, I, Q. 30, art. 3, S 3, cité in LEMAIRE (F.), « L'indivisibilité du territoire en question », *RGCT*, 2002, numéro spécial Colloque Territoires et État, p. 76). Les Français, portés par nature à la division (ainsi que le constate, par exemple, le général de GAULLE – *C'était de GAULLE, op. cit.*, pp. 289-291), trouveraient alors dans cette conception extensive adoptée depuis la Révolution française un bouclier contre leurs tropismes nationaux.

⁴⁵⁹ CC, déc. 91-290 DC, préc., considérant n° 6.

avancées de la décentralisation et ce qu'avaient pu écrire certains auteurs⁴⁶⁰. Deuxièmement, les particularités des populations locales ne sont pas concrétisées dans leur institutionnalisation en collectivité territoriale et ne peuvent pas servir de fondement, en l'état actuel de la Constitution, à la reconnaissance de minorités linguistiques ou ethniques. Ce point est d'ailleurs conforme aux réserves d'interprétation qu'émettent régulièrement les gouvernements français quand une Convention internationale reconnaît des droits aux minorités⁴⁶¹.

La consécration de la valeur constitutionnelle des principes d'indivisibilité et d'unicité du peuple français a pour principale conséquence de mettre en avant une conception holiste de la population nationale. Le peuple français n'est perçu que comme un tout et ne peut être qu'un ensemble homogène. Les autres groupes ne peuvent pas se voir reconnaître des droits sur la base d'une homogénéité culturelle ou sociologique. L'inexistence au niveau constitutionnel des communautés locales, fondées sur des critères sociaux, est confirmée par l'absence de garantie d'institutionnalisation individuelle pour les populations locales.

B. La garantie d'existence des collectivités territoriales est reconnue à la Nation, pas aux communautés locales

L'article 72 de la Constitution garantit l'existence des collectivités territoriales de la République, dont il dresse la liste : communes, départements, régions, collectivités à statut particulier et collectivités d'outre-mer régies par l'article 74⁴⁶². « Toute autre collectivité est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa »⁴⁶³. Les catégories de collectivités territoriales sont ainsi déterminées par la Loi fondamentale. Cette disposition semble, à elle seule, suffire à justifier l'obligation d'une couverture intégrale du territoire républicain par les collectivités territoriales. Peu d'auteurs prennent ainsi le soin de démontrer cette assertion quand ils affirment le principe de l'intégrale couverture du territoire étatique par les collectivités territoriales⁴⁶⁴. Si on peut admettre cette position, le fondement de la

⁴⁶⁰ On songe notamment à l'article de Thierry MICHALON, « La République Française, une fédération qui s'ignore ? », *RDJ*, 1982, pp. 623-688. V. également sur cette question la position plus nuancée de N. CLINCHAMPS, « Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question », *Pouvoirs*, 2005, n° 113, pp. 73-93.

⁴⁶¹ Ce point est, par ailleurs, relevé par Roland DEBBASCH quelques années auparavant, comme illustration de la curiosité de la position gouvernementale dans l'insistance à vouloir maintenir la notion de « peuple corse » dans l'article 1^{er} de la loi censurée en 1991. V. DEBBASCH (R.), « Note sous CC, déc. 91-290 DC », *op. cit.*, p. 627.

⁴⁶² Cette liste est celle qui figure dans la Constitution depuis la révision de mars 2003. Auparavant, l'article 72 ne mentionnait que les communes, les départements et les territoires d'outre-mer, ainsi que la possibilité pour le législateur de créer de nouvelles catégories de collectivités territoriales.

⁴⁶³ Art. 72, alinéa 1^{er}. Il s'agit du second membre de cet alinéa.

⁴⁶⁴ Pour un exemple d'auteur qui procède à cette démonstration, v. DOUENCE (J.-C.), *La commune*, Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 1994, p. 18.

couverture intégrale, déduit du seul article 72, al. 1^{er}, s'avère néanmoins fragile. C'est pourquoi il paraît préférable de fonder ce principe sur une lecture combinée des articles 1er et 72 de la Constitution⁴⁶⁵. Cela permet, qui plus est, de se situer dans la continuité des décisions précitées du Conseil constitutionnel.

L'article 72 de la Constitution reconnaît l'existence de plusieurs catégories de collectivités territoriales, sans rien définir quant à leur nombre et leur étendue. Il précise toutefois le principe selon lequel ces collectivités s'administrent librement dans les conditions prévues par la loi. La formulation de l'article 72 ouvre des pistes, sans apporter d'arguments permettant de déterminer la portée de la garantie d'existence. Il faut donc trouver une disposition qui permette de lui donner tout son sens. L'article 1^{er} de la Constitution paraît être celle-ci. Il dispose en effet que la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Si l'on procède à une lecture combinée de ces deux articles, il semble bien que la couverture intégrale de la population soit une des conditions par laquelle la République française assure l'égalité des citoyens devant la loi. L'égalité garantie se fonde alors sur l'égalité condition d'administration reconnue et assurée à l'ensemble de la population. Ce raisonnement semble confirmé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Selon celle-ci, il est en effet impossible de différencier les citoyens sur un critère sociologique collectif infranational, que consacrerait l'institutionnalisation en collectivité territoriale. Ce raisonnement s'appuie d'ailleurs sur l'égalité de traitement de l'ensemble des citoyens formant le peuple français⁴⁶⁶. Il semble dès lors nécessaire que le territoire national habité soit intégralement couvert par des collectivités territoriales de la République. La garantie collective d'existence des collectivités territoriales trouve donc bien son origine dans une lecture combinée des articles 1^{er} et 72 de la Constitution ; le premier garantissant la couverture intégrale de la population par les structures territoriales. Ce principe connaît cependant des exceptions liées à l'acceptation de différences, outre-mer principalement⁴⁶⁷, ou au fait que certains territoires dépourvus de population reçoivent tout de même le statut de collectivité territoriale⁴⁶⁸. Il faut enfin relever qu'aucune des dispositions constitutionnelles ne précise le nombre de collectivités territoriales, et ce pour aucune des catégories de collectivités territoriales. Ceci confirme que c'est une garantie générale et abstraite qui est reconnue, sans prise en compte des réalités sociologiques locales.

Le caractère général de la garantie d'existence des collectivités territoriales exige tout

⁴⁶⁵ Dans le même sens, même si cet auteur combine l'art. 72 de la Constitution et le principe constitutionnel d'égalité, sans référence précise à l'article 1^{er} de la Constitution, v. SAUVAGEOT (F.), *Les catégories de collectivités territoriales...*, *op. cit.*, pp. 48-52.

⁴⁶⁶ CC, déc. n° 91-290 DC, préc., considérant n° 13.

⁴⁶⁷ Sur ce point, v. SAUVAGEOT (F.), *Les catégories de collectivités territoriales...*, *op. cit.*, pp. 61-82.

⁴⁶⁸ Il existe ainsi des communes inhabitées, mais maintenues en état, sur le lieu de la Bataille de Verdun (Beaumont-en-Verdunois, Bezonvaux, Haumont-près-Samogneux et Louvement-Côte-du-Poivre). V. la réponse ministérielle n° 3144, *JORF Assemblée nationale débats Q.*, 5 février 1996, p. 646.

d'abord de chercher qui en est le bénéficiaire. L'absence de mention du nombre de collectivités territoriales a deux conséquences directes. Premièrement, ce principe ouvre au législateur une compétence discrétionnaire pour créer le nombre de structures locales qui lui semble pertinent pour assurer la bonne administration de l'État, sans que sa compétence rencontre de tempéraments⁴⁶⁹. Aussi, et secondement, semble-t-il impossible d'admettre que les bénéficiaires de cette couverture en tant que collectivités territoriales soient les populations locales. Ce constat négatif, ainsi que la lecture combinée des articles 1^{er} et 72 de la Constitution, amènent donc à conclure que c'est au peuple français, compris dans son ensemble comme un tout global indivisible, qu'est reconnu le droit d'être recouvert de collectivités territoriales. La création de collectivités territoriales, loin d'être la reconnaissance d'une multiplicité de communautés locales distinctes, est au contraire un principe unificateur, dont jouit la population nationale comprise comme un tout indivisible. Les structures locales ne peuvent plus, dans ce cas, être que secondaires, incorporées à l'organisation administrative étatique. Le fondement sociologique du pouvoir local est nié ; la nation, seule, génère un pouvoir originaire. Le processus décentralisateur participe ainsi à la construction d'une nation une et indivisible, seule maîtresse du pouvoir de l'État⁴⁷⁰.

Le caractère général de la garantie d'existence des collectivités territoriales a également une conséquence sur la structure de la nation. Il postule en effet une nation formant un ensemble homogène et monolithique. Cette caractéristique ne s'impose toutefois que pour des raisons de politique juridique et n'est pas un donné irrémédiable. Certains auteurs ont ainsi proposé des modèles de nation unitaire, reposant sur des institutions locales différenciées. À titre d'exemple, Maurice HAURIOU définit la nation « comme une fédération d'institutions locales douées d'une certaine autonomie »⁴⁷¹, le caractère unique de la souveraineté n'empêchant pas l'admission de collectivités sociologiques infranationales. Cette admission du pluralisme dans l'unité relève d'une volonté de séparer les cadres sociologiques d'expression naturelle du pouvoir politique des cadres juridiques en permettant l'expression. La position du Doyen HAURIOU repose ainsi sur une triple distinction entre la Nation et l'État, les populations locales et les structures juridiques « collectivités territoriales » et de manière générale, entre la

⁴⁶⁹ On aurait pu imaginer une condition matérielle du type de celle figurant dans la Constitution espagnole. Ainsi, l'article 143 de la Constitution du 27 décembre 1978 reconnaît l'initiative de la création des communautés autonomes aux provinces. Le législateur ne fait alors que valider, par une loi organique, les initiatives prises par les collectivités territoriales. Il y a bien là un processus d'institutionnalisation de type ascendant (*bottom-up* pour reprendre le vocabulaire des politiques publiques), reposant sur la volonté des populations locales.

⁴⁷⁰ Selon l'idée que la décentralisation participe en fait de la construction centralisante de l'État, conformément, dans cette hypothèse, à la thèse développée par Christophe CHABROT, in *La centralisation territoriale. Fondement et continuités en Droit public français*, Thèse, Montpellier I, 1997 (dactylo), 554 p.

⁴⁷¹ HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 460. En cela, le Doyen de Toulouse s'oppose une fois de plus à celui de Bordeaux, pour qui « la nation étant une personne et sa volonté étant la puissance politique souveraine, elle concentre en elle tout ce qu'il y a de pouvoir et il ne peut y avoir sur le territoire national d'autres groupes ayant une part quelconque de souveraineté », DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, Paris, La Mémoire du droit, 1999 (1^{ère} éd. 1913), p. 21.

population humaine et son incarnation juridique. Seule une telle différenciation rend sa dimension sociopolitique au droit. On ne la retrouve toutefois pas dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans laquelle, classiquement, les cadres juridiques priment. Si cette position axiologique peut avoir des fondements⁴⁷², elle ne permet pas la prise en compte juridique du pouvoir local.

Il est alors possible de conclure sur un constat assez simple. Le caractère naturel du pouvoir local n'implique nullement son originalité juridique, qualité réservée au seul pouvoir national. La nation est ainsi la seule population à constituer une source de pouvoir en droit.

Paragraphe 2. La nation, unique source du pouvoir en droit

Unique réalité sociologique envisagée par le droit constitutionnel, le peuple français est seul à l'origine du pouvoir de et dans l'État. Le pouvoir étatique est ainsi caractérisé par son originalité et sa supériorité. Ces deux qualités forment traditionnellement les bases de la souveraineté **(A.)**.

Le peuple français, organe primaire de l'État en ce qu'il en constitue le fondement premier, peut alors être qualifié de souverain. Il est la seule source de pouvoir dans l'État **(B.)**.

A. La souveraineté, puissance originaire aux fondements du pouvoir de l'État

« La notion de souveraineté en tant que telle est née au Moyen âge et s'est précisée aux XVI^e et XVII^e siècles, en rapport direct avec l'apparition et la consolidation de l'État au sens propre, moderne, du mot »⁴⁷³. On trouve une première mention de la souveraineté chez BEAUMANOIR dans *Coutumes de Beauvaisis* (1283) : « chaque baron est souverain en sa baronnie mais le roi est souverain par-dessus tous »⁴⁷⁴. La souveraineté ne revêt pas encore sa conception moderne en ce qu'elle ne semble pas absolue mais plutôt correspondre à un droit de puissance d'une autorité sur un territoire déterminé. Progressivement, la constitution du Royaume de France par la famille royale s'accompagne de la monopolisation des prérogatives de souveraineté au profit du seigneur le plus puissant, le Roi ; la souveraineté intègre alors son patrimoine. S'affirme ainsi un pouvoir profane, source de sa propre légitimité à travers les attributions qu'il assure, contre les autorités religieuses⁴⁷⁵, pourtant jusqu'alors principales autorités de légitimation du pouvoir de par l'onction divine qu'elles accordaient. La rupture entre

⁴⁷² L'office du juge est de répondre à des questions précises, soulevées lors de litiges. Dès lors, il se dote des instruments pour parvenir à cette fin, sans prendre en compte d'autres éléments que ceux nécessaires et suffisants à la bonne réalisation de sa mission. Le juge ne développe ainsi pas une approche systématisée du droit, à l'opposé de l'auteur de doctrine, dont c'est là le but premier.

⁴⁷³ TRUYOL SERRA (A.), « Souveraineté », *Archives de philosophie du droit*, t. XXXV, 1990, p. 313.

⁴⁷⁴ Cité in RIGAUDIÈRE (A.), « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 9.

⁴⁷⁵ JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit. Deuxième...*, op. cit., pp. 80-82.

pouvoir spirituel et pouvoir temporel, théorisée par les juristes du roi, dont le plus illustre reste Jean BODIN dans son ouvrage *Les six livres de la République*⁴⁷⁶, entraîne alors la reconnaissance de l'absoluité du pouvoir souverain. « La souveraineté, conquise au prix de longs combats figure [désormais], dans [la] définition de l'État, comme un élément essentiel »⁴⁷⁷. L'évolution de la notion depuis BEAUMANOIR est alors nettement perceptible, notamment dans l'œuvre de LOYSEAU, selon qui « la souveraineté consiste en puissance absolue, c'est-à-dire parfaite et entière de tout point ; et par conséquent, elle est sans degré de supériorité, car celui qui a un supérieur, ne peut être suprême et souverain »⁴⁷⁸. La souveraineté s'unifie ; les seigneurs « locaux » ne peuvent plus prétendre à cette caractéristique.

L'État apparaît, à partir de là, comme une construction d'origine historique et humaine, fondée sur la force. Quant à la souveraineté elle-même, elle est la *volonté* du souverain ; elle correspond en d'autres termes à la capacité de traduire sa volonté en des actes juridiques s'imposant à tous, c'est-à-dire à la puissance de donner loi. Conformément à la logique de sécularisation à l'œuvre, la politique n'a plus d'autres fondements qu'humains. « Produit de la volonté, résultat de la force, l'État est pour ainsi dire cause de soi et c'est précisément cette *autonomie* de la politique humaine qu'exprime le principe de souveraineté : *auto-nomie* de l'action humaine se donnant à soi-même loi »⁴⁷⁹. La souveraineté devient dans cette perspective le fondement profane de la puissance. Elle est une puissance absolue, c'est-à-dire solitaire et parfaite, dont dispose le prince. « La souveraineté n'est [donc] pas le principe de l'autorité dans l'État, c'est le principe de l'État dont tout pouvoir procède. [...] Le souverain (et la souveraineté qu'il exerce directement ou indirectement) n'agit que dans le but de la fondation et de la conservation d'une république »⁴⁸⁰. L'État de souveraineté est ainsi un état de justice profane ; la loi fixée par le souverain détermine seule, sans référence aux autorités religieuses, le fondement du juste. La souveraineté telle qu'elle est conçue par J. BODIN est, en définitive, un pouvoir de commandement qui présente trois caractéristiques : la maîtrise du droit positif par le souverain ; l'indivisibilité du pouvoir (défini alors comme l'*ensemble indivis* des droits de puissance publique) et une logique d'extension du pouvoir⁴⁸¹. Les différents auteurs qui penseront la souveraineté après lui ne remettront pas en

⁴⁷⁶ BODIN (J.), *Les six livres de la République*, Paris, Fayard, (Texte revu par Christiane FRÉMONT, Marie-Dominique COUZINET, Henri ROCHAIS), 1986 (1^{ère} éd. 1576), 6 vol.

⁴⁷⁷ JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit. Deuxième...*, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁷⁸ LOYSEAU, *Des seigneuries* (1608), chapitre II, n° 4 à 9, cité in CUBERTAFOND (B.), « Souverainetés en crise ? », *RDJ*, 1989, p. 1275.

⁴⁷⁹ MAIRET (G.), *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, « Folio essais », 1997, p. 31. L'auteur souligne.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 34.

⁴⁸¹ Pour une présentation plus détaillée, voir la première partie de la thèse d'O. BEAUD, intitulée « L'État de sujets ou la modernité de la République de Bodin », v. BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, pp. 27-198.

cause l'essence de l'apport bodinien, qu'il est possible de résumer dans ce double axiome : « celui qui édicte le droit exerce le pouvoir. Celui qui a le monopole d'édition est souverain »⁴⁸². « En résumé, la souveraineté, c'est [alors] le caractère d'un pouvoir politique en vertu duquel ce pouvoir a la capacité exclusive de se déterminer et de se lier soi-même au point de vue du droit »⁴⁸³.

Au fur et à mesure des siècles, la souveraineté ne diffère plus ontologiquement mais son titulaire lui change. D'un droit patrimonial du roi⁴⁸⁴, elle s'incarne dans l'État, puis au moment de la Révolution française dans le Peuple – Nation. De ce point de vue, deux doctrines s'opposent (souveraineté nationale et souveraineté populaire), qui visent chacune, de façon identique, à justifier une certaine organisation du pouvoir dans l'État en fonction de l'essence de son titulaire. Si leurs différences concrètes ne sont pas aussi marquées que ce que la présentation classique fait ressortir, cette distinction a joué un rôle important dans l'élaboration de la conception française de la souveraineté au XIX^e siècle⁴⁸⁵ ; elle semble d'ailleurs être communément admise aujourd'hui⁴⁸⁶. La doctrine de la souveraineté nationale place l'origine du pouvoir dans la nation, entité abstraite⁴⁸⁷, immanente à la population⁴⁸⁸ ; celle-ci ne peut que désigner ses représentants par la bouche desquels la Nation exprimera sa volonté⁴⁸⁹. Cette conception aristocratique et élitiste légitime la mise à l'écart de l'exercice du pouvoir de la population, promouvant un régime représentatif plutôt que démocratique⁴⁹⁰. Selon la doctrine de la souveraineté

⁴⁸² *Ibid.*, p. 130.

⁴⁸³ JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit. Deuxième...*, *op. cit.*, pp. 135-136.

⁴⁸⁴ « Aux XVII^e et au XVIII^e siècles la souveraineté est le droit de commander, dont le roi est titulaire. C'est un droit qui a les mêmes caractères que le droit de propriété. Le roi en est titulaire comme de ses droits patrimoniaux. La souveraineté est une propriété ; mais elle est une propriété une et indivisible, inaliénable. Elle est absolue comme tout droit de propriété, sauf cependant certaines restrictions tenant à la nature des choses [...]. Enfin cette souveraineté du roi se manifeste surtout dans la loi, qui est l'expression de la volonté royale souveraine », DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, *op. cit.*, pp. 10-11.

⁴⁸⁵ BACOT (G.), *CARRÉ DE MALBERG et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, CNRS Éditions, 1985, 200 p. V. principalement le chapitre IV consacré à « la distinction des deux conceptions de la souveraineté », pp. 117-145.

⁴⁸⁶ La totalité des manuels de droit constitutionnel mentionne ces deux doctrines, au moins à titre d'intérêt historique.

⁴⁸⁷ « La nation correspond à une entité qui transcende le corps des citoyens. Elle est une idée "transtemporelle" : font partie de la nation les hommes du passé, du présent et les générations futures », BLACHÈR (P.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 40, § 133. Pour une définition générique de la nation v., *ibid.*, p. 37, § 122.

⁴⁸⁸ « Si elle [la nation] comprend les individus, elle les transcende : le pouvoir décisif que SIEYÈS lui confère lui tombe du ciel ; il ne lui vient pas des citoyens. Car la nation n'est pas somme des volontés individuelles et pas davantage le représentant des volontés des membres du corps social. Elle est la gardienne des finalités de ce dernier », CLAVREUL (C.), « SIEYÈS et la genèse de la représentation moderne », *Droits*, 1987, n° 6, p. 49.

⁴⁸⁹ SIEYÈS (E.), *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, *op. cit.*, pp. 71-ss.

populaire, la souveraineté, entendue comme « l'exercice de la volonté générale »⁴⁹¹, « appartient au peuple, conçu comme l'ensemble des hommes vivant sur un territoire donné »⁴⁹². Le peuple, étant une entité réelle⁴⁹³, peut exercer lui-même la souveraineté⁴⁹⁴. Cette théorie implique donc un système de démocratie directe, ou à défaut, la mise en œuvre du mandat impératif (la volonté ne pouvant être représentée sous peine d'être aliénée, elle ne peut dès lors être que mandatée). Cette conception de la *souveraineté – volonté générale*, difficilement applicable dès que la communauté politique dépasse un certain seuil de population, ne s'imposera pas de manière longue dans l'histoire⁴⁹⁵, laissant la souveraineté nationale servir de fondement à l'installation du régime parlementaire en France. L'évolution du parlementarisme est toutefois marquée par une synthèse des deux doctrines⁴⁹⁶, rétablissant l'assimilation entre peuple et nation, ainsi que l'illustrent les articles 3 des Constitutions de 1946 et 1958. Cette synthèse ne signifie pas pour autant que la Constitution ait entendu consacrer certaines des conséquences découlant de l'une et/ou de l'autre doctrines ; il faut au contraire la lire comme mettant en exergue le caractère dogmatique de ces paradigmes puisque le Constituant, loin de respecter la construction doctrinale classique, tirait de l'invocation de la souveraineté populaire les conséquences normalement attribuées à la doctrine de la souveraineté nationale. MM. HAMON et TROPER relèvent ainsi que l'« on [le Constituant de 1946] pouvait utiliser l'une des deux formules pures, sans renoncer à aucune des règles que l'on souhaitait inscrire dans la constitution ». Finalement, plus que fondement de l'interprétation des autres dispositions constitutionnelles, cette distinction ne vaut véritablement que par les usages qui en sont faits ; elle prend ainsi tout son sens dans le

⁴⁹⁰ MONTESQUIEU écrit ainsi que « le peuple est admirable pour choisir ceux à qui il doit confier quelque partie de son autorité. Il n'a à se déterminer que par des choses qu'il ne peut ignorer, et des faits qui tombent sous le sens. Il sait très bien qu'un homme a été souvent à la guerre, qu'il y a eu tels ou tels succès : il est donc capable d'élire en général [...] Comme la plupart des citoyens, qui ont assez de suffisance pour élire, n'en ont pas assez pour être élus ; de même le peuple, qui a assez de capacité pour se faire rendre compte de la gestion des autres, n'est pas propre à gérer par lui-même », MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Éd. Garnier et Frères, 1949, t. 1, Livre I, Chap. II, pp. 13-14.

⁴⁹¹ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social, op. cit.*, Livre II, Chap. I^{er}, p. 51.

⁴⁹² HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., « Manuel », 2005, 29^e éd. (1^{ère} éd. 1942), p. 190

⁴⁹³ Le souverain n'est en effet « formé que des particuliers qui le composent », ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social, op. cit.*, Livre I, Chap. VII, p. 42.

⁴⁹⁴ « Le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même ; le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté », ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social, op. cit.*, Livre II, Chapitre I^{er}, p. 51.

⁴⁹⁵ Elle ne connaîtra d'ailleurs pas d'application *pure*. Seule la Constitution du 24 juin 1793 (dite de l'An I) paraît, en France, s'en inspirer. *Contra v.* BACOT (G.), *CARRÉ DE MALBERG et l'origine...*, *op. cit.*, pp. 90-ss. et TROPER (M.), « L'article 3 de la Constitution de 1958 », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, P.U.F., « Léviathan », 2001, pp. 303-304.

⁴⁹⁶ HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 196. V., dans le même sens, TROPER (M.), « L'article 3 de la Constitution de 1958 », *op. cit.*, pp. 309-310.

discours des pouvoirs publics (pouvoir constituant principalement) qui cherchent, en l'évoquant, à justifier une pratique plutôt qu'une autre⁴⁹⁷. De ce point de vue, les deux doctrines servent alors de référentiel⁴⁹⁸ et plus que leur réalité concrète, c'est l'agencement théorique auquel il est fait allusion qui est pertinent pour l'analyse⁴⁹⁹.

L'évolution des conceptions du titulaire de la souveraineté n'altère toutefois pas ses caractéristiques principales, telles que J. BODIN les avait aperçues et telles que va les confirmer la doctrine du début du XX^e siècle⁵⁰⁰. Il faut dès lors, et malgré les tempéraments d'ordre heuristique apportés, envisager le problème du titulaire du pouvoir de et dans l'État, à travers la notion de souveraineté. Dans le cadre de la V^e République, l'article 3 de la Constitution désigne le Peuple – Nation comme unique souverain ; il semble donc être la seule origine du pouvoir de l'État.

B. La Nation souveraine est l'origine du pouvoir de l'État

Les dispositions constitutionnelles en vigueur sont d'une extrême clarté : la souveraineté nationale appartient au peuple. Cette entité peut dès lors seule détenir le pouvoir originaire. En disposant que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice », l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 s'insère dans la continuité républicaine⁵⁰¹. Il est en effet une reformulation de l'article 3 de la Constitution du 27 octobre 1946⁵⁰² et s'inscrit dans le prolongement de l'article 3 de la Déclaration des droits de 1789⁵⁰³. Si la formulation syncrétique a pu, dans un premier temps, semer la confusion dans l'esprit des commentateurs⁵⁰⁴, il apparaît clairement que

⁴⁹⁷ HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 196-197.

⁴⁹⁸ Ce terme est emprunté au vocabulaire des politiques publiques. « Le référentiel d'une politique est constitué d'un ensemble de prescriptions qui donnent du sens à un programme d'action publique en définissant des critères de choix et des modes de désignation des objectifs. Il s'agit à la fois d'un processus cognitif fondant un diagnostic et permettant de comprendre le réel (en limitant sa complexité) et d'un processus prescriptif permettant d'agir sur le réel » (MULLER (P.), « Référentiel » in BOUSSAGUET (L.), JACQUOT (S.), RAVINET (P.) (Sous la direction), *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences po, 2004 (Préface de Pierre MULLER), p. 371).

⁴⁹⁹ V. le Chapitre II du Titre II de la présente partie pour une utilisation de ce constat.

⁵⁰⁰ V. la définition de la souveraineté proposée par CARRÉ DE MALBERG et mentionnée en introduction générale.

⁵⁰¹ Sur les origines et les implications de cette continuité, v. DUHAMEL (O.), « L'écriture de la République. La souveraineté », in MAUS (D.), FAVOREU (L.), PARODI (J.-L.) (Sous la direction), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Paris, Economica – P.U.A.M., 1992, pp. 657-665.

⁵⁰² « La souveraineté nationale appartient au peuple français. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».

⁵⁰³ « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ».

le peuple français est le seul titulaire de la souveraineté (bien que le système institutionnel demeure principalement de type représentatif). Le Conseil constitutionnel a validé cette lecture dans sa décision n° 76-71 DC⁵⁰⁵.

Saisi en septembre 1976 par Valéry GISCARD D'ESTAING, alors président de la République, en application de l'article 54 de la Constitution, du contrôle de la compatibilité entre la Constitution française et la décision du conseil des communautés européennes du 20 septembre 1976 relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés européennes au suffrage universel direct, le Conseil constitutionnel conclut à l'absence d'incompatibilité entre les deux textes. Ce faisant, il détache le recours à l'élection au suffrage universel direct de l'exercice de la souveraineté nationale⁵⁰⁶. Le juge du pavillon Montpensier précise également les cadres géographique et institutionnel de l'exercice de la souveraineté, en considérant que « la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, *ne peut être que nationale* et que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République »⁵⁰⁷. La nation est donc l'unique titulaire de la souveraineté ; elle est seule à l'origine du pouvoir *de* et *dans* l'État.

Cette affirmation n'est pas sans conséquence quand on envisage la place d'un éventuel pouvoir local naturel. La conception de l'État unitaire développée dans le droit constitutionnel français ne laisse pas exister d'autre pouvoir originaire que le pouvoir national. Peu importe dès lors la réalité sociologique des communautés territoriales : *de jure* elles ne sont pas à l'origine d'un pouvoir, même naturel, qui leur serait propre. Le pouvoir local ne peut ainsi pas en lui-même être qualifié d'*originaire*. La conception homogène du substratum sociologique national au niveau constitutionnel amène à un constat clair et ne prêtant pas vraiment à controverses : la nation est la seule source du pouvoir politique dans l'État ; le caractère politique du pouvoir local ne peut dès lors que provenir d'elle. Pour l'instant, il faut admettre, malgré son acceptation politique, l'absence de conséquence juridique de la présomption de naturalité en faveur du pouvoir local ; celle-ci n'équivaut donc pas à reconnaître l'originarité du pouvoir des collectivités

⁵⁰⁴ Sur un historique retraçant et expliquant l'évolution des notions de souveraineté du peuple et de souveraineté nationale avant leur synthèse, v. CHATELAIN (J.), « Commentaire de l'article 3 de la Constitution », in LUCHAIRE (F.), CONAC (G.) (Sous la direction), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 1979, pp. 100-120 (v. plus part. pp. 113 et ss).

⁵⁰⁵ CC, déc. n° 76-71 DC, 29-30 décembre 1976 (*Assemblée européenne*), *Rec.* p. 15 ; *RJC* I-41 ; *Pouvoirs* 1977(1).312, chron. AVRIL, GICQUEL ; *Cahiers du droit européen*, 1977.458, BOULOUIS ; *AFDI* 1976.458, COCATRE-ZIELGEN ; *RTDE* 1977.696, note DARRAS, PIROTTE ; *JCP* 1978.II.2895, note DE VILLIERS ; *RDP* 1977.129, chron. FAVOREU, PHILIP ; *RRJ* 1977.79, note FAVOREU ; *GDCC* 6^e éd. n° 25 ; *JCP* 1977.II.18704, note FRANCK ; *D.* 1977.J.201, note HAMON ; *AFDI* 1977.965 & 895, LABAUME & RANBAUD.

⁵⁰⁶ « Considérant que l'élection au suffrage universel direct des représentants des peuples des États membres à l'Assemblée des communautés européennes n'a pour effet de créer *ni une souveraineté ni des institutions* dont la nature serait incompatible avec le respect de la souveraineté nationale », CC, déc. 76-71 DC, préc., considérant n° 4. Nous soulignons.

⁵⁰⁷ CC, déc. n° 76-71 DC, préc., considérant n° 6. Nous soulignons.

territoriales défini dans la loi. Le monopole de la nation souveraine en termes de pouvoir est par ailleurs confirmé par l'exclusivité du pouvoir législatif, expression normative de la souveraineté, des organes étatiques, sans que rien vienne tempérer ce pouvoir⁵⁰⁸.

Ce point paraît donc clair et ne souffre guère d'ambiguïtés : la nation souveraine est la seule source du pouvoir dans l'État. Le pouvoir local, même s'il est le fruit de corporations territoriales, dont l'originarité sociologique est réelle, ne trouve pas place dans la conception classique développée dans le droit constitutionnel français. Des aménagements ont toutefois vu le jour ; ils permettent à certaines populations locales de défendre leur existence face à la volonté nationale. Aboutissant essentiellement à des procédures défensives, ces procédés ne modifient toutefois pas l'équilibre des modalités d'expression du pouvoir de l'État.

Section II. Les aménagements du principe ne constituent pas l'acceptation du caractère originaire du pouvoir local

Pour les collectivités territoriales de droit commun, leur caractère communautaire et corporatif peut être pris en compte dans le cadre des procédures de modification de leurs limites territoriales. Il en allait ainsi principalement en faveur des communes dans le cadre de la politique de fusion, jusqu'à la révision constitutionnelle de 2003 et l'extension de ce principe à l'ensemble des collectivités. Il ne faut toutefois voir dans cette procédure qu'une simple faculté défensive, héritage de la présomption de naturalité favorable aux structures communales (**Paragraphe 1.**).

Concernant les collectivités d'outre-mer, la révision constitutionnelle de mars 2003 a été l'occasion pour le constituant de reconnaître l'existence de « populations d'outre-mer » (art. 73 de la Constitution) ; il leur est, dans le même temps, attribué un droit de regard sur l'établissement de leur statut (art. 74 de la Constitution), leur décision pouvant même aller jusqu'à contraindre le législateur national. Ces évolutions, si elles sont un premier pas vers une meilleure prise en compte de la diversité infranationale, ne signifient toutefois pas l'admission d'un pouvoir, dont les fondements se trouveraient dans les populations locales (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. La population locale peut occasionnellement défendre son statut de collectivité territoriale

Les populations locales ne sont pas traitées identiquement selon le niveau auquel on les considère. Ce trait se vérifie, dans un premier temps, à travers la distinction classique entre les communes et les deux autres échelons locaux. La réalité et la volonté de la population communale sont en effet admises et prises en compte dans le cadre des fusions de communes développées à partir de 1971 (**A.**).

Cette prise en considération de la volonté des populations locales au sujet de leur collectivité a été étendue à l'ensemble des échelons territoriaux par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003⁵⁰⁹. Elle paraît consacrer l'élargissement de la présomption de naturalité

⁵⁰⁸ Si ce n'est bien sûr le respect de la Constitution. Sur ce point, v. BLACHÈRE (P.), *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, P.U.F., « Les grandes thèses du droit français », 2001 (Préface de D. ROUSSEAU), 246 p.

en faveur de toutes les communautés locales (B.).

A. La loi du 16 juillet 1971 : la population communale peut se défendre contre une fusion

Le législateur est seul compétent pour organiser le territoire étatique. Faisant face à l'émiettement communal⁵¹⁰, héritage révolutionnaire devenu un véritable handicap pour la bonne administration du pays, il décide de mettre en œuvre, comme ce fut le cas dans d'autres États européens à la même période, une politique de fusion des entités les plus petites (et donc, les moins viables). Ne souhaitant pas procéder de manière trop autoritaire, la procédure initiée par la loi du 16 juillet 1971 sur les fusions et regroupements de communes⁵¹¹ permet à des populations récalcitrantes de s'opposer à la fusion de leur collectivité avec une autre.

L'article 8 de la loi du 16 juillet 1971, codifié à l'article L. 2113-2 du *Code général des collectivités territoriales*, prévoit ainsi que « les personnes inscrites sur les listes électorales municipales sont consultées sur l'opportunité de la fusion de communes lorsque la demande en est faite par la moitié des conseils municipaux des communes comptant les deux tiers de la population totale ou par les deux tiers des conseils municipaux des communes comptant la moitié de la population totale. Cette consultation peut être aussi décidée par le représentant de l'État dans le département ». La consultation n'est donc pas automatique, mais doit être demandée soit par les organes délibérants locaux, soit par le préfet. L'absence d'automatisme de la procédure s'explique par le fait que, si la fusion ne soulève pas de problèmes ou de résistance dans le milieu local concerné, il n'est pas besoin de la rallonger par une étape, qui pourrait, par ailleurs, briser le consensus autour du projet. Cela fait bien ressortir l'esprit de la consultation des populations communales. Il s'agit d'une opération de type défensif : si une commune, particulièrement consciente d'elle-même, est concernée par une fusion, on laisse la possibilité à la communauté locale en cause d'affirmer sa volonté de rester une et seule⁵¹². « Une commune ne peut [ainsi] être contrainte à fusionner si la consultation fait apparaître que les deux tiers des suffrages exprimés représentant au moins la moitié des électeurs inscrits dans cette commune ont manifesté leur opposition au projet »⁵¹³. La

⁵⁰⁹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JORF*, n° 75, 29 mars 2003, p. 5568 ; *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 28 octobre 2002, n° 3, pp. 95-106 (dossier spécial sur le projet de loi constitutionnelle) ; *AJDA* 2003.571, dossier spécial (notamment GOHIN (O.), « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État », pp. 522-528) ; *RFDA* 2003.661, dossier spécial (notamment VERPEAUX (M.), « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libre propos », pp. 661-669).

⁵¹⁰ Il y avait, au 1^{er} janvier 2006, 36 784 communes en France, dont 36 570 en métropole, 114 dans les départements d'outre-mer et 100 dans les autres territoires. (Données tirées du document du ministère de l'Intérieur, « Les collectivités locales en chiffres 2005 », disponible sur www.dgcl.interieur.gouv.fr, rubrique « Données chiffrées »). Les communes françaises représentent ainsi 41 % de l'ensemble des communes de l'Union européenne (v. le site Internet www.vie-publique.fr).

⁵¹¹ Loi n° 71-588 du 16 juillet 1971 sur les fusions et regroupements de communes, *JORF*, 18 juillet 1971, p. 7 091.

⁵¹² CAA Nantes, 27 juin 2003, *M^{me} MAUVAIS et autres*, req. n° 01NT01135 ; *AJDA* 2003.1430, chron. COËNT.

consultation de la population pèse donc sur la poursuite du processus, puisqu'un groupe qui s'opposerait massivement (les seuils restent en effet élevés) à la fusion peut bloquer la procédure. Le mécanisme de fusion permet ainsi à la population communale d'exprimer sa conscience d'elle-même et, ce faisant, de marquer son identité et son altérité par rapport à une autre commune.

Une question se pose au terme de la présentation de cette procédure : comment expliquer un tel mécanisme ? Répondre à cette interrogation conduit intuitivement et quasi immédiatement, au principe de libre administration des collectivités territoriales puisque c'est, en effet, au législateur qu'il appartient de le mettre en œuvre. Le principe de libre administration des collectivités territoriales peut-il toutefois soutenir efficacement cette prérogative et lui donner une base constitutionnelle ? Rien n'est sûr de ce point de vue. D'autant plus qu'il faut raisonner avec l'ancienne formulation de l'article 72 de la Constitution, beaucoup moins bien fournie⁵¹⁴. Le législateur est, dans ce cadre, compétent pour mettre en œuvre la libre administration des collectivités territoriales. Dans le même temps, la Constitution ne prévoit pas l'existence de chaque collectivité territoriale comprise individuellement, mais des différentes catégories de collectivités énoncées à l'alinéa 1^{er} de l'article 72⁵¹⁵. Le législateur est donc libre d'organiser les catégories de collectivités territoriales comme il l'entend sans que celles-ci puissent rien lui opposer. Il n'était donc pas constitutionnellement tenu de prévoir l'organisation d'une consultation, et d'admettre, ce faisant, un droit de *veto* (certes conditionné) des populations communales concernées.

Le fait que le législateur ait retenu ce dispositif n'est donc pas neutre. Il aurait en effet très bien pu estimer qu'il lui appartenait de procéder au redécoupage administratif du territoire afin de le rationaliser, sans autre préoccupation que la praticité et la pertinence de son œuvre. D'ailleurs, la conception française de la décentralisation en fait une « manière d'être de l'État »⁵¹⁶, seule incarnation d'une communauté originaire. Pourtant, il a pris soin de prévoir une consultation des populations communales. On peut sans doute analyser cette prérogative communale comme un héritage de la conception révolutionnaire des communes, communautés locales auxquelles des intérêts communs sont reconnus et qui doivent donc pouvoir être défendus par leurs bénéficiaires. La position adoptée par le législateur ressemble ainsi à l'acceptation d'une particularité communale, fondée sur une proximité géographique et des intérêts communs. D'un point de vue extra juridique, et outre les considérations d'opportunité partisane⁵¹⁷, la recherche d'un fondement à cette position du législateur conduit donc bien à revenir à la conception

⁵¹³ Art. L. 2113-3 (CGCT).

⁵¹⁴ Il dispose simplement que « ces collectivités [territoriales de la République] s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi ».

⁵¹⁵ CC, déc. n° 82-138 DC, 25 février 1982 (*Organisation administrative de la Corse*), *Rec.* p. 41 ; *JORF*, 3 mars 1982, p. 696 ; *RJC* p. I-119 ; *RA* 1982.352, note ÉTIEN ; *RDP* 1982.1259, chron. FAVOREU ; *AJDA* 1982.303, note BOULOUIS ; *GDCC* 12^e éd., comm. n° 32.

⁵¹⁶ HAURIOU (M.), « Décentralisation », *op. cit.*, p. 472.

révolutionnaire, si ce n'est du pouvoir municipal, tout au moins de la collectivité communale. Nous avons vu que le Constituant révolutionnaire, confronté à l'antériorité et à la réalité sociale de la structure communale, prit en compte ce phénomène en consacrant la théorie du pouvoir municipal. Près de deux siècles plus tard, le législateur semble toujours aussi mal à l'aise face à la donnée naturelle qu'incarnent les collectivités communales : le réaménagement du découpage territorial, né des velléités de bonne administration, se heurte ainsi au respect du double héritage révolutionnaire et républicain.

Cet ensemble de considérations, s'il peut expliquer pour partie l'échec de la politique de fusion et l'acceptation d'une capacité d'opposition, ne représente toutefois qu'une faible concession au principe d'unicité et d'indivisibilité du peuple français. Les garanties accordées aux communes n'ont en effet qu'une valeur légale et non constitutionnelle ; leurs conditions de mise en œuvre sont, qui plus est, difficiles à réunir. La prise en compte des communautés communales n'a dès lors guère d'intérêt qu'en tant que témoignage de la rémanence de la conception communautaire de la commune dans l'œuvre législative. L'apport de la révision constitutionnelle de mars 2003 est quant à lui d'une autre ampleur.

B. La constitutionnalisation de la consultation de la population en cas de changement de statut : la reconnaissance de la présomption de naturalité des communautés locales

La consultation des populations locales intéressées en cas de projet de modification substantielle touchant leur collectivité territoriale a été constitutionnalisée en mars 2003. Le nouvel article 72-1 de la Constitution distingue deux situations différentes : les modifications des limites territoriales (1.) et le passage d'un statut de droit commun à un statut particulier (2.).

1. LA CONSULTATION DES POPULATIONS EN CAS DE MODIFICATION DES LIMITES TERRITORIALES : LE CARACTÈRE *POLITIQUE* D'UNE OPÉRATION *ADMINISTRATIVE*

Avant la révision de 2003, la procédure suivie en cas de modifications des limites territoriales des communes, départements et régions ne fait pas intervenir la population. Il est certes organisé une enquête dans les communes intéressées⁵¹⁸, mais le représentant de l'État n'est en rien lié par les résultats. D'ailleurs cette enquête n'est obligatoire que s'il s'agit d'une fusion de communes. Dans le cadre de cette procédure, la perspective territoriale l'emporte aisément sur le critère démographique. On ne retrouve pas (en tout cas pas dans la même mesure) l'importance de la population, comme critère ontologique de la commune. De leur côté, les modifications des territoires départementaux et régionaux mettent en jeu des procédures largement similaires : décision finale du législateur, après avoir consulté les organes délibérants des

⁵¹⁷ La réforme fut mal accueillie par les élus communaux ; on peut donc voir dans la consultation de la population locale un moyen de ménager les susceptibilités d'élus qui sont également les parrains potentiels les plus nombreux pour l'élection présidentielle.

⁵¹⁸ Art. L. 2112-2 (CGCT).

collectivités concernées et le Conseil d'État ⁵¹⁹. La dimension communautaire départementale et/ou régionale n'est donc pas prise en compte dans le cadre de cette procédure ; ces modifications visent avant tout à améliorer la qualité de l'administration du territoire, non pas à rendre plus effectives les libertés locales.

L'article 72-1 de la Constitution apporte un complément à ces procédures, qu'il ne modifie pas. Il ajoute simplement une possibilité pour le législateur, dans le cadre des dispositifs mentionnés, de procéder à la consultation des populations intéressées. Il s'agit d'une simple faculté ⁵²⁰, que le législateur est libre de mettre (ou non) en œuvre. Cela ne semble donc pas modifier substantiellement l'économie des procédures de modification territoriale et ne traduit pas une véritable prise en compte des populations, comme critère substantiel de définition des collectivités territoriales locales. Une nuance apparaît toutefois nécessaire. La conclusion précédente devrait se vérifier et perdurer pour les modifications « marginales » ⁵²¹, mais elle pourrait avoir un véritable intérêt en cas de modifications substantielles. Imaginons en effet qu'une unification des deux régions normandes ⁵²² soit mise en œuvre. La consultation de la population normande permettrait de donner une véritable légitimité démocratique à la nouvelle structure. Le substratum sociologique trouverait ainsi à s'exprimer et se structurer, conférant une portée politique à ce qui apparaît bien souvent comme une simple opération administrative. Cette possibilité ouverte au législateur ne crée pas de reconnaissance positive des populations locales ; elle ne correspond pas à l'admission de l'existence des populations locales comme réalité constitutionnelle. Il s'agit simplement de développer la démocratie participative, au niveau local, sans valider aucunement un pouvoir territorial des populations intéressées. Cette constitutionnalisation pourrait toutefois permettre à ces dernières de prendre conscience d'elles-mêmes, promouvant ce faisant l'identité sociopolitique des populations concernées. Sa portée véritable dépendra *in fine* de l'usage qu'en fera le législateur et du contexte politique propre aux premières consultations. L'article 72-1 de la Constitution prévoit également la consultation des populations concernées en cas de projet de changement de statut ; cette disposition a fait l'objet d'une application en Corse à l'été 2003.

⁵¹⁹ Art. L. 3112-1 (CGCT) pour les départements et L. 4122-1 (CGCT) pour les régions. Il faut relever que l'intervention du législateur n'est pas nécessaire si les conseils généraux sont d'accord sur les modifications envisagées. Dans cette hypothèse, un décret en Conseil d'État suffit.

⁵²⁰ L'article utilise le verbe « pouvoir » et non un verbe conjugué à l'indicatif présent à valeur d'impératif.

⁵²¹ On peut imaginer que le transfert d'un territoire de la taille d'un canton (voire d'un arrondissement) ne met pas en jeu des équilibres tels qu'une consultation de l'ensemble de la population soit nécessaire. La modification territoriale serait donc bien *marginale*.

⁵²² Ce point n'est pas complètement absurde ; l'ancien président UMP de la région de Haute-Normandie Antoine RUFFENACHT a fait campagne en faveur de la réunification normande avant le scrutin régional de 2004. V., à titre d'exemple de la persistance de cette idée, LEROSIER (J.-J.), « Les présidents (PS) des deux Normandie évoquent prudemment la réunification », *Le Monde*, 21 mai 2004, p. 11.

2. LA CONSULTATION DES POPULATIONS EN CAS DE MODIFICATION DE STATUT DE LA COLLECTIVITÉ TERRITORIALE : L'ÉCHEC CORSE, VERS UN *HABITUS*⁵²³ *CONSTITUTIONNEL NÉGATIF* ?

« 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 »⁵²⁴. Si la logique qui inspire cet article est analogue à celle qui figure dans la loi du 16 juillet 1971, des différences peuvent être relevées. Cette disposition de droit commun est ainsi applicable à l'ensemble des collectivités territoriales (métropolitaines et d'outre-mer), même si elle s'efface devant les dispositions particulières à l'outre-mer. La consultation locale n'est de plus, dans l'article 72-1 de la Constitution, qu'une possibilité laissée à la libre appréciation du législateur alors qu'elle était un instrument conjoint des communes et du représentant de l'État dans le cadre de la procédure de fusion. Le texte constitutionnel ne prévoit pas de seuil particulier d'approbation ou de rejet, ni les conséquences du vote populaire, même si l'on peut déduire de l'utilisation du verbe « consulter » que l'expression populaire n'a pas de valeur décisionnelle. Face au laconisme du texte constitutionnel, la pratique devrait avoir une importance réelle quant à la portée concrète de ces dispositions. La première utilisation a eu lieu peu de temps après la révision constitutionnelle ; la population corse a en effet été consultée sur le fondement de cet article.

Désireux de modifier le statut de la Collectivité territoriale de Corse, le gouvernement dirigé par Jean-Pierre RAFFARIN a décidé de consulter les électeurs corses sur l'évolution envisagée. Celle-ci projette notamment la suppression des départements au profit de la Collectivité territoriale de Corse qui serait alors considérablement renforcée⁵²⁵. Le débat se cristallise d'ailleurs sur ce point, les opposants au projet y voyant un symbole de l'abandon de l'île par l'État au profit des nationalistes. La loi du 10 juin 2003⁵²⁶ fixe au 6 juillet 2003 le jour où les électeurs corses sont appelés aux urnes pour se prononcer sur le projet de réforme⁵²⁷. À l'issue du scrutin, le résultat est négatif⁵²⁸ et le projet abandonné. Que nous apprend alors cette première mise en œuvre ? Le taux de participation était supérieur à 50 %, on peut donc estimer qu'une frange importante de la

⁵²³ L'HABITUS PEUT ÊTRE DÉFINI COMME UN « SYSTÈME DE DISPOSITIONS PERMANENTES, ÉTABLI COMME PRINCIPE GÉNÉRATEUR ET ORGANISATEUR DES PRATIQUES ET REPRÉSENTATIONS, DES MODES D'AGIR ET DE PENSER, QUE L'INDIVIDU A ACQUIS TOUT AU LONG DE SON HISTOIRE DANS UNE INTERRELATION ACTIVE, DANS UNE MÉDIATION, ENTRE LES STRUCTURES INTERNES DE SA SUBJECTIVITÉ ET LES STRUCTURES SOCIALES EXTERNES », COMMAILLE (J.), IN *DICTIONNAIRE ENCYCLOPÉDIQUE DE THÉORIE ET SOCIOLOGIE DU DROIT*, PARIS, L.G.D.J., 1993, 2^E ÉD. (1^{ÈRE} ÉD. 1988), P. 276.

⁵²⁴ Article 72-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁵²⁵ ANDRÉANI (J.-L.), « Entretien avec J. POLVERINI. "La suppression des départements est inutile et dangereuse" », *Le Monde*, 2 juillet 2003, p. 15.

⁵²⁶ Loi n° 2003-486 du 10 juin 2003 organisant une consultation des électeurs de Corse sur la modification de l'organisation institutionnelle de la Corse, *JORF*, 11 juin 2003, p. 9815.

population corse s'est déplacée et que le résultat est représentatif. Il n'est d'ailleurs pas un seul représentant politique pour nier ce point. Il faut donc supposer que la participation doit être suffisamment élevée pour que le résultat soit considéré comme légitime (on peut sans doute y voir une application (inconsciente ?) du taux fixé par la loi organique du 1^{er} août 2003⁵²⁹ alors en discussion). Ensuite, si le scrutin est une consultation, il semble que les autorités nationales se sentent liées par le résultat. En l'espèce, le projet, soutenu par les principaux membres de l'Exécutif⁵³⁰, devient lettre morte à l'instant de la notification des résultats⁵³¹. Le poids politique des consultations directes de la population paraît ainsi extrêmement important.

Il semble donc que des principes identiques à ceux décrits précédemment s'appliquent et que l'on aboutisse aux mêmes conclusions qu'en matière de fusion. Ce mécanisme permet une expression défensive du substratum sociologique, fondement naturel de la collectivité territoriale. En ce sens, les dispositions de l'article 72-1 de la Constitution viennent utilement compléter le principe traditionnel de la libre administration des collectivités territoriales, en ce qu'elles font de la consultation des populations locales intéressées une étape primordiale de la procédure de changement de statut. Les nouvelles dispositions correspondent ainsi à l'admission, par le pouvoir constituant, d'un certain pluralisme institutionnel, fondé sur une réalité sociologique infranationale (une population territorialisée). Il ne s'agit pas pour autant de l'admission de sources secondaires de pouvoir originaire. La procédure est uniquement consultative ; la population n'a, en effet, pas « le pouvoir d'exprimer autre chose qu'un avis »⁵³² et on ne peut pas y voir la reconnaissance d'un pouvoir originaire. Il faut toutefois relever que l'échec de la consultation corse devrait inciter les prochains gouvernements à la

⁵²⁷ ROMI (R.), « "Que toutes les îles se ressemblent !" À propos de la loi du 10 juin 2003 organisant une consultation des électeurs en Corse », *AJDA*, 2003, pp. 1340-1342.

⁵²⁸ À l'issue du scrutin, le « non » recueille 51 % des suffrages exprimés, contre 49 % pour le « oui ». L'abstention s'élève quant à elle à 39,48 %. *LE MONDE*, « La Corse vote », Édito, 5 juillet 2003, p. 17 et « L'échec corse », Édito, 8 juillet 2003, p. 16.

⁵²⁹ Loi organique n° 2003-705 du 1^{er} août 2003 relative au référendum local, *JORF*, n° 177, 2 août 2003, p. 13218 ; *AJDA*, 2003.1862, actu. légis. DUPRAT. *JCP* 2004(10).381, doct. VERPEAUX. Cette loi exige ainsi que la participation atteigne 50 % des électeurs inscrits pour que le projet soumis au référendum soit considéré comme définitivement adopté s'il a recueilli la majorité des suffrages exprimés, (art. L.O. 1112-7 (CGCT)).

⁵³⁰ À titre d'exemple, v. CEAUX (P.), « Nicolas SARKOZY, en héraut du "oui" au référendum corse », *Le Monde*, 31 mai 2003, p. 8 ; GURREY (B.), « Jacques CHIRAC doit intervenir dans la campagne pour le "oui" en Corse », *Le Monde*, 24 juin 2003, p. 8 ; CEAUX (P.), GURREY (B.), « Référendum corse : M. CHIRAC s'engage sous la menace du "non" », *Le Monde*, 28 juin 2003, p. 8 et GURREY (B.), MONTVALON (J.-B. de), « Un échec partagé par MM. CHIRAC, RAFFARIN et SARKOZY », *Le Monde*, 8 juillet 2003, p. 6.

⁵³¹ À titre d'exemple, v. CEAUX (P.), « Un changement de stratégie issu de l'échec du "oui" au référendum », *Le Monde*, 30 octobre 2003, p. 8.

⁵³² HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 117.

prudence ; il est fort à parier que celui-là a fortement hypothéqué l'avenir de cette disposition, initiant un véritable *habitus* constitutionnel négatif⁵³³ dont l'ampleur véritable ne pourra être mesurée qu'au fil du temps.

La reconnaissance des populations d'outre-mer relève de la même logique d'« acceptation encadrée » du pluralisme au sein de la République française. Elle va toutefois un peu plus loin en consacrant explicitement l'existence de « populations d'outre-mer » et l'admission d'une procédure référendaire visant à permettre la défense des statuts d'autonomie.

Paragraphe 2. L'admission d'une certaine diversité outre-mer ne se traduit guère en termes de pouvoir : le maintien de l'unité et de l'indivisibilité du peuple français

Les collectivités ultramarines constituent un volet important de la révision constitutionnelle initiant l'Acte II de la décentralisation. L'outre-mer est en effet un domaine où la difficulté (voire l'impossibilité) de la décentralisation à droit constitutionnel constant s'était particulièrement fait ressentir. Aussi, la modification de la Loi fondamentale suscite-t-elle des attentes et des espoirs. Ceux-ci sont de plusieurs ordres et varient en fonction de l'histoire des différentes collectivités. Ils sont toutefois portés par des idées similaires : volonté de reconnaissance des particularités, espoir d'une plus grande autonomie et de davanantage de pouvoir... L'article 7 de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 est consacré à répondre à ces attentes et à proposer un nouveau modèle de rapports entre la métropole et les collectivités d'outre-mer. Celui-ci s'appuie principalement sur la reconnaissance du particularisme des populations ultramarines. À cette fin, le constituant admet l'existence des « populations d'outre-mer », sans que cela remette véritablement en cause le principe d'indivisibilité du peuple français **(A.)**.

Cette première prise en considération de réalités sociologiques autres que nationales se traduit, dans un second temps, par la reconnaissance d'un droit de consultation directe de la population en cas de projet de modification statutaire. Si l'on dépasse ainsi la stricte présomption du caractère naturel de ces collectivités, leur mention dans le texte constitutionnel ne suffit pas à faire du pouvoir généré par ces collectivités un pouvoir originaire. La constitutionnalisation n'a dès lors guère de conséquence en ce sens **(B.)**.

A. La reconnaissance des « populations d'outre-mer » ne remet pas en cause l'indivisibilité du peuple français

La reconnaissance des « populations d'outre-mer » est le résultat d'un amendement parlementaire, accepté par le gouvernement, censé faciliter l'acceptation du pluralisme sociologique infranational en France. **(1.)**

Si cet amendement vient neutraliser la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le recours au terme de « population » plutôt qu'à celui de peuple invite à se montrer très critique quant à la portée de cette novation : plus que la promotion du pluralisme, elle

⁵³³ On pourrait également retrouver cet *habitus* négatif à l'œuvre dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 72-4, suite à l'échec des référendums antillais. Sur ce point, v. le paragraphe suivant.

semble en effet renforcer l'unicité du peuple français (2.).

1. LA CONSTITUTIONNALISATION DES « POPULATIONS D'OUTRE-MER » : LES PRÉMICES DE L'ACCEPTATION DU PLURALISME SOCIOLOGIQUE EN FRANCE ?

Le principe d'unicité du peuple interdit la reconnaissance de toute minorité ethnique ou linguistique par le législateur. Si ce principe ne pose guère de problèmes d'application sur le territoire européen de la République⁵³⁴, il n'en va pas de même pour les populations ultramarines. De plus en plus, les différents gouvernements ont ainsi cherché à prendre en compte les particularités des populations d'outre-mer⁵³⁵. Cette volonté gouvernementale trouve sa traduction la plus aboutie et la plus homogène dans le nouvel article 72-3 de la Constitution, qui dispose que « la République reconnaît, au sein du peuple français, les *populations d'outre-mer*⁵³⁶, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ». Il procède ensuite, dans un second alinéa, à l'énumération des différentes collectivités concernées⁵³⁷.

Le premier alinéa de l'article 72-3 de la Constitution ne figure pas dans le projet de loi constitutionnelle présenté par le gouvernement devant le Sénat le 30 octobre 2002, ce texte se limitant en effet à l'énumération des différentes collectivités d'outre-mer. Une telle éventualité n'est, d'ailleurs, jamais mentionnée tout au long de la première lecture devant la Haute Assemblée. Cette disposition résulte en fait d'un amendement parlementaire déposé conjointement par cinq députés⁵³⁸ lors de la deuxième séance du 27 novembre 2002⁵³⁹ et présenté, en séance, par René-Paul VICTORIA (UMP). Celui-ci choisit alors

⁵³⁴ La situation corse invite toutefois à relativiser cette conclusion.

⁵³⁵ Il est matériellement impossible de retracer l'ensemble des projets relatifs aux différentes évolutions statutaires des collectivités d'outre-mer. Le lecteur intéressé pourra se reporter dans une perspective générale et systématique à CONSTANT (F.), « Les catégories du gouvernement outre-mer », in ELFORT (M.), FABERON (J.-Y.), GOESEL-LE BIHAN (V.), MICHALON (T.), RENO (F.) (Sous la direction), *La loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., pp. 15-28 (part. pp. 18-22). Pour une présentation des différents statuts, se reporter au manuel de Renan LE MESTRE, qui consacre un paragraphe de rappels historiques pour chaque collectivité d'outre-mer. V. LE MESTRE (R.), *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Gualino éditeur, « Manuels », 2004, pp. 262-268. Pour la Nouvelle-Calédonie, v. pp. 277-279.

⁵³⁶ Nous soulignons.

⁵³⁷ Il s'agit de la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française. La Nouvelle-Calédonie est, quant à elle, mentionnée au troisième alinéa de ce même article 72-3 de la Constitution.

⁵³⁸ Parmi ces cinq députés, quatre sont originaires d'une collectivité d'outre-mer : René-Paul VICTORIA (UMP), député de la Réunion, Gérard GRIGNON (appar. UMP), député de Saint-Pierre-et-Miquelon, Bertho AUDIFAX (UMP), député de la Réunion et André THIEN AH KOON (UMP), député de la Réunion. Seul Didier QUENTIN (UMP), député de Charente-Maritime, est élu en métropole.

⁵³⁹ Amendement n° 188, Séance du 27 novembre 2002, *JORF Assemblée nationale débats*, jeudi 28 novembre 2002, n° 66[2], p. 5864.

de justifier sa proposition par une argumentation strictement juridique ; aussi, a-t-il semblé opportun d'envisager sa position et, partant, ses arguments du point de vue du droit, afin de dépasser sa posture partisane et d'analyser sereinement et scientifiquement le discours adopté. Seule une telle analyse devrait en effet permettre de mesurer l'écart entre la rhétorique du législateur et la réalité de la réforme initiée⁵⁴⁰. Le parlementaire débute ainsi son intervention, au demeurant fort courte⁵⁴¹, par une citation du président CHIRAC, relative à l'unité dans la diversité du peuple français⁵⁴². Il poursuit en mentionnant un passage de la décision n° 91-290 DC⁵⁴³, dont il propose une interprétation en contradiction flagrante avec la position du juge constitutionnel⁵⁴⁴ ; il donne en effet à voir un Conseil opérant la distinction entre les populations d'outre-mer et le peuple de métropole, là où le juge réaffirme l'unicité du peuple français⁵⁴⁵. Si le juge de la rue Montpensier mentionne, ainsi que le relève M. VICTORIA, les populations d'outre-mer dans la décision précitée, il se fonde expressément sur l'article 53 de la Constitution, dont il circonscrit d'ailleurs nettement la portée ; il ne se réfère ainsi pas à cette disposition dans le considérant censurant la reconnaissance du « peuple corse », contrairement à ce que laisse entendre le parlementaire. L'expression « peuples d'outre-mer » ne peut en effet faire référence qu'aux anciens peuples colonisés qui ont décidé, à la fin des années cinquante, d'intégrer ou de quitter la République. La lecture du Préambule du texte de 1958 invite d'ailleurs à aller en ce sens. Mais une fois intégré à la République, les principes d'indivisibilité et d'unicité du peuple empêchent toute distinction,

⁵⁴⁰ Une telle entreprise a par ailleurs le mérite de bien faire ressortir l'instrumentalisation du droit par les acteurs institutionnels, parfois contre la position réellement adoptée par les autorités juridictionnelles, en l'espèce le Conseil constitutionnel.

⁵⁴¹ L'intervention occupe 41 lignes du *Journal officiel* ; ce qui est relativement peu pour un amendement dont les implications pouvaient paraître relativement importantes. D'ailleurs, le débat n'est guère plus riche, n'occupant que deux pages et demie (Séance du 27 novembre 2002, *op. cit.*, pp. 5864-5866). L'outre-mer ne semble pas susciter un enthousiasme et un intérêt débridés chez les députés.

⁵⁴² « Je ne connais qu'un seul peuple, je ne reconnais qu'une seule nation au sein de la République : le peuple français et la nation française. La richesse de ce peuple et de cette nation, c'est sa diversité, la pluralité de ses cultures, la force de ses identités », Jacques CHIRAC, Discours prononcé à la Martinique, le 6 avril 2002, cité par René-Paul VICTORIA, Séance du 27 novembre 2002, *op. cit.*, p. 5864.

⁵⁴³ « La Constitution de 1958 distingue le peuple français des peuples d'outre-mer, auxquels est reconnu le droit à la libre détermination », passage extrait du considérant n° 12, cité in *ibid.*

⁵⁴⁴ « L'universalité du peuple français s'étend naturellement aux citoyens résidant dans les collectivités d'outre-mer, auxquels on ne saurait reconnaître sans danger pour l'unité de la République le caractère distinct de peuple distinct du peuple français. Au nom de quoi les habitants de la Réunion, par exemple, feraient-ils moins partie du peuple français que les habitants de la Corse, de la Corrèze ou de la Loire ? Faut-il admettre l'idée que les parlementaires d'outre-mer, qui représentent, à l'Assemblée nationale et au Sénat, la nation tout entière, puissent être les élus d'un peuple autre que le peuple français ? », Séance du 27 novembre 2002, *op. cit.*, p. 5864.

⁵⁴⁵ Une lecture combinée des considérants 12 et 13 de la décision 290 DC ne lui permettrait pas de parvenir à la reconnaissance des peuples d'outre-mer, au sein de la République.

y compris sur la base des critères géographiques. Il n'y a donc bien qu'un seul peuple dans le droit constitutionnel français, et non pas plusieurs comme le suggère R.-P. VICTORIA. Malgré cela, il dénonce une « discrimination constitutionnelle » dans la position du juge de la rue Montpensier et considère que « l'adoption de [son] amendement marquera la fin définitive d'une époque liée à la colonisation et affirmera notre [sic] ancrage au sein de la République »⁵⁴⁶. Nonobstant la relecture, à notre sens hasardeuse, de la jurisprudence constitutionnelle, la position du parlementaire reste aporétique. Reposant sur un fondement erroné, elle aspire en effet à l'assimilation des populations d'outre-mer à travers la consécration de leurs particularismes ; ce qui peut sembler pour le moins contradictoire. Cette proposition est pourtant accueillie avec le plus grand enthousiasme, tant par le président de la Commission des lois⁵⁴⁷ que par le ministre de l'Outre-mer⁵⁴⁸. Il semble donc que l'on accepte alors la consécration d'une différenciation sociologique, basée sur le caractère ultramarin de ces populations. L'amendement est d'ailleurs voté sans susciter de débats véritables ni à l'Assemblée nationale⁵⁴⁹, ni, en seconde lecture, au Sénat⁵⁵⁰. Les « populations d'outre-mer » font ainsi leur apparition dans la Constitution, sans que l'apport de cette formulation par rapport à celle de « peuple d'outre-mer », notion (déjà) constitutionnelle revendiquée par les opposants à l'amendement VICTORIA, ait été envisagée et fit l'objet d'un débat. Il convient donc de réfléchir à l'impact de cette notion afin d'en déterminer la portée exacte.

2. LA DISTINCTION ENTRE « POPULATION » ET « PEUPLE » D'OUTRE-MER NE PERMET PAS UNE VÉRITABLE RECONNAISSANCE DE L'OUTRE-MER

Le recours au terme « population » plutôt qu'à celui de « peuple » n'est pas neutre. L'avancée historique, saluée par le ministre de l'Outre-Mer Brigitte GIRARDIN, n'est sans doute pas la disposition la plus essentielle de la Constitution. Elle n'apporte d'ailleurs rien à la lecture proposée par le juge constitutionnel. La population renvoie en effet à l'idée d'un groupe humain territorialement circonscrit, sans référence à son homogénéité ou à sa conscience d'avoir des intérêts communs. En l'espèce, le recours à cet idiome permet de discriminer un ensemble de personnes sur un critère géographique sans véritable

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ « Insérer cette phrase au début de l'article 72-3 de la Constitution grandira incontestablement la représentation nationale. La mention de la reconnaissance par la République une et indivisible de l'identité propre des populations d'outre-mer au sein du peuple français n'est assurément pas superflue », Pascal CLÉMENT, Séance du 27 novembre 2002, *ibid.*

⁵⁴⁸ « Je partage entièrement l'avis du président de la Commission sur cet amendement, qui est *effectivement très beau*. [...] je n'hésite pas à dire qu'il s'agit d'un amendement historique », Brigitte GIRARDIN, *ibid.* Nous soulignons.

⁵⁴⁹ Relevons tout de même l'intervention de M. Victorin LUREL (PS), député de la Guadeloupe (Séance du 27 novembre 2002, *op. cit.*, pp. 5864-5865) et de M^{me} Christiane TAUBIRA (PS), députée de la Guyane, (Séance du 27 novembre 2002, *op. cit.*, pp. 5865-5866).

⁵⁵⁰ Parmi les sénateurs, seul Michel DREYFUS-SCHMIDT (PS) s'oppose à la formulation retenue, Séance du 11 décembre 2002, *JORF Sénat Débats*, jeudi 12 décembre 2002, n° 77, p. 5716.

dimension culturelle. Annihilant toute portée particulariste, ce terme n'entre pas dans le champ politique. Il semble plutôt renvoyer à la sphère administrative, en ce qu'il met en lumière une logique fonctionnelle. La population, ensemble indistinct d'usagers ou d'habitants, est ainsi l'illustration même du caractère secondaire et administratif que l'on admet pour les populations infranationales. Le fondement sociologique des collectivités d'outre-mer, même s'il est constitutionnalisé, n'a alors guère plus de portée que celui des autres collectivités territoriales, si ce n'est qu'il faudra désormais une révision de la Constitution si une de ces « populations » aspire à l'indépendance⁵⁵¹.

S'il est ainsi procédé à un renforcement de l'unité du peuple français, on peut se poser la question de la conciliation de cette disposition avec le deuxième alinéa du Préambule de 1958, les populations d'outre-mer, sous couvert d'affirmation de leurs particularismes, étant en fait assimilées plus nettement à la République. Certains parlementaires ne sont d'ailleurs pas dupes et soulignent la petitesse de l'apport. Pour Christiane TAUBIRA, il ne faut ainsi pas laisser « dans la banalité inscrire : "les populations d'outre-mer", alors que nous savons que, sur nos territoires, il y a des peuples qui ont construit leur histoire »⁵⁵². Le sénateur Michel DREYFUS-SCHMIDT, quant à lui, critique également le faible apport de la formulation⁵⁵³ mais également la portée assimilationniste de ce texte⁵⁵⁴. Ce faisant, l'intervention du sénateur DREYFUS-SCHMIDT a le mérite de mettre en lumière l'achoppement de la loi constitutionnelle quant à la reconnaissance d'une possible différenciation culturelle.

L'expression retenue au premier alinéa de l'article 72-3 de la Constitution est une formulation minimale, dont on a du mal à cerner l'apport véritable par rapport aux dispositions figurant déjà dans le bloc de constitutionnalité⁵⁵⁵. Le seul bilan que l'on

⁵⁵¹ ROUX (A.), « L'évolution du régime statutaire des collectivités territoriales d'outre-mer », in GAUDEMET (Y.), GOHIN (O.) (Sous la direction), *La République décentralisée*, Paris, Éd. Panthéon – Assas, « Colloques », 2004, p. 122.

⁵⁵² Séance du 27 novembre 2002, *op. cit.*, p. 5866.

⁵⁵³ « S'il s'agit de reconnaître la réalité de leurs différences, ce n'est certainement pas le terme de "population" qui convient, mais celui de "peuple" que la Constitution de 1946 avait retenu dans son Préambule », et « Reconnaître des populations... dans un idéal, cela ne signifie rien ! On peut tout au plus reconnaître un idéal commun !... Comme l'ensemble de votre réforme, ce texte est, de plus, mal écrit », Séance du 11 décembre 2002, *op. cit.*, p. 5716.

⁵⁵⁴ « S'il s'agit d'une démarche contraire [à la reconnaissance de leur différence], celle-ci ne peut que heurter profondément la conscience identitaire qui existe dans la plupart des communautés humaines concernées. Ces communautés humaines se sont constituées chacune dans des zones géographiques et des conditions historiques particulières, et elles sont dotées de patrimoines culturels et linguistiques propres qui fondent leur cohésion respective », *ibid.*

⁵⁵⁵ En ce sens, Thierry MICHALON, alors qu'il relève à la fois que la périphérie ultramarine constitue une avant-garde de la décentralisation et l'importance de « l'affirmation nationale » dans les territoires et départements d'outre-mer, ne mentionne, à aucun moment, cette consécration constitutionnelle, confirmant bien que cette disposition n'est pas primordiale, l'essentiel étant ailleurs (dans les statuts particuliers ou dans le Préambule des Accords de Nouméa de 1998 par exemple). V. MICHALON (T.), « La République et sa périphérie. La légitimité par la décentralisation ? », in *La profondeur du droit...*, *op. cit.*, pp. 329-346 (p. 339 pour la citation).

puisse tenter de faire amène à penser que cette disposition, parée de vertus décentralisatrices, n'est *in fine* qu'une habile expression jacobine, réduisant les particularismes locaux, sous couvert de les consacrer. Elle implique de plus que « si tel ou tel des anciens "confettis" de l'ancien empire français voulait, un jour, se détacher de la République, il faudrait en passer par une nouvelle révision constitutionnelle »⁵⁵⁶. Cette disposition ne peut dès lors être comprise comme l'acceptation de populations réellement différenciées du peuple français. L'énumération des populations d'outre-mer a au contraire une portée nettement unificatrice. L'inscription dans la Constitution des référendums n'intéressant qu'une partie de la population nationale, regroupée dans une collectivité territoriale dont on envisage des modifications statutaires, est une reconnaissance plus probante des particularismes infranationaux d'outre-mer.

B. L'admission du référendum défensif de statut pour les populations d'outre-mer : la consécration d'une capacité d'empêcher, non d'un pouvoir originaire

La consultation des populations d'outre-mer en cas de changement de statut n'est pas une innovation du constituant de 2003. Des consultations de ce type avaient en effet déjà été organisées, le Conseil constitutionnel ayant approuvé leur constitutionnalité (1.).

La jurisprudence constitutionnelle était cependant loin de faire l'unanimité tant ses fondements paraissaient fragiles et alambiqués. C'est donc pour couper court aux critiques et clarifier le droit que le pouvoir constituant dérivé a procédé à la réforme de la Constitution sur ce point. L'article 72-4 de la Constitution correspond ainsi à une reconnaissance explicite de ces procédures par le souverain. Celle-ci ne signifie toutefois pas l'admission d'un pouvoir dont les fondements seraient territoriaux (2.).

1. LES DÉCISIONS N^{OS} 75-59 DC, 87-226 DC ET 2000-428 DC : LA VALIDATION DES CONSULTATIONS DES POPULATIONS D'OUTRE-MER POUR LES QUESTIONS QUI N'INTÉRESSENT QU'ELLES

Si la République française avait prévu en 1958 de laisser le choix aux populations de l'Empire colonial d'intégrer (ou non) la République et la Communauté française⁵⁵⁷ et dans ce cas de choisir la forme de leur entrée⁵⁵⁸, elle paraît laisser pendante la question de la sortie (de ces mêmes territoires) de la République. L'article 53 porte certes sur la cession, l'échange ou l'adjonction de territoires, mais l'insertion de cette disposition dans le Titre

⁵⁵⁶ SAUX (J.-L.), « Antilles : un référendum utile », *Le Monde*, 7-8 décembre 2003, p. 12.

⁵⁵⁷ L'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 disposait ainsi que « la République et les peuples des territoires d'outre-mer qui, par un acte de libre détermination, adoptent la présente Constitution, instituent une communauté ». Aussi, un territoire d'outre-mer qui rejetait le projet de Constitution devenait *ipso facto* indépendant, comme ce fut le cas pour la Guinée.

⁵⁵⁸ L'article 76 de la Constitution prévoyait que les territoires d'outre-mer pouvaient choisir de conserver leur statut ou de devenir soit un département d'outre-mer ou un État associé dans le cadre de la Communauté française. Dans cette hypothèse, le délai pour se déterminer était fixé à quatre mois (art. 91, alinéa 1^{er}).

relatif aux accords internationaux, amène l'observateur à postuler qu'il ne traitait pas exactement de cette question⁵⁵⁹. C'est pourtant sur cette disposition que la doctrine, puis le Conseil constitutionnel vont s'appuyer pour fonder le droit de libre détermination des peuples des territoires d'outre-mer.

Rapporteur sur le projet de loi organisant une consultation de la population de la Côte française des Somalis, René CAPITANT s'appuie en effet sur l'article 53 de la Constitution pour justifier l'organisation de la consultation prévue. Selon lui, cet article ne se limite pas au cas des cessions de territoires à un État étranger, mais doit être entendu comme s'appliquant « à l'hypothèse plus moderne où un territoire cesserait d'appartenir à la République française pour constituer un État indépendant »⁵⁶⁰. Dans cette hypothèse, le traité envisagé dans la disposition constitutionnelle renvoie à la reconnaissance du nouvel État par la France⁵⁶¹. La procédure de sécession doit alors satisfaire à deux conditions : le vote d'une loi autorisant la cession ou la sécession par le Parlement et le consentement de la population du territoire intéressé. « La Constitution dispose [ainsi] que les peuples qui, en 1958, sont entrés volontairement dans la République ne peuvent en sortir que par le concours de leur propre volonté et de celle de la France. La volonté de la France s'exprime alors sous forme de loi, celle de la population du territoire par voie de référendum »⁵⁶², ce dernier étant plus qu'une simple consultation car la « population intéressée est appelée non à formuler un simple avis mais à donner ou à refuser un consentement, dont *la Constitution fait une condition de validité de l'opération* »⁵⁶³.

Bien que cette construction doctrinale soit sujette à critiques⁵⁶⁴, le Conseil constitutionnel la valide dans la décision n° 75-59 DC. Saisi d'une loi organisant la

⁵⁵⁹ En ce sens, v. MAESTRE (J.-C.), « L'indivisibilité de la République française et l'exercice du droit d'autodétermination », *RDP*, 1976, pp. 448-ss.

⁵⁶⁰ René CAPITANT, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2118) organisant une consultation de la population de la Côte française des Somalis*, Documents de l'Assemblée nationale, annexe n° 2199 à la séance du 30 novembre 1966, p. 1005.

⁵⁶¹ « Dans ce cas [de sécession], le traité dont parle l'article 53 est passé avec le nouvel État lui-même et non pas avec un État tiers. Mais, comme cet État ne peut naître qu'avec la possession de son territoire – élément essentiel de son existence – le traité, par la force des choses, prend une forme spéciale – celle de l'acte international que constitue de la part de la France sa reconnaissance comme État. C'est cette reconnaissance qui, en droit, opérera transfert du territoire de la France à l'État nouveau », *ibid.*, pp. 1005-1006.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 1005.

⁵⁶³ *Ibid.*, nous soulignons.

⁵⁶⁴ Jean-Claude MAESTRE relève ainsi quatre interrogations soulevées par la doctrine CAPITANT : (1°) quelle est la nature juridique respective de la consultation populaire et du vote du Parlement français ; (2°) que faut-il entendre par « populations intéressées » ? ; (3°) Pourquoi restreindre l'application de l'article 53 aux seuls territoires d'outre-mer ? et (4°) pourquoi, si « l'article 53 constitue le fondement juridique des scrutins d'autodétermination, les lois organisant ces consultations ne s'y réfèrent-elles jamais ? », MAESTRE (J.-C.), « L'indivisibilité de la République française... », *op. cit.*, pp. 451-454.

consultation de la population mahoraise suite au coup de force du Conseil du gouvernement comorien⁵⁶⁵, le juge constitutionnel doit statuer sur le sort particulier qui est réservé à Mayotte, seule île de l'archipel des Comores à souhaiter se maintenir au sein de la République française. Le législateur entend ainsi, dans le texte soumis au contrôle du juge de la rue Montpensier, à la fois prendre acte de l'indépendance des trois îles des Comores et organiser la consultation de Mayotte, afin de permettre à sa population de se prononcer sur son avenir (maintien sous la souveraineté française ou indépendance dans le cadre de l'archipel des Comores). Le juge doit donc envisager la constitutionnalité de la consultation de la seule population d'un territoire d'outre-mer. Pour ce faire, il s'appuie sur l'article 53 de la Constitution ainsi que l'y incitait la doctrine CAPITANT dégagée en 1966. La décision n° 75-59 DC reprend ainsi les deux grands axes de la démonstration de René CAPITANT. Le juge constitutionnel considère d'une part que les dispositions de l'article 53 de la Constitution « doivent être interprétées comme étant applicables, non seulement dans l'hypothèse où la France céderait à un État étranger ou bien acquerrait de celui-ci un territoire, mais aussi *dans l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un État indépendant ou y être rattaché* »⁵⁶⁶. Il valide, d'autre part, les deux conditions dégagées par la doctrine CAPITANT, en vérifiant que la loi (1^{ère} condition) organise bien la consultation de la population concernée⁵⁶⁷ (2^{nde} condition). L'article 53 de la Constitution paraît ainsi justifier le droit de libre détermination des populations d'outre-mer et la consultation de la seule population intéressée.

Le Conseil constitutionnel confirme cette position au début de l'Acte I de la décentralisation, à l'occasion de la consultation de la population néo-calédonienne sur le projet de modification de statut de la collectivité territoriale de Nouvelle-Calédonie. L'enjeu est alors double : maintien dans la République et changement de statut pour la collectivité territoriale. La loi du 6 septembre 1984⁵⁶⁸ initie ainsi un processus qui devait conduire la Nouvelle-Calédonie à l'autodétermination. Celui-ci est poursuivi par la loi du 17 juillet 1986

⁵⁶⁵ La loi du 3 juillet 1975 organisait le processus d'indépendance des Comores ; celui-ci passait par la consultation de chacune des quatre îles afin que la population approuve l'évolution de la situation. L'Assemblée comorienne proclame unilatéralement l'indépendance le 6 juillet 1975, rendant caduque le processus initié par la loi du 3 juillet 1975. Si les députés des trois îles de la Grande Comore, d'Anjouan et de Mohéli votent à l'unanimité l'indépendance, les cinq députés de Mayotte « adressaient au gouvernement français un télégramme réaffirmant leur appartenance à la France et dénonçant "une décision illégale du gouvernement comorien" ». Pour une présentation détaillée de la situation, v. FRANCK (C.), « Note sous décision du 30 décembre 1975 », *AJDA*, 1976, pp. 249-252 (p. 250 pour la citation).

⁵⁶⁶ CC, déc. n° 75-59 DC, 30 décembre 1975 (*Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles Comores*), *Rec.* p. 26 ; *RJC* p. I-35 ; *JORF* 3 janvier 1976, p. 182 ; *RDP* 1976.557, chron. FAVOREU ; *AJDA* 1976.249, note FRANCK ; *D.* 1976.J.537, note HAMON ; *GP* 1976.II.481, note LINOTTE ; *RGDIP* 1976.1001, note NGUYEN QUOC VINH. Considérant n° 2. Nous soulignons.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, considérant n° 3.

⁵⁶⁸ Loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, *JORF*, 7 septembre 1984, p. 2840.

⁵⁶⁹ qui prévoit l'organisation d'un référendum d'autodétermination, dont les modalités sont fixées par la loi du 5 juin 1987 ⁵⁷⁰. Le Conseil constitutionnel est saisi de ce dernier texte par l'opposition parlementaire qui estime que la formulation de la question posée à la population néo-calédonienne dépasse le cadre, strictement entendu, de l'article 53, alinéa 3. Le reproche des requérants porte principalement sur la formulation de la question posée : « Voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à l'indépendance ou demeure au sein de la République française avec un statut dont les éléments essentiels ont été portés à votre connaissance ? ». Les réponses possibles étaient alors « Je veux que la Nouvelle-Calédonie accède à l'indépendance » ou « Je veux que la Nouvelle-Calédonie demeure au sein de la République française ». Les requérants estiment qu'il y avait là confusion de deux questions distinctes, dont seule, celle relative à l'indépendance, rentre dans le cadre des dispositions de l'article 53, al. 3 de la Constitution. Le juge constitutionnel leur donne en partie raison en censurant le membre de phrase « avec un statut dont les éléments essentiels ont été portés à votre connaissance » car la « rédaction est équivoque » (considérant n° 9). Il ne suit néanmoins pas les requérants quant au dépassement de l'article 53, alinéa 3 ; il considère au contraire que l'article 53, al. 3 fait « application aux traités et accords internationaux relevant du titre VI de la Constitution des principes de libre détermination des peuples et de libre manifestation de leur volonté, spécifiquement prévus pour les territoires d'outre-mer par l'alinéa 2 du préambule ; [dès lors] la mise en œuvre de ces principes doit permettre, dans le cadre de la Constitution, aux populations consultées par les autorités compétentes de la République de manifester leur volonté » ⁵⁷¹. Le juge constitutionnel valide ainsi le recours à l'article 53 de la Constitution, pour consulter une population d'outre-mer, même si le thème de la question n'est pas uniquement et spécifiquement l'indépendance. Il faut néanmoins relever que la censure du membre de phrase renvoyant au nouveau statut réduit finalement la portée de la question à celle de l'indépendance. Il est dès lors logique que l'utilisation de l'article 53, al. 3 de la Constitution n'ait pas été censurée. Cette décision constitutionnelle ne peut toutefois suffire à tirer de la jurisprudence constitutionnelle une conception générale du droit d'une population d'outre-mer à être consultée sur des affaires qui lui sont propres sans référence à un processus d'indépendance. Le juge constitutionnel, confronté à cette question en 2000, a d'ailleurs du, à cette fin, modifier les prémisses de son raisonnement.

Le 27 janvier 2000, le secrétaire d'État à l'Outre-mer, le président du conseil général de Mayotte et les représentants de trois formations politiques de l'île signent un accord,

⁵⁶⁹ Loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF*, 19 juillet 1986, p. 8927.

⁵⁷⁰ Loi n° 87-369 du 5 juin 1987 organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévu par l'alinéa 1 de l'article 1 de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF*, 6 juin 1987, p. 6143.

⁵⁷¹ CC, déc. n° 87-226 DC, 2 juin 1987, (*Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article premier de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie*), *JORF*, 4 juin 1987, p. 6058 ; *Rec.* p. 34 ; *RJC*, p. I-309 ; *D.* 1988.III.289, note LUCHAIRE ; *AJJC*, 1987.603, observ. GENEVOIS ; *RDP*, 1989.399, chron. FAVOREU ; *Pouvoirs*, 1987(43).213, chron. AVRIL, GICQUEL ; *RA* 1988.437, PAVIA. Considérants n° 5 et 6.

qui prévoit la transformation de Mayotte en une collectivité territoriale de type nouveau, beaucoup plus proche du statut de département d'outre-mer que la situation antérieure et intitulée pour cette raison « collectivité départementale ». Le Parlement est saisi de la question et adopte le 6 avril 2000 une loi organisant la consultation de la population mahoraise à propos de cet accord⁵⁷². L'opposition parlementaire saisit le Conseil constitutionnel, afin qu'il censure le texte, car une telle consultation ne trouve, selon les députés auteurs de la saisine, son fondement ni dans les articles 11 et 89 de la Constitution, ni dans son article 53 puisque « l'objet de la consultation est dénué de tout rapport avec le principe d'autodétermination »⁵⁷³. Le Conseil admet toutefois qu'une telle consultation puisse être organisée : elle trouve alors son fondement dans les principes de libre détermination des peuples des territoires d'outre-mer et de libre administration de leur volonté consacrés par le deuxième alinéa du Préambule de la Constitution de 1958. Une fois rappelé le second alinéa du Préambule de 1958, le juge constitutionnel considère ainsi que « pour la mise en œuvre de ces dispositions, les autorités compétentes de la République sont, dans le cadre de la Constitution, habilitées à consulter les populations d'outre-mer intéressées, non seulement sur leur volonté de se maintenir au sein de la République française ou d'accéder à l'indépendance, mais également sur l'évolution statutaire de leur collectivité territoriale à l'intérieur de la République ; [...] toutefois, dans cette dernière éventualité, lesdites autorités ne sauraient être liées, en vertu de l'article 72 de la Constitution, par le résultat de cette consultation »⁵⁷⁴. La votation populaire n'est donc pas un référendum décisionnel, mais une simple consultation de la population. Le juge de la rue Montpensier s'écarte, à cette occasion, du second élément de la doctrine CAPITANT, qui, fort logiquement, ne semble pas s'appliquer en l'espèce, le processus initié ne conduisant pas l'autodétermination de la population mahoraise. Le législateur prend simplement, à travers cette consultation, connaissance des aspirations des populations concernées sans être lié *de jure* par l'avis qu'expriment les électeurs⁵⁷⁵. Il n'y a donc pas de confrontation entre deux pouvoirs antagonistes : la consultation locale n'est pas l'expression d'un pouvoir de la population locale, mais équivaut à la fonction d'un organe de consultation dans la procédure législative, expression du seul pouvoir d'État.

La décision n° 2000-428 DC ne soulève dès lors pas tout à fait le même problème

⁵⁷² Loi n° 2000-391 du 9 mai 2000 organisant une consultation de la population de Mayotte, *JORF*, n° 108, 10 mai 2000, p. 6975.

⁵⁷³ CC, déc. n° 2000-428 DC, 4 mai 2000, (*Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*), *JORF*, 10 mai 2000, p. 6976 ; *Rec.* p. 70 ; *D.* 2001(22).somm.1763, observ. ROUX ; *RFDC*, 2000(43)549, note VERPEAUX ; *AJJC*, 2000(XVI).723 ; *AJDA*, 2000.568, note FABERON ; *AJDA* 2000.561, note SCHOETTL ; *RFDA* 2000.746, comm. DOUENCE, FAURE ; *RDP* 2000.883, note LE BOS-LE POURHIET ; *RDP* 2000.907, comm. LEMAIRE. Considérant n° 12.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, considérant n° 13.

⁵⁷⁵ Le juge constitutionnel confirme ce caractère consultatif dans la décision n° 2000-435 DC, en considérant que les autorités habilitées à consulter la population « sont libres de définir l'objet de cette consultation ; que le projet de loi organisant la consultation devra satisfaire à la double exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté ; qu'enfin, le législateur ne saurait être lié, en vertu de l'article 72 de la Constitution, par le résultat de la consultation », CC déc. n° 2000-435 DC, préc. Considérant n° 44.

que celle de 1987. Il ne s'agit pas en effet d'une étape dans un processus que l'on peut qualifier d'autodétermination menant éventuellement à la sortie de la République, mais d'une évolution statutaire censée marquer plus nettement l'appartenance à l'État français. Bien que les deux logiques soient largement opposées, elles reposent pourtant, à une nuance près, sur la même disposition constitutionnelle. La décision n° 2000-428 DC procède ainsi à une lecture combinée du deuxième alinéa du Préambule de la Constitution de 1958 et de l'article 72 de cette même Constitution alors que la décision n° 87-226 DC se fondait sur le deuxième alinéa du Préambule de 1958 et sur l'article 53, alinéa 3 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel appuie ainsi son acceptation de cette consultation sur une disposition qui ne semble guère correspondre à la situation mahoraise⁵⁷⁶. On comprend en effet mal comment le deuxième alinéa du Préambule de 1958, fondé sur le principe de libre détermination et destiné à permettre l'intégration à la République des populations de l'ancien Empire colonial le désirant, peut servir de base à une consultation dont l'objet n'est pas l'indépendance de la population intéressée. Cette disposition, « historiquement datée », ne « concernait que le choix offert aux territoires d'outre-mer lors de l'adoption de 1958 »⁵⁷⁷. Le principe de libre détermination n'a de plus rien à voir avec une procédure de changement de statut d'une collectivité territoriale de la République. La construction jurisprudentielle du Conseil constitutionnel s'avère donc fragile et pour le moins contestée. Aussi, la consécration de cette faculté par la loi constitutionnelle de mars 2003 vient-elle simplifier les choses et rendre caduque cette jurisprudence.

2. L'ARTICLE 72-4 DE LA CONSTITUTION : LA CONSTITUTIONNALISATION DES CONSULTATIONS DES POPULATIONS D'OUTRE-MER N'EST PAS L'ADMISSION D'UN POUVOIR

Le volet de la révision constitutionnelle de mars 2003 portant sur l'outre-mer a entendu concilier le développement des principes démocratiques (velléité sous-jacente dans plusieurs dispositions de la réforme) avec la reconnaissance des particularismes liés à l'insularité et/ou l'éloignement. Cela se traduit par la création d'une procédure obligatoire de consultation des populations d'outre-mer, énumérées à l'article 72-3 de la Constitution (par collectivité, ou sur une partie de la collectivité), pour tout changement de régime constitutionnel⁵⁷⁸. La procédure de mise en œuvre de la consultation est assez simple.

⁵⁷⁶ Sur ce point, v. notamment GOHIN (O.), « L'évolution du statut de Mayotte au sein de la République française : aspects constitutionnels », *RFDA*, 2000, p. 737-759 et DOUENCE (J.-C.), FAURE (B.), « Y a-t-il deux Constitutions ? », *RFDA*, 2000, pp. 746-760.

⁵⁷⁷ DOUENCE (J.-C.), « Les garanties démocratiques : la consultation des populations », in FABERON (J.-Y.) (Sous la direction), *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La documentation française, « Études de la documentation française », 2004, p. 45, note 4.

⁵⁷⁸ L'article 72-4 de la Constitution dispose ainsi qu'« 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 ».

Elle est organisée par le président de la République sur proposition du gouvernement ou sur une demande conjointe des deux Chambres et doit porter « sur une question relative à son [celui de la collectivité concernée] organisation, à ses compétences ou à son régime législatif »⁵⁷⁹. Si la votation est organisée à l'initiative du gouvernement et vise à un changement de statut, le gouvernement doit en informer chaque Chambre ; la déclaration gouvernementale est alors suivie d'un débat. Procédure largement aux mains de l'exécutif, elle est pensée pour être souple et rapide. Une fois la consultation faite, si le refus de la population bloque la procédure, en cas de réponse favorable, le législateur organique est seul compétent pour mettre en œuvre les modifications envisagées.

La transposition en droit positif tempère alors la relative simplicité du recours à la consultation. Les modifications importantes (principalement statutaires) sont en effet soumises à un régime protégé et protecteur, plus difficile à mettre en œuvre. Les différenciations au sein du peuple français doivent donc se faire au plus haut niveau normatif possible. Cela a deux conséquences : les particularismes de l'outre-mer sont bien, dans une certaine mesure, consacrés et la population intéressée participe à l'évolution de l'expression institutionnelle de ses spécificités. La reconnaissance de ces particularités insulaires au plus haut niveau normatif a toutefois également pour conséquence leur insertion plus forte à la République, et donc la difficulté plus grande d'initier un processus d'autodétermination. Celui-ci impliquera en effet non seulement la consultation de la population intéressée (sur le double fondement des articles 53, al. 3 et 72-4 de la Constitution), mais également une révision de la Constitution, afin de modifier la liste figurant à son article 72-3. La procédure menant vers l'indépendance est donc alourdie ; la reconnaissance de certains particularismes locaux répond ainsi, et assez paradoxalement, davantage à une logique centripète que centrifuge.

On peut également se poser la question du recours à cette procédure. La première utilisation s'est en effet soldée par un double échec. On peut alors craindre que cela ne génère un habitus constitutionnel négatif, qui rebute les autorités nationales. Il a ainsi été organisé une double consultation des populations guadeloupéenne et martiniquaise le dimanche 7 décembre 2003, portant sur la ratification « d'un document d'orientation, déjà adopté par les conseils généraux et régionaux concernés, qui prévoit qu'"une collectivité territoriale nouvelle" se substituera aux deux actuelles régions monodépartementales »⁵⁸⁰. En cas de succès du « oui », la Guadeloupe et la Martinique seraient alors chacune

⁵⁷⁹ Article 72-4, al. 2 de la Constitution.

⁵⁸⁰ SAUX (J.-L.), PARTY (J.-M.), « Le gouvernement prévoit un double référendum, le 7 décembre, en Guadeloupe et en Martinique », *Le Monde*, 29 octobre 2003, p. 34. La question posée était « approuvez-vous le projet de création en Guadeloupe/en Martinique d'une collectivité territoriale demeurant régie par l'article 73 de la Constitution, et donc par le principe de l'identité législative avec possibilités d'adaptations, et se substituant au département et à la région dans les conditions prévues à cet article ? » (Décret du 29 octobre 2003 décidant de consulter les électeurs de la Guadeloupe/Martinique en application de l'article 73 de la Constitution, *JORF*, 30 octobre 2003, n° 252, p. 18535). Anne-Marie LE POURHIET critique la rédaction de cette question, la qualifiant de « tendancieuse ». Elle la rapproche alors, et non sans raison d'ailleurs, de celle adressée aux Néo-Calédoniens, censurée en 1987, s'étonnant que cette consultation n'ait pas soulevé les mêmes interrogations (LE POURHIET (A.-M.), « Référendums aux Antilles "Nou pa ka acheté chat an sak" », *RDP*, 2004, pp. 671-673). Le Conseil d'État a toutefois validé la question (CE, 4 décembre 2003, *M. FELER, Leb.* p. 491).

administrée par une Assemblée unique, élue à la représentation proportionnelle. La question de l'Assemblée unique, véritable serpent de mer depuis 1982⁵⁸¹, était pourtant un thème sur lequel les élus antillais avaient réussi à dégager un consensus favorable. Malgré cela, les populations, dont la participation a été supérieure à celle des élections présidentielles de 2002⁵⁸², n'ont pas validé cette évolution ; le « non » recueille 53,26 % des suffrages exprimés en Martinique et 72,98 % en Guadeloupe⁵⁸³. Il s'agit, ici, d'un désaveu tant pour les élus locaux que pour le gouvernement⁵⁸⁴. L'abandon du projet ainsi que la volonté du gouvernement de ne pas s'engager sur le texte appellent un certain scepticisme de la part de l'observateur, et ce, pour au moins deux raisons. Il est tout d'abord remarquable qu'une population d'outre-mer, section du peuple français, puisse s'opposer à la volonté du législateur national⁵⁸⁵. Si l'on ne peut inférer de ce point une partition de l'expression de la souveraineté nationale (le législateur peut seul en effet initier cette procédure tandis que la population consultée ne peut que répondre positivement ou négativement à la question qui lui est posée), les articles 3 alinéa 2 et 72-4 de la Constitution paraissent néanmoins difficilement conciliables, en ce sens qu'un refus d'une partie de la population lie la compétence du législateur. Certes, celui-ci peut toujours modifier son projet et le proposer à nouveau, mais sa liberté d'action est belle et bien réduite au profit d'une des composantes du peuple français⁵⁸⁶. « Il y a donc bien une liaison au second degré de la compétence législative du Parlement et une lésion conséquente de la souveraineté nationale »⁵⁸⁷. Néanmoins si « les nouveaux articles 72-4 et 73 alinéa 7 de la Constitution portent atteinte [aux conditions d'exercice de la souveraineté nationale] au profit, cette fois, de collectivités infraétatiques [et non plus de l'Union européenne], [...] "rien ne s'y oppose" »⁵⁸⁸, puisque, en dépit de toute cohérence rédactionnelle, le Constituant en a décidé ainsi. On ne peut *in fine* que s'accorder avec

⁵⁸¹ La volonté de substituer une seule collectivité (un hybride de région) aux deux départements a déjà été censurée par le Conseil constitutionnel en 1982. CC, déc. n° 82-147 DC, préc.

⁵⁸² La participation s'élève à 50,34 % en Guadeloupe et 43,94 % en Martinique.

⁵⁸³ Pour les résultats complets par canton, v. *Le Monde*, 9 décembre 2003, p. 7.

⁵⁸⁴ Même si celui-ci, après l'échec corse de l'été 2003, a pris soin de ne pas trop s'engager. V. LE POURHIET (A.-M.), « Référendums aux Antilles... », *op. cit.*, p. 661. Dans le même sens, SAUX (J.-L.), « Le résultat du référendum sur la création d'une collectivité unique à la Martinique et en Guadeloupe n'engagera pas le gouvernement », *Le Monde*, 6 décembre 2003, p. 9.

⁵⁸⁵ VERPEAUX (M.), « Le référendum local outre-mer », in GAUDEMET (Y.), GOHIN (O.) (Sous la direction), *La République décentralisée*, *op. cit.*, p. 108.

⁵⁸⁶ Cette restriction ne se limite d'ailleurs pas au cas de refus par la population ; « le Parlement, en cas de réponse positive, ne serait évidemment pas tenu juridiquement d'entériner le changement de statut... mais pourrait-il, politiquement, le refuser ? », ROUX (A.), « L'évolution du régime statutaire des collectivités territoriales d'outre-mer », in GAUDEMET (Y.), GOHIN (O.) (Sous la direction), *La République décentralisée*, *op. cit.*, p. 118. Dans le même sens, LE POURHIET (A.-M.), « Référendums aux Antilles... », *op. cit.*, p. 667.

⁵⁸⁷ LE POURHIET (A.-M.), « Référendums aux Antilles... », *op. cit.*, p. 667.

^{me} LE POURHIET, pour qui « la question de l'articulation entre le référendum local et la démocratie et la souveraineté nationales mériterait d'être réétudiées »⁵⁸⁹, afin d'envisager une possible nouvelle révision constitutionnelle. Anne-Marie LE POURHIET relève ainsi une incohérence majeure du texte : les consultations statutaires métropolitaines sont organisées par une loi alors qu'elles ne sont que consultatives tandis que les référendums de l'article 72-4 de la Constitution le sont par décrets alors qu'ils constituent une véritable prise de décision. Enfin, aucune consultation n'est prévue pour les collectivités de l'article 74 de la Constitution alors que leur autonomie est la plus avancée⁵⁹⁰. Indépendamment de cette dernière critique, les conditions de recours à cette nouvelle disposition constitutionnelle sont telles pour le législateur (et vu le résultat de la première tentative) qu'il est plus que probable qu'il y réfléchira à deux fois avant de s'y aventurer à nouveau.

On peut, dans un second temps, s'interroger sur la pertinence de l'attitude gouvernementale qui vise à *dépolitiser*⁵⁹¹ une procédure censée promouvoir un renouveau démocratique (donc une procédure *politique* au sens le plus noble du mot, en ce qu'elle permet aux citoyens membres du corps politique de se prononcer directement sur les affaires de la cité). Finalement, ces consultations éclairent d'une lumière extrêmement crue la nécessité, alors que l'agencement du pouvoir dans l'État est renouvelé, de répercuter les conséquences de ces modifications sur l'économie de l'expression du pouvoir dans l'État.

Si l'on dépasse les circonstances antillaises, force est bien de constater que les populations locales disposent désormais, conformément d'ailleurs au second critère adopté par René CAPITANT, d'un droit de *veto* sur les initiatives étatiques⁵⁹². Cette capacité est reconnue aux populations dont la géographie et l'histoire ont accentué les particularismes culturels⁵⁹³ sans que cela remette en cause l'unicité et l'indivisibilité du

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 679.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 665.

⁵⁹¹ Ce terme doit alors être entendu selon deux acceptions : il y a dépolitisation en ce sens que le gouvernement entend dépasser les clivages partisans (ce qui est compréhensible) et il y a dépolitisation au sens où le gouvernement ne veut pas impliquer sa responsabilité dans cette procédure. Ce dernier point est plus discutable : s'il est juste que la responsabilité d'un organe d'État ne puisse être mise en cause suite à l'expression d'une section du souverain (selon la logique de la souveraineté nationale), il est en revanche beaucoup plus critiquable que l'organe à l'origine de la réforme fasse tout pour s'impliquer le moins possible ; ce refus peut alors s'analyser comme un déni démocratique (au sens de la souveraineté populaire) peu conforme à la logique à l'origine de la réforme.

⁵⁹² Certains sénateurs avaient relevé ce point lors des débats relatifs à la révision constitutionnelle, que ce soit pour s'en féliciter (Jean-Paul VIRAPOULLÉ, sénateur UMP de la Réunion) ou pour le dénoncer (Michel CHARASSE, sénateur PS du Puy-de-Dôme). V. Séance du 6 novembre 2002, *JORF Sénat débats*, jeudi 7 novembre 2002, n° 53, pp. 3492 et 3495.

⁵⁹³ LE POURHIET (A.-M.), « Référendums aux Antilles... », *op. cit.*, p. 665.

peuple français. Son unité est néanmoins quelque peu aménagée par l'admission de populations homogènes au niveau infranational. Cela n'a toutefois guère de conséquences en termes de partage du pouvoir et de reconnaissance d'un pouvoir local naturel. La population ne se voit en effet attribuer qu'un pouvoir consultatif, principalement à titre défensif (pas de changement sans le consentement de la population concernée) et non pas positif (la population jouirait alors d'un pouvoir d'initiative).

Ces consultations (celles de l'article 72-4, mais également celles organisées sur le fondement de l'article 72-1 de la Constitution) mettent ainsi en œuvre le dialogue de la nation avec ses composantes, celle-là le cédant désormais à celles-ci. Cette organisation verticale du pouvoir dans l'État, ne signifie toutefois pas l'admission d'un pouvoir local naturel et originaire. Bien au contraire, les prérogatives reconnues, dans un nombre limité de procédures, aux populations locales sont toujours unilatéralement consenties par le pouvoir souverain, seul détenteur du pouvoir originaire.

Conclusion du Chapitre II.

Il n'existe qu'un seul substratum sociologique à la République française : la population nationale, conçue comme une et indivisible. Toutes les tentatives du législateur pour reconnaître l'existence d'une minorité au sein de cet ensemble ont ainsi été irrémédiablement censurées par le juge constitutionnel. La Nation est donc le seul souverain, et, partant, la seule origine du pouvoir *de* et *dans* l'État. Les populations locales ne peuvent dès lors pas sécréter un quelconque pouvoir originaire propre reconnu comme tel par le droit.

Quelques aménagements à l'unicité du peuple français ont bien été admis, mais uniquement de façon défensive et consultative. Les populations locales peuvent ainsi être consultées lorsqu'un changement de statut affectant leur collectivité est envisagé, sans que le résultat emporte *de jure* aucune conséquence. Il ne peut donc s'agir d'une source de pouvoir. Ensuite, la Constitution mentionne, depuis la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, l'existence des « populations d'outre-mer », qu'elle dote d'un droit de *veto*, contre le législateur, pour protéger leur statut. Aménagement à la marge, dont la logique politique est davantage jacobine qu'autonomique, cette construction ne remet en cause ni l'indivisibilité, ni l'unité du peuple français, confirmant qu'il n'est pas admis d'autres sources de pouvoir que lui.

Conclusion du Titre I.

Les populations et élections locales apparaissent dès le Moyen-Âge comme les composantes de base du pouvoir municipal, puis plus généralement du pouvoir local. Les collectivités territoriales trouvent en effet leurs racines dans les communautés bourgeoises qui désirent gérer, seules, leurs intérêts en désignant leurs organes. La Révolution française généralise ce double postulat en construisant le découpage territorial du royaume à partir de principes démographiques plus que territoriaux et en adoptant le procédé électif pour recruter l'ensemble des organes locaux. Cet héritage perdure à travers l'œuvre postérieure du législateur et d'une grande partie de la doctrine. Les

population et élections locales servent ainsi de fondement à une *présomption de naturalité* en faveur du pouvoir local.

La prise en compte de cette présomption de naturalité ne signifie toutefois pas l'acceptation *de jure* de l'originarité locale du pouvoir territorial. Les populations locales ne constituent pas en effet des sources primaires de pouvoir en droit constitutionnel. Seule la population étatique est à l'origine du pouvoir dans l'État. Malgré cela, les évolutions constitutionnelles récentes ont apporté de légers tempéraments à l'absence de prise en considération des composantes territoriales de la Nation. Une procédure référendaire défensive a ainsi été inscrite dans la Constitution : en cas de changement de statut de leur collectivité, les populations concernées peuvent être invitées à donner leur avis à ce sujet, les populations d'outre-mer jouissant même d'un véritable *veto* sur l'initiative du législateur. Bien que l'on puisse interpréter ce point comme la première expression tangible de la prise en compte de la réalité sociologique des collectivités territoriales au plus haut niveau normatif, de telles procédures ne permettent pas de soutenir le caractère originaire du pouvoir local.

La présomption de naturalité des collectivités territoriales, d'ordre principalement sociologique, ne peut ainsi en aucun cas être conçue comme synonyme de l'originarité juridique de leur pouvoir. Celle-ci devra dès lors être recherchée ailleurs.

TITRE II. L'inscription constitutionnelle du pouvoir local : l'intégration des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir originaire dans l'État

« Tout conspire à ce que la souveraineté nationale se localise »

HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 192.

La Constitution du 27 octobre 1946 marque une rupture dans l'histoire française, en procédant à l'*inscription constitutionnelle* des dispositions relatives aux collectivités territoriales. Soucieux de promouvoir la démocratie globale, le Constituant entend renforcer et protéger le pouvoir local ; il en adopte alors une conception libérale, qui sera reprise en 1958, pérennisant ainsi la notion constitutionnelle de libre administration des collectivités territoriales. Les fondements du pouvoir local passent alors de la loi à la Constitution, répondant, ce faisant, à un souci politique, dont il convient d'apprécier la véritable portée juridique.

La Constitution est un texte d'essence politique par lequel le souverain transmet son pouvoir et l'organise. Il faut donc envisager la place nouvelle qu'acquiert les collectivités territoriales, grâce à leur mention constitutionnelle. De ce point de vue, le Constituant n'a cessé de répéter que les collectivités territoriales constituent des cadres politiques, au sens de cadres d'expression du pouvoir démocratique. La démocratie globale reposerait, de ce fait, sur deux dimensions complémentaires : la *démocratie étatique*, organisée horizontalement selon les principes (classiques) de la séparation des pouvoirs et la

démocratie territoriale ou territorialisée, reposant sur l'admission d'un libre pouvoir local. La constitutionnalisation des collectivités territoriales signifierait ainsi leur intégration à l'expression du pouvoir dans l'État. Si cette idée n'est pas nouvelle (on en trouve plusieurs variantes au cours du XIX^e siècle), le niveau normatif à laquelle elle est traduite oblige à repenser l'agencement du pouvoir dans l'État. Le pouvoir originaire paraît ici se dédoubler, dotant la puissance territoriale d'une originalité immédiate (**Chapitre I.**).

Ce caractère est conforté par l'économie générale d'expression du pouvoir dans l'État. Il est en effet possible d'établir un lien entre la puissance territoriale et les souverainetés nationale et populaire⁵⁹⁴. La mise en œuvre de la liberté d'administration des collectivités territoriales repose ainsi sur l'élection des organes locaux par les populations concernées. L'agencement du système électif républicain invite à rapprocher ces scrutins des élections nationales ; la logique unitaire à l'œuvre fait ainsi des élections locales des scrutins politiques, conférant à la démocratie son caractère plein. La souveraineté populaire repose alors tant sur l'expression du peuple au niveau étatique qu'au niveau territorial. Ce constat est renforcé par le lien exprès qu'établit la Constitution entre collectivités territoriales et Sénat, garantissant, ce faisant, la liaison entre puissance territoriale et souveraineté nationale. Le pouvoir local constitutionnalisé est ainsi lié aux deux modalités d'expression du pouvoir politique originaire dans l'État, confirmant, de façon réflexive, l'originalité de la puissance territoriale (**Chapitre II.**).

Chapitre I. L'intégration des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir dans l'État : l'originalité immédiate du pouvoir territorial

Chapitre II. Les modalités constitutionnelles d'expression territoriale du pouvoir : l'originalité réflexive du pouvoir des collectivités territoriales

Chapitre I. L'intégration des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir dans l'État : l'originalité immédiate du pouvoir territorial

La conception la plus courante de la décentralisation cantonne les collectivités territoriales au champ administratif, proposant une césure très nette entre d'un côté le pouvoir originaire (d'ordre politique), expression du souverain, et de l'autre le pouvoir secondaire (d'ordre administratif). On peut toutefois relever quelques exceptions qui tendent à proposer une lecture globale du pouvoir en prenant en compte non seulement son expression horizontale, mais également verticale.

La source de l'idée d'intégration (d'abord implicite) des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir dans l'État se trouve dans une analyse du traitement conjoint des questions de la représentation et de l'administration par les Révolutionnaires. Si cette assimilation est contestable, elle n'en fournit pas moins un terreau à l'idée républicaine de l'identité du pouvoir aux différents niveaux territoriaux. D'ailleurs, lors des temps difficiles traversés par la III^e République naissante, plusieurs propositions seront faites pour ériger

⁵⁹⁴ Bien que les origines de cette distinction, ainsi que son effectivité pratique, puissent être remises en cause, elle conserve un intérêt heuristique certain en ce qu'elle permet de distinguer la dimension démocratique, fondée directement sur le citoyen, de la dimension représentative, qui met en avant le fonctionnement du système politique.

les conseils généraux en palliatif de l'Assemblée nationale, laissant, là encore, percer l'identité du pouvoir en jeu. La doctrine publiciste a, de son côté, également réfléchi à l'agencement vertical du pouvoir, envisageant la dimension juridico-politique des rapports entre les champs politique et juridique (et partant, la question de l'essence du pouvoir exprimé par les canaux verticaux). Maurice HAURIUO est certainement celui qui a poussé le plus loin cette tentative, en proposant une analyse des rapports entre les phénomènes de décentralisation et de souveraineté. Sa position confirme la présence dans l'analyse juridique d'un courant défendant l'identité du pouvoir des différentes collectivités territoriales *lato sensu*. La construction d'HAURIUO ne constitue pas, pour autant, la théorisation des législations précédentes ; l'éminent auteur fournit en effet une construction essentiellement théorique, dont il ne tire pas l'ensemble des conséquences. Dans son œuvre comme dans la législation des XVIII^e et XIX^e siècles, l'identité des pouvoirs des collectivités territoriales ne se traduit pas par l'acceptation du caractère originaire du pouvoir exprimé territorialement ; elle constitue simplement l'acceptation d'une progressive différenciation verticale du pouvoir (**Section I.**).

L'inscription constitutionnelle des dispositions relatives aux collectivités territoriales, réalisée en 1946, donne une dimension nouvelle à l'identité des pouvoirs, restée jusqu'alors uniquement implicite. Le Constituant insiste en effet sur l'unité du cadre démocratique d'expression du pouvoir, liant l'État et les collectivités territoriales. Il entend alors promouvoir le pouvoir local, compris comme une liberté, en lui donnant un fondement constitutionnel. À partir de 1946, la pleine expression de la souveraineté du peuple passe donc par deux canaux : les organes constitués étatiques et les collectivités territoriales. Cette intégration explicite conduit à faire du pouvoir exprimé territorialement un pouvoir dont l'origine est constitutionnelle : le pouvoir local intègre alors le champ politique. Cet équilibre n'est pas remis en cause par la Constitution du 4 octobre 1958, qui, au contraire, reprend assez largement les dispositions du texte antérieur. Le Titre XII de la Constitution fonde dès lors bien l'expression de la puissance territoriale. La révision constitutionnelle de 2003, en inscrivant le principe de *l'organisation décentralisée de la République* dans l'article Premier de la Constitution a paru remettre en cause l'édifice antérieur, en faisant prévaloir une notion centripète sur la liberté d'administration. Il n'en est en fait rien ; les collectivités territoriales sont toujours des cadres de la démocratie politique participant à l'expression du pouvoir originaire dans l'État (**Section II.**).

Section I. L'intégration implicite des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir originaire dans l'État : l'acceptation progressive de la différenciation verticale du pouvoir

Le pouvoir de suffrage « par lequel le corps électoral exerce les fonctions qui lui sont dévolues par la Constitution »⁵⁹⁵ est à l'origine des organes constitués politiques, dans lesquels il « fait entrer [...] toute la puissance de désir du corps électoral »⁵⁹⁶. « Organe

⁵⁹⁵ AUBY (J.-M.), « La théorie du pouvoir de suffrage en droit constitutionnel français », *Politique*, 1958, p. 293.

⁵⁹⁶ HAURIUO (M.), *Principes de droit public...*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 703, cité in AUBY (J.-M.), « La théorie du pouvoir de suffrage... », *op. cit.*, p. 305.

correspondant au nombre, à la masse, au pouvoir majoritaire, expression plus ou moins valable du peuple : cet organe est chargé d'une fonction constitutionnelle à contenu variable dont les éléments essentiels consistent dans la désignation de certains organes publics ou, encore, dans l'approbation de certaines décisions politiques »⁵⁹⁷. Il constitue ainsi un fondement commun aux organes d'État et aux structures territoriales, qui connaissent de façon identique, depuis la législation révolutionnaire jusqu'aux développements les plus récents, une origine électorale, qui les inscrit dans le champ de la démocratie politique. Cette inscription – identification est, par ailleurs, renforcée par le fait que les collectivités territoriales servent également de cadres aux élections législatives nationales. Il existe donc un double lien organique (le corps électoral) et fonctionnel (le cadre territorial) qui permet le rapprochement entre le pouvoir exprimé territorialement et celui qui l'est au niveau de l'État.

Ces fondements, mis en lumière par la volonté de la Constituante de traiter simultanément des questions de la représentation et de l'administration, ne trouvent pas de consécration juridique dans la législation révolutionnaire. Ce n'est qu'avec la loi TRÉVENEUC (1872), qui organise la substitution des conseils généraux à une Assemblée nationale défailante, que se trouve agencée une véritable expression verticale du pouvoir, reposant sur le postulat (implicite) de l'identité, ou à tout le moins, de la continuité du pouvoir exprimé aux différents échelons territoriaux (**Paragraphe 1.**).

Les analyses doctrinales proposant une réflexion générale sur l'organisation du pouvoir dans l'État à travers le rattachement explicite de la décentralisation à la souveraineté sont rares. Cela revient en effet à envisager l'inscription (possible) des collectivités territoriales dans le champ politique, ce que la doctrine publiciste française se refuse à faire. HAURIU sera ainsi un des seuls à tenter cette démarche, qu'il fonde sur la différence entre régime administratif et régime constitutionnel. Il estime alors que la décentralisation, en ce qu'elle vise à rendre à la Nation sa *liberté politique*, relève du second ; ce qui justifie le rapprochement opéré entre souveraineté et décentralisation. La décentralisation, notion duale, ne peut toutefois être complètement coupée du régime administratif. Le Doyen de Toulouse tente alors une articulation difficile entre des exigences contradictoires, qu'il ne parvient pas à concilier. La rupture envisagée ne peut donc être menée à son terme, HAURIU se rattachant *in fine* à la conception classique. Bien que théoriquement cadres politiques, les collectivités territoriales demeurent *in concreto* des structures administratives (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. L'intégration implicite des collectivités territoriales à raison de l'origine électorale et/ou des fonctions exercées : la législation révolutionnaire et la loi TRÉVENEUC

La liaison entre collectivités territoriales et pouvoir politique originaire trouve ses fondements dans l'assimilation opérée par les Révolutionnaires entre les questions de l'administration et de la représentation. Dans ce cadre, les structures territoriales connaissent un dédoublement fonctionnel, qui tend à encourager le rapprochement entre elles et le pouvoir politique. Une lecture stricte des travaux et de la législation

⁵⁹⁷ AUBY (J.-M.), « La théorie du pouvoir de suffrage... », *op. cit.*, p. 304.

révolutionnaires interdit néanmoins de valider cette conception. La distinction établie entre représentants et administrateurs d'une part, et le postulat du monopole de l'expression du pouvoir politique originaire par les représentants d'autre part, mettent en évidence la négation du rôle des collectivités territoriales dans l'expression du pouvoir originaire dans l'État (A.).

Cet échec enferme les collectivités territoriales dans la sphère administrative. L'origine élective et le poids croissant des notables cumulards dans la vie politique à partir de la moitié du XIX^e siècle⁵⁹⁸, renforce cependant l'idée d'un possible rapprochement entre les structures locales et l'Assemblée nationale. Face aux troubles que traverse le pays, plusieurs propositions émergent, tout au long du XIX^e siècle, pour ériger les conseils généraux en substituts à une Assemblée nationale défaillante et protéger ainsi l'expression de la souveraineté nationale. C'est en 1872 que cette idée trouvera une concrétisation normative, avec le vote de la loi TRÉVENEUC. Les conseils généraux pallient alors l'expression défaillante de la souveraineté ; ce qui semble confirmer leur inscription dans l'expression du pouvoir politique originaire même si elle n'est pas formulée explicitement (B.).

A. Le décret du 22 décembre 1789 et la Constitution du 3 septembre 1791 : l'expression niée du pouvoir souverain dans l'État par les collectivités territoriales, simples structures administratives

La législation révolutionnaire a entendu traiter dans un seul et même mouvement les questions de la représentation et de l'administration du territoire. Cette double problématique apparaît ainsi tant dans les débats relatifs aux Municipalités qu'au cours de ceux portant sur les départements. Le projet du Comité de consacrer la *Constitution municipale* ayant fait long feu, les Municipalités restent alors en marge de l'appareil administratif. Leur nature essentiellement privée, concrétisée dans les articles 49 et 50 du décret du 14 décembre 1789⁵⁹⁹, en fait des structures particulières : les origines du pouvoir communal sont ainsi présumées se trouver dans la population locale. Situé à côté du pouvoir de la Nation⁶⁰⁰, le pouvoir communal ne relève donc pas directement, dans l'esprit des Révolutionnaires, de la problématique abordée ici.

Les départements quant à eux font, en revanche, partie intégrante non seulement de l'appareil administratif étatique, mais également des procédures électorales. Le décret du 22 décembre 1789 embrasse ainsi les deux thématiques de l'administration et de la représentation ; les deux procédures reposent sur un même mécanisme électif et mettent en jeu des structures électorales identiques. L'identité des corps électoraux paraît ouvrir la voie à une lecture combinée de ces champs, qui permettrait d'envisager la place des collectivités territoriales dans l'expression du pouvoir dans l'État (1.).

⁵⁹⁸ Sur cette question, v. MARREL (G.), *L'élu et son double. Cumul des mandats et construction de l'État républicain en France du milieu du XIX^e siècle au milieu du XX^e siècle*, Thèse (dactylo), Grenoble II, 2 t., 798 p.

⁵⁹⁹ Sur ce point, v. *infra* Partie II, Titre I, Chap. I, Section 1.

⁶⁰⁰ GUILLOT (M.), « Le gouvernement municipal de THOURET. À propos d'un projet méconnu », *op. cit.*, p. 54.

Cette identité présumée n'est toutefois pas confirmée par l'intégration des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir dans l'État. Les Révolutionnaires prennent, au contraire, grand soin de démarquer représentation et administration : seuls les organes, représentatifs, d'État expriment le pouvoir dans l'État (2.).

1. L'IDENTITÉ DES CORPS ÉLECTORAUX OUVRE LA VOIE À UNE LECTURE COMBINÉE DES CHAMPS DE LA REPRÉSENTATION ET DE L'ADMINISTRATION

Ainsi qu'il l'a déjà été mentionné, les Révolutionnaires accordent immédiatement beaucoup d'importance à la question de la division générale du royaume. Très tôt, il leur apparaît évident que l'acte de régénération auquel ils aspirent passent nécessairement par une refonte de l'organisation territoriale⁶⁰¹, dans son double aspect administratif et représentatif⁶⁰². Il peut apparaître surprenant que les Révolutionnaires n'aient jamais envisagé un traitement distinct de ces deux questions, alors qu'elles relèvent de considérations et d'enjeux extrêmement différents. Il s'agit en effet dans un premier cas d'assurer la reproduction d'une population afin de la doter d'organes légitimes alors que l'action administrative implique une rationalité différente, en prise certes avec la population mais également avec les données géographiques et/ou économiques. La détermination du choix du critère soutenant cette nouvelle organisation a déjà été présentée : la population est l'élément prégnant du découpage, même si elle est (faiblement) tempérée par les dimensions territoriale et fiscale⁶⁰³. Outre cet élément, l'origine élective, commune aux administrateurs et représentants de la Nation, fournit un second facteur de rapprochement. Leurs procédures de désignation reposent ainsi toutes deux sur la circonscription départementale : les députés sont en effet élus dans le cadre du département alors que les assemblées administratives sont désignées au niveau du département ou du district, division immédiatement infra départementale. Cette similitude ne manque pas d'interroger quant au sens à donner à la représentation assurée par les assemblées administratives. Deux voies paraissent alors envisageables : « soit que les administrateurs élus dans un département ne représentent que leurs électeurs, soit qu'ils représentent la nation dans ce département, de la même manière qu'un député à l'Assemblée nationale représente la nation entière, bien qu'il ne soit élu que par un seul baillage »⁶⁰⁴. Afin d'éclaircir ce point, il semble qu'il faille analyser la mise en œuvre du

⁶⁰¹ « Cette division était désirable sous plusieurs rapports civils et moraux, mais surtout elle est nécessaire pour fonder solidement la Constitution et en garantir la stabilité », Instruction du 8 janvier 1790 sur la formation des assemblées représentatives et des corps administratifs, in DUVERGIER (J.-B.), *Collection Complète des lois*, t. 1, p. 78.

⁶⁰² V. l'article 1^{er} du décret du 22 décembre 1789, préc., p. 73 : « il sera fait une nouvelle division du royaume en départements, tant pour la représentation que pour l'administration ». Nous soulignons.

⁶⁰³ « Le nombre de représentants à nommer à l'Assemblée nationale sera distribué entre tous les départements du royaume, selon les trois proportions du territoire, de la population et de la contribution directe », art. 27 de la section I du décret du 22 décembre 1789. Ce point est confirmé par l'Instruction du 8 janvier 1790 (« Tous les départements doivent participer proportionnellement à la représentation nationale dans le Corps Législatif. Ils doivent donc envoyer un nombre de représentants proportionné non seulement aux forces relatives de leur population, mais encore à tous les autres rapports de valeurs politiques », Instruction du 8 janvier 1790..., préc., p. 82) et par la Constitution du 3 septembre 1791 (Titre III, Chapitre Premier, Section I, art. 2).

procédé électif dans les différentes assemblées législative et administratives.

La première étape de la procédure de désignation des membres du Corps Législatif consiste en la réunion des citoyens actifs⁶⁰⁵, au niveau de chaque canton, dans le cadre d'une assemblée primaire. Une fois réunie et après avoir nommé ses président et scrutateurs, chacune de ces assemblées désigne les électeurs auxquels elle a droit, déterminés en fonction de son importance démographique⁶⁰⁶. Une fois élus, l'ensemble des électeurs désignés par les assemblées primaires d'un département se réunissent en une assemblée⁶⁰⁷, qui procède alors à la désignation des membres du Corps Législatif, au sein des citoyens éligibles du département⁶⁰⁸. Suffrage censitaire, l'élection se déroule en plusieurs étapes, chaque portion du territoire désignant ses délégués. Le critère démographique est donc tempéré par la dimension géographique. Celle-ci présente un double intérêt : elle permet d'assurer une certaine égalité du suffrage ; elle a également une fonction administrative, puisque les assemblées départementales, quand elles ont terminé de procéder à la désignation des membres du Corps législatif, nomment ceux de l'administration du département⁶⁰⁹, en prenant en compte leur répartition géographique⁶¹⁰. Les représentants élus dans chaque district se regroupent ensuite à ce niveau et élisent les membres de l'administration de district, « toutes ces opérations [l'élection des corps administratifs] [étant] faites de la même manière et dans les mêmes formes que s'il s'agissait d'une assemblée d'électeurs nommant au Corps Législatif »⁶¹¹. Les Corps législatif et administratifs procèdent donc d'organes électifs identiques, ce qui ne va pas sans occasionner une certaine confusion dans les esprits, en ce que cette identité aboutirait à l'assimilation des mécanismes électifs et représentatifs. Tout organe élu pourrait ainsi être qualifié de représentant et prétendre à l'expression du pouvoir

⁶⁰⁴ BACOT (G.), « Administrations locales... », *op. cit.*, p. 1034.

⁶⁰⁵ « Les qualités nécessaires pour être citoyen actif sont : 1° d'être Français ; 2° d'être majeur de vingt-cinq ans accomplis ; 3° d'être domicilié de fait dans le canton, depuis au moins un an ; 4° de payer une contribution directe de la valeur locale de trois journées de travail ; 5° de n'être point dans l'état de domesticité, c'est-à-dire de serviteur à gages », art. 3 de la section I du décret du 22 décembre 1789.

⁶⁰⁶ L'article 17 de la Section I du décret du 22 décembre 1789 fixe le nombre d'électeurs à un pour cent citoyens actifs. De son côté, l'article 19 de la même section détermine les conditions d'éligibilité (payer une contribution qui se monte au moins à la valeur locale de 10 journées de travail).

⁶⁰⁷ Cette assemblée siège alternativement dans les chefs-lieux des différents districts du département, Art. 23 de la section I du décret du 22 décembre 1789.

⁶⁰⁸ Art. 31 de la section I du décret du 22 décembre 1789.

⁶⁰⁹ Art. 2 de la section II du décret du 22 décembre 1789.

⁶¹⁰ L'article 4 de la section II du décret du 22 décembre 1789 exige ainsi qu'il y ait toujours au moins deux membres de chaque district dans l'assemblée départementale.

⁶¹¹ Instruction du 8 janvier 1790..., *préc.*, p. 84.

originaires. Les propos de plusieurs Révolutionnaires encouragent d'ailleurs cette identification. Si THOURET envisage les *représentations nationale et provinciale* pour définir la fonction des différentes assemblées (Corps législatif et assemblées administratives) établies par le décret du 22 décembre 1789⁶¹², MIRABEAU estime, quant à lui, que « toute municipalité ne doit être désormais que l'assemblée *représentative* plus ou moins nombreuse des habitants d'une communauté, comme une assemblée de département sera l'assemblée représentative d'un district, et le corps législatif l'assemblée représentative du Royaume. Accoutumons les citoyens à choisir librement les organes de leur volonté, et à n'obéir, dans tout ce qui tient à l'administration publique, qu'aux *représentants* de la volonté générale »⁶¹³. En ce sens, l'instruction du 8 janvier 1790 fait quant à elle référence aux « règles communes à la *double représentation* élevée sur [la] nouvelle organisation »⁶¹⁴ de la procédure de désignation des différentes assemblées. Une partie de la doctrine a ainsi déduit de l'indéniable mimétisme procédural la qualité de représentant des membres des assemblées administratives⁶¹⁵. Malgré cela, des doutes subsistent qui ne permettent pas, dans un premier temps, de trancher si le traitement commun des questions de l'administration et de la représentation repose sur l'identité du pouvoir mis en jeu. Si tel devait être le cas, les collectivités territoriales seraient bien intégrées à l'expression du pouvoir dans l'État ; à défaut, il n'existerait qu'un dualisme fonctionnel.

Plusieurs études sont toutefois venues trancher ce point⁶¹⁶, en montrant qu'il fallait disjoindre le traitement des questions de la représentation et de l'administration. On ne peut dès lors voir dans cette procédure l'intégration des collectivités départementales à l'expression du pouvoir originaires.

2. LA DÉMARCATIION ENTRE REPRÉSENTATION ET ADMINISTRATION : SEULS LES ORGANES CONSTITUÉS EXPRIMENT LE POUVOIR DANS L'ÉTAT

L'analyse, de loin la plus élaborée, des différents sens attribués au terme de « représentant » dans le décret du 22 décembre 1789 a été menée par P. BRUNET ; elle permet d'éclaircir les rapports entre l'élection des différents organes et le pouvoir qu'ils mettent en jeu. Cet auteur relève ainsi que si les députés élus au Corps législatif sont qualifiés exclusivement de « représentants »⁶¹⁷, les membres des assemblées administratives sont quant à eux qualifiés à la fois de « représentants » et de « membres

⁶¹² THOURET, Séance du 29 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 206.

⁶¹³ MIRABEAU, Séance du 10 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 732. Nous soulignons.

⁶¹⁴ Instruction du 8 janvier 1790..., préc., p. 78. Nous soulignons.

⁶¹⁵ CLAVREUL (C.), « SIEYÈS et la genèse de la représentation moderne », *Droits*, 6, 1987, pp. 45-56. Pierre BRUNET renvoie également à la thèse de doctorat du même auteur, *L'influence de la théorie d'Emmanuel SIEYÈS sur les origines de la représentation en droit public*, Thèse, Paris I, p. 465 et ss (cité in BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation...*, op. cit., p. 164, en note).

⁶¹⁶ BACOT (G.), « Administrations locales... », op. cit., pp. 1034-1036 et BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation...*, op. cit., pp. 164-179.

nommés »⁶¹⁸. Cette distinction, dont la régularité empêche d'y voir « un fruit du hasard [ou] l'expression d'un choix d'esthétique stylistique »⁶¹⁹, conduit l'auteur à inférer que les termes de « représentants » (*stricto sensu*) et de « membres » se réfèrent à deux significations différentes, selon que les élus sont envisagés en fonction de leur relation avec le territoire ou des relations qu'ils entretiennent entre eux. La première occurrence renvoie ainsi au refus du mandat impératif des administrateurs territoriaux, en rattachant l'élu, non pas à son territoire d'origine, mais à un espace géographique plus large. « L'élection ne s'analyse [alors] pas en un transfert d'une volonté subjective vers une autre, elle n'établit aucun rapport entre deux personnes et ce, précisément, parce que les élus une fois élus ne représentent pas ceux qui les ont élus »⁶²⁰. Le procédé électif ne met donc pas en jeu le pouvoir originaire latent dans le corps électoral. Dans un second sens, l'opposition entre représentants *stricto sensu* et membres d'une assemblée administrative permet d'établir une hiérarchie entre ces fonctions, faisant prévaloir le représentant du Tout national, seul « véritable représentant », sur les représentants des parties de ce Tout⁶²¹. « De sorte qu'en définitive, si la représentation du tout incorpore la représentation des parties de ce tout, l'inverse n'est pas vrai »⁶²². L'article 34 du décret de décembre 1789 confirme ce point en disposant que « l'acte d'élection sera le seul titre des fonctions des représentants de la nation » ; *a contrario*, les fonctions des membres des assemblées administratives ne peuvent se prévaloir uniquement de l'origine élective. Si Pierre BRUNET déduit de ce point la disjonction entre représentation et élection, il est possible, selon l'optique de ce travail, de prolonger sa conclusion et d'en déduire la disjonction entre l'expression du pouvoir originaire et l'élection. Le décret du 22 décembre 1789 ne paraît ainsi pas associer les collectivités départementales à l'expression du pouvoir originaire dans l'État.

Ce constat est par ailleurs confirmé et explicité par la Constitution du 3 septembre 1791. Au terme d'une évolution qui a vu les Constituants passer d'une conception extensive de la représentation à une conception beaucoup plus restrictive⁶²³, seuls les organes constitués étatiques (Corps Législatif et Roi) participent à l'expression du pouvoir souverain. L'article 2 du Titre III dispose ainsi que « la Nation de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. La Constitution française est

⁶¹⁷ Art. 8 et 11 du décret du 22 décembre 1789, cité in BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation...*, *op. cit.*, p. 169.

⁶¹⁸ Art. 9, 10 et 11 du décret du 22 décembre 1789, cité in *ibid.*

⁶¹⁹ BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation...*, *op. cit.*, p. 169.

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 170.

⁶²¹ « Parmi tous ces élus qui sont tous des représentants d'une portion du territoire, certains sont de "vrais représentants", des représentants *par nature* pourrait-on dire, tandis que d'autres ne le sont qu'en vertu d'une qualification *a posteriori* résultant d'une interprétation de leurs propres compétences », *ibid.*

⁶²² *Ibid.*

⁶²³ Pour une présentation synthétique, v. BACOT (G.), « Administrations locales... », *op. cit.*, pp. 1034-1036.

représentative : les représentants sont le Corps législatif et le Roi ». Parallèlement, la norme constitutionnelle de 1791 dénie expressément la qualité de représentant aux administrateurs départementaux : « *Les administrateurs n'ont aucun caractère de représentation*. Ils sont des agents élus à temps par le peuple, pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du roi, les fonctions administratives »⁶²⁴. Les deux procédures électives aboutissent ainsi à deux résultats différents : seul le Corps législatif exprime le pouvoir souverain. La différenciation fonctionnelle des assemblées électives s'explique par le fait que les opérations électorales ont lieu successivement et non pas conjointement. Les électeurs rassemblés agissent dès lors en deux qualités distinctes ; ce qui traduit la dualité de la nature des pouvoirs mis en jeu.

Les cadres territoriaux dans lesquels sont désignés les différents organes électifs ne constituent de plus pas des collectivités territoriales. Il s'agit de simples divisions territoriales destinées à organiser le mieux possible la procédure élective. De ce point de vue, deux éléments peuvent être rapportés. L'article 35 du décret du 22 décembre 1789 dispose tout d'abord que « les assemblées primaires et les assemblées d'élection ne pourront, après les élections finies, ni continuer leurs séances, ni les reprendre jusqu'à l'époque des élections suivantes ». Il s'agit donc d'organes temporaires, que l'on ne doit pas confondre avec les administrations de département, dont elles sont les désignataires. Ce ne sont donc pas les administrations permanentes qui participent à la procédure de désignation du Corps législatif. On ne peut alors pas tirer de l'identité de la source élective une participation des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir dans l'État.

D'autant moins que les communes, seules véritables collectivités territoriales, sont écartées de la procédure. Il a en effet été décidé que les citoyens actifs se réunissaient dans le cadre du *canton*, ce choix étant notamment justifié par la volonté des Révolutionnaires de court-circuiter la *naturalité* de la commune. « La principale raison qui a déterminé l'Assemblée nationale à préférer les assemblées primaires par cantons aux simples assemblées par paroisse ou communauté est que les premières, étant plus nombreuses, déconcertent mieux les intrigues, détruisent l'esprit de corporation, affaiblissent l'influence du crédit local, et par là assurent davantage la liberté des élections »⁶²⁵. Un autre argument peut être avancé, qui n'apparaît pas explicitement dans les travaux des Révolutionnaires, mais qui semble tout de même important. Les communes sont des structures présumées naturelles, principalement perçues selon un angle privatif et patrimonial. Il y a ainsi deux types de communautés naturelles dans l'État : au niveau local, la commune ; au niveau étatique, la nation. Or, les Révolutionnaires paraissent éprouver des difficultés à concilier ces deux pouvoirs, notamment du fait de l'antériorité des communes sur l'État. Il peut alors sembler plus pertinent de créer une procédure particulière, propre à la désignation des représentants de la Nation et distincte des élections des organes municipaux. Cela évite de mettre simultanément en œuvre deux pouvoirs naturels et d'aboutir ainsi à la confusion de ces deux collectivités alors que la nation est seule consacrée en droit comme population originaire. Établir une identité des organes primaires du Corps législatif et des assemblées

⁶²⁴ Art. 2, section II, Chap. IV, Titre III de la Constitution du 3 septembre 1791. Nous soulignons.

⁶²⁵ Instruction du 8 janvier 1790..., préc., p. 79.

administratives permet *a contrario* d'intégrer « toutes ces assemblées dans un ensemble qui les dépasse et où elles ne comptent que comme relations et non comme termes, comme moyens et non comme fins. Derrière tous ces représentants se dressent la figure de la nation formant un seul tout bien que composée de parties »⁶²⁶, confirmant l'exceptionnalité de la situation communale, que l'on peut fonder sur sa naturalité présumée.

Malgré un traitement indifférencié des questions de la représentation et de l'organisation administrative, les Révolutionnaires agencent une procédure électorale territorialisée dans laquelle les collectivités territoriales ne jouent pas en tant que telles un rôle autonome d'expression du pouvoir dans l'État. Elles sont cantonnées en dehors des canaux d'expression du pouvoir originaire, laissant ceux-ci aux seuls organes constitués étatiques. Un siècle plus tard, les conseils généraux seront plus nettement associés à l'expression du pouvoir dans l'État.

B. La loi du 15 février 1872, dite TRÉVENEUC⁶²⁷ : l'expression palliative du pouvoir souverain par les conseils généraux

Le 4 septembre 1870, la III^e République succède au IInd Empire né du coup d'État du 2 décembre 1851 fatal à la II^{nde} République. Ses débuts sont heurtés, hésitants, voire chaotiques et l'on craint pour la pérennité des nouvelles institutions ; la Commune de Paris est de ce point de vue l'épisode le plus marquant des tensions inhérentes à l'émergence de ce régime. En réaction, les députés cherchent le moyen de préserver l'exercice de la souveraineté nationale des soubresauts révolutionnaires et/ou monarchistes. C'est dans cette perspective qu'est proposée l'érection des conseils généraux en palliatif d'une Assemblée nationale défaillante, suite à un éventuel coup d'État (1.).

Ériger les conseils généraux en dernier rempart de défense de l'Assemblée nationale n'est pas sans conséquence sur les organes départementaux. Ce texte les intègre à l'expression de la souveraineté nationale, même si ce n'est que d'une façon palliative (2.).

1. LA LOI DU 12 FÉVRIER 1872 ÉRIGE LES CONSEILS GÉNÉRAUX EN PALLIATIF DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Face aux périls que doit affronter la III^e République naissante, les députés cherchent un moyen de protéger l'expression de la souveraineté nationale et d'éviter ainsi le retour à un régime autoritaire⁶²⁸. Plusieurs parlementaires proposent ainsi de confier aux conseils

⁶²⁶ BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation...*, op. cit., p. 168.

⁶²⁷ Du nom de son dépositaire. TRÉVENEUC (Henri-Louis Comte de, 1815-1893). Issu d'une vieille famille noble de Bretagne, il est licencié de droit. Il adhère à la République en 1848 (il est alors représentant des Côtes-du-Nord en 1848 et 1849) ; il proteste contre le coup d'État de 1851 (ce qui lui vaut d'être emprisonné quelques jours à Vincennes). Il se maintient à l'écart de la vie publique pendant l'Empire, avant d'être à nouveau élu représentant de 1871 à 1876, puis de devenir sénateur des Côtes-du-Nord de 1871 à 1893. Bien qu'à l'origine de la loi du 15 février 1872, il ne montera que rarement à la tribune pour la défendre.

généraux « le soin de suppléer à l'action de l'Assemblée nationale »⁶²⁹, dans l'hypothèse où cette dernière serait dissoute par la force ou empêchée. Dans ce cas, des délégués de l'ensemble des conseils généraux se retrouveraient dans une ville du centre de la France pour organiser le fonctionnement du régime et chercher à recomposer la défunte Assemblée nationale. Loin de constituer une nouveauté, ce projet s'inscrit dans une certaine continuité. Le rapporteur remarque ainsi la « persistance remarquable de l'opinion publique, dans les jours troublés que tant de fois déjà depuis plus d'un demi siècle nous avons traversés, à vouloir rechercher dans une convocation immédiate des conseils généraux une sorte de dernière ressource et de voie suprême de salut »⁶³⁰. Ce constat s'appuie sur des exemples historiques, la substitution des conseils généraux à une Assemblée nationale défailante ayant déjà fait l'objet de plusieurs textes⁶³¹. « Le 11 mars 1815, une ordonnance royale convoquait [ainsi] extraordinairement les conseils généraux : ils devaient rester en séance permanente, et prendre toutes les mesures de salut public que les circonstances ou les localités pourraient leur suggérer »⁶³². Quarante ans plus tard, un projet relevant de la même logique est présenté par le ministre de l'Intérieur M. VAÏSSE. Il est alors prévu que « dans le cas où, par l'effet d'une force majeure quelconque, les pouvoirs constitutionnels de l'État seraient mis dans l'impossibilité d'exercer leur action légale, les conseils généraux des départements devront immédiatement se réunir »⁶³³. Le texte de 1851 prévoyait, dans ce cadre, la collaboration des conseillers généraux, du préfet et des autorités militaires ; jugé trop compliqué dans sa mise en œuvre, il fut toutefois repoussé par l'Assemblée nationale⁶³⁴.

Forte de ces exemples antérieurs, la commission, par la bouche de son rapporteur, admet la validité des propositions qui lui sont faites. Elle n'entend pas en discuter la pertinence⁶³⁵, mais simplement les modalités d'application en tirant les leçons de l'échec de 1851, d'autant plus marquant qu'il a précédé de quelques mois le coup d'État du 2 décembre⁶³⁶. Le dispositif initial est peu amendé et on le retrouve quasiment tel quel

⁶²⁸ « Nous sommes tous, dans cette assemblée, également désireux d'asseoir sur des bases inébranlables les principes du gouvernement libre, d'assurer le plein exercice de la souveraineté nationale, et résolu à ne permettre plus que jamais une minorité factieuse, homme, ville ou parti quel qu'il soit, puisse imposer sa loi au pays, par surprise ou par force », FOURNIER (H.), *Rapport fait au nom de la commission chargé d'examiner les propositions, relatif à la proposition de M. le vicomte de TRÉVENEUC*, Annexe n° 656, *JORF Chambre des députés débats*, n° 262, mercredi 20 septembre 1871, p. 3588.

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ Sur l'ensemble des projets, v. la première partie de la thèse de doctorat de SIMON (P.-F.), *La loi de TRÉVENEUC et ses précédents*, Paris, V. GIARD & E. BRIÈRE, 1911, 343 p.

⁶³² FOURNIER (H.), *Rapport au nom de la commission...*, *op. cit.*, p. 3588.

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ Le ministre de l'Intérieur VAÏSSE appelait pourtant l'Assemblée nationale « a sanctionné l'élan des conseils généraux, elle a déclaré qu'elle reconnaissait le droit qu'ils avaient, qu'avait la France tout entière représentée par eux », *ibid.*, p. 3589.

dans le texte finalement adopté. Celui-ci est court, composé uniquement de 6 articles ; les débats portent en fait principalement sur l'efficacité présumée de la loi et sur les risques de politisation des assemblées départementales.

Le texte prévoit dans un premier temps la réunion immédiate des conseils généraux, dans l'hypothèse où l'Assemblée nationale se trouverait illégalement dissoute ou empêchée. La réunion du conseil général doit se tenir au chef-lieu du département, sauf si cela s'avère impossible. Les conseillers généraux se réunissent alors dans tout autre lieu du département ; la présence de la majorité des membres est requise pour que les assemblées départementales soient valablement constituées⁶³⁷. Les conseils généraux occupent alors deux fonctions distinctes. Ils pourvoient, chacun dans leur département, au maintien de la tranquillité publique et de l'ordre légal, jusqu'à ce que l'Assemblée nationale soit à nouveau régulièrement constituée⁶³⁸. Ils désignent également chacun deux délégués⁶³⁹, qui composeront ensemble une assemblée « chargée de prendre, pour toute la France, les mesures urgentes que nécessite le maintien de l'ordre et spécialement celles qui ont pour objet de rendre à l'Assemblée nationale la plénitude de son indépendance et l'exercice de ses droits »⁶⁴⁰. Cette assemblée se réunira là où le gouvernement légal et les députés qui auront pu se soustraire au coup de force se seront rendus. Le projet initial prévoyait de définir le lieu de rencontre à Bourges, ville du centre de la France⁶⁴¹. Face aux critiques, il fut un moment envisagé de fixer une liste de villes (Bourges, Tours, Poitiers), dans laquelle les acteurs choisiraient celle qui leur semble offrir le plus de sécurité. Ce projet a finalement été abandonné, principalement parce qu'il revenait à donner rendez-vous aux forces séditionnaires⁶⁴². On peut tout de même retenir que ce lieu doit être, dans l'esprit du législateur, le plus *central* possible (au sens géographique, voire géométrique du terme). L'assemblée ainsi formée n'a enfin qu'un

⁶³⁵ « Le patriotisme et la sagesse des conseils généraux nous sont de sûrs garants de la conduite qu'ils tiendraient : investis dans de nombreuses circonstances d'un mandat difficile, ils sauraient s'élever à la hauteur des grands devoirs qui leur seraient dévolus », *ibid.*

⁶³⁶ De ce point de vue, la dimension historique est extrêmement importante. La III^e République naissante se remet à peine de l'épisode communard (mars-mai 1871) quand les propositions sont émises (courant de l'été 1871). Dans cette perspective, l'échec de 1851 prend une dimension d'autant plus prophétique : l'Assemblée nationale de 1848 n'a pas su élaborer les mécanismes de protection suffisants et est disparue quelques mois plus tard. Les parlementaires de la III^e paraissent marqués du sceau de ce qui peut rétrospectivement apparaître comme un « acte manqué » et semblent ne pas vouloir commettre la même erreur.

⁶³⁷ L'ensemble de ces dispositions figure à l'article 1^{er} de la loi du 15 février 1872 relative au rôle éventuel des conseils généraux dans des circonstances exceptionnelles, *JORF*, 23 février 1872 ; *BO*, 83, n° 928 ; *S.* 1872.III.176 ; *D.* 1872.IV.39 ; DUVERGIER (J.-B.), *Coll. complète des lois*, t. 72, pp. 83-84.

⁶³⁸ Art. 2 de la loi du 15 février 1872.

⁶³⁹ Art. 3 de la loi du 15 février 1872.

⁶⁴⁰ Art. 4 de la loi du 15 février 1872.

⁶⁴¹ FOURNIER (H.), *Rapport au nom de la commission...*, *op. cit.*, p. 3590.

caractère temporaire ; elle doit en effet se dissoudre quand « l'Assemblée nationale se sera reconstituée par la réunion de la majorité de ses membres sur un point quelconque du territoire »⁶⁴³. À défaut, elle doit, au terme d'un mois d'efforts infructueux, convoquer des élections générales dans le pays ; ses pouvoirs prennent alors fin le jour où la nouvelle assemblée est constituée. Durant tout le temps qu'elle exerce ses fonctions, les fonctionnaires sont tenus, à peine de forfaiture, d'exécuter les décisions de cette assemblée temporaire⁶⁴⁴.

L'article 3 du texte constitue le point dont l'adoption est la plus difficile. Le cœur du projet réside en effet dans cette disposition, qui suscite les plus vives critiques : elle occasionnerait, aux dires de ses opposants⁶⁴⁵, le passage des conseils généraux du champ administratif à l'expression du pouvoir politique. S'il y a bien là en effet la dimension essentielle de ce texte, qui oblige à réfléchir au lien entre Assemblée nationale, conseils généraux et expression de la souveraineté nationale, il faut, avant d'analyser ce point et pour conclure cette présentation, envisager la pérennité de ce texte et ainsi établir s'il s'agit d'une simple loi de circonstances. Deux positions doctrinales s'affrontent quant à la validité de la loi TRÉVENEUC. Une première partie de la doctrine, la plus importante numériquement, dont le principal représentant est Adhémar ESMEIN, estime que le texte a été abrogé par les lois constitutionnelles de 1875⁶⁴⁶. Pour soutenir cette position, cet auteur avance deux arguments. Selon le premier, la loi se réfère au système d'une assemblée unique. « Or, le système de l'assemblée unique a disparu lorsqu'est entrée en vigueur la Constitution de 1875, qui organise le système des deux chambres ; et l'on ne

⁶⁴² « Vous sentez cependant que [...] si nous indiquons la localité, nous l'indiquerions en même temps à l'insurrection triomphante [...]. Nous donnerions un moyen absolument certain de rendre impossible la réunion qui doit précisément organiser la résistance contre elle », M. LÉONCE DE GUIRAUD, Séance du 6 février 1972, *JORF Chambre des députés débats*, n° 37, mercredi 7 février 1872, p. 887.

⁶⁴³ Art. 5 de la loi du 15 février 1872. Sur ce point v. les précisions du rapporteur FOURNIER sur l'impossible cohabitation des deux assemblées, *JORF Chambres des députés débats*, n° 37, mercredi 7 février 1872, p. 885.

⁶⁴⁴ Art. 6 de la loi du 15 février 1872.

⁶⁴⁵ Citons, sans nullement prétendre à l'exhaustivité, l'intervention de Paul BETHMONT, selon qui « [...] donner à ces conseils généraux, qui sont la représentation exacte des passions et des intérêts du département, leur donner en cas de troubles, lorsque l'Assemblée a été violée, le droit, je ne dis pas de légiférer, mais d'agir politiquement [...] ; c'est d'une part *introduire la politique dans les conseils généraux*, ce qui peut détruire votre grande loi de décentralisation ; c'est, d'autre part, méconnaître les tempéraments divers, les divisions politiques qui existent en France » (*JORF Chambre des députés débats*, n° 37, mercredi 7 février 1872, p. 882) ou celle de M. LANGLOIS : « qu'avez-vous voulu avoir en constituant, il y a quelques mois, les conseils généraux ? Vous avez voulu avoir des assemblées composées d'administrateurs élus en dehors de toute question politique. Or, que résulterait-il de l'adoption du projet de la commission ? C'est que lorsqu'il s'agirait de nommer des conseillers généraux, *tout le monde se préoccuperait des éventualités politiques* ; et, dès lors il n'y aurait plus dans les conseils départementaux que des hommes appartenant aux partis les plus extrêmes. [...] C'est donc un mauvais rôle que vous confieriez aux conseils généraux » (*JORF Chambre des députés débats*, n° 37, mercredi 7 février 1872, p. 881). Nous soulignons dans les deux extraits.

⁶⁴⁶ ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 952.

saurait adapter à ce dernier système la loi de 1872 »⁶⁴⁷. Il estime ensuite que « les pouvoirs donnés aux conseils généraux et surtout à l'assemblée de leurs délégués sont immenses, quoique provisoires. Les lois constitutionnelles de 1875 ne les confirmant point, ils ne sauraient être admis comme légaux dans le nouvel ordre constitutionnel qu'elles ont fondé »⁶⁴⁸. Le premier argument paraît plus facilement recevable que le second, bien que l'on puisse lui apporter un tempérament. Même si le texte se réfère à la seule Assemblée nationale, le passage au bicamérisme ne signifie en effet pas pour autant sa caducité. Le Sénat résulte d'un compromis ; il ne s'agit, dans l'esprit des républicains, que d'une Chambre « seconde », ce dont témoigne son mode de désignation⁶⁴⁹. L'Assemblée nationale, quant à elle, demeure la principale chambre dans le régime légicentriste de la III^e République. Elle est d'ailleurs désignée directement par le corps électoral. Et l'on peut, assez facilement, penser qu'en cas de coup d'État, les républicains entendraient avant tout protéger le Palais Bourbon. Dans l'esprit de la III^e République émergente, les prémices de la loi TRÉVENEUC ne paraissent donc nullement infirmées, ce qui ne manque de soulever la question de l'abrogation de ce texte par les lois constitutionnelles de 1875. Le second argument n'emporte pas davantage la conviction, en ce qu'il repose sur des éléments essentiellement subjectifs. Une partie de la doctrine juridique et de la classe politique continuait d'ailleurs au milieu du XX^e siècle à se réclamer de ce texte. Maurice HAURIOU estime ainsi que cette loi, qu'il interprète comme un moyen de la Nation pour se défendre contre les organes d'État, n'a pas nécessairement été abrogée par les lois constitutionnelles de 1875. Celles-ci ne concernent que le gouvernement d'État ; or, « il y a peut-être par-dessus un autre ordre qui concerne les relations de la nation et du gouvernement de l'État »⁶⁵⁰, ordre dans lequel s'inscrirait la loi TRÉVENEUC. Plusieurs hommes d'État se sont inscrits dans cette lignée, dont les deux principaux demeurent Jean MONNET⁶⁵¹ et le Général de GAULLE qui rappelait à ce titre, la possible substitution des conseils généraux en cas de troubles, semblant ainsi admettre la pleine validité du texte⁶⁵². Rien ne permet *in fine* de trancher définitivement la question de la validité de ce texte ; un auteur remarquait même que cette

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 953.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ Si deux cent vingt-cinq sénateurs sont élus dans les départements et les colonies, les soixante-quinze autres sont désignés par l'Assemblée nationale. Ces derniers sont de plus inamovibles alors que les sénateurs élus dans les départements et colonies le sont pour neuf ans. Une place prioritaire est donc réservée à la Chambre basse, y compris dans la désignation et le fonctionnement de la Chambre haute (art. 4, 5 et 6 de la loi du 24 février 1875).

⁶⁵⁰ HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 325, en note.

⁶⁵¹ MONNET (J.), « Note de réflexion, Alger, le 5 août 1943 », disponible sur <http://www.eu-history.leidenuniv.nl/index.php3?m=10&c=45>.

⁶⁵² Le Général de GAULLE invoque cette loi dans la Déclaration organique du 16 novembre 1940 de Brazzaville instituant le Conseil de défense de l'Empire, cité in BOURJOL (M.), « Statut constitutionnel. Éléments du corps politique de l'État nation », *Jurisque Collectivités territoriales*, fasc. n° 21, 2000, § 22.

loi « n'est pas incompatible avec l'article 16 de la Constitution de 1958, puisqu'elle tend à prévenir l'hypothèse d'un coup d'État présidentiel, qui est l'hypothèse que l'article 16 ne peut couvrir, de par son économie même »⁶⁵³. On pourrait donc le voir ressurgir si les circonstances s'y prêtaient (ce que l'on peut ne pas souhaiter !). Cette question n'est sans doute pas la plus importante, car c'est l'organisation d'une possible substitution des conseils généraux à l'Assemblée nationale qui fait l'intérêt de ce texte, en ce qu'elle soulève le problème du rapport entre deux organes de natures *a priori* différentes.

2. LES SIGNIFICATION ET PORTÉE DU DISPOSITIF DE LA LOI TRÉVENEUC : L'INTÉGRATION DES CONSEILS GÉNÉRAUX À L'EXPRESSION DE LA SOUVERAINETÉ NATIONALE EN CAS DE CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES

Le dispositif présenté prévoit, en cas d'empêchement de l'Assemblée nationale, la substitution d'une chambre composée de représentants des conseils généraux. Il convient de déterminer quels fondements peut-on trouver à ce mécanisme **(a.)** et d'appréhender ses conséquences sur la nature des conseils généraux et, plus généralement, sur les canaux d'expression du pouvoir souverain dans l'État **(b.)**.

Les fondements de la substitution des conseils généraux à une Assemblée nationale défaillante : leur commune origine démocratique

Confier la garantie de la souveraineté nationale aux conseils généraux de départements postule que ces structures aient une légitimité à cela, c'est-à-dire qu'elles présentent certaines caractéristiques qui les rendent propres à assurer cette tâche conformément aux règles qui régissent le fonctionnement d'une démocratie libérale. Il faut donc de ce point de vue déterminer les éléments qui rendent possible le rapprochement entre l'Assemblée nationale et les conseils généraux de département. Jusqu'alors, ces organes relevaient en effet de champs différents (politique pour la première, administratif pour les seconds) et irréductibles l'un à l'autre. Il existe néanmoins un fondement commun à ces institutions ; les membres de l'Assemblée nationale comme ceux des conseils généraux sont nommés par voie électorale. Les conseils généraux de département procèdent en effet de l'élection depuis 1838. Aussi, tant l'Assemblée nationale que les structures départementales sont désignées, en 1872, au suffrage universel direct, les députés étant de surcroît élus dans le cadre des départements. Il existe donc un fondement commun, qui peut permettre de justifier le dispositif de la loi du 15 février 1872, à condition toutefois d'admettre que l'élection locale est d'une nature identique à l'élection législative, en ce que ces deux types de scrutins constitueraient nécessairement une manifestation de souveraineté. Il est cependant difficile d'aller dans cette direction, car elle implique que les élections locales participent à la mise en jeu de la souveraineté nationale alors que rien dans le droit en vigueur en 1872 ne permet de justifier cela : la souveraineté, toujours caractérisée par son indivisibilité, s'exprime en effet uniquement par les représentants de la Nation siégeant au Parlement. Il faut alors trouver une autre explication, dont les fondements reposent tout de même sur l'élection car le procédé électif est le seul élément objectif de rapprochement entre les deux niveaux. Il faut, à cette fin, se remémorer que selon la conception française de la décentralisation, l'élection est la

⁶⁵³ AUTEXIER (C.), « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *RDJ*, 1981, p. 597, en note.

marque de la double liberté du corps électoral (notamment local) et de l'organe désigné (en ce qu'elle brise le lien hiérarchique entre l'État et les organes locaux) ; ce faisant, la technique élective confère, chaque fois qu'il y est recouru, une légitimité particulière à l'élu, de type *démocratique*. De ce point de vue, la légitimité du député provient de sa désignation par le corps électoral, ainsi que le rappelle le décret du 22 décembre 1789⁶⁵⁴, et il en est de même pour celle des structures territoriales élues ; leur origine élective fonde et renforce leur légitimité. Émanation directe du corps électoral, dans le cadre des départements, les conseillers généraux peuvent dès lors apparaître comme des « représentants » fondés à défendre l'expression de la population de leur département, tandis que leur agglomération les rend légitimes à protéger la souveraineté nationale⁶⁵⁵.

Ce fondement démocratique est renforcé par un deuxième élément : l'histoire française et le rôle que tentèrent de jouer les conseillers généraux lors des différents coups d'État précédents. Cette inscription historique apparaît très nettement dans les propos introductifs du rapporteur FOURNIER, quand il évoque la légitimité des conseils généraux à suppléer l'Assemblée nationale pour défendre l'expression légale de la souveraineté nationale. « On sent alors, et comme instinctivement, que si la représentation nationale n'existe plus, au-dessous d'elle pourtant, et comme deuxième ligne de défense en quelque sorte, une autre Assemblée, recrutée dans les conseils placés hiérarchiquement après le Corps législatif, et *qui sont comme lui le produit du suffrage universel*, se pourrait constituer ou devrait du moins tenter de le faire »⁶⁵⁶. Cet élément soutient toute l'argumentation des tenants du projet, sans être véritablement combattu par les opposants. Ce qui tend à démontrer que les fondements de cette idée sont partagés par l'ensemble des parlementaires, constituant donc une croyance commune confirmant la prédisposition des conseils généraux à accomplir cette fonction. Il s'agirait ainsi d'un élément latent de l'habitus institutionnel, plongeant ses racines dans la culture collective, et non d'une tentative isolée. La preuve en est que plusieurs projets alternatifs à la proposition TRÉVENEUC offrent également un rôle supplétif aux conseils généraux. Un seul député s'oppose ouvertement à ce rapprochement, en estimant que les conseillers généraux ne sont que des « magistrats administratifs »⁶⁵⁷, qui ne peuvent

⁶⁵⁴ L'article 34 du décret du 22 décembre 1789 dispose ainsi que « l'acte d'élection sera le seul titre des fonctions des représentants de la nation ». Ce principe, au fondement de l'interdiction du mandat impératif, continue d'irriguer notre droit public.

⁶⁵⁵ De ce point de vue, les conditions posées par la loi TRÉVENEUC sont à peine suffisantes. Prévoir que l'assemblée intérimaire doit être composée de délégués issus d'au moins la moitié des départements revient à admettre que le souverain ne soit défendu qu'à demi et laisse pendant le risque d'une usurpation de l'exercice de la souveraineté par une section du souverain (contrairement à ce qu'indique l'article 3 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen). Ce risque est toutefois minime car les fonctions de l'assemblée temporaire sont principalement défensives. De plus, on peut comprendre qu'en cas de troubles graves, il soit difficile de réunir l'intégralité des délégués des conseils généraux. Pourtant c'est bien uniquement dans leur intégralité qu'ils incarnent pleinement la légitimité démocratique de préservation de l'exercice régulier de la souveraineté nationale.

⁶⁵⁶ FOURNIER (H.), « Rapport fait au nom de la commission... », *op. cit.*, p. 3588. Nous soulignons.

⁶⁵⁷ EYMARD-DUVERNAY (M.), Séance du 6 février 1872, *JORF Chambre des députés débats*, n° 37, mercredi 7 février 1872, p. 880.

pas élargir leur mandat. Ce parlementaire soulève également le principal reproche fait à ce texte : les conseils généraux deviendraient des assemblées politiques.

La conséquence de la substitution des conseils généraux à l'Assemblée nationale : l'intégration des conseils généraux à la sphère politique

Le principal reproche adressé à la proposition TRÉVENEUC par ses opposants tient à la politisation des conseils généraux, inhérente à la fonction supplétive qui leur serait reconnue. On retrouve ainsi cet argument dans plusieurs interventions⁶⁵⁸. Outre l'aspect éminemment polémique de telles assertions, les conséquences juridiques de ce phénomène sont, de notre point de vue, extrêmement intéressantes, en ce qu'il participe, pour la première fois, à l'admission d'une nécessaire organisation verticale du pouvoir dans l'État.

La politisation peut être appréhendée sociologiquement ou juridiquement : dans la première hypothèse, elle résulte d'un engagement plus marqué des forces partisans dans la structure locale⁶⁵⁹. Si ce phénomène ressort très bien dans le cadre d'analyses sociologiques ou de sciences politiques, il est en revanche beaucoup plus difficile de l'appréhender à l'aune de la science du droit. Les conseils généraux de 1871/1872 demeurent d'ailleurs principalement des chambres de notables, dont la politisation existe certes, mais ne représente pas la principale clé de désignation. On ne peut donc retenir cette dimension pour envisager la conséquence de la loi TRÉVENEUC. On peut ensuite tenter d'appréhender la politisation en droit ; celle-ci repose alors sur la mise en œuvre du pouvoir souverain par l'organe considéré, puisque seul ce pouvoir peut être qualifié, selon la position doctrinale classique, de pouvoir politique. Seul le pouvoir d'État, pouvoir originaire exprimé à travers les organes constitués, serait, selon cette conception, un pouvoir de type politique. Aussi, envisager la politisation des conseils généraux au sens partisan, comme le font les parlementaires, ne paraît-il pas l'argument le plus probant. Postuler en revanche l'insertion des conseils généraux à la sphère politique du fait de leur possible substitution à la Chambre s'avère beaucoup plus convaincant. L'acceptation par les parlementaires du fait que les conseils généraux puissent se substituer à la Chambre revient en effet à admettre qu'ils puissent, en cas de défaillance de l'Assemblée nationale, participer à l'expression de la souveraineté nationale : les conseils généraux, ainsi assimilés à un organe du pouvoir originaire, deviennent alors une des modalités d'expression du pouvoir dans l'État. Cette intégration à l'expression du pouvoir dans l'État à raison des circonstances exceptionnelles équivaut ainsi à l'acceptation implicite d'une séparation verticale des organes d'expression du pouvoir dans l'État, de laquelle il résulte, pour la première fois, la liaison des collectivités territoriales au pouvoir originaire. On ne peut en effet retenir la présomption de naturalité en faveur des communes, figurant dans la Constitution du 3 septembre 1791 comme la première illustration de cette association. Les communes étaient alors perçues comme source d'un pouvoir corporatif naturel (sans que la question de son originarité soit tranchée en droit). Il s'agissait donc d'un pouvoir particulier, généré par une population locale ; ce qui ne correspond pas à l'association de

⁶⁵⁸ V. les extraits cités *supra*.

⁶⁵⁹ V. *infra* l'étude de la parlementarisation des assemblées locales (Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I, Paragraphe 1).

collectivités territoriales à l'expression du pouvoir d'État.

La loi TRÉVENEUC, première juridique, est ainsi lourde dans ses implications. Si l'on suit les présupposés qui soutiennent la désignation des conseils généraux comme défenseur de la souveraineté nationale, il faut admettre qu'en cas de circonstances exceptionnelles, l'expression verticale du pouvoir dans l'État doit venir secourir l'expression horizontale, alors défailante. La politisation des conseils généraux (au sens sociologique) est alors possible ; elle est une conséquence potentielle de la nouvelle fonction acquise par les conseils départementaux. Le pouvoir souverain s'exprimant virtuellement dans les conseils généraux, cela conduit les partis, qui luttent pour l'obtention de ce pouvoir, à investir, par ricochet, les conseils généraux. Ce second point n'est néanmoins jamais apparu nettement dans l'histoire constitutionnelle française ; les conseils généraux sont en effet restés pendant très longtemps des assemblées de notables⁶⁶⁰, campant dans un prudent apolitisme.

L'intégration implicite des conseils généraux à l'expression du pouvoir d'État dans le cadre de la loi du 15 février 1872 est une première étape dans l'acceptation du caractère politique des collectivités territoriales, à travers l'organisation de la différenciation verticale du pouvoir. La participation des conseils généraux à la défense et l'expression d'une souveraineté nationale malmenée repose d'ailleurs sur un élément important : l'origine électorale commune de l'Assemblée nationale et des assemblées départementales. C'est donc leur légitimité démocratique qui permet aux conseils généraux d'être intégrés implicitement à l'expression du pouvoir d'État. Ce présupposé démocratique est également au cœur des analyses doctrinales qui postulent le possible rapprochement entre expression de la souveraineté nationale et décentralisation.

Paragraphe 2. L'intégration implicite des collectivités territoriales à raison de l'établissement d'un lien direct entre l'expression de la souveraineté et la décentralisation : la position doctrinale de Maurice HAURIU

Maurice HAURIU est, à notre connaissance, le seul auteur à établir dès le début du XX^e siècle un lien entre décentralisation et souveraineté⁶⁶¹, inscrivant, ce faisant, l'analyse de la décentralisation dans l'étude de l'organisation du pouvoir dans l'État. Il propose, à cette occasion, une définition libérale de la souveraineté et de décentralisation, puisqu'il les lie

⁶⁶⁰ En ce sens, v. le rapport *Vivre ensemble*, selon lequel « depuis les origines, on ne sait trop si le conseil général est une "assemblée départementale" ou une réunion de mandataires cantonaux. Et selon les sujets, le climat, il est tour à tour l'une et l'autre », GUICHARD (O.), *Vivre ensemble, Rapport de la commission de développement des responsabilités locales*, Paris, La documentation française, 1976, p. 84.

⁶⁶¹ René CAPITANT insistera, près d'un demi-siècle plus tard, dans le cadre de sa définition de la démocratie sur le lien entre celle-ci et le fédéralisme (entendu largement comme synonyme d'organisation verticale du pouvoir), notamment dans le but de consolider la souveraineté populaire contre les tendances centralisatrices de la souveraineté nationale. Il ne détaille néanmoins pas le lien qui s'établirait entre l'organisation verticale du pouvoir, les structures territoriales et le pouvoir exprimé. C'est pourquoi nous ne traiterons ici que des développements de Maurice HAURIU, que notre problématique recouvre plus largement. Pour la présentation de René CAPITANT, v. « La définition de la démocratie... », *op. cit.*, pp. 159-165, chapitre II intitulé « Le fédéralisme démocratique ».

à la notion de *liberté politique*. L'utilisation de ce vocable ne manque pas de surprendre alors que la conception doctrinale la plus classique développe une analyse en termes d'organisation administrative du territoire. Sa vision est alors d'une incroyable modernité, en ce qu'il avance que la décentralisation de la souveraineté est une garantie de la liberté politique de la Nation **(A.)**.

Cela ne signifie toutefois pas que les collectivités territoriales participent *de jure* à l'expression du pouvoir originaire dans l'État **(B.)**.

A. La décentralisation de la souveraineté est une garantie de la liberté politique de la nation

Afin de bien comprendre la portée et le sens du lien établi entre décentralisation et souveraineté, il faut, dans un premier temps, revenir sur la conception de la formation de l'État développée par HAURIOU. Celle-ci répond à une dynamique centralisatrice, au cours de laquelle l'État s'accapare le monopole du pouvoir exercé sur son territoire **(1.)**.

Cette centralisation a pour conséquence d'annihiler le pouvoir naturel inhérent à toute vie sociale, et risque d'engendrer des déséquilibres, potentiellement néfastes pour l'État lui-même. C'est pourquoi on assiste, dans un second temps, à une décentralisation de la souveraineté, afin de rendre sa liberté politique à la nation **(2.)**.

1. L'ÉTAT RÉSULTE D'UNE CENTRALISATION DU POUVOIR

Maurice HAURIOU analyse la production naturelle de l'État par un développement historique spontané comprenant quatre étapes principales. La situation initiale réside dans le fait qu'il existe, avant l'apparition de l'État, un ensemble de structures, qu'il qualifie de structures primaires⁶⁶² / primitives⁶⁶³. La première étape repose alors sur un mouvement de « synœcisme »⁶⁶⁴ : pendant cette période, « le régime d'État lutte pour établir sa suprématie politique sur les institutions primitives, il ne cherche [toutefois] pas encore à les modifier, mais à les supplanter »⁶⁶⁵. Cette étape consiste alors pour l'État à

⁶⁶² « Les populations chez lesquelles se manifeste le régime d'État sont déjà fixées au sol et ont des institutions politiques mélangées de clientèle et de patrimonialité ; à un moment donné, plusieurs de ces institutions politiques primaires se concentrent, volontairement ou à la suite d'une conquête, et le gouvernement de l'État s'y superpose », HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 230.

⁶⁶³ HAURIOU utilise ces deux termes comme des synonymes dans les deux éditions des *Principes de droit public*. À titre d'exemple, v. la deuxième édition des *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 307.

⁶⁶⁴ Ce terme est employé par M. HAURIOU dans sa présentation (*Principes de droit public...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 230). D'usage peu courant, il renvoie à l'Antiquité grecque où il signifiait « colonisation ». Les *Trésors de la langue française* lui attribuent deux sens. Selon une première acception, ce terme définit la « concentration géographique en une agglomération unique de plusieurs agglomérations éparses sur un territoire ». Dans son second sens, il s'agit d'une « organisation de la population de toute une région autour d'une capitale politique où siègent et se trouvent les autorités et sanctuaires communs » (C.N.R.S., *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle*, Paris, Gallimard, 1992, t. 15, p. 1243).

⁶⁶⁵ HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 314.

acquérir une réalité auprès des hommes qui composent ces institutions primitives. Une fois cela fait, et comme le pouvoir d'État est devenu tangible pour les populations, « il s'efforce d'abattre les institutions primitives en tant qu'elles sont politiques, car il entend être le seul maître. Il y réussit et devient souverain »⁶⁶⁶. Ce processus a lieu en France au cours du Moyen-Âge, période pendant laquelle le roi assujettit progressivement tous ses vassaux et unifie territorialement le royaume. Il monopolise alors l'ensemble des prérogatives de souveraineté. D'après M. HAURIOU, c'est pendant cette période qu'apparaissent les notions d'administration publique et de service administratif, à travers l'ensemble des services que procure l'État afin de diminuer encore le poids des structures primitives. « Après s'être équilibré pendant un certain temps avec les institutions politiques primaires auxquelles il s'est superposé, le régime d'État tend à les subordonner et même à les éliminer, c'est pendant cette période que naît le régime administratif »⁶⁶⁷. La formation de celui-ci s'appuie ainsi sur un régime d'État solidifié, qu'elle vient en retour renforcer. On retrouve ce phénomène au cours de la construction de l'État français entre le XVI^e et le XVIII^e siècle, quand la monarchie absolue développe son administration de façon très centralisée. La construction de l'État répond ainsi à une logique de centralisation du pouvoir⁶⁶⁸ qui se traduit politiquement et administrativement⁶⁶⁹.

Cette dynamique de centralisation s'alimente d'elle-même et semble donc inexorable⁶⁷⁰. Pourtant, si le Doyen de Toulouse ne conteste nullement les avantages de la centralisation, il remarque que la tendance toujours plus forte de l'État à s'accaparer le

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 230.

⁶⁶⁸ Il est intéressant de noter que cette idée de centralisation du pouvoir est reprise par les travaux plus récents du sociologue Norbert ELIAS, dans son ouvrage *La dynamique de l'Occident*. Il y développe l'idée d'un double processus d'agglomération progressive des territoires, sous l'impulsion des différents rois et d'un processus parallèle de monopolisation des prérogatives de domination (notamment fiscale). On retrouve à 60 ans d'écart la présentation d'une dynamique commune. V. ELIAS (N.), *La dynamique de l'Occident*, Paris, Pocket, 2003 (1^{ère} éd. 1975). Remarquons que malgré la proximité épistémologique, N. ELIAS ne mentionne jamais l'œuvre de Maurice HAURIOU.

⁶⁶⁹ « L'État est un régime d'organisation politique et sociale rationnelle qui succède aux organisations primitives plus proches de l'instinct que de la raison. Mais l'organisation rationnelle de l'État ne se réalise pas par la destruction violente des organisations antérieures, elle s'édifie, au contraire, par la superposition d'un pouvoir de contrôle au-dessus des jurisprudences primitives. Au sortir du Moyen âge, l'État s'est reconstitué par le rétablissement du contrôle politique du roi au-dessus des pouvoirs politiques des barons féodaux et par l'établissement du contrôle des justices royales au-dessus des justices seigneuriales. L'idée-mère de l'État est celle d'un contrôle rationnel politique et juridique de tous les pouvoirs sociaux primaires d'une nation », HAURIOU (M.), « Police juridique et fond du droit », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de Philosophie politique et juridique, 1986 (Rééd. *Cahiers de la nouvelle journée* n° 23, 1933), p. 183.

⁶⁷⁰ « Il est dans la logique du pouvoir d'État d'essayer de recouvrir entièrement et de détruire cette infrastructure [de pouvoirs primitifs]. Comme il est essentiellement une centralisation politique, il est dans son principe de centraliser tout le droit et toute la justice, de telle sorte que nul ne puisse plus se faire justice soi-même », HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 183.

pouvoir risque d'assécher la sphère sociale. Ce processus, qui ne paraît devoir rencontrer aucun tempérament hétéronome, risque *in fine* d'aboutir à un certain déséquilibre : l'hypertrophie étatique et l'anémie sociétale⁶⁷¹. Aussi, le régime d'État, « superstructure [qui] se surajoute à des institutions politiques déjà existantes [car il] a besoin de conserver au-dessous de lui des institutions différentes de lui »⁶⁷², va-t-il être dans l'obligation de recréer des institutions primitives⁶⁷³, en lieu et place de celles auxquelles il s'est superposé initialement, afin d'éviter que le pays ne meure asphyxié⁶⁷⁴. Cette recomposition d'une infrastructure passe tout d'abord par la décentralisation administrative et la reconstruction d'institutions locales⁶⁷⁵; puis dans un second temps, par l'acceptation des autres forces sociales, dont la principale reste, pour M. HAURIOU, la poussée syndicale⁶⁷⁶. La nation recouvre ainsi une partie de sa dimension pluraliste. La construction de l'État met alors en œuvre une tension dynamique entre centralisation et décentralisation.

Du point de vue de l'expression du pouvoir politique, la centralisation des régimes d'État et administratif se traduit par la différenciation entre deux couples : l'État et la Nation d'une part ; les pouvoirs majoritaire et minoritaire d'autre part. Il est très net que Maurice HAURIOU distingue l'État, personne juridique, de la Nation, groupement humain. Ces deux notions sont liées à travers celle de pouvoir, dont les mécanismes de centralisation/décentralisation ne sont que des modalités d'organisation. On retrouve d'ailleurs la dialectique centralisation/décentralisation lors de l'analyse de la répartition du pouvoir dans l'État : la nation souveraine incarne un pouvoir majoritaire en ce qu'elle est pouvoir de masse, tandis que le gouvernement exprime le pouvoir minoritaire. Pouvoir mu par une dynamique centralisatrice⁶⁷⁷, c'est à ce dernier qu'il revient de diriger⁶⁷⁸, alors

⁶⁷¹ « Malgré les avantages pratiques de la centralisation administrative, la régularité des multiples services rendus, ne suffisent pas à compenser la rupture d'équilibre produite par la destruction des vieilles institutions primitives. *Quelque chose manque à la santé de l'organisme politique* », HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 316. Nous soulignons.

⁶⁷² HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 229.

⁶⁷³ « Quand les institutions primaires sont totalement éliminées, le régime d'État est obligé de reconstituer avec sa propre substance un équilibre de superposition en décentralisant au-dessous de lui », *ibid.*, p. 230.

⁶⁷⁴ « Si le pays ne veut pas mourir, il faut qu'il se recrée une infrastructure d'institutions autonomes nouvelles », HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 316.

⁶⁷⁵ « La concentration des institutions primaires engendre une superstructure politique de forme nouvelle parce que les institutions primaires, qui se sont rapprochées spontanément ou ont été rapprochées de force, entendent bien ne pas disparaître, parce que, cependant, la concentration a besoin d'être rendue efficace par un organe d'unité, parce que tout naturellement cet organe d'unité, se superposant aux organes des institutions primaires pour mieux les concurrencer et les supplanter, se fera très différent d'eux », HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 234.

⁶⁷⁶ HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 317.

⁶⁷⁷ « Le pouvoir minoritaire de gouvernement est un pouvoir centralisateur, c'est lui qui a retenu toute la force centralisatrice de l'État », HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, pp. 245-246.

que le pouvoir majoritaire est principalement un pouvoir d'assentiment/sanction. Finalement, la construction de l'État chez M. HAURIOU révèle une lutte de pouvoir entre l'État, centralisateur par nature, et la Nation, qui aspire à toujours plus de liberté ; ce qui semble passer, pour cet auteur, par la décentralisation.

2. LA DÉCENTRALISATION DE LA SOUVERAINETÉ REND SA LIBERTÉ POLITIQUE À LA NATION

La décentralisation apparaît comme une réponse aux aspirations libérales de la nation, en ce qu'elle limite le procès centralisateur de construction de l'État (a.).

Elle repose, dans cette optique, sur l'expression directe du souverain, garantie de l'autonomie organique des collectivités territoriales (b.).

a. La décentralisation constitue une réponse au procès centralisateur de construction de l'État

M. HAURIOU remarque que si la centralisation présente des qualités réelles en termes de gestion des services et des besoins, une Nation a, pour vivre, également besoin de liberté, qu'il qualifie de *liberté politique*. Celle-ci constitue alors une limite à la force centripète qui anime l'action étatique. Finalement, la question de la liberté politique rejoint celle de la décentralisation de la souveraineté, en ce que les deux incarnent des tempéraments à la dynamique naturelle de l'État. Cet auteur définit d'ailleurs la liberté politique comme « l'état d'une nation qui se gouverne elle-même librement, grâce à ce que le pouvoir du gouvernement est limité par la décentralisation de la souveraineté »⁶⁷⁹. Elle « ne se conçoit [donc] pas sans une décentralisation et une répartition de la souveraineté »⁶⁸⁰. Dans le régime constitutionnel, la liberté politique de la nation se construit dès lors contre l'État, à travers la décentralisation de la souveraineté, c'est-à-dire son retour vers les institutions primitives⁶⁸¹. « Le régime constitutionnel décentralise la souveraineté, c'est-à-dire qu'il la décompose en plusieurs formes et en plusieurs pouvoirs qu'il confie à des organisations différentes, tout en laissant à ces formes et à ces pouvoirs de la souveraineté la nature commune de puissances de la volonté étatique. Le régime constitutionnel appuie cette décentralisation de la souveraineté ou cette séparation des pouvoirs sur la rédaction d'un statut formel, c'est-à-dire d'une Constitution écrite »⁶⁸². L'unité du régime constitutionnel est donc assurée par ce statut, même si la souveraineté revient à la nation, *via* sa décentralisation. On peut, en conséquence, modifier quelque peu la définition de la liberté politique : elle signifie alors « le citoyen libre dans la nation

⁶⁷⁸ « C'est le pouvoir minoritaire qui doit diriger », *ibid.*, p. 247.

⁶⁷⁹ HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 607.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 608.

⁶⁸¹ « La souveraineté nationale est [ainsi] un pouvoir décentralisateur par cela même que c'est un pouvoir qui est retourné à la nation », HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 245.

⁶⁸² HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 607.

libre, grâce à une décentralisation et à une répartition de la souveraineté, grâce à la rédaction d'un statut »⁶⁸³. L'organisation verticale du pouvoir semble donc devoir figurer dans la Constitution de l'État, assurant la concrétisation normative de cette limitation de la puissance d'État au profit de la Nation.

La description de la décentralisation réalisée dans le régime constitutionnel permet d'établir un premier lien avec la souveraineté et, partant, la notion de pouvoir originaire. Elle semble toutefois reposer sur une acception large de l'idiome « décentralisation », dépassant de beaucoup le sens qu'on lui attribue habituellement puisque Maurice HAURIOU lui intègre également la décentralisation corporative et syndicale. Il revient toutefois, dans un second temps, à une définition plus classique. « Par décentralisation, il faut [alors] entendre la décomposition de la souveraineté en plusieurs formes et plusieurs pouvoirs répartis entre plusieurs éléments de la nation »⁶⁸⁴, confirmant l'inscription de la thématique décentralisatrice dans la question du régime constitutionnel. HAURIOU rétablit alors les liens entre la question de la décentralisation dans les régimes constitutionnel et administratif. « La décentralisation de la souveraineté et la décentralisation administrative sont [en effet] un seul et même mouvement constitutionnel »⁶⁸⁵. « La décentralisation administrative n'est qu'une modalité de la décentralisation constitutionnelle. [...] La réforme n'est pas d'origine administrative, l'administration livrée à elle-même ne sait que centraliser, la réforme est d'origine constitutionnelle et elle est liée à tout le mouvement constitutionnel »⁶⁸⁶. Pour soutenir cette assertion, Maurice HAURIOU propose trois séries d'arguments de valeur inégale. Il avance tout d'abord un argument historique, en ce qu'il constate que lors des deux « poussées constitutionnelles » de 1814-1848 et de 1871, les réformes de la décentralisation administrative occupaient une place importante. Le début de la Troisième République est ainsi marqué par la loi du 10 août 1871, qui devance de 4 ans les lois constitutionnelles elles-mêmes⁶⁸⁷. Le deuxième argument réside dans le fait que l'ensemble des réformes de décentralisation organise l'élection des organes locaux par le corps électoral, qui est « un organe souverain »⁶⁸⁸. Il met enfin en avant le mimétisme d'organisation de l'ensemble des collectivités territoriales. On retrouve à leur niveau la même séparation des pouvoirs et les mêmes organes (corps électoral, assemblée délibérante et organe exécutif) qu'au sein de l'État. Le pouvoir mis en jeu doit

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 608.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, pp. 607-608.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 609.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ HAURIOU avance l'argument suivant pour expliquer ce point : « les hommes de l'Assemblée nationale étaient persuadés qu'il fallait refaire l'édifice constitutionnel en commençant par en bas, parce que l'esprit public du pays ne pouvait être régénéré que dans l'administration locale », *ibid.*, p. 610. Cette position est d'ailleurs identique à celle qui animait les Constituants révolutionnaire et contemporain.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

donc être similaire : son unité repose sur l'unité de la puissance publique. Maurice HAURIOU parvient ainsi à la conclusion que la souveraineté est une « volonté composite, synthèse de volontés multiples »⁶⁸⁹. « Le génie propre de la nation est de *faire corps d'une façon décentralisée* [...]. La nation n'est qu'une confédération d'institutions autonomes, tandis que l'État est une centralisation de ces mêmes institutions »⁶⁹⁰, sans que cela remette en cause l'unité de la souveraineté. La fragmentation de la souveraineté ne vaut en effet que pour l'administration alors que l'unité est sauvegardée pour les autres matières⁶⁹¹. Le régime constitutionnel conserve ainsi son unité, et donc l'État aussi, cependant que son organisation autorise, si ce n'est requiert, une pluralité d'expression du pouvoir originaire, seule garantie de la liberté politique de la nation. Celle-ci consiste alors dans la reprise du pouvoir par le souverain et ce, aux différents échelons territoriaux allant de l'État aux communes. La décentralisation correspondrait ainsi à une promotion libérale du pouvoir souverain, dont le fondement se trouverait dans l'élection des collectivités territoriales.

b. La décentralisation repose sur l'origine élective des collectivités territoriales, déléguée par le souverain

Dès ses premiers écrits, le Doyen de Toulouse accorde une place invariable et obligatoire à l'origine élective des organes locaux. « La décentralisation se caractérise essentiellement par la participation directe du corps électoral, *c'est-à-dire du souverain*, à la nomination des autorités administratives locales ou spéciales »⁶⁹². Ainsi qu'il l'a déjà été mentionné, l'origine élective des organes locaux est un des aspects les plus importants des lois décentralisatrices du XIX^e siècle. Or, pour M. HAURIOU, le corps électoral est un organe souverain⁶⁹³. D'ailleurs, « c'est le même corps électoral qui exerce sa souveraineté dans les élections politiques, il l'exerce donc aussi dans les élections administratives »⁶⁹⁴. Il semble ainsi que, selon la théorie de la délégation

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 611.

⁶⁹⁰ HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 245. Nous soulignons.

⁶⁹¹ « Du point de vue purement objectif où nous nous sommes placés, la difficulté disparaît ; l'individualité objective de la nation n'est pas indivisible au même degré que la personnalité morale de l'État, une nation peut être conçue comme une fédération d'institutions locales douées d'une certaine autonomie ; la souveraineté de la nation peut se réfracter à certains égards en chacune de ces institutions locales sans que l'unité de l'État soit brisée, il suffit qu'à d'autres égards la souveraineté de la nation se manifeste comme un bloc. C'est ce qui se produit dans une nation jouissant de la décentralisation administrative. Il est à remarquer que la souveraineté n'y est fragmentée qu'en ce qui concerne l'administration, c'est-à-dire le contrôle à exercer sur le pouvoir exécutif ; elle ne l'est pas en ce qui concerne le contrôle à exercer sur le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Si l'on peut dire que les populations des communes soient souveraines en matière d'administration, et encore dans une certaine limite, elles ne le sont pas en matière de législation ni de justice », *ibid.*, p. 460.

⁶⁹² HAURIOU (M.), « Décentralisation », *op. cit.*, p. 473. Nous soulignons.

⁶⁹³ HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 610.

⁶⁹⁴ *Ibid.*

adoptée par l'auteur, l'expression du corps électoral équivaut à l'expression du souverain, et ce quelque soit le régime dans lequel il s'exprime. Si une telle assertion peut surprendre, la souveraineté est en effet la caractéristique même du pouvoir (politique) de l'État et ne trouve pas à s'exprimer dans le registre (administratif) des collectivités territoriales locales, la construction d'HAURIOU invite à dépasser ce clivage, *in fine* parfaitement stérile. Il faut alors envisager les éléments qui rendent possible l'identité fonctionnelle du corps électoral dans les deux régimes.

Maurice HAURIOU appréhende la question de la décentralisation en lien avec celle de la liberté politique, la décentralisation étant une de ses composantes. « C'est [donc] parce que la question de la liberté politique et celle de la répartition de la souveraineté sont ainsi liées que, très justement, on voit dans le droit de suffrage du simple citoyen à la fois une participation à la souveraineté et une liberté politique »⁶⁹⁵. L'élection des organes des différentes collectivités territoriales (locales et/ou étatique) participe alors du bon fonctionnement démocratique des institutions. Finalement, le corps électoral, dans les régimes constitutionnel et administratif, est un organe actif de la démocratie. L'identité fonctionnelle trouve là, à notre sens, son fondement principal, si ce n'est unique : l'élection des organes des différentes collectivités territoriales est une garantie de la liberté de la Nation, par rapport à l'État ; ce qui renforce le caractère démocratique du régime. Le Doyen de Toulouse se range ainsi derrière l'idée toquevillienne selon laquelle les « élections locales sont pour les électeurs un apprentissage en vue des élections politiques »⁶⁹⁶. « Si les démocraties se décentralisent, c'est [avant tout] pour donner plus d'efficacité à l'action du corps électoral, c'est-à-dire au pouvoir majoritaire de la souveraineté nationale »⁶⁹⁷ ; « la pleine réalisation du pouvoir de suffrage, expression de la souveraineté nationale, est [ainsi] la raison majeure de la décentralisation départementale et communale »⁶⁹⁸. Il la dépasse ensuite en admettant qu'« il faut des élections locales pour que le corps électoral prenne conscience de sa souveraineté »⁶⁹⁹ et que « s'il n'y a dans le pays que des élections parlementaires, s'il n'y a point d'élections pour les conseils locaux, les électeurs se désintéressent du vote, [...] il n'y a pour ainsi dire plus d'opinion dans le pays parce que celui-ci est consulté à des intervalles trop éloignés »⁷⁰⁰. La dimension démocratique transcende ainsi le clivage scrutin politique/scrutin administratif, dessinant une sphère unique au sein de laquelle le pouvoir souverain est réuni et pluriel dans son expression. « La démocratie et la souveraineté vont à la décentralisation et à l'élection locale comme un fleuve suit sa pente, parce qu'un

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 609.

⁶⁹⁶ HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 246.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 245.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 247.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 246.

⁷⁰⁰ HAURIOU (M.), « Décentralisation, *op. cit.*, p. 479.

pouvoir suit toujours son penchant qui est de s'exercer avec plus de plénitude, fût-ce sur un théâtre plus restreint »⁷⁰¹. Pour la démocratie, la décentralisation correspond ainsi à un besoin de la plénitude de la souveraineté nationale ; de ce point de vue, les avantages de la décentralisation en termes de liberté politique compensent largement la perte d'efficacité en termes de gestion⁷⁰². Une fois ce constat effectué, reste alors à déterminer la signification du lien entre souveraineté et décentralisation.

B. Le lien entre souveraineté et décentralisation ne signifie pas la participation des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir originaire dans l'État

L'identité fonctionnelle du corps électoral dans les deux régimes constitutionnel et administratif permet au Doyen de Toulouse d'établir un lien marqué entre décentralisation et souveraineté : la décentralisation est ainsi un élément de la liberté politique de la nation. Cette identité soulève une autre question. Issues du souverain, les collectivités territoriales participent-elles à l'expression du pouvoir dans le régime constitutionnel ou sont-elles cantonnées au régime administratif ?

Poser une telle question revient à s'interroger sur le caractère originaire ou non du pouvoir généré par le corps électoral local quand il désigne les organes locaux. Malgré cette identité fonctionnelle, Maurice HAURIOU éprouve beaucoup de difficultés à articuler la notion de décentralisation avec les régimes constitutionnel et administratif. Son impossibilité à surmonter cette contradiction ne permet donc pas de considérer le pouvoir des collectivités territoriales comme un pouvoir originaire **(1.)**.

Le Doyen de Toulouse revient alors à une articulation classique de ces deux régimes, faisant prévaloir la dimension fonctionnelle de la décentralisation. Les collectivités territoriales conservent dès lors leur caractère administratif et l'État sa qualité unitaire **(2.)**.

1. L'IMPOSSIBLE ARTICULATION DE LA DÉCENTRALISATION À LA CROISÉE DES RÉGIMES CONSTITUTIONNEL ET ADMINISTRATIF : LE POUVOIR DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES N'EST PAS UN POUVOIR ORIGINAIRE

Maurice HAURIOU postule que le pouvoir souverain est le seul pouvoir originaire dans l'État. Il ne saurait y avoir d'autres sources de pouvoir, sauf à faire voler en éclat l'unité du régime constitutionnel. Or, bien que le Doyen de Toulouse insiste sur l'unité fonctionnelle du corps électoral, il n'en tire toutefois aucune conséquence juridique, sa démarche s'avérant principalement heuristique. Si les principaux éléments du régime constitutionnel s'incarnent en effet dans un statut formel, cet auteur n'envisage pas les conséquences pratiques de ce postulat. D'autant moins qu'il jongle sans cesse entre les régimes constitutionnel et administratif, la décentralisation ne pouvant être rattachée exclusivement ni à l'un, ni à l'autre. Cette difficulté s'explique, autant qu'elle l'illustre, par

⁷⁰¹ HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 246.

⁷⁰² « Si on met en balance les inconvénients de la décentralisation avec l'avantage qu'elle a de modérer le pouvoir central, la liberté y gagne », *ibid.*

la dualité de cette notion (par ailleurs parfaitement acceptée, si ce n'est revendiquée, par HAURIOU) : envisagée en termes organiques, elle se rattache alors au pouvoir de suffrage et s'insère dans le champ de la démocratie politique, limitant la puissance d'État tandis qu'appréhendée en qualité de structures, la décentralisation relève de l'organisation administrative de l'État, à l'aménagement duquel elle participe. Elle ne peut être réduite à un seul des deux régimes sur lesquels repose l'analyse d'HAURIOU, obligeant l'auteur à varier les points de vue, sans parvenir à les concilier.

Empreinte de présomptions naturalistes à la portée juridique incertaine, la construction de cet auteur paraît buter sur ce dualisme ; elle ne parvient pas à déterminer les éléments qui permettraient de valider la prévalence du rattachement de la décentralisation au régime constitutionnel (qui reste, faute de cela, largement intuitive) plutôt qu'au régime administratif. Ce point, ainsi que l'état du droit positif au moment de la rédaction de ses ouvrages, expliquent sans doute pourquoi, bien qu'il envisage la formalisation de l'organisation verticale de la souveraineté, HAURIOU n'en dise pas davantage ; la tentative pour rattacher la décentralisation au régime constitutionnel paraît échouer. La décentralisation réintègre alors le régime administratif, la construction d'HAURIOU retrouvant ainsi un chemin beaucoup plus classique et en phase avec l'état du droit positif alors en vigueur. Il faut, en conséquence, admettre que le pouvoir local n'est pas, chez le Doyen de Toulouse, organiquement originaire, ce qui laisse pendante la détermination de l'apport du lien entre décentralisation et souveraineté. Malgré cela, il faut tout de même analyser ce qu'implique le rapprochement entre ces deux notions dans la construction de cet auteur.

Il est possible d'envisager la définition du pouvoir local chez Maurice HAURIOU selon deux approches. Dans une perspective matérielle, il le définit comme un ensemble de fonctions propres, présumées naturelles et reconnues par l'État, sans que rien vienne *de jure* garantir leur respect par ce dernier⁷⁰³. D'un point de vue formel, on peut définir le pouvoir local comme une procédure de libre désignation des autorités de la collectivité territoriale concernée. On a vu que c'est cet élément qui justifiait l'identité fonctionnelle du corps électoral et son double rattachement à l'expression de la souveraineté. Le lien entre décentralisation et souveraineté renvoie ainsi à une conception libérale et démocratique du pouvoir local. De ce point de vue, le pouvoir exercé dans et par les collectivités territoriales est un pouvoir originaire. Il s'inscrit bien dans le régime constitutionnel, en ce qu'il participe autant d'une séparation des pouvoirs que d'une initiation à la démocratie libérale. Le pouvoir local est néanmoins un pouvoir qui reste juridiquement secondaire. M. HAURIOU qualifie en effet d'originaire le seul pouvoir législatif car il s'exprime en application directe du souverain. De son côté, le pouvoir des autorités locales est le pouvoir d'autorités administratives ; il n'est donc que dérivé.

La construction de Maurice HAURIOU amène cependant, et c'est une de ses principales qualités, à dépasser la définition classique des pouvoirs, en fonction de leur rang dans la hiérarchie normative. En prenant en considération la dimension démocratique, et son double corollaire, il permet de penser l'organisation verticale du pouvoir en conciliant institutionnalisme et positivisme. Cet auteur rend, ce faisant, aux

⁷⁰³ V. *infra*.

collectivités territoriales leur place dans la construction de l'État, *démontrant*, pour la première fois en doctrine, leur participation au champ de la démocratie politique et sa nécessaire concrétisation constitutionnelle. Position très largement avant-gardiste, elle ne pouvait alors trouver confirmation dans le droit en vigueur et ne rencontre guère d'échos. Le retour à une articulation classique de ces notions par HAURIOU lui-même s'explique par le fait que cet auteur entend préserver le caractère unitaire de l'État, refusant explicitement, et aussi paradoxal que cela puisse paraître, la décentralisation politique.

2. L'ARTICULATION CLASSIQUE DE LA DÉCENTRALISATION AU SEIN DES RÉGIMES CONSTITUTIONNEL ET ADMINISTRATIF : LE POUVOIR DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES EST UN POUVOIR SECONDAIRE

La décentralisation de la souveraineté correspond à un retour du pouvoir vers la Nation, pour canaliser la tendance centralisatrice de l'État. La décentralisation de la souveraineté (et donc la décentralisation administrative, puisqu'il s'agit d'un seul et même phénomène) ne signifie toutefois pas une atténuation de la puissance de l'État. Celle-ci reste intacte, car « le régime constitutionnel [...] se borne à répartir la puissance d'État d'une façon décentralisée, mais il ne la réduit pas »⁷⁰⁴. De ce point de vue, la promotion de la décentralisation ne constitue pas un tempérament au pouvoir originaire de l'État. Malgré leur fondement démocratique, les collectivités territoriales n'accèdent pas au rang de collectivités primaires, donc essentiellement politiques. Le pouvoir de l'État n'est en effet en rien limité, la dynamique centrifuge, qui anime la décentralisation de la souveraineté, étant largement impulsée et maîtrisée par l'État. Il apparaît ainsi que le lien établi par HAURIOU entre décentralisation et souveraineté ne protège nullement les collectivités territoriales, pas plus qu'il ne crée de réserve de puissance en leur faveur, faute d'être inscrit dans le droit, notamment à travers la constitutionnalisation de ce mouvement, seule à même de tempérer la puissance d'État. *De jure*, les collectivités territoriales sont alors cantonnées à une administrativité fonctionnelle qui prime leur ontologie politique. Le maintien de leur caractère administratif est ainsi perceptible non seulement d'un point de vue normatif (elles n'ont pas de compétence législative), mais également à travers le refus du fédéralisme affirmé nettement par l'auteur.

Ce dernier point est patent dans deux cas abordés dans la première édition du *Précis de droit constitutionnel*. Analysant le phénomène de localisation de la souveraineté, M. HAURIOU envisage le rôle joué par le département, circonscription électorale pour les élections de la Chambre des députés et du Sénat⁷⁰⁵. Par ce biais, le département devient, pour M. HAURIOU, un « représentant politique de la nation »⁷⁰⁶, remplissant, à

⁷⁰⁴ HAURIOU (M.), *Principes de droit public...*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 611. On peut d'ailleurs relever qu'au contraire, en promouvant la démocratie pluraliste et l'expression différenciée du pouvoir dans la nation, il aurait plutôt tendance à l'étendre « en ce sens qu'il fait descendre les luttes politiques dans le corps électoral et, par là, les mêle intimement à la vie privée dans tout le pays », *ibid.*

⁷⁰⁵ Cette caractéristique se vérifie dans une certaine mesure aujourd'hui. Les élections sénatoriales ont bien lieu dans le cadre d'une circonscription départementale. Pour les élections législatives, le département sert de cadre pour fixer le nombre de députés, mais l'élection a lieu dans le cadre de circonscriptions infradépartementales, oscillant entre la taille d'un canton (Rhône) et celle d'un arrondissement (Lozère).

travers ses élus, un véritable rôle politique. « Le département n'est [dès lors] plus une simple circonscription administrative, il est une circonscription de politique électorale »⁷⁰⁷. Malgré cela, l'auteur conclut que ce phénomène n'indique pas que l'on s'oriente vers le fédéralisme car rien ne permet de penser que les conseils généraux vont se voir attribuer des pouvoirs législatifs. Une fois encore, le Doyen de Toulouse jongle avec les critères, au risque de perdre en clarté. D'un point de vue organique, il est possible d'admettre une politisation des collectivités territoriales, à travers l'expression des membres de leurs organes ; celle du département résulte alors de son rôle de circonscription électorale. Cela reste toutefois sans conséquence d'un point de vue normatif, puisque la collectivité départementale ne se verra pas attribuer de nouvelles attributions, notamment législatives. D'un point de vue démocratique, on constate ainsi une fonction politique du département, sans que cela débouche sur une modification de la qualité de la collectivité territoriale départementale qui demeure administrative. Cette interprétation est renforcée par le refus des collectivités régionales par cet éminent auteur, au motif que cela pourrait entraîner la France vers la « décentralisation politique »⁷⁰⁸. Si l'on envisage une lecture négative de cette position, cela signifie bien que les collectivités territoriales locales doivent rester des institutions administratives, malgré l'importance de leur fonction politique dans l'exercice de la démocratie.

Le maintien du caractère administratif des collectivités territoriales est enfin confirmé par l'importance qu'HAURIOU accorde à la tutelle⁷⁰⁹. Celle-ci consiste en « un pouvoir de contrôle que certaines personnes administratives exercent sur certaines autres, dans le but à la fois de protéger les intérêts de la personne en tutelle et de maintenir le bon ordre dans l'administration »⁷¹⁰. Puisqu'ils sont régis par le mécanisme de la tutelle, les rapports entre collectivités territoriales sont inscrits *de jure* dans le régime administratif ; ce qui met ainsi en évidence la domination de l'État sur les collectivités territoriales locales. Il permet également le maintien de l'unité de l'administration dans l'État. Les principes d'organisation des régimes constitutionnel et administratif s'opposent ici nettement. Alors que dans le régime constitutionnel les collectivités territoriales constituent un tempérament au pouvoir de l'État en participant à la pleine expression de la souveraineté nationale (ce qui laisse penser à une certaine égalité ontologique et/ou fonctionnelle), dans le cadre du régime administratif, l'État domine irrémédiablement. On trouve ici une illustration du caractère hybride des collectivités territoriales. Nonobstant les fondements constitutionnels, ce sont ainsi les qualités inhérentes à leur inscription dans le régime

⁷⁰⁶ HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 247.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 248.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ Il lui consacre ainsi sept pages (sur vingt) dans son article au *Répertoire Béquet* (*op. cit.*, pp. 484-490) et une place prépondérante (huit pages sur quinze de présentation générale des principes de la décentralisation) dans le *Précis de droit administratif...* (*op. cit.*, pp. 91-98).

⁷¹⁰ HAURIOU (M.), « Décentralisation », *op. cit.*, p. 484.

administratif qui priment dans la construction du Doyen de Toulouse. Ce qui s'explique par le caractère unitaire de l'État et le refus du fédéralisme.

Au terme de l'analyse de la construction, développée par HAURIOU, du rapport entre décentralisation et souveraineté, les écrits du Doyen de Toulouse conservent un intérêt théorique indéniable, en ce qu'ils proposent une réflexion élaborée sur le processus de différenciation verticale du pouvoir dans l'État. Ce faisant, cet auteur met bien en évidence l'unité de la problématique de l'organisation du pouvoir dans l'État, à travers la notion de liberté (politique). Tous les éléments sont là qui préfigurent les évolutions du droit et de la doctrine de la seconde moitié du XX^e siècle. L'inscription des collectivités territoriales dans la sphère démocratique à travers la décentralisation de la souveraineté, incarnée dans l'origine électorale des organes locaux, soutient la constitutionnalisation contemporaine des dispositions relatives aux collectivités territoriales. L'évolution juridico-politique donne ainsi une pertinence nouvelle à la théorie élaborée par Maurice HAURIOU, dont la seule faiblesse reste de n'avoir pas véritablement envisagé la concrétisation formelle de la distinction des pouvoirs qu'il avait présentée.

La différenciation verticale du pouvoir prend progressivement forme : d'une distinction entre deux sphères irréductibles (politique pour l'État, administrative pour les collectivités territoriales sous la Révolution française), on passe ainsi à l'articulation de différents niveaux de pouvoirs au sein d'un même champ (politique, ainsi que l'illustrent tant la loi TRÉVENEUC que la construction d'HAURIOU). Ce mouvement d'intégration des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir souverain dans l'État trouve sa consécration en France aux sortirs de la Seconde Guerre mondiale, lorsque le Constituant décide de reconstruire la démocratie en s'appuyant sur ses fondements territoriaux.

Section II. L'intégration explicite des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir souverain dans l'État : la consécration de la puissance territoriale

Bien qu'implicitement rattachées à l'expression du pouvoir politique originaire dans l'État à différentes reprises et malgré la présomption de naturalité dont jouissent les communes, les collectivités territoriales sont conçues comme des structures administratives aux XIX^e et XX^e siècles. La loi du 28 pluviôse An VIII marque en effet leur intégration dans la « Constitution administrative de l'État », sans que l'évolution ultérieure remette ce point en cause⁷¹¹. Même si les différents textes constitutionnels mentionnent les structures territoriales, il ne s'agit pas alors de les faire participer à l'expression du pouvoir originaire, mais d'organiser la centralisation de l'État. Ces différents textes ne retiendront donc pas notre attention⁷¹². La rédaction de la future Constitution de 1946 dans l'immédiat après-guerre modifie, en revanche, la donne en consacrant une partie de ses dispositions à l'expression territoriale du pouvoir. Cette constitutionnalisation est un changement important dans l'agencement de l'expression du pouvoir dans l'État, en ce que, pour la première fois, sa dimension verticale est prise en compte dans la Loi fondamentale.

⁷¹¹ LANZA (A.), *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, op. cit., p. 544.

⁷¹² Pour une analyse de l'attitude du Constituant du XIX^e siècle face au fait administratif, v. LANZA (A.), *ibid.*, pp. 534-555.

La Constitution organisant les modalités d'expression du pouvoir dans l'État, il apparaît logique d'étudier l'effet de l'inscription des collectivités territoriales dans la Loi fondamentale sur l'expression de ce pouvoir. Leur constitutionnalisation relève en fait d'une conception holiste du pouvoir, dans laquelle le pouvoir local devient une expression territoriale du pouvoir dans l'État, acquérant à cette occasion un caractère originaire (**Paragraphe 1.**).

L'organisation verticale du pouvoir réalisée en 1946 est conservée en 1958 lors du passage de la IV^e à la V^e République. La Constitution du 4 octobre 1958 reprend en effet l'agencement du pouvoir dans l'État tel qu'il a été conçu par le Constituant de 1946. Cela semble donc induire que les collectivités territoriales participent toujours, sous la V^e République, à l'expression du pouvoir politique originaire dans l'État. Ce point n'a pas été modifié par la constitutionnalisation de la notion de décentralisation en mars 2003. L'économie du pouvoir sous la V^e République s'articule bien entre la puissance d'État et la puissance territoriale (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. Les textes constitutionnels de 1946 : le caractère originaire du pouvoir des collectivités territoriales

Une remarque préliminaire, d'ordre méthodologique, s'impose avant de procéder à l'analyse des travaux des Assemblées nationales constituantes de 1945-1946, qui explique la place importante accordée au projet du 19 avril 1946 par rapport à la Constitution du 27 octobre 1946. Les travaux de ces deux Chambres doivent en fait être considérés comme un tout ; leur logique n'est pleinement compréhensible que si cette période est envisagée dans sa continuité. La Constitution du 27 octobre 1946 « fut [en effet] votée au lendemain du rejet du projet constitutionnel d'avril par une assemblée pressée par le temps et désireuse de sortir du provisoire : ceci explique pourquoi les véritables débats se sont déroulés devant la première Assemblée constituante, tandis que ceux de la seconde ont eu seulement pour but de corriger le projet d'avril afin de tenir compte des indications du référendum. Or la controverse n'avait pas porté sur les institutions locales, et de ce fait, bien qu'en retrait sur le texte d'avril, le titre X conserve l'essentiel des dispositions de ce texte »⁷¹³. Aussi, l'analyse de la portée des travaux du Constituant doit-elle prendre en compte les deux projets, qui constituent en fait les deux étapes d'une même dynamique.

Les deux Assemblées nationales constituantes réunies en 1945-1946 consacrèrent de nombreux débats à la question du pouvoir local. L'inscription constitutionnelle des dispositions qui lui sont relatives relève du souci d'établir une démocratie globale, c'est-à-dire reposant, à l'instar de la conception toquevillienne, sur des ferments locaux réels et renforcés. Il s'agit donc bien, par ce biais, d'inscrire les collectivités territoriales dans le « corps politique de l'État », en en faisant de véritables cadres de la démocratie politique républicaine (**A.**).

En ce sens, la constitutionnalisation répond à un souci idéologique réel et exprès ; elle constitue une véritable protection pour l'échelon territorial puisque la puissance d'État

⁷¹³ BOURJOL (M.), *Les institutions régionales de 1789 à nos jours*, op. cit., p. 215.

ne peut plus annihiler la liberté politique territoriale. La constitutionnalisation assure, ce faisant, la parfaite traduction de l'opinion majoritaire dans les Assemblées. Elle conduit ainsi, conséquence de la conception globale de la démocratie politique, à l'expression duale du pouvoir dans l'État puisque les organes étatiques n'épuisent plus les cadres de la démocratie politique. Les structures territoriales se trouvent ainsi érigées en véritable puissance politique, à l'instar des organes de la puissance d'État **(B.)**.

A. La constitutionnalisation comme inscription des collectivités territoriales dans le « corps politique de l'État »

Les membres des deux Assemblées nationales constituantes réunies à l'automne 1945, puis, suite à l'échec du référendum du 5 mai, à l'été 1946 accordèrent une importance réelle aux collectivités territoriales. Dans les deux cas, il s'agit de proposer une nouvelle définition et un nouvel agencement de la démocratie, intégrant les collectivités territoriales, par le biais de leur inscription constitutionnelle. La conception globale de la démocratie passe ainsi, dès le projet du 19 avril 1946, par l'expression territoriale du pouvoir **(1.)**.

Bien que ce projet ait été rejeté, sa philosophie en matière de liberté et de collectivités territoriales irrigue son successeur ; la Constitution du 27 octobre 1946 procède ainsi à la constitutionnalisation effective de la démocratie globale, fondée sur l'agencement horizontal et vertical de l'expression du pouvoir dans l'État **(2.)**.

1. LE PROJET DU 19 AVRIL 1946 : UNE CONCEPTION GLOBALE DE LA DÉMOCRATIE, PASSANT PAR L'EXPRESSION TERRITORIALE DU POUVOIR

Les travaux de la première Assemblée nationale constituante de 1945-1946 mettent en avant deux dimensions importantes pour comprendre leur œuvre : ils entendent proposer une conception globale de la démocratie, fondée sur l'expression de la souveraineté populaire **(a.)**.

Dans ce but, ils envisagent les collectivités territoriales comme des cadres politiques **(b.)**.

Une définition globale de la démocratie reposant sur la pleine expression de la souveraineté du peuple

Les membres de la première commission de la Constitution, désignés en octobre 1945, entendent régénérer la démocratie en développant une conception plus large que celle qui prévalait avant-guerre. Ils attribuent en effet la faillite de la III^e République à l'absence de bases territoriales solides et souhaitent y remédier ⁷¹⁴. Il s'agit là, non

⁷¹⁴ On relève, par ailleurs, une critique similaire formulée par Odilon BARROT lors des travaux préparatoires à la Constitution du 4 novembre 1848 : « pour ce qui touche à l'organisation des pouvoirs nous ne ferons pas mieux que nos prédécesseurs, mais ce que nous pouvons modifier est le fondement de l'édifice, la commune. Tous les gouvernements qui ont régi la France n'ont croulé que parce qu'ils n'avaient pas de base, et il a suffi de les frapper au centre pour les détruire », Archives nationales, C.918, cité in LANZA (A.), *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, *op. cit.*, p. 549 (dans le même sens, v. également BARROT (O.), *De la centralisation...*, *op. cit.*, pp. 153-ss). Les régimes, qui entendent promouvoir et fonder un renouveau démocratique, paraissent ainsi revendiquer une régénération de leur enracinement territorial.

seulement d'une critique de la III^e République finissante, mais également de l'État français et du Gouvernement provisoire de la République française⁷¹⁵. La constitutionnalisation apparaît alors comme un moyen de renforcer la démocratie⁷¹⁶ et de garantir la réalité des libertés locales⁷¹⁷. Elle présente donc une double dimension, qu'il convient de préciser.

Dans un premier mouvement, la constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales est portée par la volonté d'organiser la vie démocratique de la nation et de garantir son effectivité. Selon Pierre COT⁷¹⁸ (Radicaux et radicaux socialistes), « la Constitution doit [ainsi] organiser la démocratie, ce qui implique toutes les mesures de nature à intéresser la vie de la démocratie »⁷¹⁹; position à laquelle se range,

⁷¹⁵ « Les libertés municipales, telles que les définissait la loi de 1884 sont inexistantes auprès des libertés communales dont jouissent les pays anglo-saxons. Elles n'ont d'ailleurs pas cessé d'être rognées avant la guerre, sous le régime de Vichy et même depuis la Libération », André PHILIP, Séance du 24 décembre 1945, Première Commission de la Constitution, p. 148. L'ensemble des débats des commissions de la Constitution des Assemblées nationales constituantes élues en 1945 et 1946 sont rendus dans deux ouvrages : ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE élue le 21 octobre 1945, *Séances de la Commission de la Constitution, Comptes rendus analytiques*, Paris, Impr. de l'Assemblée nationale constituante, 1946, 797 p. et ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE élue le 2 juin 1946, *Séances de la Commission de la Constitution, Comptes rendus analytiques*, Paris, Impr. de l'Assemblée nationale constituante, 1946, 808 p. Nous ne précisons désormais que la date de la séance, la commission (première – élue en 1945 ou deuxième – élue en 1946) et la page (celle-ci renvoie, sauf contre-indications, à l'ouvrage correspondant précité).

⁷¹⁶ « En effet, l'autorité ne peut être exercée directement ; elle exige des relais. L'organisation de ces relais présente un double aspect qu'explique la liaison [...] du découpage territorial avec l'idée centrale de Constitution ». Ce constat explique sans doute pourquoi cette question occupe une place aussi importante dans les travaux du Constituant, principalement quand il doit rebâtir en profondeur l'État. De ce point de vue, la situation du Constituant de 1946 peut être rapprochée de celle du Constituant de 1791, tous deux devant construire un État neuf et en rupture nette avec leur passé immédiat (monarchie absolue d'un côté, État français de l'autre). Ce rapprochement paraît alors tempérer le caractère exceptionnel de la situation du Constituant de 1791, relevé par Albert LANZA. Sur ce point et pour la citation, v. LANZA (A.), *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, *op. cit.*, p. 455.

⁷¹⁷ « La vérité est que notre régime mérite à peine le nom de démocratie, si l'une des marques essentielles de la démocratie est la forte organisation du pouvoir local. En effet, nous n'avons actuellement aucune liberté, ni municipale, ni départementale. On peut dire que la France est, en fait, le pays le plus centralisé du monde », Pierre COT, Séance du 24 décembre 1945, Première commission de la Constitution, pp. 147-148.

⁷¹⁸ COT (Pierre, 1895-1977). Député de Savoie de 1928 jusqu'à son départ pour Londres en juin 1940. Participant activement aux activités de la France libre, il est délégué à l'Assemblée consultative provisoire d'Alger en novembre 1943, puis membre de la Commission des Affaires étrangères à partir de novembre 1944. Réélu député le 11 octobre 1945, il est inscrit au groupe Radical socialiste et membre de la Commission de la Constitution, au sein de laquelle il fait preuve d'une grande activité. Son positionnement constitutionnel en rupture avec son parti le conduit à démissionner de celui-ci au printemps 1946. Il siègera alors au sein du groupe Union républicaine et résistante. Au terme de son mandat en 1951, il quitte la Savoie pour le Rhône où il est élu dans la première circonscription jusqu'en 1958, date à laquelle il se rallie au Parti communiste français. Il n'occupe plus de mandat national à partir de 1958.

⁷¹⁹ Pierre COT, Séance du 26 décembre 1945, Première commission de la Constitution, p. 157.

au terme d'un débat, René CAPITANT⁷²⁰ & ⁷²¹ (Résistance démocratique et socialiste, RDS). Le rapporteur à l'Assemblée nationale constituante, Jacques ARRÈS-LAPOQUE⁷²² (SFIO), est encore plus explicite, puisqu'il considère que les collectivités territoriales remplissent une fonction de *checks and balances*⁷²³, postulant ce faisant une séparation verticale du pouvoir dans l'État au même titre que la séparation horizontale. On retrouve ici une idée déjà développée chez Maurice HAURIOU, quand il estime que la création d'institutions corporatives génère une autolimitation du pouvoir de l'État⁷²⁴.

L'intégration des différentes collectivités territoriales (communes et/ou départements) à la sphère démocratique ne soulève pas les mêmes questions. Autant il apparaît naturel au Constituant que les communes participent au mouvement de régénération de la démocratie, autant le choix du second échelon local soulève des polémiques. On peut ainsi remarquer que l'élément qui joue en faveur des communes est principalement la présomption de naturalité dont elles jouissent depuis la Révolution française⁷²⁵. La référence à la période révolutionnaire revient d'ailleurs à plusieurs reprises, confirmant ce souci de légitimation. De leur côté, les départements s'imposent *in fine*, malgré les

⁷²⁰ CAPITANT (René, 1903-1970). Docteur en droit (1928), le fils d'Henri CAPITANT est reçu à l'agrégation de droit public (1930), puis enseigne à Strasbourg. Bien que réformé, il se fait volontairement mobiliser en 1939. Démobilisé en 1940, il entre en résistance dans le groupe « Combat » d'abord, puis en Algérie au sein du groupe « Combat outre-mer ». Il devient ministre de l'Éducation nationale sous le Gouvernement provisoire de la République française (1944-1945). Il conduit la liste « Union démocratique de rénovation française » dans le Bas-Rhin en 1945, où il est élu. Il participe alors aux travaux de la Commission de la Constitution et fonde d'autre part l'Union gaulliste, dissoute lors de la création du R.P.F. Parlementaire actif, il siège dans de nombreuses commissions. Battu en 1951, il poursuit son activité de militant gaulliste, même s'il soutient Pierre MENDÈS-France en 1953-1954. Parallèlement à ses activités politiques, René CAPITANT conduit une brillante carrière universitaire.

⁷²¹ « La véritable démocratie doit comporter des élus locaux. Quels seront les pouvoirs de ces élus en matière de gestion des affaires d'intérêt local ? C'est tout le problème de l'institution du gouvernement démocratique local qui est mis en cause », Séance du 26 décembre 1945, Première commission de la Constitution, p. 158.

⁷²² ARRÈS-LAPOQUE (Jacques, 1917-1982). Avocat, il s'oppose au Régime de Vichy, en entreprenant une activité résistante. Il participe ainsi à la reconstitution d'une fédération socialiste clandestine dans le Lot-et-Garonne, ce qui l'oblige à rejoindre le maquis en 1942. Élu à l'Assemblée nationale constituante sur une liste SFIO, il devient membre de la première Commission de la Constitution, au sein de laquelle il est assidu. Battu en 1946, il est appelé à d'importantes responsabilités au sein du parti socialiste, tout en menant parallèlement une carrière d'avocat.

⁷²³ « Il convenait d'imprégner de démocratie chacun des centres nerveux de la nation. D'autre part, nous avons voulu, en affermissant considérablement les pouvoirs des collectivités locales, réaliser un des éléments du système "contrepois et équilibres" qui caractérisera notre Constitution », Jacques ARRÈS-LAPOQUE, Séance du 16 avril 1946, *JORF ANC élue le 21 octobre 1945 débats*, n° 49, mercredi 17 avril 1946, p. 1914.

⁷²⁴ « Les institutions constitutionnelles limitent le pouvoir, s'équilibrent les unes et les autres et évoluent selon les besoins. Il faut avoir des oeillères pour déclarer qu'il n'y a pas d'autolimitation du pouvoir. Il n'y en a pas sous forme de résolution interne, parce qu'une résolution peut être effacée par une autre, mais il y en a sous forme de création d'institutions parce que là le pouvoir appelle à son secours la force vive de l'ordre lui-même, et c'est pour mieux se lier les mains », HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 5.

vellités régionalistes affichées par certains⁷²⁶. À cette occasion également, la dimension historique et l'origine révolutionnaire viennent renforcer le choix en faveur de la structure départementale⁷²⁷ et l'acceptation de sa dimension organique naturelle, qui en fait un élément de l'organisation démocratique⁷²⁸. La taille joue également en faveur des départements (contre les régions), car l'on craint le risque d'une fédéralisation de la République. Le choix des collectivités territoriales traditionnelles plutôt que de la région paraît confirmer l'idée, défendue par A. LANZA, selon laquelle le choix des collectivités territoriales résulte d'un « donné constitutionnel »⁷²⁹, fruit de l'histoire. Si le choix des différents niveaux territoriaux par le Constituant de 1946 paraît bien s'inscrire dans la continuité historique, cela ne doit toutefois pas effacer la réalité des débats qui secouèrent la Commission de la Constitution, le département ne l'emportant qu'*in extremis*. Aussi, cette expression, si elle marque bien la continuité des cadres, ne doit-elle pas occulter la rupture opérée en 1946 par un Constituant soucieux de faire des collectivités territoriales des organes de la démocratie intégrale.

L'intégration des collectivités territoriales à la sphère de la démocratie politique, à travers leur constitutionnalisation ne s'est par ailleurs pas faite sans soulever nombre de critiques et d'opposition. Chacun des deux camps trouve en Pierre COT et René CAPITANT, un défenseur passionné de ses positions au sein de la commission ; le premier est par ailleurs remplacé, devant l'Assemblée nationale constituante, par le rapporteur Jacques ARRÈS-LAPOQUE. Le débat le plus caractéristique des enjeux de cette constitutionnalisation a lieu lors de la séance du 16 avril 1946. Il est l'occasion d'une passe d'armes, qui permet à chacun de préciser sa position, fournissant ainsi le sens que les rédacteurs de la Constitution entendent donner à la constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales. René CAPITANT estime que le titre relatif aux collectivités territoriales n'a pas sa place dans la Constitution, parce que celle-ci

⁷²⁵ « La commune est une cellule sociale dont la vie propre est tellement évidente qu'il n'a pas été nécessaire d'instaurer un long débat pour conclure qu'elle devait effectivement posséder les moyens de s'administrer et de se gérer d'une façon autonome. Le plus souvent, une tradition remontant à de nombreuses années, sinon à des siècles, a fait de la commune une réalité juridique incontestable », Jacques ARRÈS-LAPOQUE, Séance du 16 avril 1946, *op. cit.*, p. 1914. Dans le même sens, Auguste HUGONNIER (PCF), *ibid.*, p. 1916.

⁷²⁶ Citons Gilbert ZASKAS (SFIO) ou la position plus nuancée de Guy MOLLET (SFIO), pour qui « si le cadre régional est le plus indiqué au point de vue économique, il n'est pas nécessaire d'inscrire ce principe dans la Constitution, laquelle doit essentiellement traiter de problèmes politiques », Séance du 24 décembre 1945, Première commission de la Constitution, p. 150.

⁷²⁷ « Le découpage de la Révolution est d'ailleurs moins artificiel qu'il ne semble à première vue. Le plus souvent, le département s'est inscrit dans les limites des anciens diocèses, qui eux-mêmes coïncidaient ordinairement avec des territoires ayant parfois depuis fort longtemps une individualité véritable », Jacques ARRÈS-LAPOQUE, Séance du 16 avril 1946, *op. cit.*, p. 1914.

⁷²⁸ « Si le département a été une création artificielle à l'origine, il est maintenant entré dans nos mœurs. Il est devenu une entité réelle, tout au moins au point de vue politique. Enlever leur rôle aux départements pour le confier à des régions risquerait de rompre l'unité nationale », Pierre COT, Séance du 24 décembre 1945, Première commission de la Constitution, p. 148.

⁷²⁹ LANZA (A.), *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, *op. cit.*, p. 535.

doit organiser les pouvoirs publics, « c'est-à-dire le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire »⁷³⁰, même s'il admet que l'article affirmant le principe de l'autonomie locale figure dans la Constitution, puisqu'il « peut être considéré, à certains égards, comme un contrepoids au pouvoir central »⁷³¹. René CAPITANT refuse donc ici l'inscription des collectivités territoriales dans la Constitution, car elles n'appartiendraient pas aux pouvoirs publics. Le rapporteur s'oppose à cette conception stricte : « nous affirmons ici et nous entendons affirmer dans la Constitution que les pouvoirs publics comprennent le pouvoir local. *Nous affirmons qu'à la base du pouvoir politique démocratique, il y a le pouvoir local démocratique.* Nous en posons le principe »⁷³². Il fournit ensuite une justification à sa position, en arguant de l'origine du pouvoir : accorder une place importante aux collectivités territoriales revient à accepter que le pouvoir vienne d'en bas, du peuple et non d'en haut. Les collectivités territoriales constituent ici une sorte de première marche démocratique à l'expression du pouvoir dans l'État⁷³³. La constitutionnalisation se veut ainsi la garantie de la prise en compte de la volonté du peuple aux différents échelons, selon une logique démocratique intégrative et sédimentaire.

L'intégration à la sphère démocratique globale des collectivités territoriales repose sur la consécration de l'origine élective des organes locaux. Celle-ci doit rendre effective la prise en considération de la volonté populaire à tous les échelons de gestion, de la commune à l'État⁷³⁴. La constitutionnalisation de l'origine élective des organes locaux participe ainsi à l'expression et à la protection de la souveraineté du peuple, transformant les collectivités territoriales en cadres politiques.

Les collectivités territoriales sont appréhendées comme des cadres politiques

L'intégration des collectivités territoriales à la sphère démocratique a pour

⁷³⁰ René CAPITANT, Séance du 16 avril 1946, *JORF ANC élue le 21 octobre 1945 débats*, n° 49, mercredi 17 avril 1946, p. 1921.

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² Jacques ARRÈS-LAPOQUE, *ibid.*, p. 1922. Nous soulignons.

⁷³³ « Pour vous, le pouvoir public vient d'en haut, j'allais dire qu'il commence aux héritiers des rois d'autrefois, c'est le pouvoir de droit divin. Pour nous, le pouvoir vient d'en bas. [...] Nous voulons – et je vous invite à le vouloir avec nous – qu'à la base de cette Constitution, qui doit essentiellement être plus démocratique que les précédentes, il y ait non pas des pouvoirs publics subordonnés, mais des pouvoirs locaux qui fonctionnent sous le contrôle direct de ceux qui les ont choisis, afin que tout à la fois ils réalisent mieux la démocratie et forment mieux la *base du gouvernement démocratique* », *ibid.* Nous soulignons. Dans le même sens, ce propos de Guy MOLLET, « la souveraineté du peuple ne saurait s'exercer dans le cadre seul de la nation », *Rapport sur les collectivités locales adopté le 23 janvier 1946 par la Sous Commission des libertés locales et de l'organisation administrative*, reproduit in ASSEMBLÉE NATIONALE CONSTITUANTE élue le 21 octobre 1945, *Séances de la Commission de la Constitution...*, *op. cit.*, p. 508.

⁷³⁴ « Est-ce que la démocratie n'a pas souffert en France du fait que notre organisation administrative, trop centralisée, ne permettait pas une expression suffisante de la volonté populaire dans les cadres locaux ? Les membres de la commission se tiendront donc dans leurs attributions de constituants en travaillant à accroître les pouvoirs des élus du peuple », Pierre COT, Séance du 26 décembre 1945, Première commission de la Constitution, p. 157.

conséquence de leur conférer le rôle de cadre de l'exercice du pouvoir, étant entendu que ce pouvoir est celui du peuple : les collectivités territoriales sont donc des cadres de l'expression de la souveraineté du peuple. Elles sont, de ce fait, élevées au rang d'organes politiques. Ce point apparaît avant la finalisation des débats sur leur agencement dans l'organisation étatique. Une telle considération est en effet présente dès la deuxième séance de la première commission de la Constitution, quand elle envisage le nombre d'échelons nécessaires. Au terme d'un débat infructueux portant sur le choix entre département et région, le président de la commission propose de réserver la disposition à l'étude. Il constate toutefois que « la commission paraît d'accord pour admettre qu'entre les collectivités locales et la nation, il ne saurait exister qu'un seul échelon ayant un caractère politique »⁷³⁵, cette règle du triple échelon politique étant confirmée, peu après, par Pierre COT⁷³⁶. Le propos d'André PHILIP⁷³⁷ (SFIO) éclaire parfaitement l'identité de nature postulée entre la nation et les collectivités locales. L'emploi de cette expression par le président de la Commission de la Constitution ne doit pas induire en erreur, il fait référence à l'échelon communal, employant ce terme dans un sens restreint. La démocratie repose ainsi sur trois échelons identiques, différenciés par leur taille, et dont le point commun est précisé par Pierre COT : « le cadre politique est caractérisé par l'existence d'une assemblée élue »⁷³⁸.

Le président PHILIP réitère l'identification entre nation et collectivités territoriales pour conclure les échanges de la commission ; l'opposition marquée par René CAPITANT n'est alors pas une infirmation de ce point, car il ne remet pas en cause, ainsi que le relève C. BACCOYANNIS⁷³⁹, le principe de l'identité de nature⁷⁴⁰, mais simplement entend préserver une certaine spécificité de la nation⁷⁴¹. La commission termine

⁷³⁵ André PHILIP, Séance du 26 décembre 1945, Première commission de la Constitution, p. 161.

⁷³⁶ « La règle du triple échelon : commune, département, nation ne vaut que pour les cadres politiques », Séance du 26 décembre 1945, Première commission de la Constitution, p. 161.

⁷³⁷ PHILIP (André, 1902-1970). Professeur agrégé de sciences économiques (1926) et membre du parti socialiste depuis 1920, il est élu député du Rhône de 1936 à 1942. Il fait partie des 80 députés qui refusent de voter les pleins pouvoirs au maréchal PÉTAINE le 10 juillet 1940. « Gaulliste à cent pour cent » (selon ses dires) pendant la guerre, il est élu sur une liste SFIO à l'Assemblée nationale constituante, dont il préside la première Commission de la Constitution. Plusieurs fois ministres de l'Économie et des finances (1946-1947), il s'écarte à partir de 1947 de la SFIO (dont il est finalement exclu en 1958). Après un passage par le PSA et le PSU au tournant des années 60, il revient au gaullisme. Parallèlement à ses activités politiques, il continue d'enseigner les sciences économiques à l'université de Paris.

⁷³⁸ André PHILIP, Séance du 26 décembre 1945, Première commission de la Constitution, p. 161.

⁷³⁹ BACCOYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration...*, op. cit., p. 42, § 74.

⁷⁴⁰ Certains écrits postérieurs confirment cette interprétation. Quand il décrit le fédéralisme démocratique, René CAPITANT estime ainsi que « le fédéralisme n'est rien d'autre que la reconnaissance de ces collectivités multiples au sein de la société complète. *La nation n'étant qu'une de ces collectivités*, au lieu d'être la collectivité unique », postulant ce faisant la pluralité des collectivités territoriales (*lato sensu*), CAPITANT (R.), « La définition de la démocratie... », op. cit., p. 160.

d'ailleurs cet échange par le vote d'une motion pour le moins explicite : « *au point de vue politique, il n'y a que deux collectivités locales : commune, département, auxquelles la Constitution garantit les libertés ci-dessus indiquées* »⁷⁴².

Malgré cette affirmation expresse, il ne faut pas donner une portée démesurée à la position de la commission. Les collectivités territoriales sont conçues comme des cadres politiques, dans la perspective de l'expression démocratique de la volonté du peuple. Mais la commission n'entend pas aller plus loin et les transformer en micro États. Elle refuse ainsi l'amendement de M. CALAS (PCF), qui visait à instituer la responsabilité du maire devant le conseil municipal⁷⁴³. Il est donc refusé de transformer le modèle présidentiel communal en modèle parlementaire. Cela aurait certainement modifié substantiellement le fonctionnement des conseils municipaux, en introduisant de façon beaucoup plus nette les considérations partisans dans leur fonctionnement⁷⁴⁴. On peut sans doute voir ici, même si cela n'apparaît pas expressément dans les travaux de la commission, une volonté de préserver l'efficacité de l'action administrative. La transformation des communes en structures pleinement politiques est ainsi tempérée par la fonctionnalité administrative de ces institutions. La préservation de cette caractéristique est confirmée par l'évolution de la position du Constituant sur la question de la tutelle. Si dans un premier temps, il souhaite la retirer⁷⁴⁵, au terme des débats, elle est maintenue dans une certaine mesure puisque le préfet n'est pas supprimé⁷⁴⁶. Là encore, l'efficacité de la fonction administrative des collectivités territoriales prime sur la pleine consécration de leur qualité d'organes politiques.

Les collectivités territoriales paraissent néanmoins bien participer, dans l'esprit du

⁷⁴¹ « M. René CAPITANT. – Je crois que nous sommes tous d'accord sur un point essentiel, à savoir la nécessité de garantir dans la Constitution les libertés des deux collectivités territoriales. M. le président PHILIP. – Ainsi, les cadres politiques seront : la commune, le département, la nation. Nous laissons entièrement de côté la question administrative et économique. M. René CAPITANT. – Il ne faut pas mettre la nation sur le même plan que les collectivités locales », Séance du 26 décembre 1945, Première commission de la Constitution, p. 162.

⁷⁴² Séance du 26 décembre 1945, Première commission de la Constitution, p. 163. Nous soulignons.

⁷⁴³ Séance du 7 mars 1946, Première commission de la Constitution, p. 512.

⁷⁴⁴ Ainsi qu'incitent, rétrospectivement, à le penser les expériences récentes de parlementarisation des organes délibérants locaux. V. *infra*.

⁷⁴⁵ « Disons franchement que c'est suspecter les institutions de la démocratie que de penser qu'en principe un élu local est incapable d'appliquer la loi générale. Au contraire, si l'on admet que l'élu du peuple à l'échelon local peut respecter et faire respecter la loi générale, il ne doit y avoir aucun obstacle à confier au président du conseil général le rôle de coordination ou l'application des lois à l'échelle départementale », Auguste HUGONNIER (PCF), Séance du 16 avril 1946, *JORF ANC élue le 21 octobre 1945 débats, op. cit.*, p. 1916.

⁷⁴⁶ Art. 117 : « La coordination de l'activité des fonctionnaires, la représentation des intérêts nationaux et le *contrôle administratif des collectivités locales* sont assurés dans le cadre départemental par des délégués du gouvernement désignés en Conseil des ministres ». Nous soulignons.

Constituant, à l'expression de la souveraineté du peuple, donc du pouvoir originaire dans l'État. Ce projet ne passera toutefois pas l'obstacle référendaire et restera lettre morte. La seconde Assemblée nationale constituante le reprendra cependant dans une très large mesure, confirmant la position adoptée et lui offrant une valeur constitutionnelle.

2. LA CONSTITUTION DU 27 OCTOBRE 1946 : LA CONSTITUTIONNALISATION DE LA PARTICIPATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES À L'EXPRESSION DE LA VOLONTÉ DU PEUPLE

Suite à l'échec du référendum du 5 mai 1946, une nouvelle Assemblée nationale constituante est élue le 2 juin 1946. Sa composition varie par rapport à la précédente, le Mouvement Républicain Populaire (MRP) se retrouvant avec le plus fort contingent de parlementaires. L'équilibre au sein de la seconde commission de la Constitution est de ce fait sensiblement différent de la première, ce qui a une conséquence tangible quant à la place des collectivités territoriales dans la Constitution. Le MRP n'avait eu de cesse de protester contre leur introduction dans la Loi fondamentale ; aussi, lorsque la nouvelle commission de la Constitution se réunit, cette position ressurgit avec force. D'autant plus que le MRP trouve alors le soutien des radicaux socialistes (en la personne de Paul BASTID⁷⁴⁷). La première séance relative aux collectivités territoriales est ainsi en grande partie consacrée au débat sur la disjonction du titre qui leur est relatif. Le MRP, par la bouche de Jacques FONLUPT-ESPERABER⁷⁴⁸, estime que « le problème des collectivités locales n'a pas, en effet, sa place dans une Constitution. Il s'agit là de droit administratif, et non constitutionnel. J'ajoute que les textes relatifs aux collectivités locales, insérés dans le précédent projet, n'étaient pas heureux, et qu'il serait prématuré aujourd'hui d'entrer dans le fond du débat »⁷⁴⁹. Face à cette position, Pierre COT réitère la position qui est la sienne depuis le début des débats de la commission, estimant que

⁷⁴⁷ BASTID (Paul, Raymond, Marie, 1892-1974). Député du Cantal de 1924 à 1942 (date à laquelle il est révoqué de l'ensemble de ses mandats européens par l'État français) ; il connaît une expérience gouvernementale du 4 juin 1936 au 22 juin 1937, en tant que ministre du Commerce. Il milite activement dans la Résistance, représentant le parti radical au Conseil National de la Résistance. Il devient ensuite membre de l'Assemblée consultative provisoire, au sein de laquelle il préside la commission de la réforme de l'État. Membre des deux Assemblées nationales constituantes (sur des listes de la gauche républicaine), il prend une part active aux débats constitutionnels. Il est battu en 1951 ; ce qui met un terme à sa carrière de parlementaire.

⁷⁴⁸ FONLUPT-ESPERABER (Jacques, 1886-1980). Docteur en droit (1912), il entame une carrière d'avocat, tout en militant activement au *Sillon*. Il participe à la Première Guerre mondiale, devenant secrétaire général du Haut Commissariat de la République à Strasbourg en 1918, puis secrétaire général de la préfecture du Bas-Rhin en 1919 (poste dont il démissionne en 1923 pour reprendre son activité d'avocat). Il s'engage très tôt dans la Résistance ; nommé Conseiller d'État en 1944, il est immédiatement détaché pour assurer les fonctions de préfet du Haut-Rhin. Élu dans les deux Assemblées nationales constituantes (liste MRP), il participe aux deux Commissions de la Constitution. Il participe à de nombreuses commissions sous la IV^e République (Affaires étrangères, Intérieur, Justice...). Réélu en 1951, il s'intéresse plus particulièrement aux problèmes liés à l'Afrique du Nord (il soutient ainsi la politique menée par Pierre MENDÈS-FRANCE, invite à reconnaître le droit à l'indépendance de l'Algérie (1957)). Il ne se présente pas en 1956, puis échoue à une élection sénatoriale partielle en 1957. À partir de cette date, il demeure Conseiller d'État honoraire.

⁷⁴⁹ Séance du 11 juillet 1946, Seconde commission de la Constitution, p. 106.

cette question ne relève pas que du droit administratif. Il remarque d'ailleurs que, quand bien même cela se vérifierait, cela ne serait pas rédhibitoire car il a été procédé à la constitutionnalisation du Conseil supérieur de la magistrature⁷⁵⁰. Au terme de la première séance consacrée aux collectivités territoriales, la commission vote sur l'éventuelle disjonction du Titre VIII de la Constitution. Cette procédure aboutit à un résultat nul de vingt voix en faveur de la suppression et de vingt voix en faveur de son maintien⁷⁵¹ ; le Titre est donc maintenu. La disjonction est cependant, à nouveau, demandée par Paul BASTID lors de la première séance de l'Assemblée nationale constituante consacrée à cette matière. Il avance pour soutenir sa requête deux séries d'arguments : l'administrativité des dispositions relatives aux collectivités territoriales et leur dangerosité⁷⁵². Face à la multiplication de ces demandes et d'opinions contraires à leur constitutionnalisation, le maintien du Titre relatif aux collectivités territoriales prend une dimension plus importante. On peut en effet estimer qu'il s'agit là d'un élément essentiel, sur lequel l'Assemblée nationale constituante a beaucoup réfléchi. Sa présence est donc nécessairement porteuse de sens.

Malgré les protestations relevées, l'Assemblée nationale constituante reprend dans une large mesure les dispositions du projet du 19 avril 1946, réitérant ainsi la conception holiste de la démocratie, incluant les collectivités territoriales. De ce point de vue, l'ordonnancement du rapport général de Paul COSTE-FLORET⁷⁵³ est particulièrement parlant⁷⁵⁴. La démocratie locale est abordée dans le second paragraphe de la présentation de la Constitution, intitulé « La collaboration des pouvoirs ». Cette position est reprise et défendue, à plusieurs reprises, par Pierre COT tant devant la commission de la Constitution⁷⁵⁵ que devant l'Assemblée nationale constituante⁷⁵⁶, faisant de lui le

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ Ont voté pour la suppression du Titre VIII MM. BARDOUX (Paysan), BASTID (MRP), BÉTOAUD (Républicains et liberté), BOISDON (MRP), BOURET (MRP), BRUYNEEL (Unité républicaine), CAYEUX (MRP), COSTE-FLORET (MRP), COURANT (Républicains indépendants), DEVÈZE (MRP), DOMINJON (MRP), FONLUPT-ESPERABER (MRP), GUÉRIN (MRP), MALBRANT (RDS), MONTILLOT (Unité républicaine), M^{me} PEYROLES (MRP), MM. REVILLON (Radicaux et radicaux socialistes), SCHERER (MRP), TEITGEN (MRP) et de TINGUY (MRP). Ont voté contre cette même suppression MM. ABBAS (PCF), AIROLDI (PCF), ANGELLETI (SFIO), ARCHIDICE (SFIO), CERNY (PCF), COPEAU (Républicains et résistants), COT (Radicaux et radicaux socialistes), DALLONI (SFIO), DETRAVE (SFIO), FAJON (PCF), GIOVONI (PCF), M^{me} GUÉRIN (PCF), MM. HERVÉ (PCF), LE BAIL (SFIO), MOLLET (SFIO), PHILIP (SFIO), PRONTEAU (PCF), RAMADIER (SFIO), M^{me} ROCA (PCF), M. SEDAR SENGHOR (SFIO). On retrouve ici un clivage politique assez net, puisque la majorité des forces de gauche ont voté contre la suppression alors que la majorité des forces de droite se sont prononcées en sens inverse.

⁷⁵² « D'abord parce que les questions administratives qui y sont traitées nous paraissent relever de la loi ordinaire plutôt que de la Constitution. En second lieu, parce que certaines des dispositions du projet de la commission nous paraissent dangereuses, pour le présent et surtout pour l'avenir, dans la mesure où elles engagent le principe d'une réforme contestable et contraire à l'unité de la France », P. BASTID, Séance du 5 septembre 1946, *JORF ANC élue le 2 juin 1946 débats*, n° 88, vendredi 6 septembre 1946, p. 3559.

⁷⁵⁴ Rapport général de P. COSTE-FLORET, annexé à la séance du 31 juillet 1946, Seconde commission de la Constitution, pp. 263-277.

principal défenseur de la constitutionnalisation. À la suite de P. COT, la commission valide le principe de l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales, entérinant la conception des collectivités territoriales comme *cadres politiques*. Les collectivités territoriales intègrent ainsi « le corps politique de l'État »⁷⁵⁷.

L'inscription des collectivités territoriales dans la sphère démocratique repose, comme précédemment, sur l'origine électorale des organes locaux, consacrée à l'article 87 de la Constitution du 27 octobre 1946. La Constitution aménage ainsi l'autonomie organique des collectivités territoriales, pour qu'elles gèrent librement les affaires relevant de leurs compétences. De ce point de vue, il faut remarquer que la seconde commission accorde plus d'intérêt à la définition de la forme de l'autonomie dont jouissent les structures territoriales que la première ; plusieurs échanges portent sur la meilleure rédaction possible pour exprimer la liberté reconnue en faveur des collectivités territoriales⁷⁵⁸. La participation des collectivités territoriales à l'organisation démocratique de l'État, et l'autonomie, qui en est le corollaire pour les membres de la seconde commission de la Constitution, se traduisent ainsi par la reconnaissance d'une liberté d'administration en faveur des communautés locales⁷⁵⁹, la Constitution de 1946 développant donc une conception libérale du pouvoir⁷⁶⁰. En conséquence, la nature des collectivités territoriales

⁷⁵³ COSTE-FLORET (Paul, 1911-1979). Jumeau d'Alfred COSTE-FLORET (aux côtés duquel il siègera pendant la IV^e République), il obtient l'agrégation de droit (1937), puis il enseigne à Alger. Résistant pendant le Second conflit mondial, il se consacre, dans le sillage d'André PHILIP, à la préparation des textes juridiques qui régiront la France après la Libération. Élu au sein des deux Assemblées nationales constituantes, il participe également aux deux Commissions de la Constitution (il est rapporteur de la seconde). Il entame ensuite une carrière ministérielle (Guerre, France d'Outre-mer, Information Santé publique) qui durera toute la IV^e. En qualité de ministre de la France d'Outre-mer, il participe à la signature instaurant l'indépendance du Vietnam. Réélu député en 1956, il vote la confiance au général de GAULLE en 1958, puis intègre le Comité consultatif constitutionnel.

⁷⁵⁵ « Une vraie démocratie comporte une organisation de toute la vie publique sur le plan démocratique. Je ne demande pas que toute l'organisation municipale et départementale soit réglée par la Constitution, mais seulement que celle-ci reconnaisse l'existence de la vie communale et départementale », Séance du 11 juillet 1946, Seconde commission de la Constitution, p. 106.

⁷⁵⁶ « Une des grandes tares de notre démocratie, qu'elle doit aux conditions historiques dans lesquelles elle s'est développée, c'est que le pouvoir local, notamment à l'échelon du département, n'est pas organisé d'une manière suffisamment démocratique. Nous étions, avant cette guerre, le seul grand pays démocratique dans lequel cette circonscription territoriale importante qu'est le département était administrée, en fait, non par les élus du peuple, mais par un délégué du gouvernement. Telle est la raison pour laquelle, voulant réaliser une réforme profonde, nous entendons inscrire dans la Constitution *ce principe que, du haut en bas des pouvoirs publics, l'organisation sera démocratique* », Pierre COT, Séance du 5 septembre 1946, *JORF ANC élue le 2 juin 1946 débats*, n° 88, vendredi 6 septembre 1946, p. 3560. Nous soulignons.

⁷⁵⁷ Pierre COT, séance du 19 juillet 1946, Seconde commission de la Constitution, p. 169.

⁷⁵⁸ Notamment la séance du 19 juillet 1946, Seconde commission de la Constitution, pp. 169-170.

⁷⁵⁹ « Nous affirmons [que les collectivités territoriales] s'administrent par des conseils élus. Nous affirmons que l'exécution des décisions de ces conseils est assurée par les maires, pour les communes, par les présidents pour les départements », André PHILIP, séance du 10 septembre 1946, *JORF ANC élue le 2 juin 1946 débats*, n° 89, mercredi 11 septembre 1946, p. 3597.

évolue, le département passant du statut de « réalité purement administrative »⁷⁶¹ à celui de collectivité territoriale sur le modèle communal. Leur qualité de cadre politique s'exprime ainsi à travers la liberté d'administration admise en leur faveur. Cette liberté, si elle repose sur l'origine électorale des organes locaux, consiste ensuite en la gestion libre des affaires relevant de leur intérêt⁷⁶². Si cette conception se fonde sur un reliquat de présomption de naturalité en faveur des collectivités territoriales, la constitutionnalisation invite à dépasser le caractère naturel des collectivités territoriales pour envisager ce qu'elle apporte à la définition et l'exercice du pouvoir local.

B. La constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales promeut l'expression duale du pouvoir originaire dans l'État

Les constituants de 1945/1946 ont procédé à la constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales, leur conférant une place qu'elles n'avaient plus eue depuis 1791. Ce processus semble même aller plus loin que le mouvement révolutionnaire, en ce qu'il inscrit les collectivités territoriales dans le « corps politique de l'État ». Il convient alors de dépasser la rhétorique constituante pour envisager la traduction juridique de cette constitutionnalisation. Dans cette optique, il faut d'abord définir, théoriquement, les modalités constitutionnelles d'expression du pouvoir, en distinguant notamment pouvoir originaire et pouvoir politique (1.).

Une fois notre outil d'analyse bâti, le texte constitutionnel de 1946 lui sera confronté. Il apparaîtra alors que l'on passe d'une expression unitaire du pouvoir originaire dans l'État à une expression duale (2.).

1. LES MODALITÉS CONSTITUTIONNELLES D'EXPRESSION DU POUVOIR : LA DISTINCTION ENTRE POUVOIR *ORIGINAIRE* ET POUVOIR *POLITIQUE*

Œuvre du pouvoir originaire, la Constitution peut être définie comme un « acte constituant », manifestant la volonté du souverain. Son agencement répond dès lors à une certaine conception du pouvoir, conforme aux aspirations de son auteur⁷⁶³. À travers

⁷⁶⁰ « Nous affirmons le principe des libertés locales pour les collectivités, aussi bien municipales que départementales, mais il est bien évident qu'elles s'exercent sous le contrôle administratif et que la représentation de l'intérêt de l'État et la surveillance de l'activité de toutes les collectivités locales subsistent comme par le passé, de façon que leurs décisions s'exercent dans le cadre national, avec un contrôle administratif », *ibid.*, pp. 3598-3599.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 3598.

⁷⁶² V. *infra* Partie II.

⁷⁶³ Il s'agit de ce que Maurice HAURIUO qualifie de Constitution sociale, en opposition à la Constitution politique, HAURIUO (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 611-617. « Par Constitution sociale, M. HAURIUO entend l'ensemble des libertés individuelles, mais en tout premier lieu les "libertés civiles" [...], libertés de la propriété et du commerce juridique », EISENMANN (C.), « Deux théoriciens du droit : DUGUIT et HAURIUO », in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éditions Panthéon Assas, « Les introuvables », 2002 (Textes réunis par Charles LEBEN), p. 35. Ce texte est paru pour la première fois en octobre 1930 à la *Revue philosophique*.

la définition des pouvoirs constitués, le pouvoir souverain organise en effet les modalités de son expression dans l'ordre constitutionnel, faisant de la Constitution un canal du pouvoir conforme à ses desseins. Le rapport de la Constitution au pouvoir originaire est donc dual, en ce que ce texte en est à la fois la manifestation et le moyen d'expression.

Parmi les pouvoirs constitués, il faut distinguer ce qui caractérise ceux que l'on qualifiera d'organes politiques, c'est-à-dire ceux qui représentent directement le souverain auquel ils donnent sa voix. Cette tentative de définition introduit intuitivement la notion de représentation, comme élément d'approche de ces organes. Les membres des assemblées révolutionnaires (Constituante et Corps législatif), au terme d'une longue réflexion, sont d'ailleurs les premiers à juridiquement se qualifier ainsi ; c'est pourquoi ils apparaissent, pour une grande partie de la doctrine, comme l'archétype de l'organe constitué politique⁷⁶⁴. Si l'on admet cette identité comme postulat initial et que l'on présume donc que les membres du Corps législatif constituent une incarnation idéal-typique de la notion de représentant, deux caractéristiques, *a priori* complémentaires et cumulatives, se dégagent : l'origine élective et l'autonomie de volonté des représentants révolutionnaires.

L'origine élective s'affirme comme la principale caractéristique des pouvoirs constitués politiques. « L'acte d'élection [est en effet] le seul titre des fonctions des représentants de la nation »⁷⁶⁵. Sous l'angle de la souveraineté populaire, l'élection fait ainsi office de transmission par le corps électoral, organe primaire d'expression du souverain, du pouvoir qui lui est inhérent. Le pouvoir politique, dans son acception démocratique, place ainsi la technique élective au cœur de son exercice, en ce double sens qu'elle est un processus de désignation/légitimation⁷⁶⁶ tout autant qu'un instrument de contrôle de la part de l'organe primaire sur les pouvoirs constitués. « La souveraineté du peuple n'implique pas seulement que tous les pouvoirs émanent de la nation et que celle-ci en confère le simple exercice ; elle implique aussi que tous ceux qui ont reçu l'exercice de ces pouvoirs sont responsables de l'usage qu'ils en ont fait. C'est là un axiome évident : toute personne qui exerce, non pas un droit dont le principe est en elle, mais un droit qui appartient à autrui et dont l'exercice lui a été confié, en doit compte au titulaire »⁷⁶⁷. L'élection est ainsi le nœud du rapport politique démocratique⁷⁶⁸ ; elle

⁷⁶⁴ CLAVREUL (C.), « SIEYÈS et la genèse de la représentation moderne », *op. cit.*, p. 45.

⁷⁶⁵ Art. 34 du Décret du 22 décembre 1789, préc., p. 75.

⁷⁶⁶ La désignation élective n'a pas besoin d'être directe, ainsi le Sénat n'est-il désigné qu'au suffrage indirect. De son côté, le gouvernement est en régime parlementaire organiquement dépendant de l'Assemblée nationale, elle-même directement désignée par le souverain. Il jouit donc, à travers l'investiture parlementaire, d'une légitimité élective indirecte. Ce point est renforcé sous le régime de la V^e République, sous laquelle non seulement l'article 49 prévoit une dépendance organique entre l'Assemblée nationale et le gouvernement, mais dont la pratique a également créé une responsabilité organique du gouvernement face au président de la République. Dès lors, le gouvernement rend des comptes aux deux organes désignés directement par le corps électoral, jouissant, ce faisant, d'une double légitimité élective indirecte.

⁷⁶⁷ ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1921, 7^e éd. (1^{ère} éd. 1896), t. I, p. 306, cité in MAULIN (E.), *La théorie de l'État de CARRÉ DE MALBERG*, Paris, P.U.F., « Léviathan », 2003, p. 220.

« sélectionne les titulaires des charges, mais en même temps elle légitime leur pouvoir et crée chez ceux qui ont désigné un sentiment d'obligation et d'engagement envers ceux qu'ils ont désignés »⁷⁶⁹. Parallèlement, elle crée et justifie réciproquement une responsabilité de l'élu devant ses mandants ; « tous les citoyens ont [ainsi] un égal pouvoir de démettre les gouvernants à l'issue de leur mandat. Personne ne peut nier l'existence de ce double pouvoir de sélection et de rejet »⁷⁷⁰. Chaque élection met alors en jeu le bilan de celui qui disposait du pouvoir contre ses contempteurs⁷⁷¹. Cela ne signifie pas bien entendu que l'élection crée un lien de soumission du désigné aux désignataires. Au contraire, les principes du régime représentatif viennent tempérer cela dès l'origine : l'élection garantit ainsi l'autonomie des organes élus, seuls à même de déterminer la volonté nationale puisque « les représentants ne tiennent pas leurs pouvoirs, en droit, du collège électoral qui les a élus, mais de la nation tout entière »⁷⁷².

« Ce qui caractérise les représentants c'est [donc] que dans les limites de leurs attributions qui leur sont conférées, ils sont appelés à décider librement, arbitrairement [sic] au nom du peuple qui est censé vouloir par leur volonté et parler par leur bouche »⁷⁷³. Les représentants jouissent ainsi d'une libre volonté à l'égard du corps électoral ; seconde caractéristique du pouvoir constitué politique, qui le différencie fondamentalement des organes administratifs. Il est possible, pour clarifier ce point et distinguer plus clairement entre organes politiques et organes administratifs, de reprendre la distinction, établie sous la Révolution, entre représentants et fonctionnaires. « Le représentant, c'est tout personnage ou corps public qui a reçu de la Constitution quelque attribution ou compétence impliquant en lui la capacité d'entretenir et d'énoncer une *volonté initiale* dans l'exercice de la puissance nationale. [...] Le simple fonctionnaire, au contraire, bien qu'exerçant pareillement une partie du pouvoir national, et même bien que possédant, lui aussi, une certaine puissance de vouloir sous sa propre appréciation, n'atteint plus au même degré d'initiative, de libre volonté personnelle et d'indépendance »⁷⁷⁴. Se bornant à exécuter la volonté nationale, le fonctionnaire n'a donc qu'une « puissance conditionnée et secondaire : non seulement il est lié par des règles légales qui ont pour lui valeur de prescriptions impératives, mais encore il reçoit toutes ses

⁷⁶⁸ MANIN (B.), *Le gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996, p. 18.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 116.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 191.

⁷⁷¹ Cette analyse vaut même dans le cas où le candidat ne se représente pas, en ce sens que les personnes s'inscrivant dans sa lignée vont devoir justifier ses choix et actions. La responsabilité n'est ainsi pas individuelle et morale, mais collective et idéologique.

⁷⁷² ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel...*, op. cit., 2^e éd., p. 183, cité in MAULIN (E.), *La théorie de l'État...*, op. cit., p. 221.

⁷⁷³ ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel...*, op. cit., 7^e éd., t. I, p. 402, cité in *ibid.*, p. 222.

⁷⁷⁴ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, t. II, op. cit., pp. 263-264.

impulsions d'une volonté supérieure à la sienne »⁷⁷⁵. CARRÉ DE MALBERG ne fait ici que reprendre l'idée formulée par BARNAVE lors de la séance du 10 août 1791 dans le cadre des débats sur l'attribution de la qualité de représentant au Roi. « Dans l'ordre et dans les limites des fonctions constitutionnelles, ce qui distingue le représentant de celui qui n'est que simple fonctionnaire public, c'est qu'il est chargé, dans certains cas, de *vouloir* pour la nation, tandis que le simple fonctionnaire n'est jamais chargé que d'*agir* pour elle »⁷⁷⁶. Le pouvoir constitué politique apparaît ainsi comme un organe jouissant d'une volonté initiale⁷⁷⁷ qu'il détermine librement « dans les limites constitutionnelles »⁷⁷⁸. La capacité de vouloir, initiale et libre, ainsi déterminée renvoie alors à une conception formelle du pouvoir : la différence entre le représentant et le fonctionnaire réside dans la liberté dont chacun dispose ; si le premier est peu encadré, le second n'intervient qu'en exécution⁷⁷⁹.

Cette dimension libérale du pouvoir constitué politique se concrétise *de jure* par la participation au processus d'édiction de la décision de la collectivité représentée⁷⁸⁰. Dans le cas de l'organe étatique, il s'agit alors de la participation au processus législatif. « L'organe étatique se caractérise précisément par sa capacité à vouloir initialement pour l'État, c'est-à-dire avec une puissance législative »⁷⁸¹. La loi est en effet l'expression directe et non subordonnée du souverain. La volonté initiale est ainsi ramenée, réduite à la capacité législative. Si ce point recueille un assentiment général en doctrine, il est toutefois possible de le tempérer quelque peu. Il faut en effet, à la suite de BARNAVE, admettre que « la véritable représentation souveraine, générale, indéfinie, [...] n'existe et ne peut exister que dans le corps constituant ». Aussi les pouvoirs constitués politiques expriment-ils, certes une volonté initiale, mais tempérée par les dispositions constitutionnelles. Force est alors de remarquer que seule la Constitution est l'expression d'une véritable volonté initiale, en ce qu'elle est l'expression du pouvoir originaire. Plutôt que son caractère initial, c'est donc l'expression *libre* d'une volonté qui va caractériser le pouvoir constitué politique. Celle-ci signifie que le pouvoir politique n'intervient pas en simple exécution d'une norme (comme le fonctionnaire, incarnation de l'autorité

⁷⁷⁵ *Ibid.* t. II, p. 264.

⁷⁷⁶ BARNAVE, Séance du 10 août 1791, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. XXIX, p. 331. Nous soulignons.

⁷⁷⁷ « Remarquons [...] que cette autonomie de la volonté s'apprécie essentiellement dans l'initiative », HAURIUO (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 212.

⁷⁷⁸ BARNAVE, Séance du 10 août 1791, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. XXIX, p. 331.

⁷⁷⁹ Ce que CARRÉ DE MALBERG, citant RŒDERER (Séance du 10 août 1791, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. XXIX, pp. 323-ss), distingue également sous les expressions « pouvoirs représentatifs » et « pouvoirs commis », in *Contribution...*, t. II, *op. cit.*, p. 266.

⁷⁸⁰ Selon la dimension fonctionnelle mise en avant par Maurice HAURIUO, comme complément aux deux critères précédents, in *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 211-213.

⁷⁸¹ MAULIN (E.), *La théorie de l'État...*, *op. cit.*, p. 232.

administrative) mais en bénéficiant d'une libre faculté de se saisir (ou non) d'une question. Ce faisant, l'organe politique détermine l'intérêt de la collectivité qu'il représente, tandis que celui-ci préexiste à l'action de l'administrateur (qu'il conditionne pour partie). Il semble donc possible de détacher la qualification de pouvoir constitué politique de la participation à l'élaboration de la loi, celle-ci devenant une modalité particulière d'expression du pouvoir politique.

Un organe constitué ne participe donc à l'expression du pouvoir originaire dans l'État qu'à la double condition d'avoir une origine électorale et d'exprimer librement la volonté de la population dont il assure la représentation. Aussi, l'ensemble des pouvoirs constitués ne sont-ils pas des organes politiques. Le Conseil supérieur de la magistrature est un exemple d'autorité administrative constitutionnalisée. Si l'on peut s'étonner, dans un premier mouvement, de la constitutionnalisation d'une autorité administrative, il faut aussi remarquer que ce faisant le pouvoir constituant a entendu organiser le pouvoir judiciaire ; la constitutionnalisation fait alors figure de protection d'un certain ordonnancement du pouvoir, voulu par les créateurs du régime constitutionnel. Cela signifie ainsi que le pouvoir originaire ne s'épuise pas dans la sphère politique, même si celle-ci prédomine sur l'ensemble des pouvoirs. Il faut donc distinguer les qualifications de pouvoir originaire et celle de pouvoir politique ; ce dernier n'est qu'une forme d'expression particulière du premier. Ce constat invite à dépasser les conclusions des grands auteurs du début du XXe siècle pour analyser l'apport de la constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales.

2. LA CONSTITUTIONNALISATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES : L'EXPRESSION DULE DU POUVOIR DANS L'ÉTAT

La mise en lumière de la pleine portée de la constitutionnalisation des collectivités territoriales en 1946 passe par l'analyse de la double dimension révélée lors du paragraphe précédent. Celle-ci vérifiera, dans un premier temps, que la constitutionnalisation fait des collectivités territoriales un pouvoir constitué participant à l'expression du pouvoir originaire **(a.)**.

Les caractéristiques constitutionnelles des collectivités territoriales permettent, dans un second temps, de les concevoir comme un organe politique **(b.)**.

Les collectivités territoriales en tant que *pouvoir constitué* participant à l'expression du pouvoir originaire dans l'État

Le titre X de la Constitution de 1946 donne aux collectivités territoriales des fondements constitutionnels. Ce faisant, il double la séparation horizontale des pouvoirs d'une séparation verticale revendiquée tant par les membres des deux commissions de la Constitution que par une majorité des élus des deux Assemblées nationales constituantes. Le pouvoir souverain paraît alors s'exprimer selon une double dimension, faisant des collectivités territoriales un quatrième organe constitué. Deux éléments invitent à aller dans cette direction : la conception générale des collectivités territoriales comme incarnation d'une réalité territoriale et leur participation à l'expression de la souveraineté du peuple.

Les membres de l'Assemblée nationale constituante abordent dès les premiers

débats, et sans que cette conception connaisse aucune infirmation par la suite, les collectivités territoriales comme un *tout*. La possibilité de reconnaître une existence à chacune des collectivités territoriales n'est ainsi jamais mentionnée. Au contraire, il est plusieurs fois fait référence à la nécessité d'une future réduction de leur nombre⁷⁸². Les collectivités territoriales apparaissent dès lors comme un prisme duquel le Constituant entend revêtir le territoire, développant, à cette occasion, une *conception agrégative* des structures territoriales. Les différents orateurs emploient, dans cette optique, un pluriel générique, « les collectivités locales », ayant fonction de nom commun indéénombrable⁷⁸³. Elles sont d'ailleurs souvent agglomérées dans des expressions telles que « base de la démocratie »⁷⁸⁴, « corps politique de l'État »⁷⁸⁵ ou plus simplement « pouvoir local »⁷⁸⁶. Rien dans le débat ne laisse entrevoir une autre manière de voir ; les structures territoriales sont envisagées comme un tout, à travers lequel la démocratie doit trouver une expression complémentaire. Les collectivités territoriales renvoient alors à une expression kaléidoscopique d'une réalité une et indivisible : le territoire. On peut d'ailleurs relever que, comme lors des débats révolutionnaires, le Constituant de 1946 débute ses travaux par l'aménagement du territoire et le choix des structures qui doivent le couvrir. Il s'agit donc de poser les fondements les plus solides et homogènes possibles pour garantir la pérennité du système. De ce point de vue, le refus de la région est justifié par la volonté de maintenir l'unité et l'indivisibilité de la République. L'article 85 de la Constitution de 1946 commence d'ailleurs par rappeler cet élément : si la République reconnaît l'existence des collectivités territoriales, elle se proclame dans le même temps « une et indivisible ». Il faut dès lors proposer une lecture qui concilie ces deux éléments. Il nous semble que la conception générale du territoire développée par le Constituant prend sa véritable dimension rapportée à ce rappel. Dans le cadre du Titre relatif aux collectivités territoriales, il s'agit de constitutionnaliser une réalité territoriale de manière générale, non dans chacune de ses particularités. Dans cette optique, les collectivités territoriales constituent un prisme permettant la prise en compte de la population dans sa

⁷⁸² André PHILIP l'aborde en en faisant, éventuellement, une contrepartie à l'élargissement des libertés locales, séance du 24 décembre 1945, Première commission de la Constitution, p. 148. Guy MOLLET est quant à lui plus explicite : « cette décision n'implique nullement l'obligation de maintenir communes et départements sous leur forme et dans leurs limites présentes. Au contraire, des regroupements apparaissent nécessaires, mais il appartiendra à l'Assemblée et au gouvernement de les réaliser par des lois ordinaires », *Rapport sur les collectivités locales...*, séance du 6 mars 1946, Première commission de la Constitution, p. 508.

⁷⁸³ À titre d'exemple, v. les débats sur les cadres politiques. S'il faut déterminer le second échelon, les orateurs emploient le plus souvent l'expression « collectivités locales » qu'ils opposent à celle de « nation ». Séance du 26 décembre 1945, Première commission de la Constitution, pp. 161-162.

⁷⁸⁴ Jacques ARRÈS-LAPOQUE, séance 16 avril 1946, *JORF ANC élue le 21 octobre 1945 débats*, n° 49, mercredi 17 avril 1946, p. 1921.

⁷⁸⁵ Pierre COT, séance du 19 juillet 1946, Seconde commission de la Constitution, p. 169.

⁷⁸⁶ Notamment Pierre COT, séance du 9 avril 1946, *JORF ANC élue le 21 octobre 1945 débats*, n° 43, mercredi 10 avril 1946, p. 1620.

dimension territoriale. Il est ainsi important qu'aucune garantie individuelle ne soit accordée aux différentes collectivités territoriales. « Les collectivités, prises non isolément mais dans leur ensemble, étant représentées nationalement, le pouvoir local est reconnu au sein de la Nation »⁷⁸⁷. Comprises comme un ensemble agrégé incarnant la réalité territoriale, elles ne constituent finalement qu'un pouvoir, exprimé à travers différentes structures. L'indivisibilité est maintenue par l'unité de la source du pouvoir (en l'occurrence, le souverain) bien que l'expression (c'est-à-dire la mise en œuvre) puisse être différenciée (en ce qu'elle réside dans la reconnaissance d'une liberté admise en faveur des différentes composantes territoriales de la Nation).

Cette conception holiste est renforcée par la rhétorique de la démocratie globale⁷⁸⁸. Les constituants entendent compléter la démocratie représentative par une démocratie verticale : les collectivités territoriales doivent alors permettre d'exprimer la souveraineté du peuple dans un autre cadre que celui de la Nation⁷⁸⁹ (entendue, d'un point de vue horizontal, au sens de réalité homogène). Bien plus, elles sont intégrées comme un élément de contre pouvoir, puisque le rapporteur ARRÈS-LAPOQUE entend les transformer en « un des éléments du système "contrepoids et équilibre" »⁷⁹⁰, proposant ainsi une conception élargie des pouvoirs publics qu'adoptera l'Assemblée nationale constituante⁷⁹¹. Sans reprendre les présentations précédentes, force est de constater que la volonté de constitutionnaliser une double séparation du pouvoir modifie les équilibres d'expression du pouvoir dans l'État. Si les pouvoirs constitués classiques continuent d'exprimer la puissance d'État, la constitutionnalisation des structures territoriales, afin de compléter (verticalement) l'expression de la puissance d'État, amène à repenser l'agencement de ce pouvoir. La démocratie étatique est ainsi renforcée par l'expression territoriale du pouvoir : la puissance territoriale. Le principal apport de la constitutionnalisation apparaît alors : on passe d'une expression *unique* du pouvoir à une expression *duale*. Mais l'État reste néanmoins toujours unitaire puisque la source de ce pouvoir est toujours *une et indivisible*, le maintien de l'unité du régime constitutionnel, pour reprendre les termes du Doyen HAURIOU, confirmant autant que garantissant l'unité de la République française.

⁷⁸⁷ VERDIER (M.-F.), « La représentation des collectivités territoriales au Sénat », in LAVROFF (D.-G.) (Sous la direction), *La République décentralisée*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 236.

⁷⁸⁸ On trouve déjà, en France, l'expression de « démocratie intégrale » sous la plume de R. CARRÉ DE MALBERG in « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDP*, 1931, p. 232. À l'étranger, LÉNINE la mentionne dans *La révolution socialiste et le droit des nations à disposer d'elles-mêmes* (1916). De son côté, la Constitution espagnole du 9 décembre 1931 fait référence à l'État intégral, qu'elle entend promouvoir en reconnaissant les autonomies locales (v. l'art. 1^{er} : « La República constitue un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones »).

⁷⁸⁹ V. le rapport de Guy MOLLET, Séance du 6 mars 1946, Première commission de la Constitution, *op. cit.*

⁷⁹⁰ Séance du 16 avril 1946, *JORF ANC élue le 21 octobre 1945 débats*, n° 49, mercredi 17 avril 1946, p. 1914.

⁷⁹¹ *Ibid.* p. 1922.

La constitutionnalisation des collectivités territoriales locales, comprise comme un agrégat d'institutions territoriales, modifie substantiellement l'ordonnement du pouvoir originaire puisque celui-ci ne s'exprime plus seulement au niveau des organes étatiques, mais également au niveau du territoire à travers les collectivités territoriales locales. Une fois parvenu à la conclusion que les collectivités territoriales, comprises globalement, forment bien un pouvoir constitué, la question de la nature du pouvoir mis en jeu en leur sein n'est toutefois qu'à moitié résolue. Il faut alors établir si ce pouvoir relève de la sphère politique.

Leur inscription constitutionnelle fait des collectivités territoriales un « Quatrième organe » politique

Au-delà du discours du Constituant, les collectivités territoriales sont bien *de jure* des cadres originaires d'expression du pouvoir dans l'État. Aussi, faut-il envisager leur inscription dans le champ politique. Seule la mise au clair de ce point permettra de déterminer la nature réelle du pouvoir mis en jeu au niveau territorial. La Constitution du 27 octobre 1946 attribue aux collectivités territoriales une *liberté d'administration* par des *organes élus*. La liberté ainsi reconnue se décompose donc en deux éléments : l'origine élective des organes (précisément définie) et le champ de ce pouvoir (induit par le terme « administration ») dont l'indétermination implique d'en rechercher le sens. Ceci semble alors passer par la définition *in abstracto* de la notion de liberté, élément transversal faisant le lien entre les deux composantes du pouvoir local constitutionnalisé. C'est pourquoi elle servira de fil conducteur à l'analyse.

Trois sens principaux de la notion de liberté peuvent, selon Raymond ARON, être dégagés au XX^e siècle. La liberté peut, tout d'abord, être comprise comme « *participation* à l'ordre politique [à travers] le choix des gouvernants par la procédure électorale »⁷⁹². La notion de liberté peut alors se voir qualifier, toujours selon Raymond ARON, de « politique ». La liberté politique est en effet celle « qui assure au citoyen une participation à la chose publique, qui lui donne le sentiment que, par l'intermédiaire de ses élus, éventuellement aussi de ses opinions, il exerce une influence sur le destin de la collectivité »⁷⁹³. L'élection s'affirme donc *a priori* comme le creuset libéral de la politicalité. La liberté peut ensuite être entendue, selon un deuxième sens, comme *liberté nationale*. Nous ne traiterons pas, dans le cadre de cette étude, de cette seconde acception. Celle-ci s'applique en effet à l'échelon étatique bien plus que territorial, sauf à en faire le fondement de la reconnaissance d'une réalité sociologique infraétatique propre aux structures territoriales. Les développements précédents ont montré l'impossibilité d'une telle chose en France, confortant l'omission de ce critère. La liberté peut enfin être entendue comme « puissance (*power*) de l'individu ou de la collectivité, capable de satisfaire ses désirs ou de réaliser ses propres fins »⁷⁹⁴. Ce dernier critère, rattachable

⁷⁹² ARON (R.), « La définition libérale de la liberté », in *Études politiques*, *op. cit.*, p. 196. Nous soulignons. De manière générale sur la notion de « liberté » et sur l'application aux groupes de cette notion, v. du même auteur, *Essai sur les libertés*, *op. cit.*, pp. 85-ss.

⁷⁹³ ARON (R.), *Essai sur les libertés*, *op. cit.*, p. 138.

⁷⁹⁴ ARON (R.), « La définition libérale de la liberté », in *Études politiques*, *op. cit.*, p. 196.

au champ de la liberté, rejoint alors la notion de pouvoir ; la liberté se fait alors faculté⁷⁹⁵. Fort de ces précisions générales, nous pouvons à présent envisager les deux composantes de la libre administration territoriale, à savoir l'origine des organes locaux et la marge de manœuvre qui leur est laissée.

La Constitution de 1946 consacre l'origine élective directe des organes locaux (art. 87C). Le Constituant y est très attaché, en ce qu'elle doit garantir l'autonomie des collectivités territoriales. Dans le cadre des démocraties libérales, l'élection revêt deux significations renvoyant aux deux dimensions (démocratique et libérale), propres à ces régimes. Dans son acception libérale, le procédé électif exprime tout d'abord une liberté *organique* : les individus désignent sans contraintes internes et/ou externes leurs organes, ceux-ci n'étant soumis à aucun autre contrôle (quant à l'opportunité de leurs choix) que celui de leurs mandants. Le recours à l'élection pour la désignation des organes locaux satisfait parfaitement cette double expression. Non seulement, elle garantit la liberté des populations des collectivités territoriales de désigner librement (c'est-à-dire sans intervention étatique) les organes en charge de leur intérêt, mais elle permet également de briser le lien de soumission hiérarchique de ceux-ci par rapport à l'État (en les situant à côté de celui-ci⁷⁹⁶). Aussi, l'élection paraît-elle bien garantir la liberté des organes locaux. Dans une perspective démocratique (*stricto sensu*), l'élection remplit également une double fonction de légitimation/sanction. Fonctions complémentaires (en ce qu'elles se recouvrent assez largement), on les retrouve dans le cadre des élections locales. Par ce biais, la population désigne librement ses organes ; il y a bien délégation d'un pouvoir ou, à tout le moins, d'une faculté d'agir. La population les contrôle ensuite par le renouvellement ou non de leur mandat. Les deux fonctions politiques remplies par l'élection (largement complémentaires entre les pans libéral et démocratique) sont donc communes à l'ensemble des scrutins servant à la désignation des organes politiques territoriaux et étatiques, recoupant en cela le premier sens de la définition aronienne de la liberté. L'origine élective n'est cependant pas en elle-même suffisante pour qualifier un organe de politique. Il faut encore envisager la liberté dont jouit l'organe ainsi désigné dans la détermination de sa volonté.

Si la liberté reconnue aux collectivités territoriales s'appuie sur la première acception mise en évidence par R. ARON, elle semble également renvoyer au troisième pan de cette définition : les organes locaux jouissent en effet d'une capacité de déterminer librement leur intérêt, selon le même mécanisme que les représentants nationaux. La prohibition de tout mandat impératif confirme d'ailleurs l'inscription du rapport entre les élus locaux et leurs électeurs dans la sphère représentative. La constitutionnalisation d'une liberté d'administration territoriale conduit le Constituant à reconnaître un espace de liberté, protégé contre la puissance d'État, dans lequel les organes locaux peuvent (au sens de *jouissent de la possibilité de*) réaliser leurs propres fins. L'intérêt local, poursuivi par l'action des organes locaux, ne préexiste en effet pas à sa formulation ; il n'est pas une condition extérieure à l'intervention locale, mais une fin de celle-ci, tout comme l'intérêt de la Nation, qui ne préexiste pas à sa formulation par les représentants

⁷⁹⁵ On retrouve alors le pouvoir – liberté défini par René CAPITANT, v. *supra* en introduction générale.

⁷⁹⁶ Selon l'image déjà utilisée par Maurice HAURIU, in *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, pp. 85-86.

nationaux. Leur situation à l'égard de la population qu'ils représentent est, de ce point de vue, identique, laissant apparaître une commune identité, propre aux organes politiques.

Retenir la dimension libérale dans la définition du pouvoir fournit d'ailleurs un prisme permettant d'envisager les situations des différentes formes d'expression du pouvoir dans l'État. Dans cette perspective, la souveraineté est une liberté absolue et suprême en ce qu'elle garantit à son titulaire que rien, ni personne ne lui imposera quoi que ce soit qui soit contraire à sa volonté. De son côté, la puissance d'État est une liberté suprême, mais non absolue car le pouvoir constituant originaire a fixé les bornes dans le cadre desquelles elle s'exprime. Par le biais de sa constitutionnalisation, la puissance territoriale semble connaître la même situation. Le souverain reconnaît à des organes désignés par le peuple une liberté pour gérer les particularités territoriales. Ainsi, les modalités d'expression des puissances d'État et territoriale sont, certes différentes dans leurs concrétisations pratiques, mais répondent à un même schéma : elles puisent leur origine dans la même norme qui les conditionnent de façon similaire. L'ensemble des pouvoirs constitués politiques fonctionne donc selon un même schéma. Aussi, les collectivités territoriales, comprises comme un nouveau pouvoir constitué agrégeant les différentes structures territoriales, participent-elles à l'expression du pouvoir politique *dans* l'État. La constitutionnalisation du pouvoir local, entendu comme un « "pouvoir – liberté" (*dürfen*) exprimant une garantie contre l'État, [un] droit reconnu de s'autogérer »⁷⁹⁷, aboutit ainsi à constater l'existence d'une véritable puissance territoriale⁷⁹⁸. Les collectivités territoriales forment alors un « Quatrième pouvoir »⁷⁹⁹ ou plutôt un « Quatrième organe politique » (après le Parlement, le gouvernement et le président de la République) participant à l'expression du pouvoir dans l'État. Le pouvoir originaire, dans son versant politique, s'exprime dès lors de manière duale dans l'État ; la division verticale du pouvoir acquiert ainsi une véritable effectivité.

L'inscription constitutionnelle opérée en 1946 a pour effet de transformer les collectivités territoriales en cadre originaire d'expression du pouvoir et, ce faisant, de les faire participer à l'expression du pouvoir politique dans l'État. Celle-ci devient donc duale, contrairement à ce que présentait la doctrine publiciste française du début du XX^e siècle (pour qui une telle dualité postulait le caractère fédéral de l'État). La constitutionnalisation des collectivités territoriales établit ainsi un lien entre souveraineté et décentralisation, conformément aux prémisses mises en évidence dans l'analyse d'HAURIOU, qu'elle complète par ailleurs ; la transcription de ce lien au sein de la Constitution parfait en effet

⁷⁹⁷ FAURE (B.), « Existe-t-il un "pouvoir local"... », *op. cit.*, p. 1551.

⁷⁹⁸ La portée concrète de cette puissance dépend quant à elle des moyens conférés au pouvoir local. Les deux caractéristiques de la qualité et de l'intensité de la puissance sont ainsi disjointes conformément aux analyses de Julien FREUND et de Hannah ARENDT développées en introduction.

⁷⁹⁹ Cette expression est peu rigoureuse d'un point de vue juridique. Elle présente néanmoins la qualité de marquer les esprits et de s'inscrire dans une continuité historique (l'expression est utilisée lors des travaux de la Constituante de 1789) et doctrinale, même si nous lui donnons un contenu différent, parce que *juridiquement plus précis*, que les auteurs précédents. Sur une utilisation doctrinale (ancienne) de cette notion, v. BARANTE (A. de), *Des communes et de l'aristocratie*, *op. cit.*, 256 p. V. également HENRION DE PANSEY (J.-B.), *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, *op. cit.*, p. 1.

l'inscription de la puissance territoriale au sein du régime constitutionnel étatique, garantissant à la fois l'unité de ce dernier et la protection de la seconde⁸⁰⁰. Ce constat illustre, de plus, la continuité entre les différents types d'État. L'organisation duale de l'expression du pouvoir dans l'État rapproche l'État unitaire décentralisé de l'État régional et de l'État fédéral. Finalement, il ne s'agit que d'une différence de degré et non de nature⁸⁰¹. L'inscription constitutionnelle des structures territoriales est donc une novation substantielle dans la compréhension de l'agencement de l'équilibre politique de l'État. Reste à déterminer si la Constitution de 1958 a repris l'économie institutionnelle mise en évidence, afin de pouvoir lui étendre les conclusions établies pour le texte de 1946.

Paragraphe 2. La Constitution du 4 octobre 1958 et ses aménagements n'infirmant pas le constat initial : les collectivités territoriales participent toujours à l'expression du pouvoir politique dans l'État

La crise du 13 mai 1958 précipite la chute d'une IV^e République, caractérisée par l'inefficacité et l'instabilité. Le retour du Général de GAULLE, comme président du Conseil, se traduit par l'entreprise de rédiger une nouvelle Constitution. L'enjeu est alors fort différent de celui de 1945/1946 : d'une préoccupation de régénération de la démocratie et des libertés, on passe à une volonté de rendre leur efficacité aux pouvoirs constitués étatiques. Dans cette perspective, les collectivités territoriales ne sont plus un des objets principaux d'intérêt du Constituant. Leur place est néanmoins maintenue dans la Loi fondamentale ; le texte de 1958 reprend en effet assez largement l'agencement établi en 1946 (A.).

Si les collectivités territoriales ne font pas l'objet d'une attention particulièrement marquée en 1958, il en va différemment en 2003, quand le pouvoir constituant dérivé décide de réviser la Constitution, afin d'explicitier les dispositions relatives aux collectivités territoriales. Le caractère décentralisé de l'organisation de la République est ainsi inscrit à l'article 1^{er} de la Constitution. Si l'on a pu s'interroger sur la possible conciliation entre cette disposition et celle de l'article 72, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 ne bouleverse pas substantiellement l'économie des dispositions constitutionnelles : l'équilibre antérieur est maintenu (B.).

A. La Constitution du 4 octobre 1958 reprend l'agencement établi en 1946 : les collectivités territoriales participent toujours à l'expression du pouvoir dans l'État

Le titre relatif à la libre administration des collectivités territoriales est maintenu dans la Constitution du 4 octobre 1958 ; on retrouve alors les principaux éléments de définition adoptés en 1946 (1.).

Une différence *a priori* importante est toutefois à relever : les exécutifs propres des collectivités territoriales n'apparaissent plus dans le corps de la Constitution. Ce retrait, s'il

⁸⁰⁰ FAURE (B.), « Existe-t-il un "pouvoir local"... », *op. cit.*, p. 1550.

⁸⁰¹ Contrairement à ce qu'affirmait par exemple R. CARRÉ DE MALBERG (*Contribution...*, t. I, *op. cit.*, p. 178).

signifie une réduction des fondements de l'autonomie organique des collectivités territoriales, n'implique cependant pas une modification de l'économie du principe de libre administration. Il s'agit toujours d'un des canaux d'expression du pouvoir dans l'État (2.).

1. LE CONSTITUANT DE 1958 REPREND LES ÉLÉMENTS DE LA LIBRE ADMINISTRATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DÉFINIS DANS LA CONSTITUTION DE 1946

Bien que désireux de rendre son efficacité à l'État, et donc plus volontiers portés à la centralisation qu'à la préservation des libertés locales, les rédacteurs du texte de 1958 accordent une place réelle aux collectivités territoriales. La conjoncture confère toutefois à la problématique de la « Fédération »⁸⁰² (c'est-à-dire l'ensemble des questions soulevées par les territoires d'outre-mer *lato sensu* et leur rapport à la Métropole) une place privilégiée au cœur des débats ; elle occupe ainsi davantage le Constituant que la thématique des collectivités territoriales de droit commun, cette dernière étant principalement envisagée sous deux angles (l'organisation de l'État et la détermination des champs de compétences respectifs des pouvoirs législatif et exécutif). On peut ainsi relever que si la notion de collectivité territoriale fait l'objet de débats (parfois assez vifs), celle de libre administration n'est jamais définie expressément, malgré le recours à une *rhétorique libérale*⁸⁰³ similaire à celle utilisée en 1946.

L'analyste ne dispose donc que de peu de matières pour se forger une opinion. Tant la forme du texte (a.) que les éléments de définition du principe de libre administration (b.) invitent néanmoins à soutenir que le sens attribué à cette notion ne connaît pas de modification substantielle en 1958.

La similarité formelle entre les constitutions de 1946 et 1958 : la libre administration des collectivités territoriales est définie de façon identique

Le Constituant de 1958 reprend quasi intégralement le Titre X de la Constitution du 27 octobre 1946, paraissant ainsi valider la conception développée par les deux Assemblées nationales constituantes douze ans plus tôt. Le Titre XI de la Constitution du 4 octobre 1958 apparaît, malgré quelques modifications, comme une réplique du Titre X de la Constitution du 27 octobre 1946. Seules quelques différences de rédaction émergent. Si l'article 72 de la Constitution de 1958 synthétise les articles 85 et 87 du texte de 1946, la structure des dispositions est largement identique. Sont tout d'abord énumérées les collectivités territoriales de la République⁸⁰⁴, avant que le principe de la liberté d'administration des collectivités territoriales, fondé sur l'origine électorale des organes locaux⁸⁰⁵, soit affirmé. On constate deux différences rédactionnelles mineures et

⁸⁰² C'est sous cette appellation que sont référencés les débats relatifs à l'organisation des rapports entre la France et l'Empire colonial. V., à titre d'illustration, Séance du 30 juillet 1958 (après-midi), Comité consultatif constitutionnel, in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume II. Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, Paris, La documentation française, 1988, pp. 47-ss.

⁸⁰³ Les rédacteurs utilisent ainsi principalement les expressions de « liberté locale », « liberté communale », « liberté d'administration » et d'« autonomie locale », ainsi que le constate BACCOYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration...*, *op. cit.*, pp. 98-99, § 187.

une différence d'organisation (la suppression de la mention des exécutifs propres en 1958) sur laquelle nous reviendrons dans le point suivant. Il semble impossible d'inférer de ces modifications un changement substantiel quant au sens du principe de libre administration des collectivités territoriales dans la Constitution de 1958.

La première différence de forme réside dans le changement de vocabulaire employé pour constater l'existence des collectivités territoriales. Si la République française « reconnaît » les collectivités territoriales en 1946, elle les énumère simplement en 1958 sans référence à leur antériorité par rapport à l'État. Cette différence est mineure et s'explique sans doute par le moindre intérêt des rédacteurs de la Constitution de 1958 pour les collectivités territoriales, alors que le Constituant de 1945/1946 désirait s'inscrire dans une suite et invoque à plusieurs reprises l'héritage révolutionnaire. L'usage du verbe « reconnaître » est ainsi un écho à une conception naturelle ou naturaliste des collectivités territoriales, symbole de libertés. Cela n'induit en aucune façon une quelconque différenciation entre les agencements institutionnels des deux textes suprêmes de 1946 et 1958 ; ce dernier se passe simplement d'une mise en perspective historique. C. BACUYANNIS relativise d'ailleurs cette « rupture » opérée par l'absence du verbe « reconnaître », en soulignant que la libre administration des collectivités territoriales correspond, en 1946 comme en 1958, à l'admission d'une liberté politique appartenant à la population locale, et non pas à la consécration d'un principe d'organisation administrative. Celle-ci « peut certes se ressentir des conséquences de la libre administration, mais ceci ne signifie pas que la libre administration est un principe destiné à encadrer l'organisation administrative ; elle appartient à des êtres naturels et non à des êtres créés par des règles de droit, tels que les personnes morales des communes, des départements ou des territoires d'outre-mer »⁸⁰⁶. Liberté collective, la libre administration des collectivités territoriales s'appuie sur des données naturelles dont elle présuppose l'existence, s'inscrivant dans la poursuite de l'œuvre du législateur de 1946. L'impression de continuité est renforcée par l'identité de la sémantique employée par les différents participants aux débats des organes chargés de rédiger les textes constitutionnels. On retrouve ainsi la même utilisation du vocabulaire dans le cadre des débats préparatoires au texte de 1958 que lors de ceux de 1946, laissant entendre un rapport identique entre les différentes notions. Les rédacteurs de 1958 utilisent ainsi comme synonyme les expressions de « libre administration », de « libertés des collectivités locales »⁸⁰⁷, de « libertés communales »⁸⁰⁸ et de « libertés locales »⁸⁰⁹.

La seconde différence réside dans le rappel du caractère un et indivisible de la République dans l'article 85 de la Constitution de 1946, que n'a pas jugé nécessaire le

⁸⁰⁴ L'article 72, alinéa 1^{er}, dans sa version originelle, dispose que « les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les territoires d'outre mer ».

⁸⁰⁵ Selon les termes de l'article 87 de la Constitution de 1946 « les collectivités territoriales s'administrent librement par *des conseils élus* au suffrage universel. L'exécution des décisions de ces conseils est assurée par leur maire ou leur président », alors que selon l'alinéa 2nd de l'article 72 du texte de 1958, « ces collectivités s'administrent librement par *des conseils élus* et dans les conditions prévues par la loi ». Nous soulignons.

⁸⁰⁶ BACUYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration...*, op. cit., p. 99, § 188.

Constituant de 1958, puisque l'indivisibilité de la République figure déjà à l'article 1^{er} de la Constitution. Cette différence ne permet pas, une fois encore, de constater une divergence de fond dans les constructions de 1946 et 1958. Il faut simplement y voir une différence d'expression d'un principe au demeurant identique. La continuité du principe de libre administration des collectivités territoriales entre les deux textes constitutionnels est de plus confirmée par la place réservée à l'origine électorale dans ce principe, réaffirmant son intégration à l'organisation verticale de l'expression du peuple sous la V^e République.

La libre administration des collectivités territoriales est toujours une liberté électorale, canal d'expression du pouvoir du peuple

La similarité formelle est confirmée par l'agencement du principe de libre administration des collectivités territoriales réalisé par le Constituant ; il repose, comme en 1946, sur deux éléments de définition : la personnalité morale et le caractère électif des organes locaux. La personnalisation morale des collectivités territoriales est la condition préliminaire à la libre administration des collectivités territoriales, en ce sens que pour pouvoir jouir de leur liberté, les collectivités territoriales doivent bénéficier d'une capacité juridique d'action. « Mais, compte tenu du fait que les collectivités territoriales existent aujourd'hui dans le cadre de l'administration et non dans le cadre des conditions primitives de la naissance de la commune, il paraît bien établi que dans ce cadre contemporain, elles ne peuvent qu'être revêtues de la personnalité morale, et que l'affirmation de leur "libre administration" aurait été incompréhensible si la personnalité morale ne leur avait pas été reconnue »⁸¹⁰. Aussi, ce premier élément de définition n'est pas le plus intéressant, pour envisager la nature de la libre administration des collectivités territoriales et son intégration à l'exercice du pouvoir dans l'État. Il rappelle simplement que ne participent à cette liberté que les entités reconnues par l'État ; les conditions de cette reconnaissance relèvent alors bien souvent de considérations extra juridiques⁸¹¹.

⁸⁰⁷ V. l'échange entre M. MONICHON et le commissaire du gouvernement JANOT portant sur l'absence de mention à l'article 31 du projet (futur article 34 de la Constitution) du « respect des *libertés des collectivités locales* ». Les deux protagonistes l'entendent comme synonyme de libre administration des collectivités territoriales. Séance du 7 août 1958 (après-midi), Comité consultatif constitutionnel, *Documents pour servir...*, volume II, *op. cit.*, p. 258. Nous soulignons.

⁸⁰⁸ Lors de la séance de la Commission constitutionnelle du Conseil d'État, M. SABATIER propose de faire allusion dans le cadre de l'article 65 du projet à la « liberté communale », conférant ainsi un sens identique à cette expression et à celle de libre administration des collectivités territoriales. Séance des 25-26 août 1958, Commission constitutionnelle du Conseil d'État, in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume III. Du Conseil d'État au référendum, 20 août – 28 septembre 1958*, Paris, La documentation française, 1991, p. 114.

⁸⁰⁹ Lors des débats de la commission constitutionnelle du Conseil d'État, consacrés à l'article 65 du projet, M. LUCHAIRE propose de remplacer le renvoi au principe de la libre administration des collectivités territoriales par celui du « principe des *libertés locales* ». *Ibid.*, p. 176. Nous soulignons.

⁸¹⁰ BACOYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration...*, *op. cit.*, p. 105, § 201.

⁸¹¹ Ainsi que l'illustre la notion de *présomption de naturalité* mise en évidence au Titre I de cette Partie.

L'origine électorale des organes locaux chargés des affaires relevant de la compétence des collectivités territoriales ouvre quant à elle de plus larges horizons d'analyse. La liberté d'administration est conçue comme une liberté organique, en ce sens qu'elle repose sur l'élection des organes délibérants locaux par la population. L'absence de référence au caractère universel du suffrage en 1958, alors que cette précision apparaît en 1946, ne peut par ailleurs être interprétée comme une restriction de la libre administration des collectivités territoriales (en ce qu'elle rendrait, ainsi que le soutient, par exemple, Albert LANZA possible la substitution du suffrage « professionnel » au suffrage politique⁸¹²) ; les rédacteurs de la Constitution ont en effet explicitement rappelé que cette mention était inutile du fait que l'article 3 de la Constitution pose les règles applicables à l'ensemble des scrutins politiques⁸¹³. La Constitution de 1958 paraît ainsi reproduire l'économie de la libre administration des collectivités territoriales présente en 1946, faisant des collectivités territoriales des cadres politiques, même si la tendance des débats n'est pas aussi nette qu'à la sortie de la Guerre. La question du caractère politique des assemblées locales se pose toutefois explicitement au moment de l'examen du régime électoral par la commission constitutionnelle du Conseil d'État. Dans ce cadre, le rapporteur SOLAL-CÉLIGNY, qui se fait pour l'occasion le porte-parole du gouvernement, explique aux membres de la commission que « l'intention du gouvernement est de prévoir [dans la Constitution] uniquement les élections aux *assemblées politiques*, c'est-à-dire le Parlement et les *assemblées des collectivités locales* »⁸¹⁴. Malgré l'opposition du président LATOURNERIE⁸¹⁵, l'exposé du rapporteur illustre bien la continuité des projets entre 1946 et 1958, et la commune conception des collectivités territoriales comme élément du corps politique de l'État.

Deux éléments confortent l'analyste dans cette direction. Le Constituant de 1946 conçoit tout d'abord, ainsi qu'il l'a déjà été évoqué, l'élection des organes délibérants locaux comme une des modalités d'expression de la souveraineté du peuple. Aussi, le maintien de la dimension électorale de la libre administration en 1958 incite-t-elle à la concevoir comme un des canaux d'expression du pouvoir dans l'État. La Constitution organise ensuite la participation des collectivités territoriales à l'expression de la souveraineté nationale, à travers la représentation assurée par le Sénat⁸¹⁶. On retrouve au travers de cette double liaison avec l'expression du pouvoir souverain dans l'État les deux composantes de l'article 3 de la Constitution, corroborant la pleine fonction de cadre politique des collectivités territoriales dans l'État. La libre administration s'affirme ainsi comme l'un des canaux d'expression du pouvoir originaire dans l'État ; liberté politique, la

⁸¹² LANZA (A.), *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, *op. cit.*, p. 563

⁸¹³ « En ce qui concerne le suffrage universel, je suis formel ; je crois que ce n'est pas la peine de le dire puisque c'est couvert par le titre I^{er} », R. JANOT, Séance du 12 août 1958 (soir), Comité consultatif constitutionnel, in *Documents pour servir...*, *Volume II*, *op. cit.*, pp. 442-443

⁸¹⁴ SOLAL-CÉLIGNY, *Documents pour servir...*, *Volume III*, *op. cit.*, p. 111. Nous soulignons.

⁸¹⁵ « Ce ne sont pas des assemblées politiques ; les seules assemblées politiques sont celles qui siègent à Paris. Elles sont administratives », *ibid.*

libre administration des collectivités territoriales confère au pouvoir des institutions territoriales une nature et une fonction politiques.

Le texte de 1958 reprend ainsi largement l'agencement de la norme fondamentale de 1946. Les rares modifications rédactionnelles n'altèrent pas les conclusions précédentes : la libre administration des collectivités territoriales est une liberté politique, participant à l'expression du pouvoir originaire dans l'État.

2. LES MODIFICATIONS RÉDACTIONNELLES N'IMPLIQUENT PAS UNE ALTÉRATION DU SENS ORIGINEL DE LA NOTION DE LIBRE ADMINISTRATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Il n'est en fait qu'une différence fondamentale entre les textes constitutionnels de 1946 et 1958 : elle tient dans l'absence de mention des exécutifs propres dans le texte de 1958. Ne sont ainsi mentionnés que les conseils élus, sans référence à l'autorité d'exécution des délibérations locales, alors que l'article 87 de la Constitution de 1946 les nommait⁸¹⁷. Bien qu'elle puisse paraître substantielle, cette modification du titre relatif des collectivités territoriales doit être envisagée, pour bien en cerner la portée, de deux points de vue. Dans la perspective de la protection formelle des modalités de mise en œuvre de la liberté d'administration des collectivités territoriales, ce retrait apparaît comme une garantie en moins en faveur des organes locaux. Cette critique fut d'ailleurs opposée⁸¹⁸, sans succès, au gouvernement, qui entendait promouvoir l'efficacité rédactionnelle, en refusant de faire figurer des dispositions qui n'avaient pas trouvé à s'appliquer⁸¹⁹. Et ce n'est pas la mention par le commissaire du gouvernement JANOT du fait que ce point est quoi qu'il en soit réalisable par la loi⁸²⁰ qui altère ce constat critique. Il montre au contraire que l'État entend garder un certain contrôle sur l'action des structures territoriales, l'efficacité primant largement les aspirations libérales.

Du point de vue de la définition du principe de libre administration des collectivités territoriales, cette disposition ne fait toutefois pas figure de condition *sine qua non* pour

⁸¹⁶ Sur ce point, CC, déc. n° 92-308 DC, 9 avril 1992 (*Traité de Maastricht I*), *Rec.* p. 55 ; *RDP* 1993.14, note ROUSSEAU ; *AJJC* 1992.480 ; *RA* 1992.126, note ÉTIEN ; *RFDC* 1992.389, comm. FAVOREU ; *RDP* 1992.398, comm. GAÏA ; *GDCC* 1999, 11^e éd., comm. n° 45, p. 781. Nous nous permettons de renvoyer à la partie consacrée à ce point pour une démonstration complète. V. *infra*, chapitre suivant.

⁸¹⁷ « L'exécution des décisions de ces conseils est assurée par leur maire ou leur président ».

⁸¹⁸ « C'était un espoir contenu dans la Constitution de 1946 que nous n'avons plus dans le texte de ce projet. Je vous dis très sincèrement qu'il est désagréable, pour les représentants des collectivités locales, de voir cette "rétrogradation" », M. MIGNOT, Séance du 12 août 1958 (soir), Comité consultatif constitutionnel, in *Documents pour servir...*, Volume II, *op. cit.*, p. 443.

⁸¹⁹ « Quant à la suppression à laquelle vous faites allusion : "l'exécution des décisions, etc.", ce n'est évidemment pas un hasard ; c'est simplement le fait que les rédacteurs ont voulu tenir compte de ce qui se passait réellement ; ils ont constaté que quelle que soit la qualité des intentions des constituants, jamais cela n'avait été exécuté. Ils en ont conclu que ce n'était pas possible. En particulier, on n'avait pas constaté que le président du conseil général ait assuré l'exécution des décisions de ce conseil », R. JANOT, Séance du 12 août 1958 (soir), Comité consultatif constitutionnel, *ibid.*

son application ; son absence ne rend en effet en rien impossible l'application de la liberté reconnue. « L'affirmation du principe de la libre administration s'inscrit [... ainsi] dans une pratique qui consistait à énoncer les libertés locales en général, avant de parvenir aux dispositions précisant davantage le statut des collectivités territoriales »⁸²¹. Aussi, dans cette veine, l'absence de mention des exécutifs dans la Constitution ne remet pas en cause l'économie générale du principe affirmé. La réaction mentionnée du commissaire du gouvernement JANOT, si l'on dépasse sa dimension polémique, invite d'ailleurs à adopter cette conception ; le renvoi à la loi, proposé comme palliatif par R. JANOT, illustre simplement le caractère secondaire de cette disposition par rapport à l'essence du principe constitutionnalisé.

Si l'on adopte enfin la perspective plus générale de la place des collectivités territoriales dans l'agencement de l'expression du pouvoir dans l'État, l'absence de référence aux exécutifs propres n'altère nullement les caractéristiques fondamentales de la libre administration. Les collectivités territoriales restent en effet gérées par des organes délibérants élus, dont l'origine électorale a été constitutionnalisée, conformément au modèle de la démocratie globale développé par les constituants de 1945-1946. Elles continuent donc à remplir leur rôle de cadres politiques exprimant la souveraineté du peuple. Le point que l'on peut déduire de l'absence de mention des exécutifs propres ne consiste finalement qu'à constater que les fondements constitutionnels de l'autonomie organique des collectivités territoriales sont moindres⁸²², sans que cela modifie *de facto* le fonctionnement des organes locaux. La liberté d'administration demeure quant à elle le fondement de l'expression de la puissance territoriale, c'est-à-dire le canal vertical d'expression du pouvoir dans l'État.

Bien que cela ne fut pas leur préoccupation immédiate, les rédacteurs de la Constitution du 4 octobre 1958 ont validé l'agencement établi par le texte de 1946 : les collectivités territoriales, comprises comme des cadres politiques, participent donc à l'expression du pouvoir originaire dans l'État.

Longtemps restées inchangées, les dispositions relatives aux collectivités territoriales sont l'objet d'une révision en mars 2003. Outre le Titre XII, la loi constitutionnelle du 28

⁸²⁰ « Je dois vous dire que rien n'empêche, pratiquement, la loi de faire ce que vous voulez qu'elle fasse. Rien n'empêche, dans notre texte, à une loi de dire que les décisions du conseil général seront exécutées par le président. Si une telle loi peut intervenir – à supposer qu'elle soit bonne, point sur lequel je ne prendrai pas parti ce soir – tant mieux. Mais, je vous en prie, croyez-vous qu'il soit bon de donner des directives dans une Constitution, alors que ces directives ont déjà été données dans une Constitution antérieure et qu'elles n'ont pas pu être appliquées ? Nous allons nous trouver en présence d'un texte qui *restera* lettre morte. C'est le risque que nous courons, alors que, sans ce texte, vous pouvez faire la même chose. Dans ces conditions, quel intérêt y voyez-vous ? », R. JANOT, *ibid.* Nous soulignons pour bien montrer que le commissaire du gouvernement emploie un futur et non pas un conditionnel. Il est sûr de ce point ; ce qui tendrait à renforcer l'idée d'une conciliation entre liberté locale et efficacité administrative en faveur de la dernière.

⁸²¹ BACOYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration...*, *op. cit.*, p. 104, § 199.

⁸²² En fait, ils sont moindres uniquement si l'on considère que la disposition de 1946 ayant été reprise, la loi organique prévue aurait été adoptée. À défaut, c'est concrètement le *statu quo ante*.

Le 28 mars 2003 procède également à la réécriture de l'article 1^{er} de la Constitution, y inscrivant l'*organisation décentralisée* de la République. La question qui se pose alors est de savoir si l'apparition de la notion, *a priori* administrative, de décentralisation dans le texte constitutionnel modifie son économie antérieure et la portée de la notion de liberté d'administration, dont le sens politique a été démontré.

B. La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 ne modifie pas l'agencement antérieur : la conciliation entre les notions de décentralisation et de libre administration des collectivités territoriales

Afin de déterminer l'apport de la révision de la Constitution réalisée en 2003, il faut, dans un premier temps, envisager le sens et la portée de la modification de l'article 1^{er} de la Constitution (1.).

Constitutionnaliser l'organisation décentralisée de l'État ne semble pas modifier les modalités d'expression du pouvoir originaire dans l'État, les collectivités territoriales restent donc des cadres politiques (2.).

1. LA PORTÉE DE LA RÉVISION DE L'ARTICLE 1^{ER} DE LA CONSTITUTION : LA CONSTITUTIONNALISATION DE LA DÉCENTRALISATION

Depuis la relance de la décentralisation en France, à partir de 1982, celle-ci s'est toujours déroulée à droit constitutionnel constant. La majorité de gauche alors au pouvoir ne pouvait en effet envisager une révision de la Constitution, pourtant annoncée dès 1979, faute de disposer, si ce n'est de la majorité, tout au moins du soutien du Sénat. Pendant vingt ans, c'est donc un ensemble de lois qui ont mis en œuvre et organisé la décentralisation française, cependant que la jurisprudence constitutionnelle encadrait, voire orientait, le travail du législateur pour concilier décentralisation et libre administration des collectivités territoriales. Au terme de ces vingt années de travail législatif, il est apparu nécessaire de compléter le Titre XII de la Constitution, devenu trop peu protecteur. C'est l'objet de la révision de mars 2003, qui modifie principalement le titre XII de la Constitution, en le refondant substantiellement. Elle procède également à un ajout à l'article 1^{er} de la Constitution, le complétant de la phrase « son organisation est décentralisée »⁸²³. Le Conseil d'État s'était déclaré hostile à la formulation retenue par le gouvernement, estimant sa portée normative fort incertaine, d'autant que la Constitution affirme déjà le principe de libre administration des collectivités territoriales⁸²⁴. Le gouvernement est passé outre l'opposition de la Haute juridiction administrative car il s'agit, selon lui, d'une « disposition cliquet », visant à empêcher tout recul. Il y a de plus une portée symbolique indéniable à inscrire la décentralisation à l'article 1^{er} de la Constitution, véritable creuset des principes républicains. Cette disposition ne fait pas

⁸²³ La rédaction complète de l'article 1^{er} est depuis lors : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. *Son organisation est décentralisée* ». Nous soulignons.

⁸²⁴ JÉRÔME (B.), « Le Conseil d'État rend un avis négatif sur le projet », *Le Monde*, 12 octobre 2002, p. 13.

l'objet de débats poussés au Parlement lors de l'examen de la loi constitutionnelle. Le niveau est même plutôt faible et n'apporte aucun élément probant pour connaître le sens qu'entendait lui donner le pouvoir constituant dérivé. De son côté, la jurisprudence constitutionnelle n'apporte guère d'indices. Le Conseil constitutionnel a bien été saisi de cette disposition, jugée contraire à la forme républicaine de gouvernement par les sénateurs requérants, mais il s'est déclaré, selon une position jurisprudentielle classique, incompétent⁸²⁵. C'est finalement la doctrine qui a le plus réfléchi au sens de cette novation, cherchant à comprendre les tenants et aboutissants de ce qui apparaît, de prime abord, comme une inconséquence du législateur constitutionnel.

Les réactions doctrinales sont dans l'ensemble critiques à l'égard de la modification de l'article 1^{er} de la Constitution, même si certains auteurs lui reconnaissent quelques qualités. Plutôt qu'un compte-rendu exhaustif des réactions doctrinales, il semble préférable de présenter les grandes tendances d'analyse, chacune incarnée par un (ou deux) auteur(s) représentatif(s). Trois groupes de réactions se dégagent, allant de l'hostilité explicite au soutien enthousiaste à la nouvelle rédaction en passant par une hostilité nuancée. Chacune de ces analyses tente de répondre à une question identique : quelle portée et quel sens faut-il donner à la constitutionnalisation de l'expression « organisation décentralisée de la République » ?

Bertrand FAURE et Michel VERPEAUX figurent parmi les auteurs les plus critiques de la modification de l'article 1^{er} de la Constitution. Leurs analyses se rejoignent et sonnent comme des échos à la position adoptée par le Conseil d'État. Chacun de ces auteurs développe une double critique quant à la forme et à la portée de la nouvelle rédaction de l'article 1^{er}. Tous deux estiment ainsi qu'il est malencontreux que les rédacteurs de la révision aient préféré le terme de décentralisation au principe de libre administration des collectivités territoriales. Ils soulèvent, chacun, une raison à ce point. Pour Bertrand FAURE, « il y a [...] un anachronisme à voir l'idée de décentralisation supplanter celle de libre administration »⁸²⁶. De son côté, Michel VERPEAUX relève que la décentralisation n'a pas de définition juridique précise ; elle suggère un mouvement qui va de l'État vers les collectivités territoriales, donc un mouvement pas nécessairement favorable à l'autonomie⁸²⁷. L'introduction dans la Constitution de l'idée que l'organisation

⁸²⁵ CC, déc. n° 2003-469 DC, 26 mars 2003 (*Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*), *Rec.*, p. 293 ; *JORF*, 29 mars 2003, p. 5570 ; *RDP* 2004.9, chron. ROUSSEAU ; *AJDA* 2003.1577, Tribune TURPIN ; *RFDA* 2003.670, comment DOLLAT ; *AJDA* 2003.753, Tribune MOUTOUH ; *JCP* 2003(17).732, note ZARKA ; *LPA* 2003(113).7, note GOHIN ; *RDP* 2003.359, actu. ROBERT ; *RDP* 2003.671, chron. CAMBY ; *RDP* 2003.725, chron. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ ; *RDP* 2003.767, chron. CANEDO ; *RDP* 2003.741, chron. MEINDL ; *RDP* 2003.793, chron. GESLOT ; *RFDA* 2003.792, comm. FAVOREU ; *AJJC* 2003.707, comm. FATIN-ROUGE ; *LPA* 2003(188).7, note VERPEAUX ; *RFDC* chron. 2003(54).374, FATIN-ROUGE ; *RFDC* 2003.383, chron. ZIMMER ; *D.* 2004(18).1269, observ. FATIN-ROUGE.

⁸²⁶ FAURE (B.), « Réforme constitutionnelle et décentralisation : des slogans font loi », *RDP*, 2003, p. 121.

⁸²⁷ « Le Conseil d'État n'a pas manqué de souligner, dans son avis du 10 octobre 2002, que le terme de décentralisation est un terme administratif dépourvu de signification normative et que le principe de libre administration était déjà consacré dans les articles 34 et 72 », VERPEAUX (M.), « Une République décentralisée, un Sénat renforcé, la région consacrée, la démocratie directe locale instituée », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 28 octobre 2002, n° 3, 1095, p. 96.

de la République est décentralisée n'est-elle pas d'ailleurs un moyen *a contrario* de rappeler le caractère unitaire de l'État⁸²⁸ ; ce qui semble bien limiter un possible accroissement de l'autonomie locale⁸²⁹. Les remarques de MM. FAURE et VERPEAUX se complètent : maintenant que la liberté d'administration a acquis une signification positive, un sens plus certain grâce à la jurisprudence constitutionnelle, on est en droit de se demander pourquoi revenir à la notion de décentralisation. D'autant plus si l'on estime que la libre administration des collectivités territoriales a un sens politique et démocratique qui justifie sa place dans la Loi fondamentale alors que la décentralisation n'est qu'une modalité d'organisation administrative. Ce dernier élément a été soulevé par M. VERPEAUX lors de débats du VI^e Congrès français de droit constitutionnel ; il questionnait, à cette occasion, la nécessité de réifier la décentralisation, alors qu'elle est par essence un processus dynamique, en perpétuel mouvement. « En définitive, la révision constitutionnelle semble entretenir une certaine part d'illusion. Elle introduit des références, juridiques par leur nouveau support, mais platonique dans leur effet »⁸³⁰, « illustrant ainsi la victoire du symbolique sur le juridique »⁸³¹. D'ailleurs, Michel VERPEAUX conclut que cet article aurait pu, facilement, être mieux rédigé⁸³² et l'objectif politique du gouvernement (c'est-à-dire l'interdiction constitutionnelle de revenir en arrière) « atteint de manière plus convaincante »⁸³³. La nouvelle rédaction ne ferait donc rien d'autre que d'obscurcir le texte constitutionnel, en promouvant une notion potentiellement centralisatrice plutôt que l'autonomie locale.

D'autres auteurs ont émis une critique moins tranchée de cette modification, cherchant une interprétation plus souple de la constitutionnalisation de la décentralisation. Jean-François BRISSON relève ainsi que la rédaction de l'article 1^{er} retenue est critiquable, car la référence au concept de décentralisation soulève de nombreuses interrogations. Le terme de décentralisation ramènerait ainsi à une conception dépassée de l'État administratif, aujourd'hui supplanté par l'État constitutionnel ; il aurait donc fallu lui préférer le terme de libre administration des collectivités territoriales. Malgré cette

⁸²⁸ Dans le même sens, v. DOAT (M.), « Vers une conception a-centralisée de l'organisation de la France », *RDP*, 2003, pp. 115-117.

⁸²⁹ Michel VERPEAUX remarque que pour dépasser ses ambiguïtés, « le gouvernement aurait pu aussi choisir une disposition affirmant que la France respecte les libertés locales », VERPEAUX (M.), « Une République décentralisée... », *op. cit.*, p. 96.

⁸³⁰ FAURE (B.), « Réforme constitutionnelle et décentralisation... », *op. cit.*, p. 122.

⁸³¹ VERPEAUX (M.), « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos », *RFDA*, 2003, p. 667.

⁸³² « Même si la décentralisation est un concept juridique flou, qui ne peut en outre s'appliquer qu'à la reconnaissance des seules collectivités territoriales, à l'exclusion des autres institutions de la République, la rédaction sénatoriale visant à écrire "Son organisation territoriale est décentralisée" avait le mérite de mettre l'accent sur ce qui constitue l'aspect essentiel de la décentralisation et de ne pas entretenir la confusion avec la décentralisation technique ou fonctionnelle », *ibid.*

⁸³³ VERPEAUX (M.), « Une République décentralisée... », *op. cit.*, p. 96.

critique, cet auteur relève les points positifs de la réforme. L'allusion aux collectivités territoriales en début de Constitution était devenue nécessaire ; elle marque « par [leur] enracinement dans le texte constitutionnel une nouvelle étape des relations entre l'État et les pouvoirs locaux. La Constitution n'est pas seulement un texte juridique, c'est aussi un document politique chargé de véhiculer nos représentations symboliques »⁸³⁴. D'après cet auteur, « l'ambiguïté du nouvel article 1^{er} tient sans doute d'abord davantage à notre difficulté de penser l'État décentralisé qu'à la formule elle-même »⁸³⁵. S'il concède que l'article aurait pu préciser que c'est l'organisation *administrative* de la République qui est décentralisée, il lui semble que cet ajout signifie que « l'administration de l'État n'a pas vocation [...] à exercer l'ensemble des fonctions administratives ; [...] en conséquence, les collectivités locales ont dans le cadre républicain – c'est-à-dire dans le respect des lois votées par le Parlement – vocation au même titre que les services de l'État à exprimer l'intérêt général »⁸³⁶. Partant de ce postulat, il propose ensuite une voie de conciliation entre les notions de décentralisation et de libre administration des collectivités territoriales. « La libre administration, reléguée à l'article 72, apparaît pour ce qu'elle est, c'est-à-dire un *principe de mise en œuvre*, une règle – conséquence qui ne trouve sens que dans la mesure où l'organisation de la République est décentralisée, et que ce choix d'organisation administrative amène à tempérer les exigences constitutionnelles [...] découlant de l'État unitaire. *La libre administration s'exercera donc dans le cadre défini par la décentralisation* [...] : le pouvoir local provient d'en haut, des redistributions de compétences décidées par le peuple souverain ou ses représentants et non de communautés de base comme peut le laisser penser l'idée de libre administration »⁸³⁷.

La position défendue par Jean-François BRISSON appelle quelques remarques afin de la nuancer. Si l'on peut passer sur l'idée d'une hiérarchisation des dispositions constitutionnelles à raison de leur place dans la Constitution, car il n'y a là qu'un argument d'ordre symbolique sans aucune portée normative, l'idée sous-jacente à l'ensemble des autres arguments paraît plus discutable. Cet auteur développe en effet une conception fonctionnelle et administrativiste des collectivités territoriales au détriment de la vision du Constituant de 1945/1946, reprise en 1958. Il ne prend, ce faisant, pas en compte le passage de l'État administratif à l'État constitutionnel qu'il relevait au début de son analyse. La constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales signifie pourtant bien le changement de statut de ces structures, la norme fondamentale les intégrant comme cadres politiques d'expression de la démocratie. Dans cette perspective, on ne peut guère adhérer à l'idée que le principe de libre administration des collectivités territoriales ne serait qu'un principe de mise en œuvre. Cette conception fonctionnaliste achoppe sur la dimension libérale de la notion. Envisager que la libre administration s'exercera dans le cadre de la décentralisation, c'est ainsi estimer que la

⁸³⁴ BRISSON (J.-F.), « La France est une République indivisible... son organisation est décentralisée », *RDP*, 2003, p. 112.

⁸³⁵ *Ibid.*

⁸³⁶ *Ibid.*, p. 113.

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 114. Nous soulignons.

liberté politique reconnue aux collectivités territoriales sera bornée par l'agencement administratif décidé par l'État. Rien ne permet d'aller dans ce sens et il y a fort à parier qu'au contraire, la décentralisation se plaquera sur l'étendue de la liberté locale constitutionnalisée. On peut enfin s'accorder avec l'auteur sur l'idée que le pouvoir vient d'en haut, du souverain. Tel est bien le cas puisque la constitutionnalisation a eu pour effet d'inscrire les collectivités territoriales dans l'expression du pouvoir dans l'État. Il paraît en revanche très discutable, parce que beaucoup trop approximatif, de laisser penser, ainsi que le fait cet auteur, que la liberté d'administration met en jeu un pouvoir généré directement par les collectivités territoriales ; rien dans les travaux des Constituants de 1946 et 1958, ni dans les dispositions juridiques postérieures ne permet d'avancer une telle idée. Celle-ci a, de plus, été invalidée par la thèse de C. BACCOYANNIS⁸³⁸ ; la doctrine s'accorde d'ailleurs depuis lors sur ce point. La construction de J.-F. BRISSON est donc pour le moins discutable, son analyse principalement fonctionnaliste achoppant sur la réalité libérale de la notion de libre administration des collectivités territoriales.

Une troisième tendance doctrinale, incarnée par Olivier GOHIN, s'est plutôt félicitée de la nouvelle rédaction de l'article 1^{er} de la Constitution. Contrairement à MM. FAURE et VERPEAUX, Olivier GOHIN estime que l'inscription de l'organisation décentralisée n'est pas déplacée, « dès lors qu'il s'agit de faire aussi de la décentralisation – ou, mieux, de "l'organisation décentralisée" – la forme politique de l'État »⁸³⁹. Cette réforme « consiste ainsi à mettre le dispositif constitutionnel en ligne, de sorte que la forme politique de l'État s'inscrive désormais dans le schéma de la décentralisation territoriale »⁸⁴⁰. De la constitutionnalisation de l'organisation décentralisée de la République française, l'auteur tire plusieurs considérations, qui expriment toutes une idée identique : l'État français reste encore et toujours un État unitaire, le Constituant ayant refusé les voies de l'État fédéral et de l'État régional. « La nouvelle décentralisation, issue de la révision de mars 2003, s'inscrit principalement dans le contexte de la décentralisation administrative et ne participe donc pas, dans cette mesure, de la décentralisation politique. Elle se rapporte à une forme politique d'État décentralisé cherchant ouvertement à se situer à peu près à mi-chemin entre État centralisé et État régionalisé »⁸⁴¹, comme l'illustre par exemple le refus de doter les régions d'un statut particulier qui leur aurait fait quitter la sphère administrative. L'analyse de M. GOHIN présente la qualité d'envisager la notion de décentralisation dans une perspective constitutionnelle d'organisation politique. Il ne développe donc pas, au contraire de Jean-François BRISSON, une analyse fonctionnaliste des collectivités territoriales. Il est en revanche difficile d'adhérer pleinement à son point de vue car il n'envisage jamais le lien entre décentralisation et liberté d'administration. Or, si l'on peut estimer que la constitutionnalisation réalisée en

⁸³⁸ BACCOYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration...*, op. cit. V. plus particulièrement la première partie.

⁸³⁹ GOHIN (O.), « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État en France », *AJDA*, 2003, p. 523.

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 525.

2003 ne modifie pas la nature administrative de la décentralisation, il faut également établir un lien entre cette organisation administrative et les dispositions constitutionnelles existantes. Olivier GOHIN donne ainsi l'impression de réécrire la disposition qu'il commente en complétant le nom commun « organisation » de l'épithète « administrative ». Or rien n'indique que tel soit le sens envisagé par les rédacteurs du texte. Néanmoins, si l'on adopte ce présupposé, la conciliation entre décentralisation et libre administration des collectivités territoriales peut être la suivante. D'un côté, la libre administration rattache les collectivités territoriales à la sphère démocratique, donc politique, d'expression du pouvoir dans l'État ; d'un autre côté, la décentralisation promouvrait, selon une logique fonctionnelle, la dimension administrative des structures territoriales. La double nature des collectivités territoriales figurerait ainsi dans la norme suprême, sans que rien vienne établir la proportion de chacune de ces composantes. Largement incomplète en ce qu'elle procède à une lecture séquencée de la Constitution, cette analyse rompt elle aussi avec la dimension libérale de l'organisation verticale du pouvoir. Comme bien souvent en doctrine, cet auteur défend l'unité politique de l'État, en privilégiant l'unité de mise en œuvre à celle des fondements, alors que seule la suppression de la dernière impliquerait la fin de l'État unitaire classique.

Au terme de cette présentation, quelques pistes ont pu être dégagées sans qu'aucune n'emporte complètement la conviction. Aussi, la question reste-elle entière concernant les modalités de la conciliation entre les deux principes de décentralisation et de libre administration des collectivités territoriales, afin de déterminer si la révision de mars 2003 modifie substantiellement les modalités d'expression du pouvoir dans l'État.

2. LA RÉFORME DE MARS 2003 NE MODIFIE PAS LES MODALITÉS D'EXPRESSION DU POUVOIR DANS L'ÉTAT

Si la question de la décentralisation peut être analysée sous différents angles, il s'agit ici d'envisager l'apport de la constitutionnalisation de l'organisation décentralisée de la République à l'expression du pouvoir. Afin d'y parvenir en dépassant tous les *a priori* dogmatiques, il semble qu'il faille revenir sur la portée de chacune de ces deux notions dans la perspective, particulière, de l'économie générale d'expression du pouvoir originaire sous la V^e République.

Le sens de la libre administration des collectivités territoriales paraît clairement établi. Il s'agit de la double constitutionnalisation de la participation des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir souverain dans l'État et de la forme libérale de cette participation. Les collectivités territoriales jouissent, dans ce cadre, d'une liberté de gestion des affaires de leur compétence, garantie par une autonomie organique constitutionnellement définie. Le juge constitutionnel défend cette conception, à travers la définition matérielle qu'il propose de ce principe. La libre administration a ainsi une portée juridique ; elle incarne une liberté politique, dont jouissent les structures locales. De son côté, la décentralisation ne peut être définie qu'abstraitement. « Manière d'être de l'État », elle consiste en la délégation de compétences à des autorités administratives, bénéficiant d'une certaine liberté de gestion. Processus administratif essentiellement dynamique, elle est une idée qui soutient l'organisation d'un État bien plus qu'une notion juridique certaine. On peut estimer qu'elle est un terme imprécis dont le sens ne peut être défini avec suffisamment

d'exactitude pour emporter une quelconque portée normative. Elle n'a en effet aucun contenu positif, et n'est rien d'autre qu'un perpétuel devenir. Il paraît alors difficilement envisageable qu'une notion malléable sans contenu positif puisse primer sur une autre dont la portée est reconnue. Elle devrait au contraire s'aligner sur elle.

L'apport de la révision de mars 2003 à l'article 1^{er} de la Constitution doit donc se lire à l'aune de l'économie antérieure du système. De ce point de vue plusieurs remarques peuvent être faites. Tout d'abord, les lectures *a contrario* de cette disposition, concluant à l'interdiction de tout passage au fédéralisme sont bien évidemment justifiées, mais elles posent mal la question, tout comme la distinction établie par Olivier GOHIN entre décentralisation administrative et décentralisation politique. Le pouvoir des collectivités territoriales est en effet un pouvoir originaire puisque ces structures constituent, pour reprendre l'expression du Constituant, des « cadres politiques » ; le pouvoir qu'elles mettent en œuvre étant ainsi un pouvoir politique. La décentralisation, comprise comme une simple modalité d'organisation de l'État, peut être caractérisée d'administrative, mais uniquement dans une perspective fonctionnelle. Si l'on adopte le point de vue de la libre administration, la distinction administration/politique perd de sa pertinence comme moyen d'analyse. Démocratiquement, la France vit à l'heure de la décentralisation politique, en ce sens que le pouvoir originaire dans l'État s'exprime non plus seulement par les pouvoirs constitués étatiques, mais également selon des modalités territoriales. L'idée de décentralisation administrative ne vaut plus que dans un sens restreint, qui paraît peu avoir sa place dans la norme fondamentale. Il faut donc écarter la constitutionnalisation d'une modalité d'organisation administrative de l'État et l'on doit renoncer à la proposition de réécriture de Jean-François BRISSON : « son organisation *administrative* est décentralisée »⁸⁴². Aussi, faut-il comprendre la notion de décentralisation dans un sens politique. La consécration de l'organisation décentralisée de la République vient confirmer que le pouvoir dans l'État ne s'exprime pas uniquement au niveau central, mais également au niveau du territoire *via* les collectivités territoriales. De ce point de vue, bien loin de s'opposer, les notions se complètent. La libre administration des collectivités territoriales permet de donner une mesure nouvelle à la décentralisation, cependant que celle-ci réfléchit sur la première en la renforçant par son « effet-cliquet ». L'absence de sens véritable de la notion de décentralisation joue alors en faveur de la libre administration des collectivités territoriales, qui lui donne signification. Le texte constitutionnel apparaît donc plus cohérent que ce que les premières analyses laissaient croire. Il est ainsi riche de virtualités autonomiques et politiques qui ne seront précisées qu'avec le temps, la constitutionnalisation de la décentralisation ne modifiant pas l'économie institutionnelle existant avant la révision de mars 2003.

Au terme de cette section, il apparaît nettement que la constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales vient confirmer une tendance de long terme qui est d'associer ces institutions à l'expression du pouvoir originaire dans l'État. Le pouvoir local en devient ainsi une modalité, tirant son originarité, non pas de la communauté locale, mais du souverain national. Cette constitutionnalisation, si elle remet en cause l'unicité des canaux d'expression du pouvoir dans l'État, n'altère en rien son unité, puisque l'ordre juridique se fonde toujours sur une seule et même norme, la

⁸⁴² Point également sous-jacent dans l'analyse d'Olivier GOHIN, comme nous l'avons relevé.

Constitution de l'État.

Une fois établi que le pouvoir local est un pouvoir originaire par ses fondements, il est possible de se consacrer à l'étude des modalités constitutionnelles d'expression de la puissance territoriale. Celles-ci reposent sur deux éléments qui renforcent *a posteriori* le constat de l'originarité du pouvoir territorial.

Conclusion du chapitre I.

Établir un lien entre les collectivités territoriales et l'expression du pouvoir dans l'État n'est pas le propre du XX^e siècle. La législation révolutionnaire fournit en effet un terreau propice à cette assimilation, même si l'on se rend compte qu'il s'agit d'un abus. L'identité des cadres politiques et administratifs, bien que déjà réelle, n'emporte cependant aucune conséquence *de jure*. L'érection, au XIX^e siècle, des conseils généraux en palliatif d'une Assemblée nationale défailante finit de marquer ce rapprochement : les collectivités territoriales apparaissent implicitement comme des cadres politiques. De son côté, la doctrine publiciste, par la voix avisée de Maurice HAURIOU, va dans ce sens en postulant le lien entre souveraineté et décentralisation ; cette dernière exprime alors la liberté politique de la Nation contre l'État. Les initiatives, tant du législateur que de la doctrine, restent cependant incomplètes, en ce qu'elles n'envisagent pas suffisamment la traduction normative concrète de la nouvelle organisation verticale qu'elles impliquent.

Ce n'est ainsi qu'avec l'inscription constitutionnelle expresse des collectivités territoriales que la question prend toute son ampleur. Conçues comme des cadres démocratiques, intégrées au « corps politique de l'État », les collectivités territoriales sont insérées dans l'expression du pouvoir dans l'État. Plusieurs éléments permettent d'aller en ce sens : la conception holiste adoptée par le Constituant de 1945-1946 (et reprise en 1958) laisse voir les collectivités territoriales comme un tout, qui est constitutionnalisé comme tel. Il s'agit donc d'organiser l'expression territoriale du pouvoir souverain, afin de compléter l'agencement traditionnel du pouvoir. Le pouvoir local devient ainsi une modalité constitutionnelle d'expression du pouvoir dans l'État ; il acquiert de ce fait un caractère originaire. L'agencement ainsi mis en évidence dans le texte de 1946 n'est pas infirmé dans la Constitution du 4 octobre 1958. Au contraire, sous ce régime, le pouvoir dans l'État s'exprime également de manière duale, au niveau étatique et au niveau territorial. La constitutionnalisation du caractère décentralisé de l'organisation de la République n'infirmé en rien ce point.

Organisé directement par le souverain, la puissance territoriale est donc bien un pouvoir originaire de type politique ; les collectivités territoriales, « Quatrième organe » politique constituent quant à elles les cadres territoriaux de la démocratie globale.

Chapitre II. Les canaux constitutionnels d'expression territoriale du pouvoir : l'*originarité réflexive* du pouvoir des collectivités territoriales

Après avoir vu que la puissance territoriale prenait directement sa source dans la volonté

du souverain, il faut à présent déterminer les modalités selon lesquelles elle participe à l'expression du pouvoir dans l'État. Cela devrait alors aboutir à la mise en évidence de l'unification du champ de la démocratie politique à travers le développement des normes de valeur constitutionnelle (Constitution et jurisprudence du Conseil constitutionnel). C'est en effet l'enracinement de la démocratie globale dans ces dernières qui donne toute sa cohérence au mécanisme de reproduction de la démocratie étatique au niveau territorial.

Le pouvoir dans l'État trouve son fondement dans l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui paraît réaliser une synthèse des deux grandes doctrines de la souveraineté. Plus que la traduction juridique concrète de cette disposition (dont l'application tend à gommer les différences et à en faire une clause, essentiellement politique, garantissant le caractère démocratique du régime), ces deux théories apparaissent dans le discours du Constituant, puis dans la jurisprudence du juge constitutionnel, pour justifier le rattachement des collectivités territoriales à l'expression du pouvoir politique dans l'État. Elles ont donc une fonction rhétorique et explicatrice réelle de l'articulation générale des différents échelons d'expression du pouvoir. C'est pourquoi nous les utiliserons comme prismes d'analyse pour envisager les rapports entre les collectivités territoriales et l'État dans l'agencement du pouvoir originaire politique, et ce, malgré les tempéraments qui ont pu être apportés⁸⁴³.

La puissance territoriale repose sur l'élection ; le Constituant en 1945-1946, puis en 1958, insiste beaucoup sur l'importance de l'origine élective des organes locaux. Il établit ainsi un lien explicite entre le pouvoir local et l'expression de la volonté du peuple. Celle-ci ne sera désormais complète que si les citoyens peuvent s'exprimer à tous les niveaux territoriaux de la démocratie politique. L'origine élective, source de légitimité du pouvoir démocratique, confère par ailleurs une identique essence à l'ensemble des cadres politiques. La Constitution organise ainsi l'unité du système politique républicain, à travers le rattachement des différents cadres territoriaux à l'expression de la souveraineté populaire (**Section I.**).

La Constitution prévoit également le rattachement des collectivités territoriales à la souveraineté nationale, puisque le Sénat assure, selon l'article 24 de la Constitution, la représentation de ces structures. Le juge constitutionnel a interprété cette disposition comme liant les collectivités territoriales à la souveraineté nationale, à travers l'unité du processus électif républicain. Elles se trouvent, ce faisant, à nouveau associées à l'expression du pouvoir originaire dans l'État (**Section II.**).

Section I. L'expression élective de la puissance territoriale : la participation des collectivités territoriales à la souveraineté populaire

La libre administration des collectivités territoriales repose sur l'élection des organes locaux. Expression de la population, ces élections ont été qualifiées de « scrutins politiques »⁸⁴⁴ par le juge constitutionnel. Celui-ci paraît, ce faisant, avoir validé la thèse du rattachement des collectivités territoriales à la sphère de la démocratie politique républicaine (**Paragraphe 1.**).

⁸⁴³ Sur ce point, v. *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 1, A.

L'acceptation du caractère politique des élections locales se traduit dans la double exigence des juges constitutionnel et administratif de l'application aux différents scrutins de règles identiques, propres aux scrutins politiques. Les juges confirment ainsi l'unicité des règles d'expression de la souveraineté populaire aux différents niveaux territoriaux (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. Les élections locales, canal territorial d'expression de la souveraineté populaire

Le Constituant a fait de l'élection l'élément clé de la définition de la liberté octroyée aux collectivités territoriales ; elle est en effet la seule dimension explicitement prévue dans la Constitution. Or, on a vu que le Constituant rattachait la promotion de la liberté locale au renforcement de la souveraineté populaire. L'élection semble alors faire le lien entre ces deux notions⁸⁴⁵, favorisant ainsi l'intégration des collectivités territoriales au champ politique à travers l'unification des principes applicables à l'ensemble des organes participant de la démocratie politique.

L'élection des organes délibérants locaux inscrit tout d'abord les collectivités territoriales dans la sphère de la démocratie politique, ainsi que le confirme la qualification opérée par le juge constitutionnel en 1982 (**A.**).

L'origine élective des organes délibérants locaux confère ensuite une légitimité politique commune à l'ensemble des organes exprimant le pouvoir dans l'État, en ce qu'ils sont désignés par des organes identiques (**B.**).

A. Le caractère politique des élections locales inscrit les collectivités territoriales dans le champ de la démocratie politique

Les différentes vagues décentralisatrices, initiées depuis 1982, ont toutes embrassé la législation électorale, les lois relatives aux scrutins locaux se multipliant⁸⁴⁶. Cette

⁸⁴⁴ CC, déc. n° 82-146 DC, 18 novembre 1982 (*Quotas par sexe*), *Rec.* p. 66 ; *RJC* p. I-134 ; *JORF* 19 novembre 1982, p. 3475 ; *D.* 1984.469, note HAMON ; *JCP* 1983.II.19946, note MARCHAND ; *Droit social*, 1983.131, note LOSCHAK ; *RDP* 1983.367, chron. FAVOREU ; *AJDA* 1983.74, note BOULOUIS ; *Pouvoirs* 1983(25).190, chron. AVRIL, GICQUEL ; *GDCC* 12^e éd., comm. n° 33 bis.

⁸⁴⁵ Comme elle faisait le pont entre souveraineté et décentralisation chez HAURIUO.

⁸⁴⁶ On en compte pas moins de six depuis 1982 : Loi n° 82-974 du 19 novembre 1982 relative à l'élection des conseillers municipaux et conditions d'inscription des français établis hors de France sur les listes électorales (*JORF*, 20 novembre 1982, p. 3 487) ; Loi n° 85-692 du 10 juillet 1985 modifiant le code électoral et relative à l'élection des conseillers régionaux (*JORF*, n° 159, 11 juillet 1985, p. 7 805) ; Loi n° 90-1103 du 11 décembre 1990 organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux (*JORF*, 13 décembre 1990, p. 15 271) ; Loi n° 94-44 du 18 janvier 1994 rétablissant le renouvellement triennal par moitié des conseils généraux (*JORF*, n° 15, 19 janvier 1994, p. 977) ; Loi n° 99-36 du 19 janvier 1999 relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux (*JORF*, n° 16, 20 janvier 1999, p. 1 024) et Loi n° 2003-327 du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques (*JORF*, 12 avril 2003, p. 6 488).

thématique est ainsi au cœur de la réorganisation du pouvoir qui se joue à ces occasions, confirmant *a priori* que les collectivités territoriales ont bien à voir avec l'organisation de la démocratie politique. Ce lien est explicité par le juge constitutionnel lors du contrôle de la première loi électorale de l'Acte I de la décentralisation. Celui-ci a alors été l'occasion pour le Conseil constitutionnel de consacrer le caractère politique des élections municipales. Saisi de la constitutionnalité de quotas imposant un seuil minimal de personnes du même sexe dans la constitution des listes pour les élections municipales, le juge du pavillon Montpensier a considéré, en se fondant sur les articles 3 de la Constitution et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, que les électeurs étaient appelés à voter aux élections en qualité de citoyen. Celle-ci « ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ; [...] ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles ; [...] il en est ainsi pour tout *suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux* »⁸⁴⁷.

La qualification de scrutin *politique* opérée par le juge constitutionnel passe, dans les analyses doctrinales, au second plan derrière la censure des quotas minimum de personnes de même sexe et l'affirmation très forte de l'unicité de la citoyenneté au-delà des clivages de genre⁸⁴⁸. Loin d'être une qualification mineure et/ou de circonstances, le juge de la rue Montpensier l'étendra, en 1998, aux scrutins régionaux, confirmant ce faisant qu'il y a là une véritable caractéristique des élections territoriales. À cette occasion, le Conseil constitutionnel est confronté à un problème similaire à celui de 1982. L'article 4 du texte adopté par le Parlement prévoyait en effet que « chaque liste assure la parité entre candidats féminins et masculins ». Le juge adopte alors une position identique à celle de 1982, considérant qu'« en l'état, et pour les *motifs énoncés dans la décision susvisée du 18 novembre 1982*, la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont exclus ni pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ni pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu, sans que puisse être opérée aucune distinction entre électeurs ou éligibles en raison de leur sexe »⁸⁴⁹. Si le juge constitutionnel ne qualifie pas expressément le scrutin régional de « scrutin politique », le renvoi à la décision 146 DC équivaut à une telle qualification. Les motifs évoqués en 1982 faisaient en effet du scrutin municipal un scrutin politique ; dès lors, leur mention doit également conduire à ce résultat. Le scrutin régional, au même titre que le scrutin municipal, est de ce fait intégré à la catégorie des scrutins politiques.

Suite à la décision de 1982, seul Louis FAVOREU consacre quelques (courts) développements à la question du caractère politique des scrutins locaux dans sa

⁸⁴⁷ CC, déc. n° 82-146 DC, préc. Nous soulignons.

⁸⁴⁸ D'ailleurs le commentaire de la décision aux *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* n'aborde pas cette qualification, pour se concentrer sur la définition de la citoyenneté par le Conseil constitutionnel, *GDCC op. cit.*

⁸⁴⁹ CC, déc. n° 98-407 DC, préc. Considérant n° 12. Nous soulignons.

chronique de jurisprudence constitutionnelle⁸⁵⁰. Notons tout d'abord qu'il ne mentionne pas la décision dans la rubrique « droit constitutionnel local », mais dans celle consacrée au « droit constitutionnel électoral », laissant entendre l'unicité de la problématique électorale constitutionnelle quelque soit le niveau territorial en cause. La position du juge constitutionnel a pourtant une potentielle incidence sur les modalités de définition de la libre administration des collectivités territoriales. Le savant auteur n'en juge toutefois pas ainsi. Ce silence s'explique sans doute par le fait que le Conseil constitutionnel ne se réfère pas à l'article 72 de la Constitution, ne consacrant pas explicitement une conception organique de l'élection locale. L. FAVOREU remarque néanmoins la nouveauté de cette qualification, puisque les scrutins locaux étaient jusqu'alors considérés comme des élections administratives. Leur contentieux relève d'ailleurs de la compétence de la juridiction administrative, alors que celui des élections « politiques » nationales est confié au juge constitutionnel, ce qui semble corroborer l'ancienne qualification. Il note ensuite que la notion de suffrage politique était traditionnellement rattachée à l'exercice de la souveraineté sans aller plus avant dans son raisonnement⁸⁵¹. Il laisse ainsi sans réponse véritable la double interrogation que soulève, selon nous, la qualification opérée par le juge constitutionnel : 1°) le suffrage politique étant nécessairement lié à la souveraineté, comment peut-on alors justifier le rattachement des scrutins locaux à cette catégorie ? 2°) quelles sont les conséquences d'une telle qualification sur la libre administration des collectivités territoriales et donc sur le pouvoir territorial ?

Répondre au premier membre de cette double interrogation oblige à replacer les scrutins locaux dans l'agencement politique global ; le juge constitutionnel trace ainsi un lien entre les collectivités territoriales et le Sénat⁸⁵², confirmant que les modalités d'expression démocratiques du pouvoir passent également par les canaux territoriaux. La qualité politique des scrutins locaux, participant de la souveraineté du peuple, renforce alors l'expression de la souveraineté nationale. Le juge de la rue Montpensier a ainsi expliqué, dans sa décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992⁸⁵³, l'application des principes des scrutins politiques aux élections locales se justifient, en effet, en raison du fait que le collège électoral sénatorial se composant des élus locaux, les consultations qui les désignent ont nécessairement une incidence sur les élections sénatoriales. Pour le Conseil constitutionnel, dont nous acceptons, pour l'instant sans discussion, la conclusion, les collectivités territoriales participent donc indirectement à l'exercice de la souveraineté nationale, à travers le rattachement des élections locales à l'élection sénatoriale. Ceci aboutit ainsi à une politisation descendante du territoire à travers l'imbrication des modes

⁸⁵⁰ RDP 1983, p. 367.

⁸⁵¹ L'auteur ne tire de conclusions de cette nouvelle qualification que quant à la répartition du contentieux des élections européennes, rappelant qu'elles ne mettaient pas en jeu la souveraineté nationale.

⁸⁵² Nous ne présenterons que succinctement ce point, esquissant une première piste, avant de lui consacrer une partie de la section suivante dédiée aux rapports entre les collectivités territoriales et la Haute assemblée.

⁸⁵³ CC, déc. n° 92-308 DC, préc.

de scrutin ⁸⁵⁴ ; la souveraineté populaire semble alors se subsumer dans la souveraineté nationale.

Une fois le lien entre les scrutins locaux et l'expression de la souveraineté établi, il faut encore envisager les conséquences sur la libre administration des collectivités territoriales. Si une partie des auteurs refuse de qualifier les scrutins locaux de politiques, le Constituant a néanmoins consacré, tant en 1946 qu'en 1958, l'existence de collectivités territoriales – communautés humaines. Leur libre administration n'est donc pas, comme la décentralisation, un principe d'organisation administrative mais une liberté reconnue à un groupe humain territorialement circonscrit. Elle complète ainsi la logique fonctionnelle décentralisatrice par l'affirmation d'une liberté organique. Dans cette optique, le mode de scrutin permet à une population organisée, territorialement déterminée, de se doter d'organes représentatifs pour gérer ses affaires. L'élection, loin d'être une technique administrative politiquement neutre, devient un élément d'expression du pouvoir mis en jeu au sein de chaque communauté territoriale, que la Constitution organise, canalise et agrège dans le moule de la souveraineté populaire. Aussi, l'organe initial (la population de la collectivité territoriale) désigne-t-il ses représentants, selon les mêmes mécanismes que ceux à l'œuvre dans le système représentatif national. De ce point de vue, la constitutionnalisation de l'origine élective présente un double intérêt. Elle insère, dans un premier mouvement, les collectivités territoriales à l'expression du pouvoir originaire dans l'État : les élections locales participent ainsi de l'expression (globale) de la volonté du peuple ⁸⁵⁵. La constitutionnalisation garantit, dans un second mouvement, l'autonomie organique des collectivités territoriales, alors comprise comme consécration de la pluralité territoriale d'expression de la volonté du peuple ; elle en est même le fondement, consacré par le peuple souverain lors de l'adoption de la Constitution, dans la protection du principe de libre administration.

B. L'élection fournit une légitimité politique commune à l'ensemble des organes participant à l'expression du pouvoir dans l'État

Il est possible de reprendre, au moins pour partie, le raisonnement de la Cour de Karlsruhe, pour apprécier l'organisation verticale du pouvoir en France. L'origine élective fournit une légitimité politique identique à l'ensemble des organes participant à l'expression du pouvoir dans l'État, conformément aux conclusions établies précédemment (2.).

1. LA DÉFINITION « ACTIVE » DE LA SOUVERAINÉTÉ DU PEUPLE PAR LA COUR

⁸⁵⁴ La présentation complète de ce point sera développée dans le paragraphe suivant.

⁸⁵⁵ Dans cette perspective, il n'est pas neutre que l'ensemble des scrutins d'une même catégorie de collectivités territoriales ait lieu le même jour. C'est la confirmation pratique de la conception holiste, héritée des Constituants de 1946. À travers l'ensemble des élections locales, la souveraineté du peuple s'exprime pleinement ; dans cette optique, une proposition comme celle de Jean-Pierre RAFFARIN, alors sénateur, d'étaler les élections régionales est discutable en ce qu'elle remet en cause l'agencement du fondement unitaire du système politique républicain. Sur ce point, v. Jean-Pierre RAFFARIN, Séance du 20 octobre 1998, *JORF Sénat débats*, 21 octobre 1998, p. 3892.

CONSTITUTIONNELLE DE KARLSRUHE : L'IDENTIQUE LÉGITIMITÉ DÉMOCRATIQUE DES COLLECTIVITÉS PUBLIQUES

Saisie de deux textes de lois autorisant le vote des étrangers aux élections municipales à Hambourg et au Schleswig-Holstein ⁸⁵⁶, la Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe adopte une position reposant sur une conception extensive de la légitimité démocratique, comme caractéristique des collectivités publiques. La décision du Tribunal constitutionnel peut se fonder en deux temps : tout d'abord, « la Cour dispose que "tout pouvoir d'État émane du peuple" (art. 20, al. 2, 1 LF) en ne l'interprétant pas seulement comme l'expression de la souveraineté du peuple mais en l'associant avec la notion du "peuple d'État" (*Staatsvolk*) qui est le "titulaire et le sujet" du pouvoir de l'État. La légitimité démocratique du pouvoir étatique est donc étroitement liée au "peuple national" qui se définit en principe par la nationalité » ⁸⁵⁷. « Le point de référence de la démocratie, comme forme politique et forme de gouvernement, réside [ainsi] dans le peuple politique (*Staatsvolk*), c'est-à-dire l'ensemble des êtres humains qui sont rassemblés au sein de l'État en tant qu'unité d'action et qui en forme le support. Cet ensemble est défini et délimité par le lien juridique de la nationalité (*Staatsangehörigkeit*), [...] les nationaux [étant] statutairement rattachés à la vie politique et au destin de l'État qu'ils forment et dont ils sont le support » ⁸⁵⁸. Le juge constitutionnel allemand « rejette [ainsi] la thèse souvent développée selon laquelle il y aurait un lien indissoluble entre le fait d'être titulaire des droits politiques et démocratiques et celui d'être soumis en permanence au pouvoir étatique » ⁸⁵⁹. « Une telle conception méconnaît en effet le fait que, dans l'État démocratique, il ne s'agit pas simplement d'une domination territoriale qui serait exercée sur une multitude d'individus, une domination à laquelle, au nom de leur droit à l'autodétermination, il conviendrait de les faire participer. L'État démocratique forme une association de personnes, il a des membres qui sont déterminés par un lien juridique d'appartenance (la nationalité) ; c'est [donc] cet ensemble qui forme le peuple duquel émane le pouvoir d'État et qui l'exerce » ⁸⁶⁰. Une fois posé le principe de l'impossibilité pour les étrangers de voter au niveau national, il reste alors au juge allemand à développer son argutie pour les *Länder* et l'échelon communal ; celle-ci ne peut s'appliquer aux assemblées locales que si « leur libre administration [...] est comprise comme une pièce de l'organisation étatique » ⁸⁶¹.

⁸⁵⁶ La loi du 20 février 1989 portant sur l'introduction du vote local des étrangers aux assemblées d'arrondissements de la ville de Hambourg a été attaquée par 224 députés du *Bundestag* comme violant la Loi fondamentale (LF) ; de son côté le *Land* de Schleswig-Holstein avait voté une loi autorisant le vote des ressortissants des Pays-Bas, de la Norvège, de la Suède et de la Suisse. Cette loi a également été attaquée par 224 députés.

⁸⁵⁷ WEBER (A.), « Jurisprudence constitutionnelle étrangère. Allemagne : le droit de vote communal des étrangers (arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale du 31 octobre 1990) », *RFDC*, 7, 1991, p. 554.

⁸⁵⁸ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), « Principes de la démocratie, forme politique et forme de gouvernement », *op. cit.*, pp. 283-284.

⁸⁵⁹ WEBER (A.), « Jurisprudence constitutionnelle étrangère. Allemagne... », *op. cit.*, p. 554.

⁸⁶⁰ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), « Principes de la démocratie, forme politique et forme de gouvernement », *op. cit.*, p. 284.

Cherchant à éclaircir cette dernière interrogation, la Cour établit que « le principe du lien étroit entre les détenteurs du pouvoir (les élus) et la masse des Allemands qui y sont assujettis s'applique également au niveau des *Länder* et des municipalités par la règle de l'*homogénéité* des principes directeurs de la Constitution, qui s'appliquent aussi bien au niveau fédéral, qu'au niveau des États fédérés et à celui des communes. Ainsi, au lieu du "peuple national", c'est le "peuple du *Land*" qui est considéré comme détenteur de la légitimité des pouvoirs publics »⁸⁶². La Cour applique alors son raisonnement à Hambourg et au Schleswig-Holstein. Dans ce dernier cas, une controverse complique cependant sa tâche : il s'agit de savoir si les collectivités locales, les arrondissements (*kreise*) et les municipalités ont un statut différent de celui de l'État fédéral ou d'un État fédéré. Pour fonder l'homogénéité de l'ensemble des administrations publiques, la Cour retrace les origines de l'autonomie locale. Elle « distingue [pour cela] très nettement l'élément "participatif" caractéristique de toutes les formes d'administration autonome de celui de "l'unité fondamentale de la légitimité démocratique" qui est le but destiné à être renforcé. De même, l'interprétation historique ou subjective ne donne pas de résultat différent parce que le droit de vote au niveau municipal a été – en général – restreint aux ressortissants allemands ou des *Länder* »⁸⁶³. La Cour déclare finalement les deux textes qui lui ont été soumis comme étant « incompatibles et nuls » avec la Loi fondamentale dans deux décisions en date du 31 octobre 1990.

Plus que la position du juge constitutionnel allemand à l'égard du vote étranger et à la censure de ces lois, c'est son raisonnement qui paraît intéressant par l'assimilation qu'il établit entre les échelons local et central. Celle-ci est, en grande partie, rendue possible par l'évolution des rapports entre les collectivités territoriales et l'État. Si les premières se sont, dans un premier temps, affirmées comme des contre-pouvoirs face au second⁸⁶⁴, faisant apparaître une nouvelle forme de séparation des pouvoirs, verticale et non pas horizontale, « elles participent [à l'époque contemporaine « en vertu de l'idéologie démocratique intégratrice »] à l'action étatique sous forme de coopération administrative et financière »⁸⁶⁵. C'est ce double changement de fonction et de statut des structures territoriales qui permet l'assimilation opérée et l'affirmation selon laquelle le pouvoir local est de même nature que celui de l'État, qu'il est une *puissance publique*. « Si les communes et les arrondissements agissent dans leurs domaines soumis à l'auto-administration, alors ils exercent des droits de puissance publique et donc une

⁸⁶¹ *Ibid.*

⁸⁶² WEBER (A.), « Jurisprudence constitutionnelle étrangère. Allemagne... », *op. cit.*, p. 555.

⁸⁶³ *Ibid.*

⁸⁶⁴ Les collectivités arrachent aux seigneurs le droit de gérer leurs intérêts ; en cela elles s'affirment en opposition au pouvoir seigneurial dans un premier temps, puis à l'État royal dans second. S'affirme ainsi dans un premier temps l'*altérité* de la collectivité territoriale par rapport à l'État. Voir l'historique développé lors du titre précédent.

⁸⁶⁵ BEAUD (O.), « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, p. 419.

souveraineté comme lors de la réalisation de tâches dans un domaine d'action habilité. Le pouvoir local détient donc en tant qu'instrument de puissance publique, les deux qualités cumulatives et discriminantes par rapport aux autres collectivités que sont, d'une part, la compétence générale, et, d'autre part, l'existence de droits de puissance publique »⁸⁶⁶. Les juges constitutionnels allemands se « sont [ainsi] référés à la fois à l'assise territoriale et à la généralité de compétence des collectivités locales pour démontrer qu'elles avaient une nature identique à celle de l'État »⁸⁶⁷. Le juge constitutionnel allemand en fait la démonstration « en soulignant d'une part que les communes étaient le siège d'une puissance publique, et surtout en démontrant que le pouvoir local était un pouvoir à vocation générale, dont la compétence quant à son étendue, se déterminait essentiellement sur une base territoriale »⁸⁶⁸. Dans le droit constitutionnel des collectivités territoriales allemandes, la dimension exclusivement territoriale du pouvoir est ainsi l'élément fondamental qui explique l'identité de nature entre collectivités territoriales et État. « Pour l'essentiel, c'est dans l'assise territoriale du pouvoir local, déterminant sa compétence générale, qu'il faut rechercher, selon le juge constitutionnel allemand, l'élément qui permet d'identifier ce pouvoir à celui de l'État. [...] Le peuple réparti dans les différentes collectivités locales apparaît comme "le sujet spécifique de l'auto-administration et doit, en conséquence, avoir une représentation qui doit être élue selon les mêmes principes que ceux qui valent pour les élections à la Chambre des députés et aux parlements des *Länder*" »⁸⁶⁹.

Le juge constitutionnel allemand déploie ici une conception active de la souveraineté du peuple. Pour définir le peuple, il établit un lien entre pouvoir et légitimité : la légitimité démocratique est le pendant de la puissance publique. Les décisions exprimant la puissance publique doivent ainsi être légitimées démocratiquement. Or, « la légitimité démocratique du pouvoir étatique est constitutionnellement assurée par le droit de suffrage qui est le mode juridique d'expression de la souveraineté du peuple »⁸⁷⁰, ou, selon le juge constitutionnel allemand, « la légitimation démocratique des pouvoirs publics [...] est procurée par les élections. Par son droit de suffrage, le citoyen se manifeste, en *status activus*, comme appartenant au peuple ayant qualité d'organe d'État »⁸⁷¹. Les collectivités territoriales, qualifiées de pouvoirs publics, c'est-à-dire d'organes de l'État *lato sensu*, doivent, selon cette logique, comme l'État *stricto sensu*, obéir à l'exigence de légitimité démocratique. « À "*la légitimité corporative*" d'antan qui est une légitimité *libérale* (limiter l'État) s'oppose de nos jours la légitimité *démocratique* issue de l'exigence

⁸⁶⁶ *Ibid.*

⁸⁶⁷ ROBBE (F.), *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat...*, *op. cit.*, p. 196.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 198.

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ BEAUD (O.), « Le droit de vote des étrangers... », *op. cit.*, p. 420.

⁸⁷¹ *Ibid.*

de la participation de tous à la vie politique. Il n'y a pas de différence de nature entre la participation à la vie politique locale et la participation à la vie politique nationale »⁸⁷². La souveraineté du peuple vaut ainsi également pour les collectivités territoriales et apparaît bien comme un élément unificateur du champ politique démocratique.

2. LA COMMUNE LÉGITIMITÉ DÉMOCRATIQUE DES ORGANES LOCAUX ET NATIONAUX : LA TRANSPPOSITION DU RAISONNEMENT ALLEMAND EN FRANCE ABOUTIT À UN RÉSULTAT IDENTIQUE

Loin de constituer une spécificité du droit administratif allemand, le lien établi par le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe révèle bien plutôt une tendance lourde, profonde, de l'évolution que connaissent les démocraties d'Europe occidentale. L'association des collectivités territoriales à la mise en œuvre des politiques publiques étatiques est une constante dans nombre d'États où l'on rencontre, de manière identique, le développement de la contractualisation entre personnes publiques, d'abord, puis entre personnes publiques et acteurs privés. Il est, de ce point de vue, intéressant de remarquer que le juge administratif français a fini par reconnaître aux contrats passés entre l'État et les collectivités territoriales une véritable valeur contractuelle⁸⁷³, signifiant ainsi l'altérité de la collectivité territoriale par rapport à l'État. Pour bien comprendre ce qui est alors à l'œuvre, il faut distinguer, à la manière d'HAURIUO, les deux pans de la collectivité territoriale, en tant que population d'un côté et personne morale de l'autre. Quand les collectivités territoriales – « pouvoir public » mettent en œuvre la politique publique de l'État, il s'agit d'une action de la personne morale, inscrite dans la *Constitution administrative de l'État* alors que dès lors que la coopération entre le centre et la périphérie met en rapport les intérêts locaux et nationaux, c'est la collectivité territoriale – groupement humain, composante territoriale de la *Constitution politique de la Nation*, qui est partie contractante. Les deux faces de la collectivité territoriale sont ainsi à l'œuvre alternativement en face de l'État. La dialectique de l'un et du multiple révèle, de ce fait, la dualité de la collectivité territoriale et l'irréductibilité du phénomène territorial à son incarnation juridique. La dimension organique de l'action publique prime sur la fonctionnalité ; l'origine démocratique fournit ainsi aux institutions corporatives territoriales une légitimité à intervenir, analogue à celle de l'État. Un rapport identique à celui relevé par la Cour de Karlsruhe entre légitimité démocratique et prérogatives de puissance publique joue donc également en France. Cette conception présente un avantage très net : elle actualise la souveraineté du peuple en la mettant en phase avec l'évolution de la politique (au sens d'action publique) moderne et de sa mise en œuvre. En proposant une double définition organique et téléologique de l'action publique, elle assure de plus la cohérence entre les échelons central et local de la démocratie en fondant le système

⁸⁷² *Ibid.* L'auteur souligne.

⁸⁷³ CE, Ass., 8 janvier 1988, *Ministre chargé du Plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, *Leb.* p. 3 ; *RFDA* 1988.25, concl. DAËL ; *AJDA* 1988.137, chron. AZIBERT et DE BOISDEFFRE ; *JCP* 1988, éd. CI, 15358, note R. DRAGO. Sur les conséquences de l'admission du caractère contractuel des contrats de plan État – régions, v. TERNEYRE (P.), « Sur la possibilité pour les collectivités territoriales d'engager la responsabilité contractuelle de l'État pour manquement à ses obligations souscrites dans les contrats de plan », in *La profondeur du droit local...*, *op. cit.*, pp. 447-453.

politique sur le citoyen.

Réfléchissant par analogie avec le raisonnement de la Cour de Karlsruhe, François ROBBE, dans une analyse qui reste de loin la plus aboutie, met en parallèle la qualification de scrutin politique, opérée par le Conseil constitutionnel en 1982, et la nature territoriale du pouvoir local. « L'organisation administrative des collectivités territoriales correspond [selon cet auteur] à la représentation que l'État se fait du local. Et cette représentation est, logiquement, pour l'État, celle d'une duplication de lui-même. Non seulement l'État produit le local, mais se reproduit dans le local »⁸⁷⁴. Dans cette optique, les collectivités territoriales exprimeraient en quelque sorte le *pluralisme institutionnel de l'État* et au-delà d'une différence de personnes, il faudrait percevoir une identité de nature entre l'État et les collectivités territoriales. « Ce sont bien la *plénitude de représentation*, ainsi que la mission générale d'administration, ou si l'on préfère leur compétence générale, qui font que les collectivités locales sont des collectivités politiques : à la différence des groupements corporatifs, elles représentent l'ensemble des personnes se trouvant sur leur territoire et prennent des décisions qui sont susceptibles de les concerner toutes. L'élément territorial occupe sans aucun doute une place de premier plan dans la détermination du caractère politique de la collectivité. C'est lui qui explique principalement l'identité de nature qui unit la collectivité étatique aux collectivités territoriales »⁸⁷⁵.

Cette position, largement inspirée de la jurisprudence constitutionnelle allemande, présente l'avantage de compléter efficacement les analyses précédentes. C'est parce que la collectivité territoriale, entendue comme une communauté de citoyens territorialement circonscrite, agit pour l'ensemble de la population située sur un territoire donné qu'elle peut être mise en parallèle avec l'État. Le rapprochement avec la position de la Cour de Karlsruhe aboutit ainsi à démontrer que tant la désignation des organes de l'État que celle de ceux des collectivités territoriales impliquent la participation du peuple, compris comme un ensemble de citoyens. « La notion de peuple et la notion de citoyen désignent [en effet] le même concept sous des angles différents. Le peuple c'est l'ensemble des citoyens pris collectivement, le citoyen c'est le peuple examiné *ut singuli*, individuellement »⁸⁷⁶. Or, la légitimité commune de l'État et des collectivités territoriales repose sur une identité de participation du citoyen. Si ce point est vrai pour la Cour constitutionnelle allemande, il se vérifie également dans la décision n° 82-146 DC du juge constitutionnel français. Celle-ci « se présente en effet comme la consécration renouvelée de l'un des fondements du droit constitutionnel. Concept abstrait lié à l'existence du corps politique, le citoyen en est la composante élémentaire dont l'interchangeabilité garantit, avec la parfaite homogénéité de ce corps, l'indivisibilité de la souveraineté dont il est titulaire »⁸⁷⁷. L'unité d'expression du pouvoir dans l'État repose ainsi sur un fondement commun : le citoyen. C'est lui qui rend possible la participation des collectivités

⁸⁷⁴ ROBBE (F.), *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat...*, op. cit., p. 195. Cette idée est largement inspirée de la position de J.-A. MAZÉRES, « Les collectivités locales et la représentation », *RDP*, 1990, pp. 607-642.

⁸⁷⁵ ROBBE (F.), *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat...*, op. cit., p. 196.

⁸⁷⁶ FABRE (M.-H.), *Principes républicains de droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1984, 4^e éd. (1^{ère} éd. 1967), p. 202.

territoriales à l'expression du pouvoir originaire, à travers l'extension de la sphère démocratique, et de ses exigences, aux structures territoriales.

La position des juges constitutionnel et administratif, quand ils imposent le respect des règles de l'article 3 de la Constitution, aux élections locales paraît par ailleurs confirmer l'identité de nature entre les différents scrutins politiques dans l'État, conformément à l'esprit du Constituant originaire.

Paragraphe 2. L'identité des principes applicables aux élections locales et nationales pour les juges constitutionnel et administratif confirme l'unicité des conditions d'expression de la souveraineté populaire

Tant le juge constitutionnel que son homologue administratif considèrent la démocratie politique comme un ensemble unifiant, régi par des règles et principes identiques. Bien que cela ait surpris la doctrine, cette conception met en évidence les qualités communes à l'ensemble des scrutins politiques : le critère démographique y est prédominant. Il revient alors aux juges de protéger l'égalité du suffrage, en évitant notamment les altérations de la sincérité du scrutin, liées à un découpage inégal. Le Conseil constitutionnel applique ainsi aux élections locales les mêmes règles protectrices que pour les scrutins nationaux, afin de garantir l'égalité et le pluralisme des modalités d'expression de la souveraineté populaire **(A.)**.

De son côté, le Conseil d'État a repris la jurisprudence constitutionnelle et assure l'égalité des suffrages. Ce faisant, il confirme l'unité de la démocratie politique **(B.)**.

A. La jurisprudence constitutionnelle consacre l'application de principes identiques aux différentes modalités d'expression de la souveraineté populaire

Pour le juge constitutionnel, le caractère démocratique d'une élection politique est respecté si l'égalité des suffrages est réelle. Il a développé une jurisprudence, commune à l'ensemble des scrutins politiques, selon laquelle les élections doivent se dérouler sur « des bases essentiellement démographiques » égales **(1.)**.

La démocratie politique passe également par l'acceptation et l'organisation du pluralisme de la compétition politique. Les modalités pratiques des scrutins ne doivent ainsi pas conduire à empêcher l'apparition de nouveaux courants d'opinion⁸⁷⁸. Si cette position a été élaborée à propos des élections politiques nationales, elle a été étendue récemment aux scrutins locaux, confirmant, une fois encore, l'unicité des règles applicables à la démocratie politique **(2.)**.

1. LES POUVOIRS CONSTITUÉS ÉLUS (ÉTATIQUES ET TERRITORIAUX) DOIVENT L'ÊTRE

⁸⁷⁷ BOULOUIS (J.), « La loi n° 82-974 du 19 novembre 1982 », *AJDA*, 1983, p. 80.

⁸⁷⁸ CC, déc. n° 89-271 DC, 11 janvier 1990 (*Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*), *Rec.* p. 21 ; *RJC*, p. I-397 ; *JORF* 13 janvier 1990, p. 573 ; *D.* 1990.Actu. Lég.125, DROUOT ; *RFDC* 1990.332, ROUX ; *RA* 1990.320, PAVIA ; *LPA* 1990(23).20 ; *Pouvoirs* 1990(54).203, chron. AVRIL, GICQUEL.

SUR DES « BASES ESSENTIELLEMENT DÉMOGRAPHIQUES »

Avant d'envisager les modalités de l'élection des organes des collectivités territoriales, il convient de rappeler celles afférentes à la désignation des parlementaires⁸⁷⁹, principal organe d'expression de la puissance d'État. Leurs caractéristiques, une fois mises en évidence, serviront comme autant de points de comparaison pour appréhender les modalités d'expression de la puissance territoriale. Les députés sont élus au scrutin majoritaire uninominal à deux tours dans le cadre de circonscriptions composées d'un regroupement de plusieurs cantons et respectant les limites des arrondissements et des départements. On pourrait alors s'attendre à ce que le député soit lié à son territoire d'élection (il serait l'élu *du* territoire) et que, de ce fait, l'Assemblée Nationale assure la représentation des composantes territoriales de l'État. Or, il n'en est rien ; la circonscription législative n'est qu'une modalité pratique du scrutin afin que le corps électoral puisse nommer les représentants de la Nation, de manière juste et de façon à assurer une certaine égalité des suffrages. L'élection dans le cadre de circonscriptions infradépartementales ne crée ainsi aucun lien (juridique) entre le député élu et les habitants du territoire dont il provient⁸⁸⁰. D'ailleurs, si le Conseil constitutionnel prend en considération l'intention du législateur d'assurer un lien étroit entre l'élu d'une circonscription et les électeurs⁸⁸¹, c'est simplement dans le but de vérifier l'égalité du suffrage et non pas de doter ce principe d'une valeur normative. L'Assemblée nationale doit ainsi être élue sur des « bases essentiellement démographiques »⁸⁸² quelque soit le mode de scrutin retenu. Les députés pourraient très bien, comme ce fut le cas lors des élections de mars 1986, être à nouveau élus à la représentation proportionnelle dans le cadre d'une autre circonscription⁸⁸³. La position du juge constitutionnel, bien qu'elle semble *a priori* respectueuse de la logique représentative du système politique français, a toutefois essuyé un flot de critiques assez nourri. Selon J. BOULOUIS, « jauger chaque

⁸⁷⁹ La procédure de désignation des sénateurs sera plus particulièrement évoquée dans la section consacrée à la Haute assemblée. Les présents développements seront donc principalement consacrés à l'élection des députés ; d'autant plus que les membres du Palais Bourbon sont élus au scrutin direct, comme les conseillers locaux.

⁸⁸⁰ D'autant moins que les articles 26 et 27 de la Constitution disposent que les parlementaires sont irresponsables et que « tout mandat impératif est nul ».

⁸⁸¹ CC, déc. n° 86-208 DC, 1^{er} et 2 juillet 1986, *Loi relative à l'élection des députés*, *Rec.* p. 78 ; *RJC*, p. I-262 ; *JORF* 3 juillet 1986 ; *AJDA*, 1987.263, note BOULOUIS ; *RDP* 1989.458, chron. FAVOREU ; *RA* 1987.8, note GOURDON ; *AJJC* 1986.449 ; *Pouvoirs* 1987(41).204, chron. AVRIL, GICQUEL. Considérant n° 22.

⁸⁸² CC, déc. n° 86-218 DC, 16 novembre 1986, (*Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*), *Rec.* p. 167 ; *RJC* p. I-291 ; *JORF* 19 novembre 1986, p. 13769 ; *AJDA* 1987.263, note BOULOUIS ; *RDP* 1989.458, chron. FAVOREU ; *AJJC* 1986.449, chron. GENEVOIS ; *RA* 1987.28, GOURDON ; *Pouvoirs* 1987(41).204, chron. AVRIL, GICQUEL ; *GDCC* 14^e éd., comm. n° 40. Considérant n° 7.

⁸⁸³ À titre d'exemple, loi organique n° 85-688 du 10 juillet 1985 modifiant le *Code électoral* et relative à l'élection des députés, *JORF*, 11 juillet 1985, p. 7800. L'élection des députés a eu lieu à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne dans le cadre des départements.

député à l'aune du nombre d'électeurs de sa circonscription procède d'une idée juridiquement fautive »⁸⁸⁴, en ce qu'elle restreindrait le principe représentatif. Il relève ainsi qu'une inégalité démographique entre deux circonscriptions n'est pas en soi source d'une rupture de l'égalité du suffrage, « puisque le droit de vote de l'un [un citoyen habitant une circonscription], inhérent à sa qualité de citoyen, est, en tant que tel, identique au droit de l'autre, quel que soit le nombre d'électeurs ici et là »⁸⁸⁵. La volonté d'assurer un lien entre les électeurs et l'élu d'une circonscription revient enfin à faire « comme si l'élu l'était *de* cette circonscription et non pas *dans* cette circonscription, comme le supposerait sa qualité de représentant de la nation toute entière »⁸⁸⁶. On ne peut dès lors que partager la conclusion de cet auteur pour qui « la règle fondamentale est orientée vers une conception qui, transcendant l'ambiguïté de l'article 3 de la Constitution doit plus à la souveraineté populaire qu'à la souveraineté nationale »⁸⁸⁷. Il semble néanmoins possible de maintenir qu'il n'y a toujours pas, dans une stricte perspective juridique, et malgré cette interprétation du juge de la rue de Montpensier, de lien entre l'élu et le territoire⁸⁸⁸, ainsi que le confirme la conception holiste de la représentation développée dans la jurisprudence ultérieure⁸⁸⁹; simplement, ceux-ci sont tempérés par les exigences nées de la démocratie. L'exigence de « bases essentiellement démographiques » permet en effet une approche non pas seulement quantitative du suffrage (à l'instar de la réaction de Jean BOULOUIS), mais également qualitative, en ce sens que l'on cherche à protéger le poids réel du suffrage afin de garantir concrètement l'égalité des votes. On peut donc y voir un complément bienvenu, qui sans altérer la logique représentative du régime, permet d'en assurer le caractère démocratique.

Loin d'être une spécificité des élections législatives, l'exigence démocratique de *l'élection sur des bases essentiellement démographiques* vaut également pour les collectivités infranationales. Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que le Congrès de Nouvelle-Calédonie « dont le rôle comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration de ce territoire doit, pour être représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution, être élu sur

⁸⁸⁴ BOULOUIS (J.), « Note sous Conseil constitutionnel, déc. n° 86-208 DC et n° 86-218 DC », *AJDA*, 1987, p. 268.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 268.

⁸⁸⁶ *Ibid.* L'auteur souligne.

⁸⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸⁸ Cela ne signifie, toutefois, pas l'absence de lien politique entre l'élu et ses mandants, ainsi que le relevait déjà Léon DUGUIT, in *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Paris, Éd. E. de Boccard, 1927-28, p. 549.

⁸⁸⁹ CC, déc. n° 2004-490 DC, 12 février 2004 (*Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*), *Rec.* p. 41 ; *JORF*, 2 mars 2004, p. 4220 ; *AJDA* 2004.356, chron. BRONDEL ; *RFDA* 2004.248, étude SCHOETTL ; *LPA* 2004(154).3, note JAN ; *RFDC* 2004.370, chron. ROUX ; *RDP* 2004.1727, note LUCHAIRE ; *LPA* 2005(106).7, chron. VERPEAUX, JANICOT. V. *infra* pour une présentation détaillée.

des bases essentiellement démographiques »⁸⁹⁰ ; ce principe est réaffirmé dans un second temps pour les communes. Dans la décision n° 87-227 DC du 7 juillet 1987, relative à la modification du régime électoral et à l'organisation administrative de la ville de Marseille⁸⁹¹, le juge constitutionnel considère ainsi que « l'organe délibérant d'une commune de la République doit être élu sur des bases essentiellement démographiques résultant d'un recensement récent »⁸⁹². Le juge de la rue Montpensier se fonde successivement sur les articles 72 et 24, alinéa 3 de la Constitution. Il les rattache ensuite aux articles 3 de la Constitution et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁸⁹³.

Si la doctrine avait été très critique à l'égard du renvoi à la population (plutôt qu'aux citoyens) auquel procèdent les décisions de 1986, il n'en est pas de même pour l'extension de ce principe aux collectivités territoriales. En cela, la position de MM. AVRIL et GICQUEL est assez représentative. « Une telle conception de la représentation se justifie [selon ces auteurs] dans le cas des collectivités territoriales qui "s'administrent librement" en vertu de l'article 72 de la Constitution, mais son application aux élections législatives se heurte [...] au principe constitutionnel bien plus fondamental selon lequel les députés représentent la Nation tout entière et non leurs circonscriptions »⁸⁹⁴. Les arguments de ces auteurs s'articulent principalement autour de la distinction entre citoyen et habitant et sur le caractère administratif des structures territoriales. Si nous ne nions pas la prééminence du scrutin législatif, expression traditionnelle de la puissance d'État, il semble en revanche largement contestable de différencier aussi systématiquement les élections locales de l'élection législative. Ces auteurs omettent en effet l'identité des mécanismes de représentation à l'œuvre dans les collectivités territoriales et à l'échelon étatique et l'unité de la démocratie politique.

Justifier que la population serve de critère pour déterminer les circonscriptions électorales des élections locales paraît ainsi contradictoire avec la critique de la même pratique à l'échelon national, quand on sait que le Conseil constitutionnel a explicitement rattaché les élections locales à l'expression de la souveraineté nationale⁸⁹⁵. Comment

⁸⁹⁰ CC, déc. n° 85-196 DC, 8 août 1985 (*Nouvelle-Calédonie*), *Rec.* p. 63 ; *RJC* p. I-234 ; *JORF* 8 août 1985, p. 9125 ; *RA* 1985.572, note ÉTIEN ; *D.* 1986.45, note LUCHAIRE ; *AJDA* 1985.609, note HAMON ; *AJJC* 1985.423, comm. GENEVOIS ; *RDP* 1986.395, chron. FAVOREU ; *Pouvoirs* 1986(36).174, chron. AVRIL, GICQUEL. Nous soulignons.

⁸⁹¹ CC déc. n° 87-227 DC, 7 juillet 1987 (*Modification du régime électoral et de l'organisation administrative de la ville de Marseille*), *Rec.* p. 41 ; *RJC* p. I-310 ; *JORF* 8 juillet 1987, p. 7456 ; *RDP* 1989.399, chron. FAVOREU ; *Pouvoirs* 1988(44).184, chron. AVRIL.

⁸⁹² CC, déc. n° 87-227 DC, préc. Nous soulignons.

⁸⁹³ Les bases du raisonnement du juge constitutionnel sont ainsi identiques dans les décisions n° 82-146 DC, 85-196 DC et 87-227 DC.

⁸⁹⁴ AVRIL (P.), GICQUEL (J.), « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, 1988, n° 44, pp. 184-185.

⁸⁹⁵ V. *infra* la présentation de la décision n° 92-308 DC.

alors concevoir, comme le faisaient MM. AVRIL et GICQUEL, que les élections locales ne participent qu'à la désignation d'un organe chargé de l'administration d'une collectivité ? L'interdiction du vote des étrangers ne perdrait-elle pas son sens si les collectivités territoriales n'étaient pas rattachées à l'expression de la souveraineté ? Les électeurs, même dans le cadre local, se prononcent ainsi en leur qualité de *citoyen* et il semble difficile de séparer les différents échelons de la démocratie. La démocratie locale n'est pas ontologiquement différente, ni différenciée de la démocratie nationale, ce qui justifie le caractère politique inhérent à l'ensemble des scrutins locaux. Aussi, si les élections locales sont qualifiées de politiques, les principes déterminés par l'article 3 de la Constitution doivent-ils s'appliquer à ces consultations. Comment ne pas établir dès lors un parallèle avec les principes de la souveraineté populaire (entendue au sens libéral et non pas rousseauiste⁸⁹⁶), selon lesquels les électeurs locaux, citoyens et membres d'une collectivité, désignent les personnes en charge de leur intérêt commun ? Les élus locaux représentent en effet la collectivité dans son ensemble et concourent à la détermination de son intérêt collectif. Aussi, l'ensemble des scrutins désignant les pouvoirs constitués répond-il ainsi à aux exigences de la théorie représentative et de la souveraineté populaire. Cette première caractéristique est confortée par le fait que l'ensemble des scrutins doit satisfaire à l'exigence du pluralisme partisan.

2. L'ENSEMBLE DES SCRUTINS DOIT SATISFAIRE L'EXIGENCE DU PLURALISME PARTISAN

Outre leur soumission aux principes évoqués précédemment, le juge constitutionnel impose également des impératifs démocratiques identiques à tous les scrutins politiques. Ceux-ci doivent ainsi permettre et favoriser une expression plurale de la population. Le pluralisme des courants d'idées et d'opinions constitue, en effet selon les termes de la jurisprudence constitutionnelle, le fondement de la démocratie⁸⁹⁷. Explicité par le juge constitutionnel à l'occasion du contrôle d'une loi relative au financement des élections législatives⁸⁹⁸, il consiste dans l'admission de « la légitimité de toutes les tendances, de toutes les convictions à s'exprimer librement et à participer librement à la compétition dont le pouvoir est l'enjeu »⁸⁹⁹. À cette fin, le pouvoir étatique ne doit pas prendre de mesure qui romprait l'égalité entre les forces politiques en jeu ou qui empêcherait l'apparition de nouveaux courants. Il doit donc se borner à un rôle de régulateur et de cadre de la démocratie. Si ces principes ont tout d'abord été appliqués pour organiser la lutte pour le contrôle des organes de la puissance d'État (Parlement), le juge constitutionnel en a étendu la portée à l'ensemble des « cadres de la démocratie politique », confirmant, ce

⁸⁹⁶ Sur ce point, v. la définition donnée par Benjamin CONSTANT dans ses *Principes de politique*, *op. cit.*, pp. 269-278.

⁸⁹⁷ CC, déc. n° 89-271 DC, préc. Considérant n° 12.

⁸⁹⁸ Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, *JORF « Lois et décrets »*, n° 13, 16 janvier 1990, p. 639.

⁸⁹⁹ BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., t. VII, 1973, p. 126. V. également sur la notion de pluralisme politique, LERON (J.), *Pluralisme et partis politiques en droit public français. Contribution à l'étude de la juridicisation de la vie politique*, Lille, A.N.R.T., 2002, 583 p.

faisant, l'uni(cité) du champ démocratique.

Le juge constitutionnel a ainsi appliqué l'exigence de respect du pluralisme à l'occasion de la réforme du mode de scrutin régional d'avril 2003. Il convient avant de présenter la décision en elle-même de rappeler rapidement le contexte dans lequel elle a été prise et la législation antérieure. Les élections régionales ont connu plusieurs modifications depuis la transformation des établissements publics régionaux en collectivités territoriales par la loi du 2 mars 1982. La loi du 10 juillet 1985 modifiant le *Code électoral* et relative à l'élection des conseillers régionaux⁹⁰⁰ organise, dans le cadre de circonscriptions départementales, un scrutin de liste à la représentation proportionnelle, avec répartition des restes à la plus forte moyenne sans panachage ni vote préférentiel. La justification avancée pour le choix des circonscriptions est alors le nécessaire rattachement des conseillers régionaux au collège électoral sénatorial, qui est organisé sur une base départementale. Il apparaît ainsi logique que les élections des conseils régionaux aient lieu dans les départements⁹⁰¹.

Ce mode de scrutin ayant eu les effets négatifs que l'on sait (et sur lesquels il n'est sans doute pas besoin de revenir⁹⁰²), une réforme est envisagée après le mini séisme politique de 1998 : la loi n° 99-36 du 19 janvier 1999 relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux⁹⁰³ modifie en profondeur les modalités de l'élection régionale. Si le scrutin demeure un scrutin de liste à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne, son cadre géographique change : l'élection a désormais lieu dans une circonscription régionale unique et sur deux tours. Le mécanisme de la représentation proportionnelle est tempéré par l'instauration d'une prime majoritaire, équivalente au quart des sièges du conseil régional. La liste qui a obtenu la majorité absolue des suffrages au premier tour, ou celle qui arrive en tête au second empoche ainsi la prime. Le reste des sièges est réparti entre toutes les listes (y compris la première) ayant obtenu au moins 3 % des suffrages exprimés. Le maintien au second tour n'est possible que pour les listes ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés au premier. Ce mode de scrutin tente la conciliation, toujours délicate, entre les mécanismes majoritaire et proportionnel dans le but de doter les conseils régionaux d'une majorité stable sans que l'on puisse dire si la loi y serait parvenue car elle n'a jamais été appliquée.

Les seuils sont, lors de l'adoption de la loi, très critiqués et servent, pour partie, de fondement à la saisine du Conseil constitutionnel par soixante députés de l'opposition.

⁹⁰⁰ Loi n° 85-692, préc.

⁹⁰¹ On peut également avancer d'autres arguments d'ordre plus politique : le président MITTERRAND, départementaliste convaincu, n'a jamais caché sa défiance à l'égard des régions. De plus, on conçoit les régions comme des *fédérations de départements* (cf. P. JOXE, *débats*, Sénat, séance du 6 juin 1985, p. 1010, cité par VIGNE (N.), *La région et ses départements. Étude des rapports entre deux échelons de décentralisation*, Thèse, Lyon II, 1990 (Microfiches), p. 213).

⁹⁰² À titre d'illustration, v. PERRINEAU (P.), REYNIÉ (D.) (Sous la direction), *Le vote incertain : les élections régionales de 1998*, Paris, Presses de Sciences po, 1999, 299 p.

⁹⁰³ *JORF*, n° 16, 20 janvier 1999, p. 1024.

Les requérants considèrent en effet qu'ils « dénaturent l'objectif du législateur qui est d'éviter la dispersion des suffrages et l'absence de majorité stable ; qu'à cette fin, le projet de loi prévoyait des seuils de 10 % des suffrages exprimés pour qu'une liste puisse se présenter au second tour et de 5 % pour qu'elle puisse fusionner avec une autre ; que, "dans une représentation proportionnelle à deux tours, comportant un correctif majoritaire, la fixation de seuils suffisamment élevés, comparables à ceux du scrutin municipal, était indispensable pour répondre à l'objectif affiché" ; que ceux qui ont été retenus sont "incompatibles avec la nécessité d'un choix clair" ; que les dispositions contestées violeraient de ce fait l'"objectif constitutionnel de clarté" qui s'impose au législateur »⁹⁰⁴ . Le juge constitutionnel évite, très classiquement, de répondre à ce grief estimant qu'« il ne lui appartient [...] pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas, comme en l'espèce, manifestement inappropriées à l'objectif visé, qui est de favoriser la constitution d'une majorité dans les conseils régionaux tout en assurant une représentation des différentes composantes du corps électoral »⁹⁰⁵ .

La question des seuils est à nouveau au centre des débats lors la réforme du scrutin régional entreprise par le gouvernement RAFFARIN début 2003. La loi du 11 avril 2003 revient alors pour partie sur les dispositions de 1999, même si elle ne modifie pas le cadre (la circonscription reste la région), ni le mécanisme (représentation proportionnelle avec pondération majoritaire ; maintien des deux tours). Les modifications portent principalement sur les seuils d'accès au second tour, de fusion et d'accès à la répartition des sièges⁹⁰⁶ . Si la loi du 11 avril 2003 mentionne les seuils de 10 % des suffrages exprimés pour se maintenir au second tour et de 5 % des suffrages exprimés pour accéder à la fusion (au premier tour) ou pour accéder à la répartition au second, la petite loi soumise au contrôle du Conseil constitutionnel était passablement différente. Concernant le seuil de maintien au second tour, le texte adopté par le Parlement mentionne ainsi non pas « 10 % des suffrages exprimés » comme le texte soumis pour avis au Conseil d'État mais « 10 % des électeurs inscrits ». Il faut préciser que ce changement ne résulte pas d'un amendement parlementaire lors de la discussion (ce qui était envisageable), mais est l'œuvre unilatérale du Gouvernement, entre la saisine pour avis du Conseil d'État et le dépôt du projet de loi sur le bureau de l'Assemblée nationale. Une telle modification n'est pas neutre ; remplacer les suffrages exprimés par les électeurs inscrits revient en effet à augmenter, en termes de suffrages exprimés, le seuil de 10 à 16/17 % (en fonction de l'abstention). Ce qui rend d'autant plus difficile l'accès au second tour. Seules trois listes semblent, dans ce cas de figure, en mesure de parvenir à ce seuil, procédant donc à un écrémage des petites et moyennes listes. Dans le même

⁹⁰⁴ CC, déc. n° 98-407 DC, préc., considérant n° 3.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, considérant n° 4.

⁹⁰⁶ Il faut également souligner la division de listes régionales en sections départementales, afin de créer un lien entre les élus et le territoire. La répartition se déroule ainsi en deux temps : est tout d'abord calculé le nombre de sièges obtenus par chaque liste au niveau régional. Une fois ce résultat fixé, les sièges de la liste sont répartis entre les composantes départementales au *pro rata* des voix obtenues par rapport au score total de la liste.

temps, le seuil de 5 % nécessaire pour fusionner au soir du premier tour était critiqué.

Saisi de ce texte, le juge constitutionnel se trouvait devant une situation difficile. Il pouvait choisir de s'affirmer, ainsi que l'y pressaient l'opposition et l'opinion publique, comme défenseur du pluralisme partisan, dans la lignée de la décision n° 89-271 DC et juger que le seuil de 10 % des électeurs inscrits compromettait largement l'expression du pluralisme des courants d'opinions. Ce faisant, le Conseil constitutionnel heurtait de plein front le législateur (et principalement le gouvernement, car la loi a été adoptée selon les procédures de l'article 49 de la Constitution). Dans un contexte politique tendu, où l'opposition accusait le ministre de l'Intérieur de volonté hégémonique, voire de vouloir réduire la vie politique au bipartisme, une telle solution n'était politiquement pas neutre et une censure du texte sur les motifs d'une atteinte à la démocratie aurait été interprétée selon des critères éminemment politiques plaçant les sages du Pavillon Montpensier au centre du cyclone. Afin d'éviter ceci, le Conseil constitutionnel trouve une autre clef de contrôle que le principe affirmé dans la décision n° 89-271 DC, un cadre figurant dans le corps même de la Constitution : l'article 39.

Selon cet article, les projets de loi doivent avoir fait l'objet d'un avis en Conseil d'État. Or, « si le Conseil des ministres délibère sur les projets de loi et s'il lui est possible d'en modifier le contenu, c'est, comme l'a voulu le constituant, à la condition d'être éclairé par l'avis du Conseil d'État ; que, par suite, *l'ensemble des questions posées par le texte adopté par le Conseil des ministres doivent avoir été soumises au Conseil d'État lors de sa consultation* »⁹⁰⁷. Le juge constitutionnel considère de ce fait « qu'en substituant, pour l'accès au second tour des élections régionales, un seuil égal à 10 % du nombre des électeurs inscrits au seuil de 10 % du total des suffrages exprimés retenu par le projet de loi soumis au Conseil d'État, le Gouvernement a modifié la nature de la question posée au Conseil d'État ; que ce seuil de 10 % des électeurs inscrits n'a été évoqué à aucun moment lors de la consultation de la commission permanente du Conseil d'État ; que les requérants sont dès lors fondés à soutenir que cette disposition du projet de loi a été adoptée selon une procédure irrégulière »⁹⁰⁸. Le juge constitutionnel parvient ainsi à censurer une disposition dont la portée en termes de pluralisme démocratique était très critiquée, sans se référer expressément à cet argument. C'est pour un vice de forme que cette disposition légale est censurée. Se contentant d'évoquer la légalité externe de l'acte, le Conseil constitutionnel n'a donc pas eu à se prononcer sur le fond du texte. Et quand il le fait, c'est pour « botter en touche », comme en témoigne le onzième considérant : « du fait de la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions précitées de l'article 4 de la loi déférée relatives au seuil nécessaire à une liste pour se maintenir de façon autonome au second tour, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs dirigés contre ces dispositions et

⁹⁰⁷ CC, déc. n° 2003-468 DC, 3 avril 2003 (*Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*), *Rec.*, p. 325 ; *JORF* 12 avril 2003.6493 ; *Tribune du droit public*, 2004(15).75, ONNO ; *AJJC* 2003.720, chron. FATIN-ROUGE ; *LPA* 2003(188).3, chron. MATHIEU, VERPEAUX, ROBBE ; *RDP* 2003.948, ANDRIANTSIMBAZOVINA ; *AJDA* 2003.939, JAN ; *AJDA* 2003.948, DRAGO ; *JCP Administrations et collectivités territoriales* 2003(20).631, QUILLIEN ; *LPA* 2003(95).5, SCHOETTL ; *JCP* 2003(21).952, ZARKA ; *RDP* 2003.931, CHAGNOLLAUD ; *RDP* 2003.941, JAN ; *RA* 2003(334).403, chron. PONTIER. Considérant n° 7. Nous soulignons.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, considérant n° 8.

notamment *celui tiré de l'atteinte au principe du pluralisme des courants d'idées et d'opinions* »⁹⁰⁹. Le raisonnement du juge constitutionnel semble juridiquement imparable et lui évite de contrôler la loi selon un principe flou, qu'il est seul capable de définir. Le pluralisme des courants d'idées et d'opinions semble de plus préservé au niveau régional. La position du juge ne met finalement personne en porte à faux, même si le renvoi au motif le plus invoqué par les requérants (alors qu'il n'y est pas tenu) paraît signifier que, loin d'être infondé, l'enjeu du texte sanctionné se trouve bien à ce niveau.

Le contrôle de la constitutionnalité du seuil de fusion est beaucoup plus rapide et moins sujet à critique. Le juge énonce alors un considérant qui n'est pas sans rappeler celui de janvier 1990 : selon lui, « s'il est loisible au législateur, lorsqu'il fixe les règles électorales relatives aux conseils régionaux, d'introduire des mesures tendant à inciter au regroupement des listes en présence, en vue notamment de favoriser la constitution d'une majorité stable et cohérente, il *ne peut le faire qu'en respectant le pluralisme des courants d'idées et d'opinions, lequel est un des fondements de la démocratie.*[...] À cet égard, [...] le seuil de 5 % des suffrages exprimés au premier tour pour avoir la possibilité de fusionner avec une autre liste au second tour, seuil déjà retenu par d'autres dispositions du *Code électoral* lorsqu'il s'agit d'assurer la conciliation entre représentation proportionnelle et constitution d'une majorité stable et cohérente, ne porte atteinte par lui-même ni au pluralisme des courants d'idées et d'opinions, ni à l'égalité devant le suffrage, ni à la liberté des partis politiques »⁹¹⁰. On retrouve à la fin de ce considérant les mêmes éléments d'analyse que dans la décision n° 89-271 DC. Les principes qui régissent la vie politique sont ainsi identiques aux échelons local et national, la démocratie locale se subsumant dans la démocratie politique globale.

La jurisprudence constitutionnelle consacre ainsi l'unité de la démocratie pluraliste, dont les principes irriguent l'ensemble de la vie politique républicaine. La démocratie locale semble porter en elle-même le pluralisme partisan et la nécessaire participation des différentes forces politiques. L'analyse des modes de scrutin et de financement de la vie politique fait ainsi bien apparaître l'importance des associations politiques comme rouages du pouvoir originaires dans l'État⁹¹¹ et comme facteur de l'unité de la démocratie politique. Le mimétisme et la complémentarité des différents échelons territoriaux de la démocratie observé dans la jurisprudence constitutionnelle se retrouve également dans la jurisprudence administrative, confirmant l'unité de la démocratie politique républicaine.

B. La jurisprudence administrative confirme la liaison entre les collectivités territoriales et l'expression de la souveraineté populaire

Le Conseil d'État ne contrôle les règles d'application que d'une seule élection politique : celle des conseils généraux⁹¹². C'est en effet au Premier ministre qu'il revient de

⁹⁰⁹ *Ibid.* Nous soulignons. Toutefois, le fait que le juge constitutionnel prenne le soin de mentionner ce moyen, même pour l'écarter, n'est pas neutre, puisqu'il n'est pas tenu par les arguments invoqués devant lui. Il faut donc y voir un renvoi implicite.

⁹¹⁰ CC, déc. n° 2003-468 DC, préc., considérants n° 12 et 13. Nous soulignons.

⁹¹¹ Conformément à la lettre de l'article 4 de la Constitution du 4 octobre 1958.

procéder au découpage des circonscriptions cantonales, et d'en tirer les conséquences, notamment sur les mandats des élus dont le canton connaît une modification. Dans le cadre de ce contrôle, le juge administratif a très tôt conçu les conseillers généraux sous l'angle des mécanismes démocratiques et représentatifs. Il développe ainsi la protection de la dimension démographique de l'élection, d'abord de façon implicite, puis, beaucoup plus récemment, de façon expresse et assumée. L'attachement du juge administratif aux mécanismes représentatifs et démocratiques apparaît nettement lors de l'étude des différentes modalités du découpage cantonal (comprise *lato sensu*). Dans ce cadre, il a progressivement fait sienne l'exigence constitutionnelle des bases essentiellement démographiques pour contrôler le découpage cantonal (1.).

Dans un second mouvement, la Haute juridiction administrative a dépassé son approche administrativiste des élus départementaux pour leur appliquer les mécanismes du régime représentatif. Ceux-ci conformément aux autres élus politiques expriment ainsi la volonté de leur collectivité indépendamment de leur origine territoriale, confirmant leur inscription dans le champ de la démocratie politique (2.).

1. LES CANTONS DOIVENT ÊTRE DÉCOUPÉS SUR DES BASES ESSENTIELLEMENT DÉMOGRAPHIQUES

En matière de cantons, le Conseil d'État a fait sienne la position du Conseil constitutionnel selon laquelle le découpage de ces circonscriptions électorales doit « reposer sur des bases qui ne s'éloignent pas d'une façon excessive des données démographiques résultant d'un recensement récent »⁹¹³. La Haute juridiction a toutefois tempéré cette affirmation en considérant que « la délimitation des circonscriptions cantonales peut ne pas être strictement proportionnelle à la population, mais [...] tenir compte d'autres impératifs d'intérêt général »⁹¹⁴.

Il appartient au Gouvernement de procéder au découpage cantonal et de l'actualiser si besoin est. Si le conseil général est consulté, il ne s'agit que d'une consultation simple, qui doit permettre au conseil général d'émettre un avis circonstancié⁹¹⁵; celui-ci dispose d'un délai relativement bref, puisque quinze jours ont été jugés suffisants⁹¹⁶. Aucune règle n'impose la consultation des communes, même si elles sont incluses dans les

⁹¹² CE, 17 février 1911, *Nègre, Razimbaud et autres*, S. 1911.III.153, note HAURIUO. La Haute juridiction administrative réaffirme sa compétence pour connaître des élections du conseil général.

⁹¹³ CE, 6 janvier 1999, *M. LAVAURS*, *Leb.* p. 1 ; *AJDA* 1999.443, concl. DAUSSUN ; *RGCT* 1999(4).115, comm. ROUX. *RDP* 1999.1515, comm. GESLOT ; *RFDA* 1999.439 ; *LPA* 23 février 2000(38), note BLANCHET. On retrouve bien le principe affirmé par le juge constitutionnel pour les autres élections dans ses décisions de 1985, 1986 et 1987.

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ CE, Ass., 13 novembre 1998, *Département de la Réunion et Commune de Saint-Louis*, *Leb.* p. 398.

⁹¹⁶ CE, 28 janvier 1987, *MM. TANGUY et GUILLOU*, *Leb.* p. 18 ; *DA* 1987 n° 145 ; *RFDA* 1987.333 ; CE, 29 janvier 1992, *MM. ROUSSEL et ADAM*, *Leb.* p. 44 ; *DA* 1992 n° 143 ; *AJDA* 1992.112, chron. MAUGÜÉ, SCHWARTZ.

cantons remodelés ou si elles sont fractionnées en plusieurs cantons par le projet⁹¹⁷ ; le Gouvernement peut décider d'en consulter certaines et pas d'autres⁹¹⁸. L'autorité réglementaire dispose ainsi d'une marge de manœuvre appréciable, en n'étant pas liée par les *desiderata* locaux. Le découpage doit prendre en compte la population authentifiée par décret⁹¹⁹ et non pas les électeurs⁹²⁰, ce qui confirme le caractère représentatif de l'élection⁹²¹. Les cantons sont restés pendant très longtemps à leur état originel⁹²², sans qu'il soit procédé à une quelconque actualisation des découpages. Ce n'est qu'à partir des années soixante-dix que le Gouvernement procède à des remodelages pour mettre fin à des situations devenues alarmantes⁹²³ et en contradiction patente avec le principe d'égalité du suffrage et l'interprétation qu'en donne le juge constitutionnel. S'inspirant de la position de l'autre juge du Palais-Royal, le juge administratif développe ainsi une jurisprudence dans laquelle il vérifie le travail gouvernemental à l'aune de ce principe cardinal de la démocratie politique. Il va néanmoins longtemps hésiter dans la détermination des outils lui permettant de satisfaire à cette exigence ; les critères du contrôle sont ainsi progressivement affinés entre 1977 et 1998. Ces hésitations sont causées pour partie par la spécificité du mode de scrutin départemental, la stricte égalité entre les circonscriptions étant en effet rarement possible.

Le remodelage cantonal doit tout d'abord respecter les limites des collectivités existantes⁹²⁴. Des aménagements sont possibles pour remédier aux disparités démographiques, qui résulteraient d'un strict respect des limites communales. Le découpage d'une commune en plusieurs cantons est possible et largement pratiqué⁹²⁵. Dans tous les cas de figure, celui-là est donc censé s'appuyer sur les communes existantes, ce qui contribue certainement à donner sa densité sociologique au canton. De

⁹¹⁷ CE, 27 juin 1986, *LISE et VALCIN*, *Leb.* p. 517.

⁹¹⁸ CE, Ass., 18 novembre 1977, *Commune de Fontenay-sous-Bois*, préc.

⁹¹⁹ CE, 26 juillet 1985, *Commune de Tallone*, *Leb.* p. 235.

⁹²⁰ CE, 28 janvier 1987, *MM. TANGUY et GUILLOU*, préc.

⁹²¹ Caractère mentionné dans ses conclusions par le commissaire du gouvernement LAMY, pour qui « l'égalité du droit de suffrage, qui vaut aussi pour l'élection des conseils des collectivités locales, postule, même *dans un système représentatif*, un minimum d'égalité, en termes de population, des circonscriptions électorales », LAMY (F.), « Conclusions sur CE, Ass., 13 décembre 1991, *Département du Loir-et-Cher* », *RDP*, 1992, p. 238. Nous soulignons.

⁹²² Le découpage initial date de la loi du 8 pluviôse An IX relative aux juges de paix, les premières modifications d'ampleur datent des années soixante-dix.

⁹²³ Des écarts de 1 à 50 étaient constatés dans certains départements, tel le Var. Le principe d'égalité du suffrage devient alors assez relatif.

⁹²⁴ CE, Ass. 18 novembre 1977, *Commune de Fontenay-sous-Bois*, préc.

⁹²⁵ Par exemple, la Réunion comporte 24 communes mais 49 cantons depuis le décret du 27 février 1997.

ce point de vue, le maillage électoral s'appuie sur une réalité institutionnelle et sociétale, conciliant population et territoire. À cette première condition, le juge administratif a ajouté le principe du non accroissement des disparités démographiques existantes. Sur ce point, le Conseil d'État a longtemps hésité, les principes de son contrôle ont été fluctuants. Il affirme néanmoins très tôt le principe, constant depuis lors dans jurisprudence, selon lequel la modification de la carte cantonale « ne saurait en principe avoir pour objet ou pour effet d'accroître les disparités qui existaient auparavant entre les cantons les plus peuplés et les cantons les moins peuplés du département »⁹²⁶. Pour parvenir à cela, il utilise dans un premier temps deux critères : l'écart entre les cantons extrêmes en termes de population (le plus et le moins peuplé du département) ne doit pas être accru⁹²⁷ et, second critère, il est interdit d'aggraver les disparités dans la *partie considérée du département* entre les divers cantons qui la composent⁹²⁸. Cette position est progressivement complétée, au fil des saisines. Un décret peut par exemple laisser inchangé le canton le plus peuplé, sans être déclaré illégal⁹²⁹ ; le juge administratif n'impose pas que le remodelage concerne l'intégralité du département, il peut n'en toucher qu'une partie sans être pour cela illégal, le juge n'appréciant pas l'opportunité des remodelages⁹³⁰. Le Conseil d'État considère en effet que « le moyen tiré de ce que le décret attaqué laisserait subsister des disparités d'ordre démographique entre des cantons non concernés par ce décret est inopérant »⁹³¹. Ce faisant, il refuse de se faire administrateur et laisse à l'autorité administrative une marge d'appréciation et de manœuvre dans cette matière. Il refuse de plus d'imposer, dans la même logique, au pouvoir réglementaire une refonte complète de la carte cantonale. La Haute juridiction administrative a ainsi étendu la jurisprudence *Despujols*⁹³² au domaine du découpage cantonal, en considérant « qu'il appartient à tout intéressé de demander à l'autorité compétente de procéder à l'abrogation d'une décision illégale non réglementaire qui n'a pas créé de droits, si cette décision est devenue illégale à la suite de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieurs à son édicton »⁹³³. Si le juge administratif sanctionnait les disparités existantes dans un département soumis à un remodelage partiel au motif qu'il maintient des inégalités, il imposerait en effet à l'autorité compétente d'envisager un redécoupage global pour le département concerné et ouvrirait

⁹²⁶ CE, 12 juillet 1978, *Commune de Sarcelles*, *Leb.* p. 309.

⁹²⁷ Le simple fait que cet écart soit accru entraîne l'illégalité du décret, voir CE, Ass., 13 décembre 1991, *Département du Loir-et-Cher*, *Leb.* p. 442 ; *RDP* 1992.235, concl. LAMY.

⁹²⁸ CE, 23 octobre 1985, *PIERRATTE et autres*, *Leb.* p. 298 ; *DA* 1985, n° 547 ; *AJDA* 1985.36, concl. ROUX.

⁹²⁹ CE, Ass., 13 décembre 1991, *Département du Loir-et-Cher*, préc.

⁹³⁰ CE, 21 mai 1986, *Dame DACQUIN*, *Leb.* 142.

⁹³¹ CE, 29 janvier 1992, *MM. ROUSSEL et ADAM*, préc.

⁹³² CE, Sect., 10 janvier 1930, *DESPUJOLS*, *Leb.* p. 30 ; S. 1930.3.41, note ALIBERT ; D. 1930.3.16, note P.L.J. ; *GAJA* 11^e éd., comment. n° 47, p. 256.

la porte à une série de demandes de remodelage d'électeurs en mal d'égalité, que le Gouvernement aurait l'obligation de satisfaire. On pourrait alors imaginer une refonte globale de la carte cantonale et une surcharge des services compétents, qui a certainement effrayée la Haute juridiction administrative. Les évolutions de la population, sources d'un déséquilibre entre les différents cantons, apparaissent néanmoins comme une modification de fait rendant illégal le découpage et justifiant l'intervention de l'autorité administrative. La légalité du suffrage paraît ainsi impliquer une certaine égalité de la population des cantons du département.

L'évolution jurisprudentielle s'est close sur ce point par une décision de l'Assemblée du contentieux datant de 1998⁹³⁴, dans laquelle le juge administratif détaille à la fois les bases de son contrôle et les principes de celui-ci. Dans un premier temps, le Conseil d'État considère qu'« il résulte de l'ensemble des dispositions de la Constitution, notamment de ses articles 3, 24 et 72 que le principe d'égalité des citoyens devant le suffrage s'applique à l'élection des assemblées délibérantes des collectivités locales ». La Haute juridiction administrative se réfère ainsi aux mêmes règles que le Conseil constitutionnel quand il a procédé à l'affirmation de l'élection sur des *bases essentiellement démographiques*. Sur ce point, il y a un parallèle très net entre les positions des deux cours suprêmes. Le juge du Palais-Royal considère ensuite que les opérations de découpages « ne peuvent légalement augmenter les disparités démographiques existantes ; qu'elles ne sauraient avoir pour objet ni, en principe, pour effet d'accroître, sauf pour des motifs d'intérêt général, ni l'écart de la population de chaque canton à la population cantonale moyenne dans le département, ni, dans les autres cas qu'une scission, l'écart entre le plus peuplé et le moins peuplé des cantons redécoupés, ni, dans le cas de la scission d'un canton préexistant, l'écart entre le canton le plus peuplé et le canton le moins peuplé de la partie du département englobant ce canton et affecté par ce remodelage »⁹³⁵. L'Assemblée du contentieux n'a, en l'espèce, que partiellement suivi son commissaire du gouvernement qui désirait davantage détailler les critères⁹³⁶ ; elle affirme néanmoins nettement que l'égalité du suffrage doit être

⁹³³ CE, Sect., 30 novembre 1990, *Association « Les Verts »*, *Leb.* p. 339 ; *AJDA* 1991.114, chron. HONORAT, SCHWARTZ. Dans le même sens, CE, 6 janvier 1999, *M. LAVAURS*, préc. et CE, Ass. 21 janvier 2004, *M^{me} BOULANGER*, *Leb.* p. 14 ; *JCP* 2004.IV.1506, note ROUAULT ; *AJDA* 2004451, concl. BOISSARD.

⁹³⁴ CE, Ass., 13 novembre 1998, *M. LE DÉAUT, Commune de Saint-Louis et département de la Réunion, Commune d'Armoys et autres, M. ALMARIC (4 espèces)*, *Leb.* respectivement pp. 395, 396, 397 et 398 ; *RFDA* 1999.826 concl. TOUVET ; *RDP* 1999.1515, note GESLOT ; *GADD* 1^{ère} éd., comment. n° 72, p. 515.

⁹³⁵ Ce considérant de principe est repris identiquement dans chacune des quatre décisions du 13 novembre 1998.

⁹³⁶ L. TOUVET propose trois critères, qui agissent comme trois cercles concentriques : 1°) La réduction de l'écart entre la population de chaque canton remodelé et la moyenne départementale ; 2°) La réduction de l'écart entre le canton le plus peuplé et le moins peuplé de la « partie du département » qui fait l'objet du redécoupage ; 3°) La réduction de l'écart entre le plus peuplé et le moins peuplé des seuls cantons qui font l'objet du redécoupage, TOUVET (L.), « Conclusions sur CE, Ass., 13 novembre 1998, *M. LE DÉAUT, Commune de Saint-Louis et département de la Réunion, Commune d'Armoys et autres, M. ALMARIC (4 espèces)* », *RFDA*, 1999, p. 828.

assurée par le découpage cantonal, celle-ci reposant sur une égalité numérique de la population des différentes circonscriptions électorales. Finalement, malgré des tempéraments tenant à la particularité de la représentation assurée par les conseils généraux de département (par rapport aux conseils municipaux et régionaux)⁹³⁷, le Conseil adopte et adapte la jurisprudence constitutionnelle visant à garantir l'égalité du suffrage, étendant ainsi la logique de la souveraineté populaire aux organes délibérants des départements. Parallèlement, la jurisprudence administrative applique les principes du régime représentatif aux conseillers généraux, les sortant progressivement de leur gangue administrative.

2. LE DÉTACHEMENT ENTRE L'ÉLU ET LE CANTON : LES CONSEILLERS GÉNÉRAUX EXPRIMENT LA VOLONTÉ DU DÉPARTEMENT

L'article L. 192 du *Code électoral* énonce que « les conseillers généraux sont élus pour six ans » ; cette disposition légale s'impose au pouvoir réglementaire compétent pour le remodelage des cantons. Cette opération ne semble alors pas pouvoir mettre fin au mandat d'un conseiller général, quelque soit le sort de sa circonscription. La Haute juridiction administrative considère en ce sens « que l'article 3 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [...] n'a ni pour objet, ni pour effet d'autoriser le préfet, lorsqu'il a été procédé à des modifications de la circonscription territoriale de certains cantons, à mettre fin au mandat de conseillers généraux régulièrement élus [et ce] quelles que soient les modifications apportées aux limites des cantons »⁹³⁸. Si cette position est constante depuis 1976, elle n'en a pas moins suscité des controverses ; un bref historique de la jurisprudence du Conseil d'État s'impose pour comprendre et mesurer l'évolution de la position du juge administratif. Saisie de cette question à la fin du XIX^e siècle, la Section de l'Intérieur du Conseil d'État rend un avis le 6 juillet 1886, énonçant clairement le lien strict entre l'élu et sa circonscription. Cet avis mérite d'être cité intégralement, tant il illustre, par comparaison, le chemin parcouru par le juge administratif : « considérant qu'il résulte de l'article 4 de la loi du 10 août 1871, aux termes duquel chaque canton du département élit un membre du conseil général, que tout conseiller général est le représentant et le mandataire légal d'une circonscription déterminée désignée sous le nom de canton ; Considérant qu'indépendamment des cas spéciaux énumérés dans les articles 18, 19 et 20 de la loi du 10 août 1871, la qualité de conseiller général doit se perdre, d'après les principes généraux du droit, quand la circonscription dont il est le représentant vient à être modifiée ; Considérant que cette application des principes généraux n'a jamais été contestée au cas où un canton se trouve réuni à un autre ; [...] que la même solution doit être adoptée pour toute autre modification et notamment le cas où le canton a disparu par suite de sa division en deux circonscriptions cantonales ; [est d'avis] que toute modification apportée par la loi à la circonscription cantonale doit faire cesser le mandat du conseiller général et qu'il y a lieu de procéder à des élections nouvelles »⁹³⁹. Cette position est complétée, le 3 mars 1887, par l'adoption par

⁹³⁷ On les retrouve par exemple dans les deux derniers critères posés dans la décision *LE DÉAUT*.

⁹³⁸ CE, Ass., 5 mai 1976, *Ministre de l'Intérieur c/ MM. CORLAY et BITOUN, Sieur LERAT, Leb.* p. 239 ; *AJDA* 1976.412, chron. NAUWALAERS et FABIUS ; *RDJ* 1976.1521, concl. GUILLAUME ; *D.* 1977.231, note PEISER.

l'Assemblée générale administrative du Conseil d'État d'une position complémentaire : « aucune disposition légale n'autorise le Gouvernement à faire procéder à des élections nouvelles dans le cas de simples remaniements des limites respectives des circonscriptions cantonales »⁹⁴⁰. Finalement le législateur adoptera la loi le 6 juillet 1905 qui laisse la possibilité au conseiller sortant de choisir sa circonscription⁹⁴¹.

La double prise de position des sections administratives du Conseil d'État illustre plusieurs points. Il est tout d'abord affirmé, ce qui n'a pas changé, que seul le législateur peut mettre fin au mandat d'un élu local, cette attribution étant conjointement refusée au pouvoir réglementaire (très clairement dans la position de 1887). L'avis de 1886 présente le conseiller général comme un « mandataire », ce qui semble renvoyer à une territorialisation marquée de l'élu départemental, qui se fait le commissaire (au sens que Jean-Jacques ROUSSEAU donne à ce terme dans le *Contrat social*⁹⁴²) de la population qui l'a désigné. Une conception privatiste affleure donc dans cet avis. Le conseiller général semble ainsi représenter les intérêts (privés) du territoire dont il émane⁹⁴³ ; il est donc impossible, à cette époque, de vouloir appliquer les principes du régime représentatif (au sens du droit constitutionnel) à ces élus départementaux. En ce sens, on peut comparer le sort réservé aux conseillers généraux dont la circonscription a disparue et celui des députés frappés par le même désagrément, la perte de l'Alsace-Lorraine fournissant un exemple précédant de peu les avis du Conseil d'État.

Avant même que leur sort ne soit envisagé par la Chambre, les députés alsaciens et lorrains protestent contre la perte des territoires dont ils sont issus, en démissionnant le 1er mars 1871, marquant au passage une conception plus impérative que représentative de leur mandat⁹⁴⁴. Face à ces démissions, l'attitude de la Chambre des députés est équivoque, même si l'appel du président GRÉVY⁹⁴⁵ invitant les députés démissionnaires

⁹³⁹ Cité par GUILLAUME (G.), « Conclusions sur CE, Ass., 5 mai 1976, *Ministre de l'Intérieur c/ MM. CORLAY et BITOUN, Sieur LERAT* », *RDP*, 1976, pp. 1524-1525. Nous soulignons.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 1526.

⁹⁴¹ Principe repris et adapté par la loi n° 2000-629 du 7 juillet 2000 interdisant les candidatures multiples aux élections cantonales (*JORF « Lois et décrets »*, 8 juillet 2000, p. 10322), codifiée à l'art. L. 192, al. 3 du *Code électoral*.

⁹⁴² « La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée ; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point : elle est la même, ou elle est autre ; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses *commissaires* ; ils ne peuvent rien conclure définitivement », ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social, op. cit.*, Livre III, Chapitre XV, pp. 122-123. Nous soulignons.

⁹⁴³ Voir en ce sens la présentation du rôle du conseiller général par le député J.-P. MICHEL, lors des débats sur la loi du 18 janvier 1994 : « auparavant, les conseillers généraux étaient des médiateurs entre les élus locaux, les populations locales – surtout rurales – et le préfet qui présentait et exécutait le budget », *JORF débats Assemblée nationale*, n° 102[2], mardi 14 décembre 1993, p. 7481.

⁹⁴⁴ Ainsi que le relève fort justement Jean-Pierre DIONNET in « Interrogations sur la portée du mandat représentatif : le destin des députés des territoires perdus par la France entre 1814 et 1962 », *RDP*, 2003, p. 563.

à revenir sur leur décision est accueilli par une ovation de la Chambre (sans toutefois que cela se traduise par l'adoption d'un texte)⁹⁴⁶. « En conséquence de son discours *plus ou moins officiel* adopté le 11 mars 1871, il faut [ainsi] admettre que la religion de l'Assemblée était conforme à la théorie classique. Mais la religion des députés démissionnaires qui ne revinrent pas sur leur décision, demeura bien celle d'hommes pour lesquels le mandat disparaissait avec la circonscription et ses habitants »⁹⁴⁷. Si les conséquences de cette crise démontrent que l'application des principes (et partant, l'équilibre entre représentativité et territorialité de l'élu) dépend, pour une part non négligeable, de la conjoncture⁹⁴⁸, l'invitation collective finale confirme le détachement, au moins *de jure*, entre député et territoire, le parlementaire représentant bien la Nation toute entière. Les mandats des conseillers généraux et des Parlementaires paraissent alors relever de deux logiques différentes : la territorialisation administrative pour les uns, la représentation politique pour les autres.

La Haute juridiction administrative a ainsi longtemps conçu les conseillers généraux sous l'angle d'une stricte territorialité administravante ; la décision de 1976 marque de ce point de vue un premier élément de rupture avec cette politique jurisprudentielle. La confirmation du basculement du juge administratif vers l'application des principes représentatifs aux conseillers généraux s'opère assez récemment, lorsque le Conseil d'État est amené à déterminer les conséquences de la suppression pure et simple d'un canton⁹⁴⁹. La Haute juridiction administrative est saisie d'un pareil cas en 2001, à la suite de sa décision *LE DÉAUT et autres*, dans le cadre de laquelle le juge administratif contrôle la légalité du décret du 21 février 1997 qui procédait à un large remodelage des cantons du département de Meurthe-et-Moselle, créant quatre cantons à la place des trois existants à l'ouest de Nancy. Ce découpage, s'il « réduisait les disparités d'ordre démographique par rapport à la moyenne départementale, [...] accroissait [toutefois] de manière notable [...] l'écart de population entre les cantons directement touchés par

⁹⁴⁵ GRÉVY (François, Jules, Paul ; 1807-1891). D'origine jurassienne, Jules GRÉVY a poursuivi une longue carrière de parlementaire, qui le mène de l'Assemblée nationale en 1848 à la Chambre des députés (1876-1889) en passant par l'Assemblée législative de la II^e République (1849-1851), le Corps législatif (1868-1870) et l'Assemblée nationale (1871-1876). Républicain, il soutient A. THIERS pour son accession à la présidence de la République. Il préside l'Assemblée nationale en 1871, charge à laquelle il sera reconduit après la mort de THIERS et s'oppose à MAC MAHON lors de la crise de 1877. Il accède, par ailleurs, à la présidence de la République en 1879 quand celui-ci « se démet » ; il est réélu en 1885. Deux ans plus tard, il est contraint à la démission, suite au procès CAFFAREL-LIMOZIN, qui révèle une affaire de fausse décoration et de malversations financières dans laquelle est impliqué son gendre. Il a, malgré cela, droit à sa mort à des obsèques nationales.

⁹⁴⁶ DIONNET (J.-P.), « Interrogations sur la portée du mandat représentatif... », *op. cit.*, pp. 563-565.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 567.

⁹⁴⁸ Jean-Pierre DIONNET montre ainsi que la crise de 1962 ne peut être envisagée à l'aune exclusif du rapport entre territorialité et représentativité des députés car elle est compliquée par la question de la nationalité des élus. Le choix de la suppression des députés dont la circonscription a disparu est alors la solution la plus facilement praticable. *Ibid.*, pp. 569-575.

⁹⁴⁹ Il faut distinguer ce cas, rare, des cas de fusion ou scission, pour lesquels la jurisprudence *COURLAY* (1976) s'applique.

l'opération de remodelage »⁹⁵⁰. Il fut logiquement censuré par le juge administratif suprême, mais seulement après le renouvellement de 1998, le nombre de cantons revenant alors de quatre à trois. M. GUILLERME, élu dans le canton supprimé suite à la censure du Conseil d'État, s'inquiète de son sort auprès du préfet le 8 décembre 1998. Celui-ci l'informe que son statut n'a pas changé, son mandat se terminant en 2001⁹⁵¹. Trouvant prétexte à la censure du juge administratif pour revendiquer la fin de sa fonction en 2004, M. GUILLERME conteste la légalité de la décision du préfet devant le juge administratif. Saisi en appel⁹⁵², le juge du Palais-Royal considère « que la circonstance que le décret portant fixation des limites des cantons dans lesquels se sont déroulées les élections est ensuite annulé par le juge de l'excès de pouvoir n'a pas pour effet de mettre fin aux mandats des conseillers généraux définitivement élus, dès lors que ces mandats n'ont été contestés ni dans leur principe, faute de réclamation régulière contre l'élection, ni dans leur durée, faute de contestation du tirage au sort ayant fixé le terme des mandats »⁹⁵³. À l'exception d'une intervention légale, un conseiller général régulièrement élu reste donc en poste jusqu'au terme de son mandat, indépendamment du sort réservé à son canton. La jurisprudence du Conseil d'État tempère ainsi l'image du conseiller général mandataire de son territoire d'élection, en cassant le lien qui les unit⁹⁵⁴. Un parallèle avec les principes représentatifs à l'œuvre dans le cas des députés apparaît logiquement ; la position du juge administratif consacre le caractère représentatif du mandat cantonal, affirmant ainsi le primat de la population sur le territoire en tant que fondement de la représentation. Le cas du conseil général rejoint ainsi, sans y parvenir complètement, le droit commun des principes régissant les mécanismes de la représentation politique.

Encore aujourd'hui, seule une loi peut mettre fin à un mandat local, le pouvoir réglementaire étant censuré chaque fois qu'il y procède. Aussi, si le Gouvernement choisit de regrouper un canton renouvelable à la prochaine échéance avec un autre qui ne l'est pas, il « ne peut, sans violer, les dispositions précitées de l'article L. 192 (*Code électoral*), mettre fin, avant son terme normal, aux fonctions du conseiller général dont le mandat n'est pas renouvelable à la prochaine échéance ; qu'il suit de là, d'une part, que ce conseiller doit nécessairement représenter le nouveau canton jusqu'à l'échéance triennale suivante, d'autre part, que les électeurs de celui des deux cantons supprimés qui auraient

⁹⁵⁰ CE, Ass., 13 novembre 1998, *Commune d'Armoy et autres*, M. LE DÉAUT..., préc.

⁹⁵¹ Le mandat de M. GUILLERME avait été ramené à trois ans par le tirage au sort effectué par le conseil général afin de rattacher les cantons à une série de renouvellement (art. L. 192 du *Code électoral*).

⁹⁵² Le Conseil d'État, à l'invitation de son commissaire du gouvernement, procède à la requalification du recours pour excès de pouvoir en contentieux électoral, ce qui lui permet de se saisir en premier et dernier ressort de la question.

⁹⁵³ CE, 24 janvier 2001, M. GUILLERME, *Leb.* p. 34 ; AJDA 2001.579, concl. TOUVET.

⁹⁵⁴ Laurent TOUVET établit d'ailleurs dans ses conclusions une distinction du même ordre quand il remarque que « ce sont les cantons, et non les conseillers généraux, qui ont fait l'objet d'un tirage au sort », « Conclusion sur CE, 24 janvier 2001, M. GUILLERME », AJDA, 2001, p. 582.

été normalement appelés à voter lors des prochaines élections, ne peuvent le faire que trois ans plus tard et sont représentés jusque-là par un conseiller qu'ils n'ont pas élu et enfin que le conseiller sortant de ce canton ne peut se représenter immédiatement dans le canton dont il était l'élu »⁹⁵⁵. Dans l'hypothèse d'une scission de canton, il appartient au préfet de rattacher les conseillers généraux dont le mandat n'a pas expiré aux nouvelles circonscriptions⁹⁵⁶.

La jurisprudence administrative protège donc les élus locaux en leur appliquant les principes représentatifs et ses garanties. On ne peut dès lors guère concevoir les représentants locaux comme de simples « administrateurs » ; le respect de leur statut apparaît comme le corollaire, la marque voire la garantie de l'affirmation de la spécificité des collectivités territoriales et de leur libre administration (notamment face aux autres institutions qualifiées d'administratives). On assiste ainsi à la progressive unification des règles d'application du pouvoir dans l'État, corroborant le rattachement des collectivités territoriales au pouvoir originaire (souveraineté du peuple). De ce point de vue, la complémentarité des jurisprudences constitutionnelle et administrative est éclairante. L'admission des mécanismes représentatifs par le juge administratif n'implique toutefois de sa part qu'une acceptation tempérée de la politisation de ces scrutins, qu'il appréhende à l'aune de l'intérêt général local dont il est le gardien. Il évite ainsi les interférences entre ces scrutins et la vie politique nationale quand il s'agit de manœuvres altérant la sincérité du scrutin⁹⁵⁷. À défaut, sa position valide les grandes lignes de la démocratie politique républicaine, qui comprend donc les collectivités territoriales au même titre que l'État.

L'unité politique républicaine repose ainsi sur la commune origine élective des puissances d'État et territoriale. Le pouvoir de suffrage trouve alors dans les collectivités territoriales un canal vertical d'expression, qui confirme leur fonction de quatrième organe politique. La puissance territoriale complète les modalités plus classiques de la séparation horizontale des pouvoirs, l'unité du pouvoir dans l'État étant garantie par l'unicité du pouvoir de suffrage. L'élection permet, dans un second temps, d'établir un rapport entre puissance territoriale et souveraineté nationale, en ce qu'elle lie les collectivités territoriales et le Sénat.

Section II. L'expression institutionnelle de la puissance territoriale à travers la représentation sénatoriale : la participation des collectivités territoriales à la souveraineté nationale

Les collectivités territoriales et le Sénat sont liés à travers l'article 24 de la Constitution du

⁹⁵⁵ CE, 23 octobre 1985, *Commune d'Allos c/ ministre de l'Intérieur*, préc. ; dans le même sens, CE, 28 janvier 1987, *Tanguy et Guillou*, préc.

⁹⁵⁶ CE, Ass., 5 mai 1976, *Ministère de l'Intérieur c/ MM. CORLAY, BITOUN et LERAT*, préc.

⁹⁵⁷ Sur la venue d'un député la veille d'une élection municipale, v. CE, Sect., 2 mars 1990, *Élections municipales de Forcalquier (Alpes-de-Haute-Provence), M. Raymond FRANJOU et autres* », *Leb.* p. 58 ; *RFDA*, 1991.805, concl. RACINE. Cette venue ne constitue pas, en l'espèce, une manœuvre électorale.

4 octobre 1958. Concrètement, cela signifie que les organes locaux constituent le premier échelon de l'élection (au suffrage universel indirect) des sénateurs. Ce faisant, les scrutins locaux sont rattachés à la sphère politique nationale, et, selon l'interprétation du Conseil constitutionnel, à la souveraineté nationale, puisque les élus locaux constituent le corps électoral sénatorial. Cette association des élections locales à l'expression de la souveraineté nationale illustre l'unicité du pouvoir dans l'État, les organes de la puissance territoriale participant à l'expression de la puissance d'État (**Paragraphe 1.**).

Il faut toutefois relever que le mimétisme parfait entre élus locaux et corps électoral sénatorial a été rompu par l'acceptation de la participation des ressortissants communautaires non nationaux aux élections municipales. Il a, à cette occasion, été organisé une différenciation des corps électoraux afin qu'aucun élément étranger ne puisse participer à l'expression de la souveraineté de la Nation. Cette distinction a alors conduit à l'acceptation de la dualité d'expression du pouvoir dans l'État. La puissance territoriale, bien que liée à la puissance d'État, recouvre ainsi au niveau communal une particularité (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. L'association des élections locales à l'expression de la souveraineté nationale : l'unicité du pouvoir dans l'État

L'assise territoriale du Sénat, résultat du compromis originel entre républicains et monarchistes au début de la III^e République⁹⁵⁸, est ambiguë ; elle paraît en effet fonder une représentation des structures territoriales dans un système construit sur la représentation de la population et exprimant la souveraineté de la Nation. Une étude des mécanismes à l'œuvre révèle néanmoins que cette assise territoriale n'est qu'un aménagement de la représentation de la Chambre haute, afin de lui garantir une certaine spécificité. Le Sénat représente en fait la population nationale, et participe bien de ce fait à l'expression de sa souveraineté (**A.**).

La spécificité du Sénat repose sur le fait que son corps électoral est une émanation directe des organes délibérants locaux. Ce lien entre la Chambre haute et les collectivités territoriales aboutit à ce que celles-ci participent à l'expression de la souveraineté nationale, confirmant leur caractère de cadre de la démocratie politique (**B.**).

A. Le Sénat, représentant de la population territorialisée, assure l'expression de la souveraineté de la Nation

⁹⁵⁸ Le Sénat en tant que chambre territoriale est proposé par PRÉVOST-PARADOL dans son ouvrage *La France nouvelle* publié en 1868. Celui-ci décrit « un système fondé sur une représentation à caractère territorial : l'élection par les conseils généraux réunis dans le cadre de la région, pour former un conseil régional. L'auteur induit de la composition de ces conseils généraux le caractère conservateur du Sénat à instituer, qui serait renouvelé tous les dix ans ». PRÉVOST-PARADOL complète la composition de cette chambre par des titulaires de fonctions élevées dans la magistrature et l'armée, « mais en nombre réduit par rapport aux sénateurs élus ». L'assise territoriale du Sénat s'affirme à partir de 1871 ; elle permet alors le ralliement des républicains en ce qu'elle leur semble, seule, être compatible avec l'environnement démocratique. Sur ce point (et pour la citation), DUPRAT (J.-P.), « Représentation territoriale et modération politique : le Sénat français », *Revue Internationale de Politique Comparée*, Vol. 6, n° 1, 1999, pp. 85-90.

L'article 24 de la Constitution fournit une assise territoriale au Sénat. Celle-ci paraît signifier, si l'on en croit la rhétorique des élus siégeant au Palais du Luxembourg, que la Haute assemblée représente les collectivités territoriales en tant que telles, la rapprochant, ce faisant, des Chambres hautes fédérales. L'ancien président du Sénat Gaston MONNERVILLE ne déclarait-il pas que « si l'Assemblée nationale est le reflet de la démographie du pays, le *Sénat est le reflet de sa terre et de sa géographie* »⁹⁵⁹. Son inscription dans un État unitaire, ainsi qu'une confrontation avec le modèle de ces chambres hautes (1.), révèle toutefois que le Sénat n'est pas une chambre de type fédéral. Plutôt que les structures, le Sénat assure la représentation de la population nationale (2.).

1. LE MODÈLE DES CHAMBRES HAUTES FÉDÉRALES : LA DOUBLE DIMENSION INSTITUTIONNELLE ET TERRITORIALE DE LA REPRÉSENTATION

Afin de déterminer si le Sénat relève du modèle des Chambres hautes fédérales, il convient de définir leurs caractéristiques. La Chambre haute est classiquement présentée comme le moyen d'associer les États membres au fonctionnement de l'État fédéral, satisfaisant ainsi le principe de participation⁹⁶⁰. « Dans la plupart des États fédéraux, la Chambre haute a, traditionnellement..., été destinée à refléter les intérêts et les vues des États constituants, considérés comme entités régionales ou politiques. Cette influence sur la législation fédérale et sur l'exercice des pouvoirs de la Fédération a été considérée comme devant fournir les moyens de protéger les États ou leurs habitants contre des mesures fédérales nuisibles »⁹⁶¹. « Expression de la dualité organique ou étatique qui caractérise l'État fédéral »⁹⁶², le principe de la représentation assurée par les Chambres hautes fédérales doit renvoyer à cette double perspective. De ce point de vue, les dimensions territoriale et institutionnelle doivent être distinguées. À chacune d'elle correspond un modèle : le Sénat américain incarnerait ainsi plutôt la dimension territoriale, tandis que le Bundesrat allemand serait le modèle de la représentation institutionnelle, la différence résidant alors principalement dans le mode de désignation des membres de la Seconde Chambre.

La composition de la Chambre haute va de la stricte égalité des sièges attribués à chaque composante, indépendamment du poids démographique (au Sénat américain, chaque État fédéré désigne deux sénateurs), à une certaine pondération (ex. le Bundesrat allemand ou le Sénat canadien), sans que l'on parvienne jamais à une stricte

⁹⁵⁹ Discours du 5 octobre 1965, Documents du Sénat 1965-1966, n° 2, p. 3. Nous soulignons.

⁹⁶⁰ FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, « Précis », 2005, 8^e éd. (1^{ère} éd. 1998), pp. 398-401.

⁹⁶¹ BOWIE (R.), FRIEDRICH (C. J.), *Études sur le fédéralisme*, Bruxelles, 1952, p. 16, cité in DEHOUSSE (R.), « Le paradoxe de Madison : réflexions sur le rôle des Chambres hautes dans les systèmes fédéraux », *RDP*, 1990, p. 644. Les références sont, très identiquement, celles citées par l'auteur.

⁹⁶² GREWE (C.), RUIZ-FABRI (H.), *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., « Droit fondamental », 1995, p. 308.

proportionnalité entre nombre de sièges et niveau de population. « La représentation égalitaire que s'y voient accorder les composantes de la fédération est, sans conteste, le trait distinctif le plus caractéristique des Chambres hautes fédérales »⁹⁶³. L'égalité plus ou moins prononcée de la représentation vise à « assurer aux composantes de la fédération les moins peuplées une garantie minimale de représentation et un poids plus important que dans la Chambre basse »⁹⁶⁴. La base territoriale des Chambres hautes fédérales relève ainsi d'une fonction précise, qui est de transcrire, d'un point de vue institutionnel, le pluralisme territorial originel. Leur création répond donc à la volonté « d'équilibrer les rapports "horizontaux" entre les différentes composantes de la fédération, de façon à éviter que certaines d'entre elles n'acquièrent un poids décisif dans les organes nationaux »⁹⁶⁵. La dimension territoriale est alors réelle et participe de la spécificité de ces Chambres. Il ne faut toutefois pas exagérer la portée de cette particularité. Celle-ci prend une dimension plus ou moins réelle en fonction des modalités de désignation des membres de la Seconde Chambre. Les membres du *Bundesrat*, désignés directement par les *Länder* dont ils sont les délégués⁹⁶⁶, n'assurent ainsi pas la même représentation que les sénateurs américains, élus au suffrage universel direct. Dans le premier cas, la dimension institutionnelle renforce, voire prime sur la logique territoriale initiale. Commissaires des gouvernements, les membres du *Bundesrat* allemand votent d'ailleurs, non pas en leur nom propre, mais au nom de leur *Land*. La représentation assurée par cette chambre correspond donc bien à une représentation des structures territoriales. De leur côté, les sénateurs américains, désignés directement par la population, peuvent plus facilement se départir de la territorialisation de leur mandat. En tout cas, il n'existe pas juridiquement de représentation institutionnelle ; les seuls liens entre le sénateur et son territoire sont d'ordre politique⁹⁶⁷ et ne constituent pas nécessairement leur apanage, puisque les membres de la Chambre basse, élus également sur une base territoriale, doivent être soumis aux mêmes exigences.

La particularité des Chambres hautes fédérales est ainsi difficile à établir précisément en ce qu'elle ne relève pas d'un seul modèle. On peut d'ailleurs soutenir qu'elle réside moins dans la représentation assurée (sauf cas particulier comme le *Bundesrat* allemand pour lequel la dimension institutionnelle est facilement perceptible par le mode de désignation de ses membres), que dans la fonction qui lui est assignée. Les Chambres hautes fédérales assurent ainsi un équilibre différent au sein du processus normatif fédéral, en promouvant une représentation territorialisée, largement indépendante du

⁹⁶³ DEHOUSSE (R.), « Le paradoxe de Madison... », *op. cit.*, p. 647.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 648.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 650.

⁹⁶⁶ Article 51 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949.

⁹⁶⁷ « L'importance que les membres des Chambres hautes attachent aux intérêts de leur région est aisée à comprendre si l'on veut bien se rappeler que la plupart d'entre eux sont élus, et que leurs électeurs attendent d'eux qu'ils se fassent leur porte-parole au niveau fédéral », DEHOUSSE (R.), « Le paradoxe de Madison... », *op. cit.*, p. 652.

substratum démographique. La représentation assurée est finalement bien plus une représentation des territoires que des États en tant que tels. C'est ce qui constitue d'ailleurs la véritable spécificité des Parlements fédéraux : la représentation de la population par la Chambre basse est équilibrée par une Chambre territoriale. Ce point sous-entend donc que les composantes de l'État fédéral présentent des particularités géographiques plus que démographiques, qui doivent être représentées en tant que telles. Les entités fédérées apparaissent ainsi comme l'institutionnalisation de particularismes territoriaux, dont la prise en compte est assurée au même titre que la démographie au niveau fédéral. Cette dernière précision renvoie d'ailleurs parfaitement à la dualité de la représentation assurée par ces Chambres : à la fois institutionnelle et territoriale.

Malgré les tempéraments apportés à la conception classique, la Chambre haute qui se dégage de notre présentation devrait tout de même permettre de lui confronter le Sénat français afin de déterminer s'il rentre dans cette catégorie.

2. LE SÉNAT N'EST PAS UNE CHAMBRE HAUTE FÉDÉRALE : IL EXPRIME LA SOUVERAINÉTÉ DE LA NATION

La représentation assurée par le Sénat français est définie assez succinctement dans la Constitution ; le troisième alinéa de l'article 24 de la Constitution n'indique guère en lui-même le lien entre le Sénat et les structures territoriales. Le juge constitutionnel a cependant été amené, depuis la relance de la décentralisation dans les années quatre-vingt, à préciser le sens de cette disposition constitutionnelle. Contrairement à la caractéristique des Chambres hautes fédérales, le Conseil constitutionnel n'a pas exigé que le Sénat assure la représentation de chaque collectivité territoriale. Cette solution, dégagée en 1982 lors de la création de la région de Corse, a ensuite été explicitée en 1991 lors du premier changement de statut de cette collectivité.

En 1982, les requérants estimaient que la création de la région de Corse obligeait le gouvernement à modifier « les règles électorales applicables au Sénat, [afin] d'y assurer la représentation de cette collectivité territoriale »⁹⁶⁸ avant sa création effective. En réponse, le Conseil constitutionnel a estimé que la modification législative nécessaire ne devait pas obligatoirement intervenir avant l'entrée en vigueur de la loi, laissant sans réponse le point qui permettrait de donner son sens à l'article 24 de la Constitution. Cette décision, assez obscure, a donné lieu à deux grands types d'interprétation : certains en ont tiré qu'il fallait que le législateur organique crée de nouveaux sénateurs afin d'assurer la représentation de la nouvelle collectivité territoriale⁹⁶⁹. Cette position est *a priori* critiquable en ce qu'elle développe une conception fédérale de la représentation sénatoriale, en garantissant à certaines collectivités une représentation propre ; ce qui paraît contraire au refus constant de toute fédéralisation de la République, incarnée par la défense de son indivisibilité. D'autres, au contraire, ont estimé que « la Constitution n'exige pas que chaque collectivité territoriale soit représentée par un ou plusieurs

⁹⁶⁸ CC, déc. n° 82-138 DC, préc.

⁹⁶⁹ FAVOREU (L.), « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1286.

sénateurs. [...] La Constitution se trouve satisfaite par la participation de représentants de chaque collectivité territoriale au corps électoral chargé d'élire les sénateurs »⁹⁷⁰, voyant là « un des points qui opposent le Sénat d'une République unitaire à la deuxième Chambre d'une République fédérale »⁹⁷¹. Il faudrait alors simplement aménager le rattachement des élus de la région corse au collège électoral sénatorial. Aucun élément juridique ne permet en 1982 de trancher ce débat, même si l'analyse de François LUCHAIRE paraît la plus conforme à la pratique républicaine et à l'esprit d'un État unitaire indivisible.

Ce n'est que neuf années plus tard que le Conseil constitutionnel explicitera les fondements de la position de 1982. À nouveau saisi d'un changement de statut en Corse, le juge constitutionnel doit statuer sur le lien à établir entre les élus de la nouvelle collectivité territoriale et le collège électoral sénatorial. Le législateur avait prévu que l'Assemblée de Corse, « une fois son effectif réparti proportionnellement à la population de chacun des deux départements de Corse, procède à la désignation de ceux de ses membres appelés à la représenter au sein du collège électoral du département le plus peuplé »⁹⁷², les autres appartenant au collège électoral de l'autre département. Les requérants reprochent au législateur, identiquement au recours à l'origine de la décision 138 DC, de n'avoir pas adopté préalablement une loi organisant le rattachement des nouveaux élus au collège électoral sénatorial. Le juge de la rue Montpensier considère, en réponse à la requête, que « si l'article 24 de la Constitution impose que les différentes collectivités territoriales soient représentées au Sénat, il n'exige pas que *chaque catégorie de collectivités dispose d'une représentation propre* »⁹⁷³. Il semble dès lors bien que le Sénat n'assure pas la représentation des collectivités territoriales, en tant que telles ; l'analyse esquissée par François LUCHAIRE, dès 1982, est confirmée. Contrairement aux États fédérés, les collectivités territoriales ne se caractérisent pas par des particularités géographiques davantage que démographiques.

Le Sénat, seconde chambre d'un État unitaire, ne représente donc pas les collectivités territoriales ; les cadres territoriaux n'y sont pas appréhendés en tant que tels. La représentation sénatoriale « est [ainsi] une représentation du territoire, non des territoires, puisque les collectivités locales ne sont pas représentées en tant que telles, mais en tant que collectivités humaines, par le biais du collège électoral qui les représente »⁹⁷⁴. « Juridiquement, le cadre de désignation des sénateurs et des élections sénatoriales n'a pas d'incidence sur la représentation des collectivités locales. Qu'il s'agisse des régions, des départements, des communes ou des collectivités à statut particulier, leur représentation au Sénat résulte de la seule présence de leurs

⁹⁷⁰ LUCHAIRE (F.), « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », *RDP*, 1982, p. 1547.

⁹⁷¹ *Ibid.*, en note.

⁹⁷² CC, déc. n° 91-290 DC, préc., considérant n° 25.

⁹⁷³ *Ibid.*, considérant n° 28. Nous soulignons.

⁹⁷⁴ VERDIER (M.-F.), « La représentation des collectivités territoriales au Sénat », *op. cit.*, p. 231.

représentants au sein du collège électoral sénatorial »⁹⁷⁵. Les collectivités territoriales ne sont donc qu'un cadre pour l'élection des sénateurs ; cela signifie qu'il s'agit d'une représentation qui n'est ni de type institutionnel, ni de type territorial. On ne peut dès lors pas la rattacher à la représentation assurée par une Chambre haute d'un État fédéral. Aussi faut-il trouver une autre signification à l'article 24 de la Constitution de 1958.

Le Sénat français paraît *in fine* relever du dernier type de représentation : celle de la population, comme la réalisent les Chambres basses des différents États unitaires comme fédéraux. Ce point, qui amène à concevoir les collectivités territoriales comme une « modalité technique de la représentation du peuple »⁹⁷⁶, est confirmé par deux éléments. Il ne semble tout d'abord pas exister de représentation territoriale en droit constitutionnel français. Le régime représentatif, développant une conception organique de l'expression du pouvoir, implique une population à représenter : sans elle, il est impossible de désigner les organes, le territoire ne générant en lui-même aucun pouvoir. Selon cette logique, les collectivités territoriales non habitées ne sont pas représentées au Sénat. Il en va ainsi des Terres Australes et Antarctiques Françaises (TAAF) qui, faute d'une population permanente, ne sont pas représentées au Palais du Luxembourg. « Les collectivités territoriales françaises ne se confondent [toutefois] pas avec leurs seuls organes représentatifs. Elles ne se réduisent pas non plus à la seule personnalité juridique dont elles sont dotées. Les collectivités territoriales sont avant tout des groupes humains. Les définir autrement reviendrait à déformer le sens du mot "collectivité". Aussi, le Sénat les représente en tant que collectivités de citoyens »⁹⁷⁷.

Le caractère démographique de la représentation sénatoriale est confirmé par le juge constitutionnel à l'occasion de trois décisions datant de 2000, 2003 et 2004. La loi du 10 juillet 2000⁹⁷⁸, adoptée définitivement par l'Assemblée nationale le 20 juin 2000, prévoyait une réforme de la composition du collège électoral sénatorial, afin d'atténuer la surreprésentation des petites communes. Il était prévu que les communes les plus importantes voient leur nombre de délégués augmenter substantiellement. Les sénateurs de l'opposition saisissent alors le Conseil constitutionnel, pour qu'il invalide cette réforme. C'est l'occasion pour le Conseil de préciser la composition du collège électoral sénatorial. Celui-ci doit alors être l'émanation des collectivités territoriales, c'est-à-dire « être *essentiellement* composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales »⁹⁷⁹, toutes les catégories devant y être représentées. Alors que semble se dessiner une représentation essentiellement territoriale, le juge constitutionnel précise

⁹⁷⁵ ROBBE (F.), *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat...*, *op. cit.*, p. 81.

⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 151.

⁹⁷⁷ ROBBE (F.), « Le Sénat à l'heure des demi – réformes », *RFDC*, 2003, n° 56, p. 738.

⁹⁷⁸ Loi n° 2000-641 du 10 juillet 2000 relative à l'élection des sénateurs, *JORF*, n° 159, 11 juillet 2000, p. 10 472.

⁹⁷⁹ CC, déc. n° 2000-431 DC, 6 juillet 2000 (*Loi relative à l'élection des sénateurs*), *Rec.* p. 98 ; *JORF*, 11 juillet 2000, p. 10 486 ; *LPA* 12 juillet 2000.19, note SCHOETTL ; *RDP* 2000.1239, note SPLITZ ; *LPA* 18 octobre 2000.10, note ROBBE ; *D.* 2001(23).somm.1843, obs. GHEVONTIAN ; *RFDC* 2000. 829, chron. ROUX. Nous soulignons.

que « la représentation de chaque catégorie de collectivités territoriales et des différents types de communes doit tenir compte de la *population* qui y réside »⁹⁸⁰. À cette fin, les délégués supplémentaires ne doivent néanmoins constituer qu'un « correctif démographique ». En l'espèce, le juge de la rue Montpensier estime que les effectifs de délégués supplémentaires (recrutés hors organe délibérant) sont trop importants et censure cette disposition. Plus que cette censure, qui vise à préserver la portée de l'article 24, c'est la précision apportée par le Conseil constitutionnel qui indique la nature de la représentation effectuée par le Sénat : celle-ci doit prendre en compte la population qui réside dans les collectivités territoriales. Procédant d'une lecture combinée des dispositions des articles 3 et 24 de la Constitution, il ne peut s'agir d'une représentation de type territorial. L'objectif d'égalité du scrutin implique nécessairement la prise en compte du critère démographique, réintroduisant la population au cœur de la représentation sénatoriale. Ce point ne fait toutefois pas l'unanimité en doctrine. Plusieurs auteurs ont ainsi relevé que l'exigence démographique ne jouait que dans une moindre mesure par rapport aux élections législatives. La dimension organique de la représentation sénatoriale l'« éloigne [...] d'une logique strictement individualiste normalement attachée à l'idée de l'égalité du suffrage, de sorte que le principe rencontrera des limites plus importantes que celles qui ont été acceptées dans le contexte de l'élection des députés »⁹⁸¹. Dans le même sens, Marie-France VERDIER relève que le Conseil constitutionnel « ne précise pas que la répartition des sièges devra être effectuée "sur des bases essentiellement démographiques" »⁹⁸². À l'opposé, André ROUX affirme nettement que « le principe d'égalité devant le suffrage devra s'appliquer aux élections sénatoriales comme il s'applique aux élections législatives pour le découpage des circonscriptions »⁹⁸³. Ce faisant, le Conseil « étend le principe d'égalité devant le suffrage et son corollaire le principe d'équilibre démographique aux élections sénatoriales comme cela était d'ailleurs prévisible »⁹⁸⁴. Si la discussion pouvait être ouverte à la lecture de la seule décision n° 2000-431 DC, l'évolution de la jurisprudence semble donner raison à A. ROUX, le Conseil constitutionnel exigeant la prise en compte de la réalité démographique (c'est-à-dire numéraire) des collectivités territoriales afin de garantir le respect du principe d'égalité des suffrages.

Ce point est confirmé à l'occasion du contrôle de la loi organique du 30 juillet 2003 portant réforme du Sénat⁹⁸⁵. Saisi de la modification du nombre de sièges de sénateurs

⁹⁸⁰ *Ibid.*, considérant n° 5. Nous soulignons.

⁹⁸¹ DUPRAT (J.-P.), « Représentation territoriale et modération politique... », *op. cit.*, p. 100.

⁹⁸² VERDIER (M.-F.), « La représentation des collectivités territoriales au Sénat », *op. cit.*, p. 239.

⁹⁸³ ROUX (A.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 44, 2000, p. 829.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ Loi organique n° 2003-696 du 30 juillet 2003 portant réforme de la durée du mandat et de l'âge d'éligibilité des sénateurs ainsi que de la composition du Sénat, *JORF*, n° 175, 31 juillet 2003, p. 13 016.

par département, le juge constitutionnel considère que « les dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution imposent au législateur de modifier la répartition par département des sièges de sénateurs pour tenir compte des *évolutions de la population des collectivités territoriales* dont le Sénat assure la représentation »⁹⁸⁶. Le critère démographique, condition *sine qua non* du respect du principe d'égalité du suffrage, prime la dimension territoriale sous-jacente à l'article 24 de la Constitution. Finalement, la jurisprudence constitutionnelle propose une conception très homogène et cohérente de la représentation sénatoriale : le prisme territorial cède inéluctablement face à l'exigence démographique, née du respect de l'égalité de suffrage.

Plus récemment, lors de l'examen de la loi organique portant statut de la Polynésie française⁹⁸⁷, le juge de la rue Montpensier est amené à préciser le sens de l'article 4 du texte soumis à son contrôle. Celui-ci dispose que « la Polynésie française est représentée au Parlement et au Conseil économique et social dans les conditions définies par les lois organiques ». Le juge constitutionnel propose un raisonnement en deux temps. Il considère tout d'abord que « si députés et sénateurs sont élus au suffrage universel, direct pour les premiers, indirect pour les seconds, *chacun d'eux représente au Parlement la Nation tout entière et non la population de sa circonscription d'élection* »⁹⁸⁸. Dans cette perspective, le Conseil propose une interprétation directive ; « l'article 4 de la loi organique doit être entendu comme se bornant à rappeler que, [...], des élections législatives et sénatoriales se tiennent en Polynésie française »⁹⁸⁹. Plus que la conclusion, c'est le motif qui répond à notre interrogation : le Sénat, représentant de la Nation tout entière, assure une représentation de type démographique. Il ne correspond pas au modèle des Chambres hautes fédérales, pour lesquelles la dimension démographique est résiduelle.

La position du juge constitutionnel justifie rétrospectivement l'application des principes de l'article 3 de la Constitution au scrutin sénatorial, puisque le Sénat participe à l'expression de la souveraineté nationale. Ce qui devrait rejaillir sur les collectivités territoriales, à travers leur association au collège électoral sénatorial ainsi que l'explique le juge constitutionnel en 1992⁹⁹⁰.

⁹⁸⁶ CC, déc. n° 2003-475 DC, 24 juillet 2003 (*Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*), *Rec.* p. 397 *JORF*, 31 juillet 2003, p. 13038 ; *RDP* 2004.9, chron. ROUSSEAU ; *LPA* 2003(159).6, note SCHOETTL ; *RFDC* 2003(56).812, chron. GHEVONTIAN ; *LPA* 2004(136).12, note MENGUY ; *AJC* 2003.721, chron. FATIN-ROUGE. Considérant n° 5. Nous soulignons.

⁹⁸⁷ Ce texte deviendra la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *JORF*, n° 52, 2 mars 2004, p. 4 183.

⁹⁸⁸ CC, déc. n° 2004-490 DC, 12 février 2004, préc. Considérant n° 14. Nous soulignons.

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ Ce primat de la population n'altère en rien la prise en compte de la dimension territoriale des collectivités infraétatiques quant à la définition de leur pouvoir, ainsi que l'a déjà révélé l'étude de la position de la Cour de Karlsruhe et son application au cas français. V. *supra*, section précédente.

B. L'élection des sénateurs : le lien entre les scrutins locaux et la souveraineté nationale

C'est confronté à l'évolution de l'Union européenne que le juge constitutionnel français est amené à préciser le lien unissant Sénat et collectivités territoriales. La construction européenne connut une accélération au cours de l'année 1992 suite à la signature le 7 février de cette année du Traité sur l'Union européenne (TUE) par les douze chefs d'État et de gouvernement des pays membres de ce qui était encore la Communauté économique européenne (CEE). Ce traité prévoit des avancées de la construction européenne dans de nombreux domaines : instauration d'une citoyenneté européenne, mise en œuvre de l'Union économique et monétaire qui devait aboutir au passage à l'euro, mise en œuvre d'une politique extérieure et de sécurité commune (PESC)... Autant de domaines qui relèvent traditionnellement des compétences régaliennes et qui sont la marque de la souveraineté des États. La ratification, étape nécessaire à l'entrée en vigueur du traité, s'annonce difficile partout en Europe. Le TUE n'est finalement ratifié que par dix États sur douze, le Danemark et la Grande-Bretagne ayant reculé face aux pertes de souveraineté résultant de l'accord. La ratification de ce texte est l'occasion en France de nombreux débats ; pour couper court à toute surenchère des souverainistes, le président MITTERRAND, conformément à l'article 54 de la Constitution, soumet le traité au Conseil constitutionnel afin que celui-ci précise si une révision constitutionnelle doit précéder la ratification. C'est à cette question que répond la décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992.

Cette décision aborde de nombreux thèmes, dont l'épineuse question des atteintes à la souveraineté nationale liées aux transferts de compétences de l'État vers l'Union européenne. L'une des autres grandes matières de cette décision réside dans la participation des citoyens européens aux élections locales dans leur pays de résidence⁹⁹¹. Le Conseil constitutionnel est amené, à cette occasion, à clarifier les liens entre élections locales et souveraineté nationale afin d'envisager si le vote des étrangers à ces scrutins est conforme à la Constitution. Il propose alors un raisonnement combinant les articles 3, 24 et 72 de la Constitution. Il procède, tout d'abord, à un rappel des enjeux de l'article 3 de la Constitution, liant immédiatement l'exercice de la souveraineté nationale et la qualité d'électeur, puis mentionne ensuite les articles 24, alinéa 3 et 72 dont il livre une interprétation littérale, sans ajout ni retrait. Il conclut de cette lecture combinée que l'élection des organes délibérants locaux doit obligatoirement procéder du suffrage universel ; ce faisant, il ajoute à la lettre de la Constitution, mais non à l'esprit puisque, ainsi qu'il a déjà été vu, la mention du suffrage universel figurait *expressis verbis* dans le texte de 1946 et n'avait pas été reprise pour ne pas faire doublon avec l'article 3 de la Constitution⁹⁹². Ce n'est que dans un second temps que le juge constitutionnel lie le Sénat et les élections locales, considérant que « le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la République, être élu par un

⁹⁹¹ L'article 8B du Traité sur l'Union européenne dispose que « tout citoyen de l'Union résidant dans un État membre dont il n'est pas ressortissant a le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où il réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État ».

corps électoral qui est lui-même l'*émanation de ces collectivités* ; qu'il s'ensuit que la désignation des conseillers municipaux a une incidence sur l'élection des sénateurs »⁹⁹³. Il déduit alors de cela que le vote des étrangers aux élections municipales est contraire à la Constitution, car le quatrième alinéa de l'article 3 de la Constitution impose une condition de nationalité pour participer à une élection locale. C'est donc sur le fondement d'un lien entre élections locales et souveraineté nationale, *via* la représentation assurée par le Sénat que le Conseil constitutionnel justifie l'interdiction de la participation des électeurs étrangers aux scrutins locaux, obligeant le législateur à réviser la Constitution.

Le raisonnement du Conseil constitutionnel a suscité un certain nombre de critiques, qui tournent autour de deux points principaux⁹⁹⁴ : les portée et signification de la combinaison des articles 3, 24 et 72 de la Constitution quant à la nature des élections locales et l'absence de mention des maires et adjoints ; le problème principal restant bien entendu le premier mentionné. Le Conseil constitutionnel paraît en l'espèce distinguer les élections locales et nationales quant à l'application de l'article 3, alinéa 4 de la Constitution, alors que la jurisprudence de 1982 condamnait clairement cela, en assimilant les deux types de scrutin, à travers la qualification de scrutin politique dont bénéficie l'élection municipale. En l'espèce, l'interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel laisse entendre que « l'octroi aux citoyens de l'Union du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales n'est contraire à l'alinéa 4 de l'article 3 que parce que les élections municipales sont en connexion avec les élections sénatoriales »⁹⁹⁵. La position du Conseil constitutionnel semble ainsi laisser de côté la dimension démocratique et citoyenne, sous-jacente à la décision n° 82-146 DC, au profit d'une conception plus centralisatrice. Si Louis FAVOREU s'étonne et critique cette différence, Bruno GENEVOIS, de son côté, en propose une explication. Selon lui, on trouve dans la décision n° 87-227 DC les prémisses de la décision du 9 avril 1992. Dans la décision relative au régime électoral de Marseille, le Conseil constitutionnel avait « certes appliqué en la matière l'article 3, mais en le combinant avec d'autres dispositions constitutionnelles »⁹⁹⁶, les articles 24 et 72 de la Constitution. Ce serait ainsi le raisonnement esquissé dans la décision n° 87-227 DC que le juge constitutionnel développerait ici. « Le Conseil prend soin tout d'abord de mentionner les différentes dispositions de l'article 3 afin de mieux faire apparaître que la règle posée par son

⁹⁹² Réponse du commissaire du gouvernement JANOT à une question de M. MIGNOT, Séance du 12 août 1958 (soir), Comité consultatif constitutionnel, in COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume II...*, *op. cit.*, p. 442.

⁹⁹³ CC, déc. n° 92-308 DC, préc. Considérant n° 26. Nous soulignons.

⁹⁹⁴ Nous ne faisons, ici, allusion qu'aux débats propres à la thématique abordée, sans prétendre aucunement résumer l'ensemble des débats suscités par la décision, comprise dans sa généralité.

⁹⁹⁵ FAVOREU (L.), « Les décisions du Conseil constitutionnel relatives au Traité sur l'Union européenne », *RFDC*, 1992, p. 395.

⁹⁹⁶ GENEVOIS (B.), « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution », *RFDA*, 1992, p. 389.

quatrième alinéa se situe dans le contexte de l'exercice de la souveraineté nationale »⁹⁹⁷. Le juge de la rue Montpensier développe ensuite, selon cet auteur, un raisonnement déductif pour lier les élections municipales et le scrutin sénatorial, puis la souveraineté. Cette construction ne satisfait pas L. FAVOREU, pour qui elle « ne repose pas sur des bases solides [en ce qu'elle remet en cause, sans véritable justification, l'unité d'expression du corps politique, qui s'était traduite [...] dans une jurisprudence cohérente distinguant élections politiques et élections corporatives] »⁹⁹⁸. Cet auteur reproche, qui plus est, son manque de cohérence à cette explication ; si le juge constitutionnel invoque les articles 3, 24 et 72 dans le considérant n° 26, il déduit du seul article 3 « la règle constitutionnelle qui limite le droit de vote aux "nationaux français" » (considérant n° 31). « Comment concevoir, en outre, que soit adoptée, d'une part, une interprétation globale de l'article 3 (par exemple au considérant 31) et que d'autre part, on procède à une application sélective des divers alinéas de cet article, l'alinéa 3 s'appliquant bien aux élections locales mais pas l'alinéa 4 ? »⁹⁹⁹. Force est de constater que la critique de Louis FAVOREU ne manque pas d'attrait, face à un raisonnement aporétique.

Face à ces considérations, il paraît *in fine* difficile de tirer une quelconque conclusion quant à un éventuel revirement de jurisprudence¹⁰⁰⁰, les deux décisions ne se positionnent pas sur le même plan. En 1982, il s'agit de préserver l'unité du corps électoral (en interdisant toute différenciation endogène), en appliquant aux scrutins locaux les principes protecteurs des élections politiques auxquelles participent les citoyens en tant que tels. En 1992, ce qui est en jeu, c'est la réception d'un élément exogène (les ressortissants communautaires étrangers) au corps national qui pose la question de la souveraineté nationale. La logique à l'œuvre est dès lors centralisatrice, dans un souci de préservation de l'unité du corps politique existant. Construction défensive du peuple national, la décision n° 92-308 DC ne doit pas, à notre sens, être analysée comme une remise en cause de l'économie interne, mais bien comme une illustration de l'articulation des différents scrutins nationaux, révélatrice de l'unité du système politique français. De ce point de vue, le Conseil constitutionnel répond bien à la question : en l'état de la Constitution, il est impossible que des non-nationaux votent à un scrutin national, solution ayant le « mérite de la simplicité »¹⁰⁰¹. L'absence de mention des maires et adjoints semble confirmer cette analyse. « On peut penser que [si le Conseil constitutionnel ne les a pas mentionnés], ce n'est pas simplement parce que les maires officiers d'état-civil

⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 390.

⁹⁹⁸ FAVOREU (L.), « Les décisions du Conseil constitutionnel relatives au Traité sur l'Union européenne », *op. cit.*, p. 396.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle parvient L. FAVOREU dans son premier commentaire de la décision : si le juge constitutionnel n'est pas allé plus loin dans son raisonnement, « cela ne signifie pas qu'il ait infléchi sa jurisprudence de 1982 », *ibid.*, p. 344.

¹⁰⁰¹ Selon l'expression de R. ÉTIEN, in « Jurisprudence constitutionnelle. Traité de Maastricht sur l'Union européenne », *RA*, n° 265, 1992, p. 127.

investis d'une partie de la souveraineté nationale ne le sont que par disposition législative mais parce que le problème posé par l'élection des sénateurs est amplement suffisant en soi »¹⁰⁰². D'autant plus que, comme le relève Bruno GENEVOIS, le Conseil constitutionnel ne peut anticiper sur les tempéraments que fixera le pouvoir constituant¹⁰⁰³.

Les élections locales apparaissent ainsi comme une première étape dans l'expression de la souveraineté nationale, assez conformément à la conception, développée par le Constituant, de la démocratie globale. On ne peut plus alors voir dans ces élections des opérations anodines, au cours desquelles Clochemerle désigne ses organes, sans que cela intéresse quelqu'un d'autre que lui. Les scrutins locaux constituent au contraire une expression du pouvoir dans l'État, au même titre que les élections nationales. L'interprétation de l'article 24, développée par le Conseil constitutionnel, est finalement conforme à l'esprit de la Constitution. Elle va même certainement plus loin car jamais le Constituant n'employa le terme de souveraineté nationale, les collectivités territoriales participant, selon lui, à l'expression de la souveraineté populaire. La rédaction de l'article 24 de la Constitution implique ainsi que les collectivités territoriales soient intégrées à l'expression du pouvoir originaire dans l'État. La division verticale du pouvoir prend dès lors une véritable dimension institutionnelle, complétant la traditionnelle séparation horizontale du pouvoir. L'important, à ce stade du raisonnement, est de constater que le pouvoir est toujours un dans l'État (caractéristique de l'État unitaire) et que les collectivités territoriales sont associées à son expression ; ce qui confirme l'unité du champ politique et l'existence d'une puissance territoriale, parallèle à la puissance d'État.

Suite à la décision du 9 avril 1992, le pouvoir constituant dérivé a procédé à la révision de la Constitution nécessaire pour permettre la participation des ressortissants communautaires aux élections locales. Il faut alors envisager cette modification afin de déterminer si elle a remis en cause l'unicité du pouvoir dans l'État.

Paragraphe 2. La différenciation des corps électoraux : l'acceptation de la pluralité d'expression du pouvoir dans l'État

L'affirmation d'une citoyenneté européenne a amené les États membres à accepter que les ressortissants communautaires non nationaux puissent participer aux élections locales dans le pays où ils résident. Cela n'est pas allé sans créer quelques soubresauts puisque, en France notamment, les élections locales se trouvaient constitutionnellement liées à l'expression de la souveraineté nationale. Il a donc fallu disjoindre les élus locaux non nationaux de son expression. Certains auteurs ont alors analysé cette différenciation comme l'affirmation du caractère administratif des élections locales. Il semble difficile de les suivre : les aménagements sont en effet minimes et ne remettent pas en cause l'économie antérieure d'expression du pouvoir dans l'État (A.).

Au contraire, la différenciation des corps électoraux illustre la pluralité d'expression

¹⁰⁰² *Ibid.*

¹⁰⁰³ GENEVOIS (B.), « Le Traité sur l'Union européenne... », *op. cit.*, p. 390.

du pouvoir dans l'État et ainsi la spécificité de la puissance territoriale (B.).

A. La participation des ressortissants communautaires ne signifie pas l'administrativité des élections locales

La position adoptée par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 92-308 DC a obligé le législateur à réviser la Constitution, afin de permettre aux ressortissants communautaires de participer aux élections locales. Un article 88-3 qui fixe les principes généraux auxquels cette participation électorale doit satisfaire a ainsi été intégré à la Constitution. Cet article prévoit dans un premier temps que « sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues dans le Traité sur l'Union européenne [...], le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France », excluant par là l'ensemble des étrangers extra communautaires. Cet article apporte ensuite plusieurs tempéraments à la participation des ressortissants communautaires, en précisant que « ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs ». Le pouvoir constituant renvoie enfin à une loi organique le soin de préciser les modalités pratiques de mise en œuvre de cette disposition.

La solution retenue par le constituant de 1992 a été critiquée assez unanimement par la doctrine, et ce, pour différents motifs. La clause de réciprocité paraît tout d'abord surprenante, car, ainsi que le relève François LUCHAIRE, elle est inutile dans le cadre du droit communautaire. « Facteur de complication »¹⁰⁰⁴, cette disposition, qui vise le Luxembourg, ajoute ainsi « une condition supplémentaire à l'application du principe posé par l'article 88-[3] : la réciprocité réalisée par le Traité lui-même et constatée par le Conseil constitutionnel ne suffit pas ; il faut une réciprocité – en quelque sorte bilatérale – entre la situation des Français résidant dans un État de la Communauté et celle du ressortissant de cet État en France »¹⁰⁰⁵. Si cette interprétation semble la seule qui puisse donner un caractère utile à la mention de la clause de réciprocité, elle reste dans les faits principalement théorique. Plus intéressante, parce que de plus grande ampleur, est cette critique que l'on retrouve dans plusieurs travaux sur l'ambiguïté du procédé visant à garantir que les citoyens de l'Union européenne ne participent pas à l'expression de la souveraineté nationale. De ce point de vue, l'analyse de Constance GREWE est la plus aboutie et la plus représentative de l'état général de la doctrine.

L'article 88-3 de la Constitution prévoit que les élus municipaux non nationaux ne peuvent ni participer à l'élection des sénateurs, ni être maire ou adjoint. C'est à ces conditions que le Constituant a entendu préserver l'expression de la souveraineté nationale. C. GREWE est sceptique face à ce procédé puisque, selon elle, « exclure les citoyens européens des élections sénatoriales n'empêche pas ces derniers de compter dans la masse et de constituer ainsi une expression étrangère au sein de la souveraineté nationale. L'enchaînement entre les élections locales et sénatoriales est tel qu'il paraît difficile, à moins de modifier le scrutin sénatorial, de le déconnecter ponctuellement »¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁴ LUCHAIRE (F.), « L'Union européenne et la Constitution. Deuxième partie. La révision constitutionnelle », *RDP*, 1992, p. 940.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

Deux solutions s'offrent alors : soit il faut reconnaître que des étrangers puissent participer indirectement à l'exercice de la souveraineté nationale¹⁰⁰⁷, soit il faut dissocier les élections municipales et sénatoriales¹⁰⁰⁸. Face à l'impossibilité de trancher ce choix, et sans qu'il soit jamais explicité lors des débats parlementaires, les Chambres, conscientes de l'enjeu du débat, obtiennent du gouvernement des concessions successives, dont les principales sont l'exclusion des élus étrangers de la désignation des électeurs sénatoriaux (ce qui atténue encore l'incidence possible des élections municipales sur le scrutin sénatorial) et le renvoi à une loi organique le soin de préciser les modalités concrètes de mise en œuvre de cet article, une fois que le Conseil des ministres aura adopté la directive (ce faisant, le Parlement s'assure la maîtrise de l'évolution du processus). *In fine*, la rédaction adoptée pour l'article 88-3 de la Constitution ne réduit pas véritablement les ambiguïtés déjà signalées « puisque d'un côté [...] les incidences du vote des citoyens européens lors des municipales sur les élections sénatoriales ne sont qu'atténuées, mais pas supprimées, et, de l'autre, la participation d'étrangers à l'exercice de la souveraineté nationale n'est ni affirmée ni niée : elle est possible »¹⁰⁰⁹. Il revient donc à la loi organique de supprimer ces lacunes et de résoudre ces contradictions.

La loi organique, prévue à l'article 88-3 de la Constitution, a été promulguée le 25 mai 1998¹⁰¹⁰, soit six ans après la révision constitutionnelle ; ce qui peut paraître bien long malgré le consensus affiché par les différents pouvoirs constitués¹⁰¹¹. La loi organique

¹⁰⁰⁶ GREWE (C.), « La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht », *RFDC*, 1992, p. 428. Dans le même sens, FAVOREU (L.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1^{er} janvier 1992-31 mars 1992 », *op. cit.*, p. 344.

¹⁰⁰⁷ Cela pose alors « le problème de la valeur de principe de souveraineté et de sa mutabilité par voie de révision constitutionnelle », *ibid.* p. 429

¹⁰⁰⁸ L'auteur estime qu'il est possible de conserver son sens à l'article 24 de la Constitution, en faisant élire les sénateurs au suffrage universel direct, dans des cadres territoriaux particuliers sur le modèle du Sénat américain. Renaud DEHOUSSE montre, *a contrario*, que la représentation du Sénat américain ne résout pas le « paradoxe de Madison » et n'est pas essentiellement territoriale non plus qu'institutionnelle. Sur ce point, v. DEHOUSSE (R.), « Le paradoxe de Madison... », *op. cit.*

¹⁰⁰⁹ GREWE (C.), « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p. 430.

¹⁰¹⁰ Loi organique n° 98-404 du 25 mai 1998 déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994, *JORF*, n° 120, 26 mai 1998, p. 7975.

¹⁰¹¹ Bruno GENEVOIS défend l'idée du consensus in « Le droit de vote des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales : un contrôle à quadruple détente ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 98-400 DC du 20 mai 1998 », *RFDA*, 1998, pp. 671-674. La description qu'offre Jean-Marie PONTIER invite à relativiser : « il aura fallu six ans, une révision constitutionnelle, un référendum, un projet de loi organique qui ne fut jamais inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale, deux directives européennes et, enfin, trois lectures successives dans les deux assemblées pour que le principe consacré par le traité de Maastricht soit consacré dans notre ordre juridique interne », PONTIER (J.-M.), « Le vote des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales », *RA*, n° 304, 1998, p. 510.

apporte plusieurs précisions, dont deux nous intéressent plus particulièrement. Elle insère, dans le *Code électoral*, les articles L.O. 286-1 et L.O. 286-2, relatifs à la participation des citoyens communautaires au collège électoral sénatorial. Ceux-ci explicitent les principes posés par le deuxième alinéa de l'article 88-3 de la Constitution. « Les conseillers municipaux et les membres du Conseil de Paris qui n'ont pas la nationalité française ne peuvent ni être membres à un titre quelconque du collège électoral sénatorial ni participer à l'élection de ce collège de délégués, de délégués supplémentaires et de suppléants »¹⁰¹². La loi organique prohibe également la désignation d'un conseiller municipal étranger en tant que maire ou adjoint, tout comme l'exercice temporaire de ces fonctions¹⁰¹³. Le Conseil constitutionnel ne censure aucune de ces dispositions, car le législateur organique se borne à utiliser les facultés ouvertes par la directive elle-même¹⁰¹⁴. Cette loi n'apporte aucune modification aux équilibres critiqués par la doctrine au moment de la révision constitutionnelle de 1992, laissant intact les questions soulevées.

Si l'on ne peut apporter de solutions définitives à ce qui relève, nous semble-t-il d'un processus encore en cours de redéfinition des notions de pouvoir et de souveraineté, il faut envisager les conséquences de la participation des ressortissants communautaires non nationaux au scrutin municipal, en ce que l'aménagement des modalités de cette participation par le législateur constituant semble mettre en question la qualité de scrutin politique reconnue aux élections locales. L'application assez stricte par le Constituant de la jurisprudence n° 92-308 DC, aussi discutable soit elle si l'on s'en tient aux analyses précédentes, conduit ainsi à considérer « qu'indépendamment [de leur] relation avec l'élection des sénateurs, les scrutins municipaux [...] sont dans l'impossibilité de se prévaloir d'un caractère politique reconnu exclusivement aux élections liées à la souveraineté nationale et pour lesquelles, la détention de la nationalité française est exigée. Il suffit alors, selon cette optique, de mettre un terme au lien qui unit l'élection des conseillers municipaux à celle des sénateurs pour assurer le respect de la souveraineté nationale »¹⁰¹⁵. Une simple rupture entre scrutins municipal et sénatorial, consacrée à l'article L.O. 286-1 du *Code électoral*, suffirait dès lors pour empêcher la possible participation des étrangers à la souveraineté nationale. « Retenir un tel point de vue,

¹⁰¹² Art. L.O. 286-1 du *Code électoral*.

¹⁰¹³ Art. L.O. 2122-4-1 (*CGCT*).

¹⁰¹⁴ CC, déc. n° 98-400 DC, 20 mai 1998 (*Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994*), *Rec.* p. 251 ; *JORF* 26 mai 1998, p. 8003 ; *AJDA* 1998.485, chron. SCHOETTL ; *LPA* 1998(99).3, note AUBIN ; *RA* 1998.510, chron. PONTIER ; *JCP* 1998.II.10154, note FAUPIN ; *RFDA* 1998.671, comment GENEVOIS ; *RFDC* 1998.633, chron. ROUX ; *RFDC* 1998.763, chron. GAÏA ; *Cahiers du Conseil constitutionnel* 1998(5).23 ; *LPA* 1999(94).11, note AUBIN, MONJAL ; *LPA* 1998(143).20, chron. MATHIEU, VERPEAUX ; *D.* 2000.somm.58, GAÏA.

¹⁰¹⁵ BAGHESTANI (L.), *Le titulaire de la souveraineté nationale et son exercice dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Dijon, 1996 (dactylo), p. 295.

conduit inévitablement à ne voir dans les élections municipales que des élections administratives »¹⁰¹⁶, puisque le caractère politique n'est qu'une qualité exogène fondée sur la qualité d'étape préliminaire au scrutin sénatorial. Il existerait alors une différence de nature entre élections locales et nationales ; les autorités locales ne pouvant, dans cette perspective, être qualifiés d'organes politiques.

À cette analyse en termes organiques, il est possible d'adjoindre une perspective plus individualiste, centrée sur le rapport entre citoyenneté et nationalité. L'identité entre ces deux notions semblait logiquement découler des dispositions de l'article 3 de la Constitution, même si « en août 1958, lors de la discussion du futur article 3 par la Commission constitutionnelle du Conseil d'État, il avait été souligné par deux intervenants que l'attribution du droit de vote aux "nationaux français" n'excluait pas nécessairement que la loi puisse étendre ce droit à d'autres catégories de personnes »¹⁰¹⁷. L'évolution du régime a cependant conduit à écarter toute interprétation de l'article 3 alinéa 4 de la Constitution rompant l'identité entre citoyenneté et nationalité. Cette identité entre nationalité et citoyenneté trouve son fondement dans l'article 7 de la Constitution du 24 juin 1793, aux termes duquel « le peuple souverain est l'universalité des citoyens ». La proclamation du suffrage universel en 1848 conforte de manière définitive l'autorité du corps électoral, composé de l'ensemble des citoyens, dans le cadre de la démocratie représentative. L'article 3 de la Déclaration de 1789, repris dans les articles 3 des Constitutions de 1946 et 1958, confirme par ailleurs que la souveraineté nationale appartient au peuple, assimilant l'un à l'autre, ce qui a pour conséquence, dans un mouvement parallèle de lier nationalité et citoyenneté. Aussi, si l'on adopte ce point de vue, la brèche ouverte par la révision constitutionnelle de 1992 constitue-t-elle une véritable rupture, une novation sans précédent. Celle-ci n'a toutefois été rendue possible que par la position du juge constitutionnel, lors de son contrôle de la citoyenneté européenne. L'acceptation par le Conseil constitutionnel du vote des étrangers « consacre la dissociation nationalité/citoyenneté en acceptant, à la suite du constituant, que l'électeur local ne soit pas obligatoirement un national »¹⁰¹⁸. Rien ne semble, dans cette veine, empêcher l'extension du vote des étrangers aux ressortissants extracommunautaires. Louis FAVOREU le remarquait dès 1992. Si l'on suit cet auteur, « dès lors que l'article 3 de la Constitution n'assure l'exclusivité du droit de vote et d'éligibilité aux nationaux français pour les élections locales que dans la mesure où celles-ci sont reliées aux élections sénatoriales, la "déconnexion" des deux types d'élection supprime l'obstacle constitutionnel »¹⁰¹⁹. Cette « déconnexion » peut se faire « en remplaçant par une loi ordinaire l'élection des sénateurs par les élus locaux, par l'élection de ceux-ci par les grands électeurs directement élus par les électeurs de nationalité française de la collectivité territoriale concernée, et en supprimant la qualité de

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

¹⁰¹⁷ GENEVOIS (B.), « Le Traité sur l'Union européenne... », *op. cit.*, p. 389.

¹⁰¹⁸ CHABROT (C.), « Démocratie et décentralisation : un couple platonique ? », *Civitas Europa*, n° 11, septembre 2003, p. 17.

¹⁰¹⁹ FAVOREU (L.), « Les décisions du Conseil constitutionnel relatives au Traité sur l'Union européenne », *op. cit.*, p. 397.

représentant de l'État des maires »¹⁰²⁰. Une fois cette opération réalisée, le droit de vote et d'éligibilité peut être accordé par une loi ordinaire à l'ensemble des étrangers. Si cette modification apparaît largement utopique, elle n'en révèle pas moins l'ampleur de la béance créée par le juge constitutionnel. Elle repose toutefois sur une interprétation par trop restrictive de la portée de l'article 24 de la Constitution. La jurisprudence ultérieure a d'ailleurs rendu une telle hypothèse peu probable.

On peut, délaissant une stricte analyse du lien entre les différents modes de scrutin, envisager cette problématique à travers l'exclusion des postes de maire et d'adjoints. Si la doctrine a estimé généralement que celle-ci reposait sur la qualité de représentant de l'État du maire, d'autres explications ont été tentées. « Si les étrangers communautaires sont [...] exclus des postes de maires, d'adjoints, ou de membres directs ou indirects du collège sénatorial, ce n'est pas au nom des pouvoirs administratifs que ces postes confient mais au nom des fonctions politiques qu'ils induisent : la nomination des sénateurs qui participent à l'exercice de cette souveraineté. La nuance est de taille. En effet, ce faisant, ni la révision constitutionnelle ni la décision du Conseil n'établissent de lien entre les élections locales elles-mêmes et le Souverain. Ce qui est encadré, ce sont les seuls *effets* de ces élections en matière d'élection sénatoriale, du fait de la "double casquette" de ces élus à la fois administrateurs locaux et électeurs des sénateurs. L'élection des étrangers dans le conseil municipal ne pose pas en soi de problème dès lors qu'elle n'est pas liée à des fonctions politiques »¹⁰²¹. On peut alors conclure à la nature essentiellement administrative des fonctions des organes délibérants locaux.

L'ensemble de ces analyses ne parvient pas à emporter complètement l'adhésion. Elles reposent en effet sur un ensemble de considérations qui paraissent, à tout le moins, discutables. Il est tout d'abord difficile d'envisager que le Conseil constitutionnel ait entendu revenir sur la qualification des élections locales en tant que scrutin politique en 1992, alors qu'il réaffirmera cette qualité en 1999 pour les élections régionales¹⁰²². À notre sens, la portée de la décision du 9 avril 1992 ne doit pas, de ce point de vue, être exagérée. Dans un second temps, ces positions reposent non seulement sur le postulat de l'identité entre pouvoir souverain et pouvoir politique, mais également sur celui de l'épuisement du second dans le premier. Or, ces deux types de pouvoirs ne sont pas réductibles l'un à l'autre. De même qu'il n'est pas possible de donner une définition précise du pouvoir exprimé dans la notion de souveraineté nationale, le pouvoir politique est plus large que celle-ci. De ce point de vue, ces analyses paraissent prisonnières du clivage classique opposant pouvoir politique et pouvoir administratif, sans parvenir à véritablement définir les propriétés de l'un et l'autre (à l'exception du critère de la souveraineté nationale). Or, il apparaît pour le moins discutable d'établir une différenciation sur des critères dont la validité heuristique prête, par trop, à discussion. On peut alors appliquer à ces travaux la remarque que font L. FAVOREU et L. PHILIP à propos de la distinction entre élections nationales et locales. Celle-ci « découle

¹⁰²⁰ *Ibid.*, pp. 397-398.

¹⁰²¹ CHABROT (C.), « Démocratie et décentralisation... », *op. cit.*, pp. 17-18. L'auteur souligne.

¹⁰²² V. *supra*, section précédente.

certainement d'une approche "administrativiste" du problème qui a toujours écarté, en France, les collectivités territoriales du droit constitutionnel pour les garder dans le giron du droit administratif, contrairement à ce qui se passe dans d'autres pays »¹⁰²³. On peut ensuite émettre quelques doutes sur une différence de nature entre les élections locales et nationales à cause d'une modification marginale de composition du corps électoral. D'ailleurs, personne (ni le Constituant, ni la doctrine) n'a jamais qualifié les autorités locales de représentants du peuple français. Là encore, ces auteurs sont prisonniers d'une manière de voir classique, associant souveraineté nationale et caractère de représentant. Nous ne pouvons les suivre dans cette direction. Les juges constitutionnel et administratif appliquent aux scrutins locaux l'ensemble des garanties démocratiques propres au régime représentatif, même si les élus locaux n'ont jamais été qualifiés expressément de représentants, et encore moins de représentants du peuple français (!), inférant malgré tout leur politicité propre.

Ces constructions paraissent enfin confondre les notions de pouvoir et de fonction. Or, à moins d'envisager une définition matérielle du pouvoir, comme l'ensemble des fonctions exercées par un organe, une telle confusion paraît rédhibitoire. À notre sens, le pouvoir ne peut en effet être réduit à l'ensemble des fonctions/attributions d'un organe (d'autant moins quand une partie de ces fonctions est indéterminée, grâce à la clause générale de compétence¹⁰²⁴). Il faut donc proposer une analyse qui différencie nettement ces deux dimensions. Dans cette logique, il semble possible d'envisager une explication cohérente de la position du Conseil constitutionnel : la différenciation des corps électoraux témoigne de la pluralité d'expression du pouvoir dans l'État.

La différenciation des corps électoraux, témoin d'un possible pluralisme d'expression du pouvoir dans l'État

L'intégration des électeurs étrangers dans le corps électoral local établit une distinction entre les scrutins municipaux et nationaux ; les organes électifs primaires ne sont en effet plus identiques puisque l'élection municipale fait participer les citoyens nationaux et les ressortissants communautaires tandis que le corps électoral sénatorial ne comprend que des citoyens nationaux. Il faut toutefois parallèlement relever que la source du pouvoir municipal, elle, est toujours la même, le titre XII de la Constitution n'ayant connu aucune modification. Dès lors, le pouvoir exprimé par les communes est toujours un pouvoir originaire, dont seul l'organe d'expression change, à la marge. Cette différenciation renforce alors les conclusions précédentes : le pouvoir souverain constitutionnalisé, source unique du pouvoir dans l'État, semble se manifester de façon plurale. Chacune des puissances en jeu trouve ainsi à s'exprimer dans des organes primaires différents, renvoyant à des registres distincts. D'un côté, la puissance d'État repose sur le corps électoral national, expurgé des éléments extérieurs ; de l'autre, la puissance territoriale municipale se fonde, selon la logique démocratique inhérente à la souveraineté du peuple, sur un corps électoral réel élargi. La puissance municipale (et plus généralement

¹⁰²³ FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2001 11^e éd. (1^{ère} éd. 1975), p. 814.

¹⁰²⁴ V. *infra* Partie II, Titre I.

la puissance territoriale) participe alors, et à titre principal, à l'expression de la souveraineté populaire cependant que son caractère originaire se trouve renforcé par sa liaison (même ténue) avec la souveraineté nationale. Les modalités d'expression du pouvoir originaire renvoient ainsi à des registres différents, l'identité du titulaire référent changeant selon les modalités envisagées : la puissance d'État relève principalement de la logique de la souveraineté nationale alors que la puissance territoriale renvoie à la souveraineté populaire ; cette distinction se fondant d'ailleurs sur le dualisme des corps électoraux : les élus locaux, compris comme organe primaire de l'élection sénatoriale, participent à l'expression de la souveraineté nationale tandis que la population locale, alors organe de la collectivité, exprime la volonté du peuple ¹⁰²⁵ .

En conséquence, et conformément à l'idée selon laquelle la dimension démocratique est le prisme principal par lequel il faut aborder les collectivités territoriales, il faut alors accepter le fait que non seulement la Nation ne s'épuise pas dans le peuple mais que ces notions se distinguent en fonction du pouvoir en jeu. La Nation s'exprime ainsi uniquement par les organes de la puissance d'État tandis que le Peuple se manifeste à deux niveaux différents, l'État et les collectivités territoriales. La logique démocratique l'emporte alors dans le cadre de la puissance territoriale sur la dimension représentative. En effet, les collectivités territoriales ne sont pas et ne peuvent pas être des représentants du peuple français, puisqu'elles ne participent pas à l'édition de la volonté nationale. En revanche, elles sont bien intégrées à l'expression de la souveraineté populaire, en ce qu'elles permettent au peuple de désigner les institutions territoriales en charge de ses intérêts publics territorialisés. Les collectivités territoriales, « Quatrième organe politique », permettent alors de rééquilibrer la volonté de la Nation, définie par ses représentants au sein des organes étatiques politiques classiques, en lui organisant une série de contre-pouvoirs, grâce auxquels le « peuple réel » trouve la possibilité de s'exprimer tant dans le cadre de l'État que dans celui, plus restreint, des structures territoriales.

Le « compromis » de 1946 trouve, de par cette double différenciation des corps électoraux et des canaux d'expression des puissances d'État et territoriale, une signification nouvelle, dans la logique de la démocratie globale défendue par les deux Assemblées nationales constituantes. Peuple et Nation, s'ils peuvent en effet être assimilés dans le cadre de l'organisation horizontale des pouvoirs, se distinguent toutefois dans celui de l'expression verticale du pouvoir. Dans ce dernier cas, c'est en effet le peuple, somme des citoyens, qui se prononce et non la nation. On peut alors déduire de cela que la puissance d'État, expression de la « personnification juridique de la Nation » ¹⁰²⁶ , ne peut connaître de corps étrangers dans ses organes tandis que la puissance territoriale, canal vertical du pouvoir démocratique, admet une expression différente, tant qu'il n'existe pas de liaison entre elle et la puissance d'État. Sous l'impulsion de la construction européenne et du développement du pluralisme politico-juridique dans l'État,

¹⁰²⁵ Entendue dans son sens libéral, tel que défini par Benjamin CONSTANT. V. les mentions *supra*.

¹⁰²⁶ ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 1. On peut opposer cette définition à celle de Carl SCHMITT selon laquelle l'État est l'« unité politique d'un peuple » (*Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 228. L'auteur souligne). On retrouve alors la dualité du titulaire du pouvoir originaire dans l'État, telle que nous l'envisageons dans le cadre de ces développements.

le système institutionnel français dispose ainsi en lui-même de suffisamment de ressources pour s'adapter, en dépassant la querelle (stérile) entre pouvoir politique et pouvoir (fonctions ?) administratif. La Constitution française garantit son unité à la source, cependant que son évolution donne sens à une certaine pluralité d'expression du pouvoir dans l'État, garantissant peu à peu la plus grande effectivité de la démocratie globale voulue aux sortirs de la Seconde Guerre mondiale. Celle-ci peut aujourd'hui se définir comme l'adjonction de l'expression de la nation par la puissance d'État et de celle du peuple *via* la puissance territoriale, Nation et peuple jouissant chacun d'un canal propre. La synthèse opérée à l'article 3 de la Constitution apparaît ainsi moins comme un déterminant précis et utile du titulaire du pouvoir originaire que comme une clause politique¹⁰²⁷, garantissant le caractère démocratique du régime¹⁰²⁸. Le titulaire du pouvoir quant à lui, s'il s'incarne dans le corps électoral *lato sensu*, doit néanmoins toujours être précisé en fonction du canal d'expression du pouvoir étudié.

Conclusion du Chapitre II.

La Constitution organise le rattachement de la puissance territoriale au pouvoir politique ; celle-ci est ainsi liée tant à la souveraineté populaire qu'à la souveraineté nationale. L'origine électorale des collectivités territoriales leur confère une légitimité démocratique, propre à tout organe politique cependant qu'elle en fait une modalité d'expression de la volonté du peuple. Il existe donc une politisation réflexive de la puissance territoriale à travers l'organisation de scrutins soumis à l'ensemble des règles et principes propres aux scrutins politiques nationaux.

La loi fondamentale agence également une liaison entre les collectivités territoriales et la souveraineté nationale, à travers la représentation assurée par le Sénat. Celle-ci repose sur l'articulation des différents scrutins locaux et sénatoriaux, puisque les élus locaux constituent le corps électoral sénatorial. Les élections locales sont donc la première étape d'expression de la souveraineté nationale, confirmant ainsi l'originaire réflexive de la puissance territoriale.

La puissance territoriale est donc un pouvoir politique originaire, non seulement dans ses fondements, mais également par ses composantes.

Conclusion du Titre II.

L'inscription des collectivités territoriales dans la Constitution les consacre en tant que cadres politiques. Elles participent, de ce fait, à l'expression du pouvoir dans l'État. Cette constitutionnalisation conduit ainsi à une modification du pouvoir local. Celui-ci est désormais une expression territoriale du pouvoir dans l'État, et non pas une expression de la population locale. C'est cette modification qui lui confère son originaire. La constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales aboutit ainsi à l'expression duale du pouvoir dans l'État, à travers la puissance d'État et la puissance

¹⁰²⁷ HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 196-197.

¹⁰²⁸ En ce qu'elle garantit au peuple *lato sensu* la compétence constituante, selon la définition de la démocratie, reposant sur la capacité constituante du peuple, SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 361.

territoriale.

Les éléments positifs d'expression de la puissance territoriale confirment le caractère originaire de ce pouvoir, puisque la Constitution prévoit son rattachement à la notion de souveraineté, selon ses deux acceptions (populaire et nationale). L'origine électorale des organes locaux et la conception holiste des collectivités territoriales adoptée par le Constituant rattachent la puissance territoriale à l'expression de la volonté du peuple. La logique démocratique sous-jacente à l'inscription constitutionnelle des structures territoriales renforce le lien avec la souveraineté populaire. Les collectivités territoriales sont ensuite représentées par le Sénat. Les élections locales constituent ainsi une première étape d'expression de la souveraineté nationale ; l'originarité de la puissance territoriale jaillit alors selon une dynamique réflexive.

Conçue à travers ses fondements constitutionnels, la puissance territoriale peut être définie comme un pouvoir originaire ; conçues comme cadre de la démocratie, les collectivités territoriales participent ainsi à l'expression du pouvoir politique.

Conclusion de la Partie I.

Le pouvoir local est initialement conçu comme un pouvoir présumé naturel, dont les fondements se trouvent dans la population locale. Cette conception, qui se développe principalement à partir de la Révolution française, confère une importance toute particulière au substratum sociologique, sous-jacent aux collectivités territoriales, sans que cela signifie *de jure* l'originarité de leur pouvoir. Il n'y a en effet qu'une seule population originaire : la Nation, une et indivisible. Seul le pouvoir de l'État peut donc jouir de cette qualité. Le pouvoir local, compris comme le pouvoir présumé naturel de la communauté locale, n'est qu'un pouvoir second.

L'inscription constitutionnelle des dispositions relatives aux collectivités territoriales amène à repenser cet équilibre. Celles-ci deviennent en effet un cadre politique général, permettant l'expression territoriale du pouvoir. Les élections locales, éléments de base de la liberté politique territoriale, les associe en effet à l'expression de la souveraineté populaire et de la souveraineté nationale. Le pouvoir des collectivités territoriales vient dès lors directement du souverain ; il acquiert donc un caractère originaire. Il doit alors être entendu, non plus comme l'expression d'une communauté territoriale, mais comme l'*expression territoriale* du pouvoir originaire dans l'État.

Dans le cadre de la démocratie politique, le pouvoir dans l'État s'exprime alors par deux canaux complémentaires : la puissance *d'État* et la puissance *territoriale*. La constitutionnalisation des collectivités territoriales aboutit ainsi à une modification de la définition du pouvoir local et de l'agencement des modalités d'expression verticale du pouvoir. Elle pose également les bases d'une identité entre *décentralisation constitutionnelle* et *décentralisation politique* dans le cadre de la République française, puisque le pouvoir originaire connaît bien une pluralité de modalités d'expression.

Il faut alors envisager si la mise en œuvre du pouvoir local confirme cette tendance

organisationnelle et en tire toutes les conséquences.

PARTIE II. LA MISE EN ŒUVRE DU POUVOIR LOCAL, D'UNE LIBERTÉ TOLÉRÉE À UNE *RÉSERVE DE PUISSANCE*, MODALITÉ SECONDE DE L'ACTION PUBLIQUE

« L'essence même de la décentralisation consiste en ce que la population d'une circonscription décide elle-même les affaires locales ». HAURIOU (M.), « Décentralisation », *op. cit.*, p. 475.

L'inscription constitutionnelle de la liberté territoriale d'administration, tempérament du pouvoir d'État à l'égard de son territoire, aboutit à l'admission d'un champ d'action protégé en faveur des collectivités territoriales. Dans ce cadre, leur pouvoir, compris de façon libérale, correspond à une libre capacité de gérer les affaires de la communauté locale. On peut donc concevoir la reconnaissance du pouvoir local comme la base de l'autonomie locale : il s'agit d'une marge de manœuvre reconnue et admise en faveur des collectivités territoriales, afin qu'elles réalisent leurs propres fins.

La vocation à se saisir des affaires de son intérêt est en effet un élément de définition de la notion de collectivités territoriales¹⁰²⁹. Leurs matières d'intervention se définissent alors par leur lien avec l'intérêt local, qui se publicise progressivement, au fur et à mesure

que ces institutions intègrent l'administration publique ¹⁰³⁰. Envisager le pouvoir local à partir d'une notion aussi difficilement saisissable que celles d'affaires propres conduit à en adopter une conception formelle et téléologique. Cette caractéristique est d'ailleurs présente quelque soit le niveau normatif où l'on considère le pouvoir local. Comme lors de l'analyse de ses fondements, ce pan du pouvoir des collectivités territoriales, d'abord défini par la loi, est progressivement constitutionnalisé. Cette élévation normative conduit ainsi à la création progressive d'une réserve de puissance en faveur des collectivités territoriales ; la puissance d'État ne dispose plus alors d'un pouvoir absolu sur son territoire puisqu'elle doit respecter la liberté des collectivités territoriales, constitutionnellement définie. Les normes constitutionnelles ne viennent toutefois pas se substituer aux normes législatives (comme dans le cas de l'inscription constitutionnelle), mais s'y superposer (la Constitution organisant les modalités d'intervention de la loi). La mise en œuvre du pouvoir local doit ainsi être appréciée concurremment aux deux niveaux normatifs ; le législateur est en effet l'organe compétent pour appliquer la libre administration des collectivités territoriales tandis que les normes constitutionnelles (notamment la jurisprudence du Conseil constitutionnel) encadrent cette dernière, s'affirmant de plus en plus comme des fondements directs de la concrétisation de la puissance territoriale. Il convient donc de mettre en parallèle les deux niveaux normatifs afin d'obtenir une pleine et juste appréhension de la concrétisation du pouvoir local.

Les affaires propres constituent les intérêts communs d'une population instituée en collectivité territoriale. Elles apparaissent très tôt comme la condition *sine qua non* à l'admission d'un pouvoir local par les autorités étatiques ; l'existence d'affaires particulières justifient les marges de liberté octroyées par le pouvoir central. L'État procède dès lors à la validation rétrospective d'une situation de fait (la consécration d'une donnée naturelle), mais il participe également de l'élargissement des prérogatives locales en déléguant certaines attributions. Il confirme, ce faisant, la définition téléologique du pouvoir local. Parallèlement, les tenants de ce pouvoir ont très vite investi ce champ et revendiqué une liberté toujours plus importante pour les collectivités territoriales. Si la consécration légale d'une clause générale de compétence en faveur des collectivités territoriales a paru, dans un premier temps, satisfaire cette revendication, il semble qu'elle ne constitue qu'un élément fragile d'autonomie. Le législateur multiplie en effet les législations concurrentes, enserrant la marge de manœuvre des collectivités territoriales de façon à les contraindre à agir comme il le désire. Le champ du pouvoir local, défini au seul niveau légal, apparaît dès lors comme une tolérance de la loi, ne constituant donc pas une source stable d'autonomie pour les collectivités territoriales (**Titre I.**).

Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, outre la dimension démocratique déjà relevé, constitue parallèlement une source de liberté pour l'action des collectivités territoriales. Répondant à la même logique libérale que la définition légale au pouvoir local, cette notion constitue cependant une limite à l'activité du législateur, qui doit en effet respecter la réserve de puissance admise en faveur des collectivités territoriales. Si la dimension démocratique est largement privilégiée par les

¹⁰²⁹ BOURDON (J.), PONTIER (J.-M.), RICCI (J.-C.), *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 53.

¹⁰³⁰ LANZA (A.), *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, op. cit., pp. 484-ss.

organes constitués, faisant de la libre administration des collectivités territoriales une source d'autonomie essentiellement organique, la capacité de faire est progressivement renforcée. Les bases constitutionnelles du pouvoir local sont ainsi complétées (c'est-à-dire explicitées) par la jurisprudence constitutionnelle, parachevant progressivement le procès de *constitutionnalisation* initié par le Constituant. Ce second mouvement illustre bien l'importance du juge constitutionnel dans la formation du droit des collectivités territoriales¹⁰³¹. Malgré cela, la puissance territoriale demeure fragile. Deux raisons peuvent être évoquées : les juges constitutionnel et administratif ne lui sont pas très favorables ; les modalités de protection de la puissance territoriale par les collectivités territoriales sont ainsi extrêmement sommaires. La puissance territoriale, bien qu'exprimant un pouvoir originaire, n'est, dans sa traduction positive, qu'un pouvoir second (**Titre II.**).

Titre I. La mise en œuvre du pouvoir local dans la loi : une liberté de gestion simplement tolérée

Titre II. La mise en œuvre du pouvoir local dans la Constitution : une réserve de puissance, modalité seconde de l'action publique

TITRE I. La mise en œuvre du pouvoir local dans la loi : une liberté de gestion tolérée, faiblement protégée

« Les communes ont vis-à-vis de l'administration centrale des sortes de droits individuels, des libertés ; à la vérité ceci est impliqué par la notion même de la décentralisation et de l'autonomie locale ; l'autonomie des corps locaux ne peut guère s'affirmer que comme celle des individus, sous formes de droits opposables à l'administration de l'État ». HAURIUO (M.), « Note sous CE, 22 février 1922, Commune de Monticello », *Recueil des notes d'arrêts et de jurisprudence*, t. 1, p. 276.

Les communes tout d'abord, puis l'ensemble des collectivités territoriales ensuite, se sont vus reconnaître l'existence d'affaires particulières qui relèveraient *naturellement* de leur compétence. Ce postulat sociologique trouve sa consécration juridique dans le décret du 14 décembre 1789, qui distingue les affaires *propres* des communes des affaires qui leur sont *déleguées*, seules les premières relevant du pouvoir local *par nature*. La détermination des caractéristiques des affaires propres de la collectivité a suscité de nombreux débats ; force est de constater l'impossibilité de les définir *a priori* sans que cela remette, pour autant, en cause leur réalité. Simplement, notion à contenu variable, elles ne peuvent être envisagées que téléologiquement. Leur admission se traduit alors par la reconnaissance en faveur collectivités territoriales d'une vocation générale d'action, c'est-à-dire de la libre capacité de s'emparer de toutes les matières relevant de leur intérêt. Aussi, constitue-t-elle une composante libérale du pouvoir local (**Chapitre I.**).

¹⁰³¹ FAURE (B.), « Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration du droit des collectivités locales », *Pouvoirs*, n° 99, 2001, pp. 117-133.

La vocation générale, admise en fonction de facteurs naturels, est exprimée *de jure* dans la clause générale de compétence. Cette disposition permet alors aux collectivités territoriales de définir les matières de leurs interventions. Garantissant aux institutions territoriales une liberté d'action, elle devient, ce faisant, un élément de garantie et de mesure de leur autonomie. Sa mise en œuvre dépend toutefois du législateur ; il apparaît donc assez clairement que l'effectivité de l'autonomie locale va dépendre de la conception (notamment quant à son étendue) que ce dernier retient de l'action locale. Afin de garantir le respect de la clause générale de compétence, des mécanismes de protection existent. Les juges constitutionnel et administratif exercent ainsi chacun une surveillance des acteurs, afin de protéger l'application de cet élément de la liberté des collectivités territoriales. La protection dont bénéficie la clause générale de compétence reste néanmoins fragile : elle n'est qu'un élément d'autonomie limité (**Chapitre II**).

Chapitre I. La vocation générale des collectivités territoriales, composante libérale du pouvoir local

Chapitre II. La clause générale de compétence des collectivités territoriales, élément d'autonomie limité et peu protégé

Chapitre I. La vocation générale des collectivités territoriales, composante libérale du pouvoir local

La décentralisation repose sur le principe selon lequel les populations locales gèrent les affaires de leur intérêt. Selon cette conception, les affaires locales reposent donc sur la notion d'intérêt local. Les Révolutionnaires partirent d'ailleurs de ce constat pour bâtir la théorie du pouvoir municipal et le couple affaires propres/affaires déléguées¹⁰³². Cette distinction connaît une postérité incontestable, car, si l'on excepte la parenthèse napoléonienne, elle ne sera jamais remise en cause. Tant le législateur que la doctrine acceptent ainsi l'idée d'un ensemble de compétences propres aux collectivités territoriales, construit à partir de prémices naturelles de type sociologique ; ils leur reconnaissent également le droit de les définir et gérer librement. Il faut cependant constater que toutes les tentatives, aussi bien législatives que doctrinales, cherchant à trouver un moyen sûr de définir *a priori* ces affaires échouèrent. Aussi, fortes de cette impossibilité l'intérêt local étant par nature une notion téléologique¹⁰³³, les collectivités territoriales bénéficient-elles d'une vocation générale. Celle-ci consiste donc dans la capacité qui leur est reconnue de déterminer les affaires de leur intérêt et repose sur des éléments sociologiques et réels. Leur vocation générale est ainsi l'origine naturelle de leur capacité d'agir (**Section I**).

Si le législateur a toujours admis l'existence de compétences naturelles des collectivités territoriales, son intervention est nécessaire pour leur reconnaître cette faculté

¹⁰³² Ainsi que le relève Albert LANZA, in *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, *op. cit.*, p. 471.

¹⁰³³ Ce point ressort nettement de la deuxième partie de la thèse de Marie-Christine ROUAULT, consacrée à « l'intérêt communal, critère de compétences ». V. ROUAULT (M.-C.), *L'intérêt communal*, *op. cit.*, principalement pp. 257 et suivantes et pp. 331 et suivantes.

ainsi que pour l'organiser. Admettre une « aptitude de chaque collectivité à gérer ses propres affaires n'implique [en effet] aucun choix quant au contenu de ces affaires et quant au mode de détermination de ces affaires »¹⁰³⁴. Deux modalités de répartition des compétences sont principalement utilisées en France : l'attribution légale et la clause générale. Si le choix d'un mode plutôt qu'un autre répond à une certaine conception de la décentralisation et de la liberté locale, la compétence du législateur pour déterminer, seul, les modalités de cette répartition témoignent du caractère *dérivé* du pouvoir local. L'importance (et la prévalence) accordée à la clause de compétence générale par le législateur français renvoie à une conception *libérale* du pouvoir local, en ce que ce procédé permet aux collectivités de déterminer, puis de gérer librement leurs affaires (**Section II.**).

Section I. De la vocation générale des collectivités territoriales à la clause de compétence générale : le pouvoir local comme liberté *originaire*

Les collectivités territoriales constituent des groupements humains, territorialement circonscrits à qui l'État reconnaît une certaine latitude d'organisation et d'intervention. On trouve la traduction juridique de ce phénomène dans la présence parmi les éléments constitutifs de la collectivité territoriale de la notion d'*affaires propres*. Celle-ci « repose sur l'idée que les intérêts d'un groupement local ne sont pas les mêmes que les intérêts de la collectivité tout entière »¹⁰³⁵ et postule, dès lors, la spécificité des intérêts territoriaux. Les affaires locales sont ainsi des affaires particulières, propres à chaque collectivité territoriale, comprises selon une perspective téléologique. Il est en effet impossible de définir *a priori* l'ensemble des matières couvertes par cette notion essentiellement pragmatique. Cette indétermination des affaires locales complique les velléités de définir matériellement le pouvoir local (**Paragraphe 1.**).

Résultant de l'impossibilité de définir exhaustivement les affaires locales, la vocation des collectivités territoriales à gérer leurs affaires est en fait générale sur leur territoire¹⁰³⁶. Ce caractère témoigne alors de la liberté qui est laissée aux structures territoriales : elle illustre ainsi une nouvelle perspective d'appréhension du pouvoir local dans l'État. La vocation générale des collectivités territoriales paraît ainsi trouver une partie de sa justification dans l'indétermination des affaires locales (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. La vocation générale, fondement originare de la liberté d'agir des collectivités territoriales

Il a très tôt été admis l'existence d'une sphère de matières relevant de l'intérêt propre des communautés territoriales, distincte de l'intérêt de la Nation. Un débat s'est simultanément engagé sur la nature et la portée de ces affaires propres. Les conceptions du législateur

¹⁰³⁴ BOURDON (J.), PONTIER (J.-M.), RICCI (J.-C.), *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 53.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

¹⁰³⁶ BRAIBANT (G.), STIRN (B.), *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences po – Dalloz, « Amphi », 2002, 6^e éd. (1ère éd. 1984), p. 90.

et de la doctrine ont d'ailleurs évolué de concert, passant d'une acception naturaliste assez large à une définition positive et juridique plus réduite.

L'évolution de la notion dans la législation (A.) alimente ainsi les réflexions doctrinales ; celles-ci aboutissent finalement à la reconnaissance du caractère juridique de la notion d'affaires locales (B.).

A. L'évolution de la notion d'affaires propres : d'une définition générale fondée sur l'intérêt local à la gestion territorialisée de compétences

La notion d'affaires propres trouve son origine juridique dans la législation révolutionnaire. La Constituante consacre ainsi les affaires particulières de la commune, développant, ce faisant, une conception privée des prérogatives communales (1.).

Progressivement, la commune, puis le département, intègrent l'administration publique ; les matières relevant de leur intérêt s'élargissent et changent de nature. Le pouvoir local se publicise à travers les matières qu'il embrasse, sans que cela change leur fondement premier, qui réside toujours dans l'intérêt des habitants (2.).

C'est au moment de la relance contemporaine du procès décentralisateur qu'un basculement à lieu : le législateur n'opère plus les transferts en fonction de considérations locales, mais en fonction des seuls impératifs étatiques. Les affaires locales mutent, tandis que la liberté d'action des collectivités territoriales se trouve parallèlement circonscrite (3.).

1. LA NOTION D'AFFAIRES PARTICULIÈRES DE LA COMMUNE : SA NATURE PRIVÉE FONDE LA GÉNÉRALITÉ DU POUVOIR COMMUNAL SOUS LA RÉVOLUTION FRANÇAISE

Les affaires locales trouvent leur source dans le décret du 14 décembre 1789, dont l'article 49 distingue les deux types de fonctions assurées par les Municipalités ; « les unes [sont] propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration générale de l'État et subdéléguées par elle aux municipalités »¹⁰³⁷. Ce texte marque ainsi la différenciation entre deux types d'intérêts, reflet de la distinction entre deux types de collectivités. Les communes jouissent en effet d'une aura particulière dans l'esprit des Révolutionnaires. Collectivités antérieures à l'État, elles apparaissent comme une donnée naturelle, d'une essence différente de l'administration de l'État. « Les municipalités sont une chose à part de l'administration générale du Royaume ; elles n'en sont pas même une portion subordonnée »¹⁰³⁸. Elles relèvent de la sphère domestique ; « chaque famille a sa maison ; le père, l'époux y règnent ; et pourvu qu'il n'y blesse pas les lois publiques, l'administration domestique est son domaine : sous ce point de vue, chaque maison est un petit État dans l'empire et forme un tout séparé qui existe par lui-même. Les municipalités sont du même genre »¹⁰³⁹. Il existe dès lors un certain nombre de matières

¹⁰³⁷ Art. 49 du décret du 14 décembre 1789, préc.

¹⁰³⁸ TARGET, Séance du 11 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 747.

¹⁰³⁹ *Ibid.* Nous soulignons.

qui ne relèvent que de leur ressort¹⁰⁴⁰ et n'interfèrent pas avec les matières nationales. Cette acceptation renvoie à une dimension sociologique marquée ; le législateur fait face à ce qui lui apparaît comme une donnée naturelle, qu'il se contente de prendre en compte. La « conception du pouvoir municipal part [ainsi] toute entière de la conception associative ou associationniste de la commune, et lui trouve une explication en tant qu'association d'habitants, idée qui puise clairement ses racines dans les conceptions municipales médiévales et a été immédiatement adoptée par la conception pactiste de la société propre au XVIII^e siècle »¹⁰⁴¹. Les communes, de même que n'importe quelle association, disposent d'« affaires propres » qu'il appartient à leurs membres de définir. Une telle assimilation ne relève pas que de la métaphore et c'est bien une conception de la commune comme « entité privée » qui se développe au début de la Révolution française¹⁰⁴². « La société municipale est privée parce que les affaires autour desquelles elle se constitue sont des affaires privatives, propres à ses membres, qui n'affectent pas comme telles la communauté politique et à propos desquelles celle-ci ne présente aucune exigence »¹⁰⁴³. Ceci explique pourquoi le caractère de représentant est refusé aux agents municipaux ; ils sont considérés comme les « mandataires » civils de leurs voisins. Dans cette perspective, le caractère privé et apolitique de la commune était une exigence imposée pour lui reconnaître son autonomie.

La liberté communale se fonde ainsi sur l'idée de la séparation entre l'État et la Société. La commune trouve son fondement dans l'apologie d'une sphère de vie sociale libre par rapport à l'État ; c'est grâce à elle qu'a pu émerger la commune – groupement humain. Cette conception se retrouve ainsi dans le décret du 14 décembre 1789 qui reconnaît l'existence, au sein de chaque commune, d'un véritable « pouvoir » originaire, non délégué et hétéronome par rapport au pouvoir étatique. Cette concession est toutefois limitativement définie car elle est évoquée en liaison avec un type particulier d'affaires ; les articles 50 et 51 du décret du 14 décembre 1789 détaillent en effet les matières constituant les deux domaines. Les fonctions propres, que l'on peut diviser en deux types principaux, ne correspondent pas exclusivement à des prérogatives de puissance publique ; elles renvoient tout d'abord à une capacité patrimoniale¹⁰⁴⁴, puis à

¹⁰⁴⁰ « Ce qui est de leur ressort [celui des municipalités], c'est tout ce qui appartient aux sociétés particulières des villes, des bourgs, des villages, tout ce qui n'a pas été mis en masse commune, tout ce qui peut s'administrer à part, sans embarrasser l'action de la machine politique », TARGET, *Ibid.*

¹⁰⁴¹ GARCIA DE ENTERRIA (E.), *Révolution française...*, *op. cit.*, pp. 112-113.

¹⁰⁴² « Le régime municipal, borné exclusivement au soin des affaires particulières, et pour ainsi dire privées de chaque ressort communal, ne peut entrer sous aucun rapport, ni dans le système de la représentation nationale, ni dans celui de l'administration générale », THOURET, Séance du 29 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 208.

¹⁰⁴³ GARCIA DE ENTERRIA (E.), *Révolution française...*, *op. cit.*, p. 113.

¹⁰⁴⁴ La première matière énoncée dans l'article 50 est ainsi la gestion des biens et revenus communs des villes, bourgs, paroisses et communautés. Viennent ensuite, et successivement, le règlement des dépenses communes, la réalisation des travaux publics à la charge de la communauté et l'administration des établissements qui appartiennent au groupe.

une capacité de protection ¹⁰⁴⁵. Si les premiers éléments de définition renvoient à un pouvoir dont la nature serait essentiellement privée, la fonction de police est plutôt caractéristique d'un pouvoir public. Les fonctions propres apparaissent ainsi douées d'une nature hybride. Certains auteurs ont d'ailleurs soulevé le caractère indéterminé du contenu de l'article 50 ¹⁰⁴⁶, mais l'article 49 ne crée pas pour autant une capacité générale d'intervention au profit des municipalités ; les affaires propres de la commune doivent bien entrer dans un cadre prédéterminé. L'intervention du pouvoir municipal est ainsi orientée ; les autorités municipales ne peuvent pas définir librement les affaires locales. « En reliant la reconnaissance d'un "pouvoir municipal" à la spécificité des intérêts locaux, les Constituants laissaient avantageusement dans le vague la question du titre véritable en fonction duquel ce pouvoir existait. [...] Souligner qu'il y a pouvoir municipal parce que, dans la collectivité communale, certaines affaires sont originales, propres à la communauté [revient en effet à admettre que] s'il y a pouvoir propre, c'est qu'il y a souveraineté particulière des membres de la commune » ¹⁰⁴⁷. Face à cela, le Constituant révolutionnaire met tout son soin pour faire ressortir le caractère subalterne des communes. Des mesures sont ainsi prises pour éviter que le pouvoir local ne puisse concurrencer le pouvoir politique national ¹⁰⁴⁸. « Il faut encore abondamment souligner que l'exercice du pouvoir municipal ne devait encourager aucune tendance centrifuge, mais permettre aux communes d'être des "écoles du patriotisme", à leurs citoyens de s'habituer à la liberté publique et à leur inspirer "l'amour de la Constitution", tout en préparant à "la nation de dignes représentants" » ¹⁰⁴⁹.

La conception sociologique du pouvoir municipal, adoptée dans le décret de décembre 1789, se retrouve dans la Constitution du 3 septembre 1791. Comme nous l'avons vu, non seulement son article 8 admet-il la dimension sociologique des communes, mais son article 9 charge les officiers municipaux de « gérer les *affaires particulières de la commune* » ¹⁰⁵⁰ ; « il pourra [également leur] être délégué [...] *quelques fonctions relatives à l'intérêt général de l'État* ». Si l'on semble retrouver le couple, déjà présent dans le texte de décembre 1789, il faut toutefois vérifier la pertinence du rapprochement. L'analyse la plus répandue de ces dispositions procède par analogie en mettant la distinction de l'article 9 du texte de 1791 en parallèle avec celle de l'article 49 du décret du 14 décembre 1789 ; sa portée est alors essentiellement patrimoniale. Opposées aux « fonctions d'intérêt général », les « affaires propres de la commune »

¹⁰⁴⁵ Le dernier alinéa de cet article impose aux municipalités « de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics ».

¹⁰⁴⁶ ROUAULT (M.-C.), *L'intérêt communal*, op. cit., p. 62.

¹⁰⁴⁷ BURDEAU (F.), *Liberté, Libertés...*, op. cit., p. 41.

¹⁰⁴⁸ TARGET, Séance du 11 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 747.

¹⁰⁴⁹ BURDEAU (F.), *Liberté, Libertés...*, op. cit., p. 41.

¹⁰⁵⁰ Nous soulignons.

relèveraient ainsi d'une nature purement privée, comme l'illustrent les différentes prises de position des Révolutionnaires. Marie-Christine ROUAULT a, de son côté, privilégié une interprétation différente, qui publicise les communes. Selon cet auteur, il faut en effet rapprocher l'article 9 de l'intitulé du Titre II de la Constitution (dans lequel il figure). « Ce dernier concerne "la division du royaume", division géographique en circonscriptions. Les adjectifs "particuliers" et "général" ont alors un sens territorial, spatial. Dans cette acception, les affaires particulières sont certes limitées à la commune, mais d'intérêt public, comme les fonctions d'intérêt général relèvent de l'État »¹⁰⁵¹. L'admission du caractère public de certaines compétences communales permet de mettre sur le même plan les communes et l'État, reconnaissant une ontologie commune à ces deux collectivités territoriales. Elle marque de plus l'apport et la spécificité de la constitutionnalisation de ce pouvoir, puisque dans cette perspective, elle serait en effet synonyme de l'intégration des communes à la sphère publique. Aussi attirante et pertinente que soit cette lecture, un tempérament doit lui être apporté, qui rend impossible d'y adhérer. Marie-Christine ROUAULT ne mentionne en effet qu'une partie de l'intitulé du Titre II qui est en fait « De la division du royaume, et de l'état des citoyens »¹⁰⁵². Aussi, l'interprétation géographique de l'article 9 est-elle sujette à caution, puisque l'article 8 de la Constitution prend en compte la dimension sociologique des communes, en énonçant clairement que les citoyens « considérés sous le rapport des relations sociales » qui naissent de la vie en commun forment les communes. Il n'est donc nullement question dans cet article d'une conception publique de la commune. Les articles 8 et 9 sont de plus construits de la même façon : l'expression « les citoyens » est, dans les deux cas, le sujet du verbe. Ceci paraît confirmer le rattachement de ces deux articles à l'état des citoyens, bien plus qu'à la division du territoire. Le rapport à la division du royaume ne serait alors que secondaire : il apparaît, dans les faits, que les communes naissent d'une proximité territoriale des citoyens considérés¹⁰⁵³. On peut également expliquer la double perspective du Titre II par la volonté des Révolutionnaires de résoudre à la fois la question de l'organisation territoriale et celle de la représentation. D'ailleurs, plus que la définition des « affaires particulières », c'est sans doute l'intégration des communes au mécanisme électif, en ce qu'elle renvoie une conception sociopolitique de la collectivité territoriale, qui permet de soutenir la nature publique de ces structures, sans que cela infère d'ailleurs le caractère public du pouvoir local (entendu matériellement). Il apparaît *in fine* difficile de se rallier à l'explication avancée par M^{me} ROUAULT et il faut constater que la constitutionnalisation des dispositions relatives aux affaires particulières des communes ne signifie ni leur caractère public, ni une différenciation entre les dispositions de 1789 et celles de 1791.

¹⁰⁵¹ ROUAULT (M.-C.), *L'intérêt communal*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁵² On trouve cette formulation aussi bien dans le recueil de Constitutions présenté par Jacques GODECHOT (*Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, GF Flammarion, 1995, 514 p.) que dans celui réalisé par Jean-Marie PONTIER et Charles DEBBASCH (*Les Constitutions de la France*, Paris, Dalloz, 1996, 3^e éd. (1^{ère} éd. 1983), 469 p.). Il en est de même sur le site du Conseil constitutionnel. Nous soulignons.

¹⁰⁵³ Dans le même sens, REGOURD (S.), « De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie... », *op. cit.*, p. 972.

Le caractère dual des compétences communales ne dure toutefois pas, ni au niveau légal, ni au niveau constitutionnel. Les conditions d'entrée en vigueur du décret du 14 décembre 1789 aboutissent en effet assez rapidement à une situation chaotique tandis que la Constitution de 1791 est très vite remise en chantier suite à la fin de la monarchie. Il semble néanmoins dorénavant exister, malgré la parenthèse incarnée par la loi du 28 pluviôse An VIII¹⁰⁵⁴, en dehors des textes, une sphère de compétences communales, admises *de facto* par la puissance d'État. Si elle est principalement de nature privée sous la Révolution française, les revendications décentralisatrices postérieures n'auront de cesse de demander son élargissement, qui passe par sa publicisation.

2. LA PUBLICISATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES AUX XIX^E ET XX^E SIÈCLES : L'ÉLARGISSEMENT DU CHAMP DES AFFAIRES LOCALES

L'une des principales revendications de la décentralisation au XIX^e siècle, outre la question électorale, consiste en l'élargissement de la sphère de compétence propre des collectivités territoriales. Ceci est d'autant plus nécessaire que les collectivités territoriales ont été créées en tant que cadre de pouvoir, leur existence étant alors principalement envisagée contre l'État¹⁰⁵⁵, sans que l'on ait véritablement songé à leurs compétences¹⁰⁵⁶. Aussi, la décentralisation passe-t-elle ensuite nécessairement par « la reconnaissance [d']un domaine d'activités administratives distinct de celui de l'État. Par la suite, toutes les réformes institutionnelles n'ont fait qu'accompagner l'extension de ces compétences pour satisfaire la couverture des besoins collectifs d'un groupe qui se définit par son attachement à une partie du territoire »¹⁰⁵⁷. Le législateur du XIX^e siècle procède, appliquant en cela les principes libéraux qui animent largement cette période¹⁰⁵⁸, à un accroissement des matières relevant de la charge des collectivités territoriales. Il recourt alors toujours à la même méthode, en énumérant les différentes matières transférées¹⁰⁵⁹ aux collectivités territoriales. Celles-ci ne constituent donc pas des affaires locales *par nature*, mais bien plutôt des affaires locales *par détermination*. Relèvent ainsi

¹⁰⁵⁴ Ce texte procède en effet à l'assimilation complète des collectivités territoriales à l'administration étatique, annihilant toute liberté de gestion. L'État n'est plus qu'un « grand tout ».

¹⁰⁵⁵ PONTIER (J.-M.), « La décentralisation territoriale en France au début du XXI^e siècle », *RGCT*, 2002, n° 22, p. 94.

¹⁰⁵⁶ LANZA (A.), *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, *op. cit.*, p. 430.

¹⁰⁵⁷ FERAL (F.), *Approche dialectique...*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁰⁵⁸ V., à titre d'illustration générale, l'ouvrage de René RÉMOND, *Introduction à l'histoire de notre temps. 2. le XIX^e siècle 1815-1914*, Paris, Seuil, « Points Histoire », n° H13, 1974, pp. 21-50.

¹⁰⁵⁹ À titre d'exemple, et sans prétendre à l'exhaustivité, Loi des 18-22 juillet 1837 sur l'administration municipale (*D.* 1837, III, pp. 173-180 ; DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois*, t. 37, pp. 227-254) ; Loi des 10-12 mai 1838 sur les attributions des conseils généraux et des conseils d'arrondissement (*D.* 1838, III, pp. 129-130 ; *S.* 1838, II, pp. 233-237 ; DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois*, t. 38, pp. 287-306) ; Loi des 18-24 juillet 1866 sur les conseils généraux (*D.* 1866, IV, pp. 108-118) ; Loi des 24-29 juillet 1867 sur les conseils municipaux (*D.* 1867, IV, pp. 89-97).

de la « sphère des attributions »¹⁰⁶⁰ des collectivités territoriales, l'ensemble des matières que le législateur leur a transféré. Il faut alors déterminer dans quelle proportion ces attributions constituent des affaires locales *stricto sensu*. Pour ce faire, la distinction entre les *affaires locales* et les *compétences locales*, sur le modèle du couple élaboré dans le décret du 14 décembre 1789 apparaît comme un outil intéressant, en ce qu'il permet d'étudier les attributions locales à travers le prisme de bornes connues et identiques pour l'ensemble des textes. Cette distinction s'impose d'autant plus que les textes qui organisent les compétences locales mettent en œuvre une double logique décentralisatrice et libérale. Si l'on assimile parfois les deux, il faut pourtant remarquer que la première se réfère plutôt à l'organisation de l'État alors que la seconde privilégie l'autonomie des structures territoriales ; les textes font, de ce fait, mal le départ entre *compétences* et *affaires* locales. Recourir à un tel instrument permettrait peut-être, dans le même temps, de trouver un critère de détermination des affaires locales et de dépasser l'impossibilité supposée de les déterminer.

Principal texte définissant les attributions des communes, la loi du 18 juillet 1837 distingue deux régimes juridiques, auxquels sont soumis les délibérations en fonction de leur matière¹⁰⁶¹. Quelles soient soumises ou non à approbation, les délibérations recouvrent des compétences essentiellement patrimoniales¹⁰⁶². Nonobstant cette similarité, le rapprochement des attributions énumérées avec les régimes juridiques différents auxquels sont soumises les délibérations permet d'envisager une distinction entre compétences et affaires locales, sur le modèle révolutionnaire. En ce sens, les délibérations non soumises à l'approbation préalable du préfet renvoient aux affaires propres des communes alors que les matières soumises à approbation ne peuvent être conçues que comme des compétences locales. Le premier domaine d'intervention, relativement libre, correspond bien, de plus, à l'image d'une commune – structure privée (association de propriétaires), qui gère librement une partie de son patrimoine¹⁰⁶³. Le XIXe siècle est ainsi marqué par le maintien de la conception privatiste de la commune, même si concomitamment, son intégration à l'appareil administratif d'État est de plus en plus prononcée, affirmant la fonctionnalisation administrative de ces structures¹⁰⁶⁴, et partant, leur publicisation. Elles sont alors dotées de prérogatives de puissance publique sur délégation de l'État, tandis que les affaires propres restent largement marquées par

¹⁰⁶⁰ CE, Ass., 19 février 1943, *Sieur RICORDEL*, *Leb.* p. 43.

¹⁰⁶¹ Il est ici question des délibérations. Sont laissés de côté les avis (art. 21) et les vœux (art. 24) qui font l'objet d'un traitement particulier plus loin.

¹⁰⁶² Administration des biens communaux, détermination des modes de jouissance et de la répartition des pâturages et fruits communaux, délibération sur les affouages (pour l'article 17) ; budget, acquisitions, aliénations et échanges des propriétés communales ; délimitation ou partage des biens indivis... (pour l'article 19).

¹⁰⁶³ « L'action du corps municipal doit s'arrêter toutes les fois qu'en franchissant le cercle des intérêts privés de la commune elle toucherait aux intérêts des autres parties de la société et doit être réglée par les lois qui ont été reconnues utiles pour l'universalité des citoyens », *Rapport VIVIEN sur la loi du 18 juillet 1837*, séance du 26 avril 1837, cité in BOURJOL (M.), *La réforme municipale*, *op. cit.*, p. 59.

une optique patrimoniale, ainsi que le confirme la modification de la loi de juillet 1837 par celle des 24-29 juillet 1867¹⁰⁶⁵. Ce processus de publicisation des communes s'accompagne d'une progressive réification de la dualité des compétences communales, ces deux phénomènes trouvant leur aboutissement dans la loi du 5 avril 1884. L'explicitation de la distinction entre affaires propres et compétences des communes s'incarne alors dans la différenciation entre clause générale de compétence et attributions matériellement définies¹⁰⁶⁶.

Les conseils généraux quant à eux connaissent une histoire différente, marquée du sceau de leur origine étatique. Le processus présente néanmoins des similitudes, même si aucune loi, ni disposition constitutionnelle ne reconnaît aux conseils généraux un ensemble de matières relevant de leur compétence propre. Les départements ne connaissent que des compétences déléguées, attribuées par l'État. Comme pour la commune, la gestion de son patrimoine sera la première admission d'une sphère d'intérêts propres à la communauté départementale. Elle est conjointe à l'admission de la personnalité civile des départements¹⁰⁶⁷. La loi de mai 1866, prolongeant celle du 10-12 mai 1838¹⁰⁶⁸, distingue trois types d'attributions des conseils généraux, incarnés dans trois régimes juridiques différents des délibérations¹⁰⁶⁹. Les « conseils généraux statuent [ainsi] définitivement pour la répartition des contributions directes entre les arrondissements »¹⁰⁷⁰. Ils délibèrent ensuite sur les matières énoncées à l'article 4 de la loi des 10-12 mai 1838¹⁰⁷¹. Les départements donnent enfin leur avis sur « les

¹⁰⁶⁴ « L'administration communale doit [...] être réglée sans préoccupation politique en considérant exclusivement la nature des intérêts qu'elle embrasse et des besoins qu'elle doit satisfaire [...] en considérant les attributions politiques du pouvoir central comme placées en dehors de l'administration communale », *Rapport VIVIEN...*, in *ibid.*, p. 63.

¹⁰⁶⁵ Loi des 24-29 juillet 1867 sur les conseils municipaux, préc.

¹⁰⁶⁶ En ce sens, BOURJOL (M.), *La réforme municipale, op. cit.*, p. 111.

¹⁰⁶⁷ « Ce serait [...] une erreur de croire que le législateur ait voulu [...] refuser d'une manière absolue, au département, tout caractère d'individualité. [...] En droit comme en fait les départements furent donc reconnus aptes, dès l'origine, à acquérir et à posséder, plus tard à recevoir par dons et legs, et cette double aptitude est précisément le caractère principal des individualités collectives, que nous appelons personnes civiles », « Exposé des motifs de la loi des 18-24 mai 1866 sur les conseils généraux », *D.* 1866, IV, p. 108.

¹⁰⁶⁸ Loi des 10-12 mai 1838 sur les attributions des conseils généraux et des conseils d'arrondissement, préc.

¹⁰⁶⁹ L'économie des textes de 1838 et de 1866 est largement similaire. DUVERGIER résume ainsi la conception ternaire des attributions départementales, figurant dans la loi du 10 mai 1838 : « quelquefois, il est juge absolu et souverain ; quelquefois ses décisions sont obligatoires, mais soumises au contrôle de l'autorité centrale ; enfin, souvent il ne donne que de simples avis qui n'ont qu'une autorité morale », *Collection complète des lois*, t. 38, p. 289.

¹⁰⁷⁰ Cette citation et la suivante, « Exposé des motifs de la loi des 18-24 mai 1866 sur les conseils généraux », *D.* 1866, IV, p. 109.

¹⁰⁷¹ Il s'agit essentiellement des contributions extraordinaires, du mode de gestion des propriétés départementales, de la détermination du budget départemental.

changements proposés aux circonscriptions territoriales, l'établissement ou la suppression des foires et marchés... ». La loi du 10 août 1871¹⁰⁷² prolonge ces deux textes, en cherchant à la fois à opérer une simplification de la répartition des matières et à promouvoir la liberté des conseils généraux. Elle confirme tout d'abord la liberté de gestion patrimoniale conférée au département ainsi que des matières qui ne relèvent que de son territoire, ainsi que le remarque le rapporteur WADDINGTON¹⁰⁷³ & ¹⁰⁷⁴. La loi de 1871 affecte ensuite diverses compétences au conseil général, en reprenant le triptyque établi en 1866. Le département « statue définitivement sur presque tous les objets d'intérêt départemental [définis à l'article 46 de la loi] ; et les décisions relatives à ces objets sont exécutoires de plein droit, si elles n'ont pas été annulées dans un délai de deux mois »¹⁰⁷⁵. Il délibère également sur les matières qui intéressent à la fois l'État et le département (article 48 de la loi). Dans ce cas, les délibérations sont soumises à l'approbation de l'autorité supérieure. Il donne enfin son avis dans les cas identiques à ceux évoqués précédemment.

Si l'on ne prend pas en compte les avis, dont la particularité en fait un cas atypique, le découpage réalisé ressemble assez à celui opéré pour les communes. On retrouve en effet un ensemble de matières propres, considérées selon une perspective sociologique, qui s'oppose à des attributions dont la gestion est assurée pour le compte de l'État. Le découpage ternaire, plutôt que binaire, peut sans doute être expliqué par l'origine différente de ces deux collectivités. Le département doit en effet se départir de son assimilation à l'État¹⁰⁷⁶ alors que la commune est conçue dès l'origine comme une communauté particulière¹⁰⁷⁷. Cela explique également pourquoi on ne retrouve pas expressément une clause générale de compétence, du même type que celle formulée à l'article 61 de la loi du 5 avril 1884, malgré l'acceptation de certaines affaires propres. Le département est encore largement conçu comme une circonscription administrative, à laquelle on délègue des compétences selon une logique fonctionnelle plus que libérale. La prise en compte progressive de leurs affaires propres accompagne d'ailleurs le

¹⁰⁷² Loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux, *JORF*, 29 août 1871, p. 3041 ; *D.* 1871, IV, pp. 102-132 ; *S.* 1871, Lois annotées, p. 63 ; DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois*, t. 71, pp. 181-210.

¹⁰⁷³ WADDINGTON (William Henry, 1826-1894). Fils d'un anglais qui choisit la nationalité française. Membre de la Commission de la décentralisation présidée par Odilon BARROT (1870), il est élu à l'Assemblée nationale en 1871. Il siège au centre, d'abord sans appartenir à un groupe politique bien tranché. Il est rapporteur pour de nombreux textes, dont la loi sur les conseils généraux, manifestant son attachement à cette question. Il est d'ailleurs membre, puis président du conseil général de l'Aisne. Favorable à THIERS, dont il intègre le gouvernement en tant que ministre de l'Instruction publique, il entre dans l'opposition quand THIERS est renversé. Élu sénateur en 1876, il occupe alors différents postes ministériels (Instruction publique, Affaires étrangères) avant de prendre la présidence du Conseil (4 février 1879-27 décembre 1879). Finalement nommé ambassadeur à Londres, il continue de siéger au centre gauche du Sénat jusqu'en 1894, date à laquelle il est battu six jours avant sa mort.

¹⁰⁷⁴ WADDINGTON énonce, ainsi, dans le rapport de la Commission de décentralisation, que le conseil général « exerce souverainement, en matière de répartition et de vote de l'impôt, un certain nombre d'attributions qui lui sont déléguées par le pouvoir législatif », *Rapport de la Commission de décentralisation*, reproduit in *S.*, 1871, Lois annotées, p. 74.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*

processus d'autonomisation des conseils généraux. Celle-là, si elle peut servir d'indicateur à l'analyse de la progression de l'autonomie départementale, ne se concrétise juridiquement qu'avec la loi du 2 mars 1982, qui consacre la vocation générale du département. Jusqu'à cette date en effet, la détermination des attributions du département n'évolue pas substantiellement. De ce point de vue, la loi de 1982 est autant l'aboutissement du processus d'alignement du statut des collectivités territoriales intermédiaires sur celui de la commune que les prémices de l'épanouissement de la généralité de leur compétence, et donc de la traduction matérielle de leur autonomie.

3. LES AFFAIRES LOCALES AU TOURNANT DU XXI^E SIÈCLE : L'ORGANISATION VERTICALE DES COMPÉTENCES FAVORISE LA GESTION TERRITORIALISÉE DE COMPÉTENCES AU DÉTRIMENT DES AFFAIRES D'INTÉRÊT LOCAL

La relance contemporaine de la décentralisation passe, après les réformes institutionnelles, par une réflexion sur l'agencement des compétences entre les différentes collectivités territoriales (*lato sensu*). Sans empiéter sur l'étude de l'articulation des modes de répartition des compétences choisis par le législateur¹⁰⁷⁸, on peut constater qu'outre l'extension de la clause générale de compétence à l'ensemble des collectivités territoriales, il est, à cette occasion, procédé à une tentative de mise en ordre des compétences des différentes collectivités territoriales. Dans ce cadre, la présomption de naturalité dans la définition des compétences locales joue beaucoup moins, en ce que l'intérêt des habitants, sous-jacent dans une large mesure à toute la législation antérieure¹⁰⁷⁹, n'est plus l'élément prévalent. « L'idée apparaît [alors] que les activités des collectivités locales, toutes locales que soient ces activités, doivent s'intégrer dans la vision nationale de l'administration et de l'aménagement du territoire »¹⁰⁸⁰. Alors qu'un certain dualisme, reliquat de la Constitution municipale révolutionnaire selon laquelle les

¹⁰⁷⁶ « L'État est un ; les départements ne sont que des sections du même tout ; une administration uniforme doit donc les embrasser dans un régime commun », (Instruction du 8 janvier 1790 sur la formation des assemblées représentatives et des corps administratifs ; DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois*, t. 1, p. 88). Cette conception est confirmée presque un demi siècle plus tard par VIVIEN, rapporteur sous la loi du 10 mai 1838, quand il écrit que « le département touche de si près à l'État tout entier qu'il se confond souvent avec lui ; rarement il a des intérêts propres ; le plus ordinairement, il n'est qu'une fraction du grand tout, une division purement administrative », cité in « Exposé des motifs de la loi des 18-24 mai 1866 sur les conseils généraux », *D.* 1866, IV, p. 108.

¹⁰⁷⁷ « Les lois et les nécessités locales ont crée, dans les départements, des intérêts qui leur sont propres ; [...] ils ont cessé d'être exclusivement une simple division territoriale, mais ce caractère leur a toujours appartenu, comme leur attribut principal et dominant. De là découle le principe qu'ils ne peuvent être assimilés aux communes, régis comme elles, et affranchis au même degré du contrôle et de l'autorité du pouvoir central », TOURANGIN (M.), *Rapport sur le projet de loi, adopté en Conseil d'État, le 30 janvier 1851*, cité in « Exposé des motifs de la loi des 18-24 mai 1866 sur les conseils généraux », *D.* 1866, IV, p. 108. L'auteur souligne.

¹⁰⁷⁸ V. section suivante, principalement le paragraphe 2.

¹⁰⁷⁹ BÉNOIT (F.-P.), « L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », in *La profondeur du droit local...*, *op. cit.*, pp. 28-32.

affaires des communes se situent à côté de l'État, régnait jusqu'alors, dans la définition des affaires locales, la rationalisation opérée en 1982 lui substitue, pour la première fois, une organisation verticale de l'action publique. La répartition des compétences par blocs¹⁰⁸¹ fournit ainsi une bonne illustration de la volonté du législateur d'organiser les attributions locales selon des critères qui ne sont plus exclusivement territoriaux.

Cette logique est poussée plus avant encore, par la loi sur les responsabilités locales d'août 2004¹⁰⁸², qui transfère aux collectivités territoriales nombre de compétences que l'État ne veut plus assumer. « Il ne s'agit plus [alors] de libérer les autorités locales dans l'intérêt des citoyens, mais de reporter sur les collectivités locales le poids des charges jusque-là supportées par l'État, et cela, pour la plus large part, dans l'intérêt de ce dernier »¹⁰⁸³. Les affaires locales *par détermination* n'ont plus, dans ce cadre, qu'un lien ténu avec la collectivité territoriale, entendu dans son sens démographique et/ou social. « Ce ne sont plus les désirs des habitants qui [déterminent] les affaires imparties à chaque collectivité, mais le rapport entre les dimensions de ces collectivités et les services à gérer, ce qui compte étant l'activité considérée en elle-même et non plus l'intérêt des habitants pour cette activité »¹⁰⁸⁴. Les affaires locales pourraient alors être rebaptisées affaires *territorialisées*. Il y a, à cette occasion, une rupture très nette avec la conception classique de la notion d'affaires locales : alors qu'elles étaient conçues de façon plutôt libérale, elles sont dorénavant envisagées dans leur acception fonctionnelle. Cela rejaille d'ailleurs sur les collectivités territoriales : alors que la population était la dimension privilégiée, voilà que le territoire s'y substitue, les collectivités territoriales devenant de simples circonscriptions.

Il y a quelque paradoxe à ce que l'agencement d'une véritable organisation verticale des compétences aboutisse à une recentralisation implicite dans la détermination des compétences. On peut en effet penser que celui-là est un point positif pour promouvoir simultanément, efficacité de l'action publique et avancée de la décentralisation ; les exemples des différents États composés (et même du Royaume-Uni) vont en effet en ce sens. La détermination des compétences respectives des différents échelons territoriaux est l'occasion de déterminer qui fait quoi et les responsabilités afférentes. Or, dans le cadre de la République française, cette étape, qui était nécessaire¹⁰⁸⁵, se transforme en un retour en force de l'État, qui adopte une logique gestionnaire bien plus que libérale.

De ce point de vue, le passage d'une décentralisation des autorités à une

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 33.

¹⁰⁸¹ Art. L. 1111-4 (CGCT).

¹⁰⁸² Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JORF*, n° 190, 17 août 2004, p. 14 545 ; dossier spécial in *AJDA* 2004, n° 36, pp. 1960-ss.

¹⁰⁸³ BÉNOIT (F.-P.), « L'évolution des affaires locales... », *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*

¹⁰⁸⁵ Et que ses promoteurs ont présenté comme le stade ultime de l'épanouissement des libertés locales.

décentralisation des compétences, mis en exergue par F.-P. BÉNOIT, est parfaitement éclairant. Lors du XIX^e et du début du XX^e siècle, le législateur entend en effet avant tout promouvoir la liberté des organes locaux, cadres de la démocratie politique (ainsi que le confirme l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales en 1946 et 1958), à gérer les intérêts de la collectivité dont ils ont la charge ; l'essentiel de l'action publique demeure alors dans le giron étatique. La décentralisation des autorités n'a donc guère de conséquence en terme de partage de l'action publique : les affaires des collectivités territoriales restent assez peu nombreuses et marquées par l'intérêt des habitants. Dans ce cadre, la clause générale de compétence prévaut comme garantie de liberté. La relance de la décentralisation en 1982, puis son parachèvement (temporaire) en 2004 marque le passage à une décentralisation des compétences ; il devrait donc signifier, en théorie, l'acceptation de manières de faire diverses et plures. Or, l'État, dans un réflexe jacobin, altère alors la philosophie qui prévalait depuis la Révolution française pour lui substituer une logique instrumentale, illustrant, par la même, l'incapacité dans laquelle il se trouve à accepter une division verticale de l'action publique. La prévalence d'une conception monolithique de l'intérêt général hypothèque toute densification des affaires locales, dont le fondement social paraît, dans une très large mesure, annihilé. « Les affaires locales font [ainsi] l'objet non pas d'un changement de nature administrative, mais d'un changement profond de nature politique »¹⁰⁸⁶, illustrant bien la fragilité de cette notion. La répartition verticale des compétences au niveau légal dépend ainsi du seul bon vouloir de l'État, face à des collectivités territoriales impuissantes à défendre leur champ d'action : les affaires *propres* sont alors à la merci des affaires *par détermination*.

L'évolution de la définition légale des affaires propres des collectivités territoriales amène ainsi à constater l'impossibilité d'une définition *a priori* exhaustive de ces matières par le législateur et leur fragilité *a posteriori* contre la puissance d'État. Face à cela, on doit dès lors s'en tenir à la liste des compétences locales et aux pistes ouvertes par le législateur pour connaître les affaires propres. Si cela ne remet pas en cause leur existence dans l'œuvre législative, un tel constat négatif obère le caractère opératoire de la notion pour appréhender et définir matériellement le pouvoir local, cependant qu'apparaissent, simultanément, sa fragilité et sa dépendance à l'égard du législateur ; tout ceci confirme qu'une présomption de naturalité, même centenaire, ne crée aucune garantie juridique.

La doctrine publiciste, confrontée à l'œuvre législative, a, quant à elle, cherché à établir la nature (théorique) des affaires locales. Dans cette quête, elle s'est longtemps heurtée à l'impossibilité de leur définition exhaustive, d'où elle déduisait la seule valeur sociologique de cette notion et son absence de juridicité. Des évolutions doctrinales récentes, plus en phase avec la volonté du législateur, amènent toutefois à reconsidérer la place des affaires locales en droit.

B. L'évolution de la conception doctrinale : la difficile affirmation de la nature juridique des affaires locales

« Affirmer que les collectivités locales ont un droit propre en face de l'État, c'est ériger en

¹⁰⁸⁶ BÉNOIT (F.-P.), « L'évolution des affaires locales... », *op. cit.*, p. 44.

exigence de droit naturel un postulat politique »¹⁰⁸⁷

KELSEN (H.), « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926 (Trad. C. EISENMANN), p. 612.

La notion d'affaires locales est ancienne et a suscité de nombreuses études doctrinales. Il est possible de les regrouper en deux grandes catégories¹⁰⁸⁷. La première recouvre les travaux des auteurs qui se sont davantage attachés à la dimension sociologique de cette notion, en admettant que les affaires locales sont des droits propres, naturels des collectivités territoriales. Ceux-ci, parmi lesquels nous retiendrons plus particulièrement Maurice HAURIOU et Raymond CARRÉ DE MALBERG, partent du fait pour analyser le droit, mais leurs constructions s'avèrent *in fine* juridiquement fragiles (1.).

En réaction à cette position, développée principalement au début du XX^e siècle, la doctrine contemporaine a cherché à partir du droit pour analyser les faits. La démarche inverse aboutit, dans un premier temps, au résultat opposé. Jérôme CHAPUISAT conclut ainsi sa thèse de doctorat, consacrée à la définition des affaires locales, par un constat d'échec : face à la trop forte indétermination des affaires locales, il est impossible de les définir juridiquement. Plus récemment encore, Élisabeth MELLA a tenté de reconsidérer la place de la notion en droit et en propose une analyse juridique. Le « retour au droit » opéré par la doctrine de la fin du XX^e siècle se finalise donc par une définition juridique qui incorpore l'indétermination intrinsèque des affaires propres des collectivités territoriales (2.).

1. LES AFFAIRES LOCALES, DROITS PROPRES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES : LA FRAGILITÉ DES CONCEPTIONS NATURALISTES

La dimension sociologique des affaires locales, renforcée par l'antériorité des communes par rapport à l'État, a conduit certains auteurs à chercher à prendre en considération le caractère propre de ces matières. Il semble ainsi exister une réalité sociale, à laquelle il faut adapter l'analyse juridique. Parmi les auteurs admettant le caractère originaire et/ou naturel des pouvoirs locaux, les plus éminents sont Maurice HAURIOU et Raymond CARRÉ DE MALBERG. Ces deux auteurs présentent le point commun de construire leur examen des affaires communales en se basant sur les mêmes dispositions de la loi du 5 avril 1884. Une différence de perspective les oppose tout de même : HAURIOU analyse les articles 91 et 92 de la loi de 1884¹⁰⁸⁸ sans en tirer véritablement de conclusions générales ultérieures alors que CARRÉ DE MALBERG admet d'abord l'existence abstraite de *droits propres* des communes, point qu'il illustre et confirme par l'étude des

¹⁰⁸⁷ Le dualisme des études doctrinales est relevé par MM. AUBY et NOGUELLOU, qui expliquent ainsi que « pour certains, l'autonomie des collectivités territoriales est naturelle, elle reflète les réalités sociologiques dont elles sont le siège, elle exprime l'existence de communautés locales dont elles sont la traduction. Pour d'autres, l'autonomie des collectivités territoriales n'est pas naturelle, mais construite, elle est une concession de l'État, qu'il accorde plus ou moins selon les exigences de rationalité administrative qui prévalent à un moment donné » (AUBY (J.-B.), AUBY (J.-F.), NOGUELLOU (R.), *Droit des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 57). Un tel dualisme n'est pas propre à la doctrine française, puisque H. OTSU remarque que l'on peut distinguer un clivage identique au sein de la doctrine japonaise (OTSU (H.), « "État de droit", contrôle juridictionnel de légalité... », *op. cit.*, pp. 20-22).

articles précités.

HAURIOU critique, tout d'abord, l'assertion selon laquelle « l'État seul aurait un pouvoir originaire, c'est-à-dire qu'il n'aurait été fondé juridiquement par personne et tiendrait son pouvoir de lui-même, les provinces, départements, communes, colonies auraient été fondés par l'État et tiendraient de lui leur pouvoir, qui en serait dérivé. Ce système donne prise à la critique historique et il n'y résiste pas. [...] Les communes modernes sont [en effet] souvent antérieures aux États modernes, et *tous leurs pouvoirs ne sont point dérivés* »¹⁰⁸⁹. Cette formulation laisse alors entendre que l'ensemble des fonctions communales n'est pas tributaire d'une délégation étatique et qu'il existe un certain nombre d'attributions propres aux communes, indépendamment de toutes interventions extérieures ; on retrouve ici la dualité inhérente aux affaires locales présente dans la législation depuis l'époque révolutionnaire. Le Doyen de Toulouse illustre ce point en analysant les articles 91 et 92 de la loi du 5 avril 1884, dont les différences de formulation (surveillance de l'Administration dans un cas, autorité de l'Administration dans l'autre) renvoient bien au fait que les pouvoirs de police du maire, énoncés à l'article 91, relèvent de la mise en œuvre de droits propres de la commune¹⁰⁹⁰, le maire agissant alors en qualité d'organe de la collectivité communale¹⁰⁹¹. Elles ne sauraient dès lors dépendre d'un organe de l'État. Jérôme CHAPUISAT, quand il commente cette position de Maurice HAURIOU, la rapproche de l'idée, également développée par cet auteur, selon laquelle « tout gouvernement d'État est un pouvoir unique, superposé à des pouvoirs primaires multiples, préexistant dans la Nation »¹⁰⁹². Ce rapprochement, parfaitement fondé, confirme ce point important chez HAURIOU que les communes sont antérieures à l'État et donc qu'elles avaient des compétences avant lui ; face à cette

¹⁰⁸⁸ Ces deux articles de la loi du 5 avril 1884 sont relatifs aux attributions du maire. L'article 91 dispose ainsi que « le maire est chargé, sous la surveillance de l'Administration supérieure, de la police municipale, de la police rurale et de l'exécution des actes de l'autorité supérieure qui y sont relatifs », tandis que l'article 92 dresse la liste des attributions dont le maire a la charge « sous l'autorité de l'Administration supérieure » (Publication et exécution des lois et règlements ; exécution des mesures de sûreté générale et fonctions spéciales attribuées par la loi).

¹⁰⁸⁹ HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 120. Nous soulignons.

¹⁰⁹⁰ « Ce qui est propre à la commune dans la police, c'est la tâche ou le but en vue duquel la police locale est exercée par elle, c'est encore l'intérêt dans lequel cette police est entretenue, et dans cette mesure on peut dire que la police forme pour la commune une *fonction propre* ou un même un *droit propre*. », HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 188 en note. Nous soulignons.

¹⁰⁹¹ « Le maire a des attributions en vertu d'une double qualité. [...] Elles se marquent dans la loi municipale par des différences d'expression qui sont traditionnelles depuis l'instruction législative des 12-20 août 1790 et depuis la loi de 1837 : lorsque le maire agit comme représentant de l'État, les textes disent qu'il est *sous l'autorité* de l'administration supérieure (art. 92) ; lorsqu'il agit comme représentant de la commune, il est *sous la surveillance* de l'administration supérieure (art. 90) », HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 237.

¹⁰⁹² CHAPUISAT (J.), *La notion d'affaires locales en droit administratif français*, Thèse, Paris II, 1972 (dactylo), p. 317. Sur la notion d'équilibres de *superposition* chez HAURIOU, v. *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, pp. 226-267.

réalité sociétale et historique, l'État doit respecter l'état de fait préexistant (chacun des pouvoirs étant originaire à son niveau territorial) et les pouvoirs communaux ne sont pas des pouvoirs *dérivés*.

Cette présentation n'est toutefois pas pleinement satisfaisante d'un point de vue juridique. Le caractère originaire des affaires communales n'interfère en effet finalement pas sur leur définition. Dans la théorie d'HAURIOU, bien que *droits propres* originaires, les compétences communales ne s'expriment juridiquement qu'à travers l'œuvre du législateur ; c'est ce dernier qui leur donne leur cadre d'expression. « La décentralisation a [en effet] abandonné une part de la puissance publique aux départements et aux communes »¹⁰⁹³, ce qui soulève la question de la portée de l'admission de leur caractère originaire par HAURIOU ; son analyse accepte en effet un élément sociologique sans que son existence juridique soit complètement ni démontrée, ni protégée. Dans ces conditions, le caractère propre des pouvoirs de police municipale, et, plus généralement, des affaires locales, est un simple postulat sociologique, dont la portée juridique est faible puisque ces droits de puissance publique sont *abandonnés* par l'État¹⁰⁹⁴. La position d'HAURIOU évolue d'ailleurs sur ce point entre 1892 (étude au *Répertoire Béquet*) et 1929 (deuxième édition du *Précis de droit constitutionnel*). L'auteur passe ainsi d'une attitude globalement favorable à la décentralisation à une défense de la centralisation¹⁰⁹⁵, sans qu'il explicite les conséquences sur sa conception des droits propres des collectivités territoriales.

De son côté, CARRÉ DE MALBERG propose un raisonnement inverse. S'il postule, dans un premier temps, qu'il n'existe pas de pouvoir propre des collectivités territoriales¹⁰⁹⁶, il admet toutefois que la commune dispose de prérogatives propres. « La commune a, comme l'individu, des droits inhérents à l'existence même du groupe communal, et possède un cercle d'activité qui lui appartient en propre »¹⁰⁹⁷. L'auteur semble ainsi

¹⁰⁹³ HAURIOU (M.), « Décentralisation », *op. cit.*, p. 490.

¹⁰⁹⁴ Sur l'origine des pouvoirs de police, pourtant reconnus comme *droit propre* de la commune, HAURIOU écrit que « la puissance dominatrice et coercitive dont cette fonction [la police] doit nécessairement s'accompagner, [...] dans l'État moderne, ne saurait être considérée comme propre à la commune, elle lui vient d'une délégation de l'État : elle ne peut lui venir que de cette source supérieure, parce que dans le droit public actuel, l'État est d'une façon générale le sujet primitif de toute puissance publique devant s'exercer sur son territoire », HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 188 en note.

¹⁰⁹⁵ « Quand on sera las de la politique pure et du gaspillage financier et que l'on demandera une bonne gestion des affaires locales, on se souviendra qu'il n'y a pas de bonne gestion sans centralisation », HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 189.

¹⁰⁹⁶ « Lorsque, dans un État unitaire, une collectivité territoriale, province ou commune, a reçu de l'État le pouvoir de se régir elle-même en telles ou telles matières, on ne peut pas dire pour autant que la puissance qu'elle a de régler ces matières est une puissance autonome : car, en posant les règles attribuées à sa compétence, elle use d'un pouvoir octroyé, et non de facultés de puissance innées en elle. Par les dispositions régulatrices qu'elle édicte, elle créera bien du droit local, mais non parce qu'elle est autonome : elle le crée, en vertu d'une délégation de puissance qui lui vient de l'État », CARRÉ DE MALBERG (R.), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 90 en note.

privilegier une définition matérielle du pouvoir des communes, distinguant, ce faisant, l'exercice de leur capacité d'intervention de ses fondements. Le caractère secondaire des structures communales doit toutefois être précisé car l'auteur procède à une distinction pour le moins surprenante concernant l'origine de la puissance publique mise en jeu par les communes quand elles interviennent. « En ce qui concerne les facultés de puissance publique dont elle est investie, la commune ne peut pas être considérée comme agissant exclusivement en qualité de mandataire de l'État : car, sinon la puissance publique elle-même, du moins les droits pour la réalisation desquels la commune a reçu de l'État l'exercice de cette puissance, constituent pour elle des *droits propres* et non des droits dérivés »¹⁰⁹⁸. Si l'on suit l'auteur, il faut donc distinguer le pouvoir originaire, qui n'est pas celui des communes mais celui de l'État, et les droits propres (les affaires communales en fait) pour lesquels ce pouvoir n'est pas délégué. La commune semble donc avoir un droit propre originaire à gérer ses affaires, que l'État ne peut lui enlever. Mais la concrétisation de ce droit n'est possible que parce que l'État le décide. D'ailleurs, après avoir énoncé ce principe, l'auteur en revient à une analyse plus classique, dans le cadre de laquelle il oppose à nouveau État et commune, et qu'il conclut sur le caractère non originaire des droits de la commune¹⁰⁹⁹. La position du maître de Strasbourg apparaît alors ambiguë, voire aporétique. Si l'État unitaire a une puissance illimitée de domination sur son territoire, la commune ne peut avoir un droit propre à gérer ses affaires. Il semble bien en effet que, soit la puissance d'État est limitée, au moins *de facto*, par la puissance territoriale, soit que les droits propres des communes n'aient d'originaux que l'esprit, solution à laquelle se range *in fine* l'auteur. CARRÉ DE MALBERG paraît toutefois se heurter, ici, aux limites de sa méthode. La prise en considération de données « naturelles » perturbe en effet la dimension positiviste de sa démarche et l'empêche de dépasser l'aporie relevée. Le retour à la position initiale, malgré les contradictions, illustre alors l'attachement (au sens dogmatique du terme) de cet auteur au droit plutôt qu'au fait, l'exemple qu'il retient pour conclure sa présentation confirmant ce dernier constat.

Pour illustrer sa distinction et clore le débat sur la nature des pouvoirs communaux, CARRÉ DE MALBERG analyse alors les pouvoirs de police du maire. Procédant à l'étude des articles 91 et 92 de la loi du 5 avril 1884, l'auteur parvient à la conclusion que le maire agit en tant qu'organe de la commune¹¹⁰⁰ ; le pouvoir de police n'est donc pas un droit

¹⁰⁹⁷ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, t. I, p. 184.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, pp. 184-185. Nous soulignons.

¹⁰⁹⁹ « On ne peut les qualifier de droits originaires. Non pas qu'en les exerçant la commune exerce le droit d'autrui, un droit de l'État, un droit véritablement délégué ou concédé : mais les pouvoirs qu'elle a de les exercer, tirent – comme les pouvoirs d'un propriétaire sur sa chose – leur force positive de leur consécration étatique ; et par suite, les facultés municipales reposent, au point de vue de leur efficacité en droit positif, sur la volonté de l'État qui, en consacrant ces *facultés naturelles*, en fait des droits proprement dits », *ibid.*, t. I, p. 186. Nous soulignons.

¹¹⁰⁰ Il se fonde, comme HAURIOU, sur la différence de formulation entre les deux articles. Dans le cadre des fonctions de police, le maire est placé « sous la *surveillance* » de l'État alors qu'il est placé « sous l'*autorité* de l'administration supérieure » quand il agit en qualité d'agent de l'État, v. *ibid.*, t. I, pp. 179 et ss. L'auteur souligne.

concéder mais un droit *protégé* par l'État. Le maître de Strasbourg retrouve alors la distinction établie par la Constituante entre les droits que la commune exerce en qualité de mandataire de l'État et ceux qu'elle possède en propre. CARRÉ DE MALBERG ne va toutefois pas plus avant dans son raisonnement ; il en reste, au contraire, à cette qualification matérielle des fonctions communales. Finalement, sa présentation suscite des critiques similaires à celle d'HAURIOU : la volonté de prendre en compte un phénomène sociologique naturel achoppe et conduit à une analyse juridique discutable. L'échec de ces deux maîtres dans leur tentative de démontrer la prise en compte matérielle du pouvoir local conduit à repenser leurs prémisses. Les tentatives partant du fait pour aller au droit ayant échoué, la doctrine a adopté une démarche inverse, privilégiant la dimension positiviste dans la démarche. Les auteurs partiront dorénavant des textes qu'ils confronteront au monde réel.

2. LES AFFAIRES LOCALES, LIBERTÉ DE GESTION : LA DIFFICILE ÉMERGENCE POSITIVE DE LA NATURE JURIDIQUE DES AFFAIRES LOCALES

Face aux tenants de la prégnance du caractère sociologique dans la définition des affaires propres des collectivités territoriales, d'autres auteurs se sont attachés à appréhender la place de cette notion en droit. Les constitutionnalistes ont ainsi procédé, principalement à travers les écrits de Léon DUGUIT et en réponse à Maurice HAURIOU, à des tentatives qui ne sont pas exemptes d'apories, souvent largement similaires à celles des auteurs qu'elles entendaient combattre **(a.)**.

De leur côté, les administrativistes se sont également intéressés à la notion ; leurs résultats s'avèrent contradictoires. Si une première étude d'envergure concluait à l'inexistence juridique des affaires locales, un travail plus récent semble parvenir à la difficile conciliation des logiques juridique et sociologique **(b.)**.

La doctrine constitutionnaliste : l'inexistence d'affaires locales naturelles confirme l'absoluité de la puissance d'État sur son territoire

En réponse à la construction d'HAURIOU, Léon DUGUIT soutient que les droits des communes sont concédés par l'État, niant ainsi l'existence d'affaires propres à l'échelon local. Pour le Doyen de Bordeaux, l'État est nécessairement intéressé par la situation communale¹¹⁰¹ ; il ne peut donc exister d'intérêt exclusif de la commune. Cette dernière ne peut ainsi avoir aucun droit de puissance publique, puisque l'ensemble de ses droits lui est attribué par l'État¹¹⁰². Développant une approche chronologique, il tente de démontrer ce point en deux temps. Il envisage tout d'abord la question du pouvoir

¹¹⁰¹ « Il nous paraît très contestable que la collectivité toute entière n'ait pas un grand intérêt à ce que dans toute commune la police soit bien faite », DUGUIT (L.), *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2005 (1^{ère} éd. 1903) (Préface de Franck MODERNE), p. 717.

¹¹⁰² « Les fonctions qui appartiennent aux agents décentralisés leur appartiennent en vertu d'une compétence qui leur a été donné législativement et unilatéralement par les gouvernants. Il n'y a pas là un abandon volontaire accompagné de l'intention de s'obliger. Il y a seulement une détermination législative de compétence, qui peut être extrêmement étendue [...], mais qui peut toujours être modifiée ou supprimée par les gouvernants unilatéralement sans aucune atteinte au droit », DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. III, Paris, Éd. E. de Boccard, 1930, pp. 75-76.

municipal sous la Constituante, puis, reprenant l'argument commun aux analyses d'HAURIOU et de CARRÉ DE MALBERG, il l'appréhende dans le droit positif en étudiant la loi du 5 avril 1884. Confronté à la question des compétences propres des communes, Léon DUGUIT combat la théorie du pouvoir municipal. Il procède, pour cela, en deux étapes : répondant à JELLINEK¹¹⁰³, il insiste sur le fait que « le législateur de 1789 ne [reconnaît] à la commune elle-même que des droits patrimoniaux, et nul droit de puissance publique, [...] ce prétendu pouvoir municipal n'a point été reconnu »¹¹⁰⁴. L'analyse des articles 49 et 50 du décret du 14 décembre 1789 lui paraît fonder cette position. Il remarque en effet que ces articles déterminent les *fonctions* des agents municipaux. Il ne s'agit donc pas d'une distinction opérée en termes de pouvoir, reconnaissant une puissance originaire, propre aux communes, mais d'une différenciation des fonctions exercées par les agents municipaux¹¹⁰⁵. DUGUIT relève d'ailleurs que la délégation opérée par ce texte est réalisée au profit des *corps municipaux* et non des communes elles-mêmes. « Ce n'est donc pas la commune qui est investie de droits de puissance publique par délégation, mais bien les agents municipaux »¹¹⁰⁶. On peut objecter à cette présentation que l'article 49 emploie bien l'expression « pouvoir municipal », auquel il reconnaît des fonctions propres. S'il ne s'agissait que d'une répartition de fonction entre agents (pour reprendre le vocabulaire duguiste), le législateur n'aurait aucune raison d'utiliser l'expression très forte de *pouvoir municipal*. C'est donc bien que l'on a à faire à un pouvoir d'une nature différente du pouvoir de l'État, antérieur à ce dernier et que le législateur prend en compte. De plus, même si l'on admet la position de DUGUIT, il reste tout de même que la loi reconnaît l'exercice par les communes de fonctions propres, ce qui semble infirmer sa position. Or, le Doyen de Bordeaux analyse ces droits comme des droits patrimoniaux de la commune. Il s'appuie pour cela sur les matières énumérées par l'article 50 du décret du 14 décembre 1789, et notamment sur une analyse de la notion de police qui y figure¹¹⁰⁷. L'interprétation développée par DUGUIT adopte ainsi une image de la commune, en tant qu'entité privée, dépourvue de toute prérogative de puissance publique. Ce constat est confirmé par son analyse de

¹¹⁰³ « La Révolution avait tenté de réaliser la doctrine du droit naturel. La déclaration des droits avait pour but de tirer une ligne de démarcation entre l'État et l'individu, pour assurer à celui-ci un ensemble de droits propres, intangibles. *La conception du cercle d'action propre de la commune n'est pas autre chose que l'application de cette conception du droit naturel à ces corporations...* Nous voyons clairement la théorie d'un quatrième pouvoir de l'État, qui n'appartient pas à l'État, la théorie du *pouvoir municipal* », JELLINEK, *System*, 1892, p. 213, cité in DUGUIT (L.), *L'État, les gouvernants...*, op. cit., p. 706. Nous soulignons la première partie ; l'auteur souligne la seconde.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*

¹¹⁰⁵ « Le législateur ne distingue point le pouvoir, c'est-à-dire la puissance qui appartient aux communes à titre originaire, et le pouvoir qui leur serait délégué par l'État, mais seulement les deux catégories de fonctions appartenant aux agents municipaux, les unes qui leur appartiennent normalement, par cela même qu'ils sont agents municipaux, et les autres qui leur appartiennent parce que l'État leur donne une compétence spéciale à l'effet de les exercer », *ibid.*, pp. 706-707.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 707.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 708.

l'évolution de la législation, qu'il développe principalement, comme les auteurs précédents, en abordant la question de la compétence de police du maire dans la loi du 5 avril 1884.

Combinant la lecture des articles 91, 92 et 99 de la loi du 5 avril 1884, Léon DUGUIT en propose toutefois une analyse très différente d'HAURIOU et de CARRÉ DE MALBERG. Cherchant à connaître la qualité du pouvoir de police des communes, il affirme clairement que la police n'est pas une compétence municipale propre¹¹⁰⁸. Il s'intéresse ensuite à la question de la nature de la compétence du maire, comme autorité de police¹¹⁰⁹. Celui-ci agit-il alors en tant qu'agent centralisé ou décentralisé ? L'étude de la compétence du maire confirme ses premières conclusions : les actes du maire, bien qu'il agisse comme agent décentralisé, correspondent à la mise en œuvre de la puissance étatique¹¹¹⁰ et non d'une puissance communale propre¹¹¹¹. Toute compétence communale (mais par voie d'extension, ce postulat se vérifie pour l'ensemble des collectivités territoriales) est dès lors déléguée par l'État qui en contrôle l'exercice¹¹¹² ; la sphère sociologique de compétences propres, pourtant acceptée par le législateur, est annihilée par la construction du guiste.

La posture adoptée par les constitutionnalistes concluant à la négation des affaires propres des collectivités territoriales soulève un certain nombre de critiques. Le positivisme militant de ces auteurs simplifie tout d'abord la réalité analysée. Il y aurait ainsi une réalité *idéelle* que le juriste découvre ; celle-ci correspondrait alors à la réalité *concrète*. C'est toutefois, pour une matière dont la fonction est largement politique, avoir la vue un peu courte. Et si les doctrines d'HAURIOU ou de CARRÉ DE MALBERG pêchaient par *excès de sociologisme*, la position du guiste pêche par *excès de juridisme*. Elle efface toute aspérité de la vie sociale, au motif de la lisibilité juridique. On ne peut

¹¹⁰⁸ « Si dans les villes ayant plus de 40 000 habitants, l'organisation de la police est incontestablement un droit de l'État, il doit en être de même dans toutes les communes. Les agents municipaux sont des fonctionnaires, ayant reçu de la loi compétence pour exercer certains droits de puissance publique, dont le seul titulaire dans la conception française ne peut être que l'État », DUGUIT (L.), *L'État, les gouvernants...*, op. cit., p. 713.

¹¹⁰⁹ « La question est uniquement et précisément de savoir si c'est l'État ou la commune qui est titulaire du droit de puissance publique, que le maire met en mouvement en faisant un acte de police », *ibid.* pp. 714-715.

¹¹¹⁰ « L'article 91 reproduit l'expression : sous *la surveillance*, ce qui semblerait indiquer que le maire fait la police comme agent décentralisé. Mais l'article 91 ne parle pas du *contrôle* du conseil municipal. Il serait étrange que, si la police était un droit de la commune, le maire, quand il l'exerce, ne fût pas placé sous le contrôle du conseil municipal, quand aux termes de l'article 90, ce contrôle s'exerce sur toutes les fonctions que le maire remplit comme organe de la commune. [...] Si l'on considère les actes de police du maire, [...], on ne saurait y voir l'expression d'une volonté communale », *ibid.*, pp. 716-717. L'auteur souligne.

¹¹¹¹ Il parvient alors à la même conclusion que lors de l'étude du caractère propre de la compétence fiscale des communes, *ibid.*, pp. 710-712.

¹¹¹² « Les gouvernants [...] prennent des mesures pour que les corps décentralisés appliquent la loi, assurent le fonctionnement régulier des services publics qui leur sont confiés, et cela me paraît rentrer au premier chef dans les attributions de contrôle », DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. III, op. cit., pp. 86-87.

donc s'en satisfaire. De plus, la lecture positiviste proposée vieillit mal ; l'inexistence des droits propres des collectivités territoriales en face de l'État ne vaut qu'en l'absence de constitutionnalisation des dispositions relatives au droit local. Dès l'instant où la loi fondamentale en traite, les affirmations duquistes doivent être réenvisagées. Les difficultés de la doctrine des XIX^e et XX^e siècles à avoir une position solide et rigoureuse sur ce thème sont d'ailleurs peut-être dues à l'absence de véritable base constitutionnelle de la question. À l'exception de la Constitution du 3 septembre 1791, aucun texte constitutionnel ne se réfère en effet à la notion de *droits propres* des communes ; la matière est donc essentiellement législative. Ce manque de matière peut sans doute expliquer cette tendance marquée à l'adoption de positions dogmatiques¹¹¹³ dans le cadre de développements théoriques. La dimension essentiellement législative de cette matière paraît d'ailleurs confirmée par la propension des administrativistes à s'intéresser au sujet. Deux études retiennent plus particulièrement l'attention, en ce qu'elles illustrent la position doctrinale longtemps majoritaire et son dépassement final.

La doctrine administrativiste : la progressive acceptation de la valeur juridique de la notion d'affaires locales

Dans sa thèse de doctorat, Jérôme CHAPUISAT s'attache à chercher la dimension juridique de la notion d'affaires locales. Adoptant une démarche rigoureuse qui réfute toutes les imprécisions doctrinales classiques¹¹¹⁴, il procède à l'analyse des données empiriques permettant d'établir l'existence, s'il en est une, des affaires locales. Au terme de la première partie de son travail, cet auteur conclut à l'inexistence d'affaires locales par nature, car « il n'y a pas de ligne de partage naturelle ou simplement logique entre elles et les affaires nationales »¹¹¹⁵, rien dans l'histoire n'allant en sens inverse¹¹¹⁶. Procédant ensuite à une systématisation des constats empiriques, l'auteur affirme que la notion d'affaires locales a bien une dimension sociologique, mais aucune consistance juridique. « Dire de la commune qu'elle gère les affaires locales et présenter celles-ci comme les matières d'intérêt communal ne peut avoir de sens que si ce dernier est, sinon défini, du moins un objet définissable. Or, ce n'est pas le cas »¹¹¹⁷. L'intérêt local n'existe ainsi pas

¹¹¹³ Le positivisme militant de DUGUIT peut très bien illustrer une dogmatique juridique, dont la neutralité axiologique est faible, voire inexistante.

¹¹¹⁴ Il décide ainsi de « ne tenir pour acquis à la science juridique que ce qui a préalablement fait l'objet d'une analyse, voire d'une démonstration », CHAPUISAT (J.), *La notion d'affaires locales...*, *op. cit.*, p. 11. En cela, il s'oppose aux approches plus dogmatiques de la doctrine constitutionnaliste du début du XX^e siècle.

¹¹¹⁵ *Ibid.*, p. 286.

¹¹¹⁶ « L'Histoire, surtout si elle est plus ou moins tendancieusement sollicitée, fournit peut-être certains exemples de relation privilégiée entre une matière donnée et la structure d'une collectivité locale. Aucune source de droit ne fait appel à la compétence nécessaire et exclusive, à la vocation naturelle d'une collectivité locale pour gérer tel service ou assumer telle tâche. Les exemples historiques sont aujourd'hui périmés. La prolifération des transferts de compétences des collectivités locales à l'État, et qui touchent à tous les secteurs de l'action administrative, en font suffisamment preuve », *ibid.*, p. 286.

¹¹¹⁷ CHAPUISAT (J.), « Les affaires communales », *AJDA*, 1976, p. 472.

par nature car il « n'est pas une tranche localisée de l'intérêt général »¹¹¹⁸. Il ne serait donc pas possible de donner une définition matérielle du pouvoir local en droit. On peut d'ores et déjà critiquer la définition de l'intérêt local que donne cet auteur, car le concevoir comme une partie de l'intérêt général revient en effet à dénier aux collectivités territoriales l'existence de tout intérêt de la collectivité en tant que telle. L'intérêt local peut toutefois être compris, selon une logique centrifuge, comme l'intérêt général de la collectivité – groupement humain, selon les mêmes mécanismes que ceux grâce auxquels l'État détermine l'intérêt général son échelon. Et bien que l'optique retenue par M. CHAPUISAT ne le permette pas, c'est bien la seule manière d'envisager les pluralismes sociologique et juridique. On peut alors appliquer à la démarche de Jérôme CHAPUISAT l'opinion, pourtant assez sensiblement antérieure à son étude, de Jean RIVÉRO selon laquelle « l'impasse, en réalité, n'existe qu'autant qu'on s'attache à une conception dépassée : celle qui voit, dans les affaires locales et les affaires nationales, deux domaines matériellement distincts et nettement délimités »¹¹¹⁹.

La démonstration de Jérôme CHAPUISAT n'est donc pas dénuée de failles. Élisabeth MELLA soulève ainsi la question de la démarche retenue par cet auteur. Aussi rigoureuse soit-elle, elle n'échappe pas à certains présupposés, qui s'avèrent discutables. Cet auteur recherche, dans le cadre de son étude, un critère d'identification des matières locales. Pour ce faire, il envisage les différentes compétences à la charge des collectivités territoriales ou à celle de l'État. « Son effort consiste alors à se demander si l'on peut affirmer, d'une manière générale, que telle tâche est attribuée à telle personne particulière parce qu'elle posséderait elle-même un certain nombre de caractéristiques particulières [et donc] si telle tâche est attribuée à telle collectivité locale parce qu'elle renverrait à la notion d'affaires locales »¹¹²⁰. Il se propose ainsi d'envisager les affaires locales à travers les différents mécanismes de répartition de compétences. Il confronte, pour ce faire, les matières transférées à l'idée, imprécise, qu'il se fait des affaires locales¹¹²¹. Sa méthode, aussi épurée des approximations doctrinales soit-elle, présente toutefois une forte inclination centralisatrice¹¹²², en ce qu'elle oppose *ab initio* les affaires locales aux affaires nationales. Une telle opposition renvoie par définition au point de vue de l'État¹¹²³.

¹¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹¹⁹ RIVÉRO (J.), « La décentralisation, problèmes et perspectives », *EDCE*, 1950, cité in BOURJOL (M.), *La réforme municipale*, *op. cit.*, p. 115.

¹¹²⁰ MELLA (E.), *Essai sur la nature de la délibération locales*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de droit public », t. 234, 2003 (Préface de Jean du BOIS DE GAUDUSSON), p. 219.

¹¹²¹ Il les définit de façon assez générale, au début de son travail, comme les « tâches assumées par les collectivités locales », CHAPUISAT (J.), *La notion d'affaires locales...*, *op. cit.*, p. 15.

¹¹²² « L'établissement d'un tel postulat imprime d'emblée à l'étude une approche avant tout jacobine », MELLA (E.), *Essai sur la nature...*, *op. cit.*, p. 220. On retrouve d'ailleurs cette tendance à l'étatocentrisme dans l'étude que Jérôme CHAPUISAT consacre aux affaires communales (« Les affaires communales », *op. cit.*, pp. 470-478).

¹¹²³ MELLA (E.), *Essai sur la nature...*, *op. cit.*, p. 221.

et il aurait fallu s'abstraire de cette logique. On peut *a priori* penser que la découverte d'une notion d'affaires locales relève plutôt d'une logique décentralisatrice, en ce sens qu'il faut se départir du fait que les compétences des collectivités territoriales sont transférées par l'État, afin d'envisager la notion en tant que telle, dans sa logique centrifuge ; ce qui ne serait d'ailleurs pas, non plus, dénué de subjectivité. Il reste alors à conclure à l'impossibilité de déterminer juridiquement ce que sont les affaires locales : leur indétermination est le seul point qui emporte la conviction. Celle-ci ne signifie pourtant pas qu'il faille se résigner à ne pas trouver de signification juridique à cette notion.

Bien que consciente de leur indétermination essentielle, Élisabeth MELLA, dans une étude récente, tente ainsi de démontrer le caractère juridique des affaires locales en recourant à la notion de *standard*. Cherchant le sens de la disposition selon laquelle « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune », cet auteur estime que « le législateur n'a pas entendu définir une fois pour toutes les affaires dont il est question »¹¹²⁴, la rédaction autorisant une variabilité dans le temps et l'espace. Juridiquement, « si affaire locale il y a, elle n'est rattachable dans l'absolu qu'à une seule collectivité locale, qui plus est à un moment donné »¹¹²⁵ ; il s'agit d'une notion standard¹¹²⁶, c'est-à-dire d'une notion au contenu variable, susceptible de s'adapter aux faits¹¹²⁷. Cette qualification, récente, n'a cependant guère fait d'émule en doctrine. Elle semble pourtant une réponse particulièrement pertinente à la question de l'existence juridique de la notion d'affaires locales. Acceptant en effet leur variabilité, qu'elle fait, de plus, reposer sur les critères définis par le juge administratif (temps et lieu), elle considère la logique finalitaire comme inhérente à la notion législative d'affaires locales, et lui trouve une qualification doctrinale, qui permet l'expression de l'ensemble de ses caractéristiques. Finalement si l'on adopte cette optique, la notion d'affaires locales, bien qu'indéterminée et indéterminable *a priori* a pourtant une signification, une fonction juridique : elle traduit l'acceptation par le législateur d'un certain nombre de matières, indéfinissables *a priori* mais qu'il veut tout de même prendre en considération. L'indétermination des affaires locales, transcrite en droit dans la notion de clause générale de compétence, correspond alors bien à l'admission d'une sphère d'action dans laquelle les collectivités territoriales se meuvent librement.

Se trouve ainsi résolue l'aporie centralisatrice de Jérôme CHAPUISAT. Quand celui-ci constate l'impossibilité de définir les affaires locales par nature, il conclut alors au

¹¹²⁴ *Ibid.*, p. 206.

¹¹²⁵ *Ibid.*

¹¹²⁶ Sur la notion de standard, v. RIALS (S.), *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de droit public », t. 135, 1980, 564 p. ou PERELMAN (C.), « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in PERELMAN (C.), VANDER ELST (R.) (Sous la direction), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 363-374.

¹¹²⁷ Paul ORIANNE définit le standard juridique comme un « terme ou locution insérés dans une règle de droit ou un acte juridique quelconque, en référence à un état de fait ou une qualité dont l'identification requiert une évaluation ou une appréciation », ORIANNE (P), « Standard juridique », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 581.

caractère nécessairement délégué, ou dérivé, des matières relevant de la compétence des collectivités territoriales. En acceptant la qualification de standard, on retrouve l'acceptation par le législateur d'affaires propres aux collectivités territoriales¹¹²⁸ et l'impossibilité de les définir *a priori*¹¹²⁹. Concevoir les affaires locales comme une notion à contenu variable semble ainsi leur rendre leur opérationnalité, autant que cela en consacre le caractère éminemment juridique. Cela permet enfin d'établir un lien logique entre celles-ci et la clause générale de compétence, qui apparaît comme la conséquence de leur indétermination.

Notion téléologique, les affaires locales ne sont donc pas définissables *a priori*. La tentative de construction du pouvoir local en les prenant comme élément de définition présente ainsi autant d'intérêt que d'inconvénient. Leur indétermination législative rend impossible une définition matérielle stricte du pouvoir local. On ne peut, dans cette perspective, que dresser un tableau épars, forcément contingent et voué à une perpétuelle évolution. Établir un schéma matériel du pouvoir local revient ainsi à rejouer le mythe de Sisyphe : tâche absurde, sans cesse à renouveler et dont on peut s'interroger sur la pertinence même. L'indétermination de cette notion est toutefois sans doute son principal intérêt dans la tentative d'une définition du pouvoir local. L'admission de cette notion, l'impossibilité de la définir *a priori* et l'engagement à la respecter infèrent en effet une liberté d'action réelle au profit des collectivités territoriales afin de les découvrir *a posteriori*, confirmant l'opinion de Jean RIVÉRO selon laquelle la décentralisation implique « le caractère non limitatif des énumérations légales d'attribution des assemblées locales »¹¹³⁰. L'indétermination des matières locales justifie dès lors la vocation générale des collectivités territoriales et la liberté de gestion dont elles vont bénéficier.

Paragraphe 2. La clause générale de compétence, consécration légale de la généralité de la vocation des collectivités territoriales

¹¹²⁸ Ce point n'a jamais été démenti depuis 1789 à l'exception des I^{er} et IInd Empires : de manière absolue sous le I^{er} Empire avec la loi du 28 pluviôse An VIII et de façon beaucoup plus relative (uniquement dans la phase initiale de stabilisation du régime) sous le IInd Empire.

¹¹²⁹ Ce dernier ne signifie pas absence de contrôle, car la notion est bâtie sur deux critères qu'il appartient au juge administratif de vérifier. V. *infra*.

¹¹³⁰ RIVÉRO (J.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, « Précis », 1965, 3^e éd. (1^{ère} éd. 1960), p. 113. Il faut relever que dans les versions plus récentes du *Précis de droit administratif*, coécrit avec (puis mis à jour par) Jean WALINE, le passage cité a disparu au profit de celui-ci : « la décentralisation implique une distinction, parmi la masse des besoins auxquels l'administration doit pourvoir, entre ceux qui intéressent l'ensemble de la population – tous les français ont besoin d'être défendus en cas de guerre – et ceux qui demeurent particuliers à une collectivité – l'adduction d'eau au village, le tramway qui relie la gare à la Place Kléber. La décentralisation repose donc sur la distinction des *affaires nationales* et des *affaires locales*, seules les dernières relevant de la décentralisation » (RIVÉRO (J.), WALINE (J.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, « Précis », 2004, 20^e éd., pp. 36-37, les auteurs soulignent). On passe ainsi d'une définition centrée sur l'indétermination des affaires locales à une définition plus classique fondée sur l'opposition entre local et national. La dimension *libérale* de la première définition disparaît alors au profit d'une conception davantage *fonctionnelle* des collectivités territoriales.

Il apparaît finalement impossible, et peut-être pas souhaitable, de définir *a priori* exhaustivement les affaires locales. Cette indétermination est transcendée par la conception libérale développée, selon laquelle les collectivités territoriales gèrent les affaires de leur intérêt. Ce double phénomène aboutit finalement à consacrer *de facto* la généralité de la compétence des collectivités territoriales. Le législateur valide progressivement cet état de fait, dès 1884 pour les communes (A.) et en 1982 pour les autres collectivités territoriales (B.).

A. La consécration de la vocation générale de la commune à travers la clause générale de compétence

Les affaires locales regroupent l'ensemble des matières relevant de la compétence des collectivités territoriales. Un reliquat sociologique paraît être admis par le législateur et la doctrine, sans que l'on puisse véritablement distinguer ce qui relève de l'intérêt local de ce qui est une matière d'intérêt général confiée à un niveau territorial infraétatique. Le couple élaboré dans le décret du 14 décembre 1789 est moins net que ce que les Révolutionnaires postulaient. L'indétermination des affaires locales ne permet toutefois pas de douter de leur réalité dans la production législative et jurisprudentielle ; ce qui suffit à leur donner une existence. Il faut alors s'interroger tant sur la fonction de cette notion dans l'agencement du pouvoir local que sur sa nature juridique. L'impossibilité d'y recourir pour proposer une définition matérielle de ce pouvoir ne signifie pas que cette notion ne soit pas utile pour l'envisager. Pour bien comprendre ce point, il faut relire la loi du 5 avril 1884. Si celle-ci se contente, dans une large mesure, de reprendre et d'actualiser les données déjà existantes (en ce qu'elle entend, selon le rapporteur de MARCÈRE ¹¹³¹, « codifier » ¹¹³² les données existantes), elle propose néanmoins une novation : son article 61 énonce ainsi que « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune » ¹¹³³. Cette formulation paraît reprendre la conception révolutionnaire des municipalités tandis que l'énumération des différentes attributions figurant dans le reste de la loi renvoie à une conception fonctionnelle, développée principalement à partir de 1837.

¹¹³¹ MARCÈRE (Louis – Émile de, 1828-1918). Député (1876-1884) puis sénateur inamovible (1884-1918), orléaniste comme THIERS qu'il soutient. Il participe cependant au gouvernement formé par MAC MAHON en 1874. Républicain de centre-gauche, il participe à différents cabinets (dont le cabinet WADDINGTON en 1879). Alors qu'il est ministre de l'Intérieur, il procède à de nombreux remplacements des maires, en faveur d'élus de tendance républicaine. Il cesse toute participation ministérielle à partir de 1881. La fin de sa carrière est beaucoup moins active, même s'il est élu en 1889 membre de la commission sénatoriale des Neuf chargée de l'instruction et de la mise en accusation dans le procès Boulanger devant la Haute cour et qu'il continue à s'intéresser aux questions judiciaires.

¹¹³² La loi du 5 avril 1884 « a entendu, d'abord, *codifier*, dans une loi d'ensemble, toutes les dispositions qui concernent le régime et l'administration des communes. [...] On aura plus, à l'avenir, pour résoudre les questions municipales, à recourir aux dispositions éparées dans les trente et un textes, depuis la loi des 16-24 août 1790 jusqu'à la loi du 28 mars 1882. Elle a voulu, en même temps, combler dans la législation un certain nombre de lacunes révélées par l'expérience et, régler, par des dispositions légales, des difficultés jusqu'ici résolues par des arrêts », MARCÈRE (L.-E. de), « Rapport sur la loi du 5 avril 1884 », *D.*, 1884, IV, p. 28. L'auteur souligne.

¹¹³³ Cette disposition a été codifiée à l'article L. 2121-29 (CGCT).

Ceci ne va d'ailleurs pas sans soulever quelques contradictions. Ainsi que le relève Jean-Marie PONTIER, « le législateur de 1884 ne prend pas parti entre la conception révolutionnaire et la conception de 1837. [Il] ne tranche pas, il réserve la réponse. La Révolution s'était engagée sur la voie d'une définition de la commune, préalable à la définition des moyens dont celle-ci pouvait disposer. Le législateur de 1837 avait préféré réglementer les conditions d'intervention communale et de contrôle étatique, semblant répudier la conception révolutionnaire. Le législateur ne s'engage pas davantage en 1884, mais il laisse planer un doute : d'une part, il donne une définition, celle de l'article 61, qui se rattache plutôt à la conception révolutionnaire, mais il ne l'explicite pas ; d'autre part, il procède à la manière de 1837 en énumérant minutieusement les cas d'intervention et de contrôle »¹¹³⁴. Il convient donc d'envisager les voies possibles d'éclaircissement de cette (apparente) contradiction.

Celle-ci n'en est d'ailleurs peut-être pas une. L'article 61 de la loi du 5 avril 1884 paraît reprendre, en modifiant quelque peu l'énonciation, l'article 49 du décret du 14 décembre 1789. La combinaison de ce procédé de reconnaissance des affaires locales avec celui de l'énumération peut très bien être analysée comme la marque d'une double volonté. Premièrement, elle illustre la velléité d'assurer l'administration décentralisée d'un certain nombre d'attributions, énumérées par le texte. Ces matières ne sont certes pas initialement des affaires locales mais elles acquièrent ce statut par destination. Leur transfert marque ainsi un progrès de la décentralisation, mais pas nécessairement de l'autonomie et de la liberté locales. Deuxièmement, la combinaison des deux conceptions traduit la volonté d'admettre qu'il existe un champ d'intervention propre aux collectivités territoriales, relevant principalement de l'intérêt local. L'énumération, à laquelle procède le décret de 1789, ayant marqué ses limites, la formulation retenue en 1884 offre l'avantage de mieux prendre en compte la portée téléologique des affaires d'intérêt local. La formulation de 1884 permet également de concilier les velléités libérales du législateur, à travers la double reconnaissance d'une sphère d'intérêt propre et de la compétence de la commune à s'en saisir. La complémentarité entre les affaires locales et la clause générale de compétence apparaît ainsi nettement : cette dernière trouve ses fondements dans l'impossibilité de définir matériellement et *a priori* l'ensemble des domaines couverts par les premières.

« La notion d'affaires locales, retraduite en clause générale de compétence, exprime [ainsi] la vocation naturelle et légitime de la collectivité, institution corporative, à déterminer de l'intérieur, ses intérêts, son objet social. Cette possibilité pour les organes de la personne morale locale de définir eux-mêmes les intérêts communs de leurs membres rend parfaitement compte de l'autonomie institutionnelle des collectivités – corporations locales »¹¹³⁵. « Toute collectivité locale a [ainsi] une double nature. Institution de droit public, personne morale, elle est tributaire de la loi : le législateur en définit la nature et le statut, c'est lui qui détermine et fait varier le champ de ses compétences. Mais la collectivité s'entend encore d'un groupement humain solidaire, bénéficiant d'une vie propre, d'une sorte d'"autonomie" spontanée. Cette seconde nature

¹¹³⁴ PONTIER (J.-M.), *L'État et les collectivités locales...*, op. cit., p. 103.

¹¹³⁵ MULLER (I.), *Le juge administratif...*, op. cit., p. 346.

trouve dans la vieille notion d'affaires locales son expression juridique »¹¹³⁶. On doit toutefois considérer que celle-ci relève davantage « du domaine de l'idéologie que de celui de l'ontologie »¹¹³⁷. Expression de la vocation générale de la collectivité territoriale, elle est l'équivalent local de la notion d'intérêt général pour le niveau étatique. Les affaires locales sont, dans cette perspective, conditionnées par l'intérêt local, tel qu'il est défini par les organes territoriaux. Leur contenu ne peut donc être que téléologique, en ce sens qu'il varie en fonction des buts des collectivités territoriales. Et ceci est normal, si l'on pense que l'intérêt général national n'est pas fixe non plus ; le principe d'adaptabilité vaut de manière égale pour ces deux types d'intérêts. « La notion d'affaires locales ouvre donc aux collectivités des potentialités, leur confère une mission, celle de prendre en charge les intérêts collectifs du groupe humain qu'elles personnifient. Par définition, cette notion est peu juridique, mais repose sur un substrat sociologique variable, contingent »¹¹³⁸. Sa traduction juridique se trouve alors dans la clause générale de compétence, consécration législative de la vocation générale des communes.

La clause générale de compétence, manifestation juridique de la vocation générale des communes, répond également à la revendication décentralisatrice d'accroissement de la liberté de gestion des collectivités territoriales. Elle ouvre en effet une marge d'action indéterminée : les communes peuvent alors choisir entre l'intervention ou l'abstention, jouissant d'une véritable liberté d'intervention. La capacité d'action des communes correspond ainsi à une liberté que le législateur accorde à ces structures, à travers l'admission de leur vocation générale. Le pouvoir communal est alors défini, non plus en termes de capacité de domination, mais en fonction de son but. Il est un pouvoir d'action, dont le fondement juridique réside dans la clause générale de compétence. Ce constat peut d'ailleurs être élargi à l'ensemble des collectivités territoriales, qui se voient progressivement reconnaître une capacité générale d'action.

B. L'extension de la clause générale de compétence à l'ensemble des collectivités territoriales consacre leur vocation générale

La commune est longtemps restée une exception au sein des collectivités territoriales car elle a, pendant presque cent ans, seule, joui de la consécration juridique de sa vocation générale d'intervention. La loi du 10 août 1871 ne contient en effet aucun équivalent de l'article 61 de la Grande Charte des communes, seule la méthode attributive par énumération étant utilisée. De son côté, la région n'est pas, lors de sa création, une collectivité territoriale, mais un établissement public¹¹³⁹ ; il est donc normal qu'elle ne détienne qu'une vocation spécialisée. Ce n'est qu'à l'occasion de l'avancée de la décentralisation à la fin de XX^e siècle que la clause générale de compétence est

¹¹³⁶ CAILLOSSE (J.), « Le savoir juridique à l'épreuve de la décentralisation », *Annuaire des collectivités locales*, Paris, LITEC, 1988, p. 14.

¹¹³⁷ AUTEXIER (C.), « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *RDP*, 1981, p. 619.

¹¹³⁸ MULLER (I.), *Le juge administratif...*, op. cit., p. 352.

¹¹³⁹ Loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions, *JORF*, 9 juillet 1972, p. 7176 ; *AJDA* 1972, p. 485.

PARTIE II. LA MISE EN ŒUVRE DU POUVOIR LOCAL, D'UNE LIBERTÉ TOLÉRÉE À UNE RÉSERVE DE PUISSANCE, MODALITÉ SECONDE DE L'ACTION PUBLIQUE

généralisée. Les articles 23, alinéa 1^{er} et 59, alinéa 2 de la loi du 2 mars 1982 disposent ainsi que « le conseil [général/régional] règle par ses délibérations les affaires [du département/de la région] »¹¹⁴⁰. Ce principe a ensuite été repris dans l'article 1^{er} de la loi du 7 janvier 1983¹¹⁴¹ : « les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence ». Cette dernière formulation appelle deux commentaires, l'un général, l'autre particulier aux régions.

Bien que figurant au début d'un texte consacré à la répartition de compétences entre les différentes collectivités territoriales¹¹⁴², la formulation de l'article 1^{er} laisse intacte leur vocation générale. Celles-ci règlent ainsi les « affaires de leur compétence », et non pas de « leurs compétences ». On peut, semble-t-il, inférer de l'utilisation du singulier que la compétence des collectivités territoriales ne se résume pas à leurs compétences, au sens des compétences transférées et énumérées dans le texte de 1983 et les autres textes d'attribution. Cette interprétation est corroborée par le rapprochement de la loi de 1983 avec celle de 1982. Le texte du 2 mars 1982, qui doit jouer le rôle de locomotive du train législatif¹¹⁴³, prend en effet le soin d'énoncer, clairement, sans ambiguïté possible, la vocation générale de chacune des trois catégories de collectivités territoriales de droit commun. Postuler que le terme « compétence », utilisé dans la loi du 7 janvier 1983, puisse se réduire aux « compétences transférées » serait donner une interprétation en contradiction avec la volonté affichée en mars 1982 et supposerait une inconséquence manifeste du législateur. Ce singulier recouvre ainsi l'ensemble des compétences et attributions des collectivités territoriales et laisse subsister la vocation générale de l'ensemble des collectivités territoriales.

De manière plus particulière, il a été soutenu que la région ne bénéficiait pas de la clause générale de compétence car l'article 59 de la loi du 2 mars 1982 la complétait par un second alinéa, énumérant un ensemble de matières relevant de la compétence du conseil régional¹¹⁴⁴. S'appuyant sur cette disposition, une partie de la doctrine a avancé l'idée que la région avait une compétence spécialisée¹¹⁴⁵, car les affaires de sa

¹¹⁴⁰ Respectivement pour le département et la région, les articles L. 3211-1 (CGCT) et L. 4221-1 (CGCT).

¹¹⁴¹ Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions et l'État, *JORF*, n° 7, 9 janvier 1983, p. 215. Disposition codifiée à l'article L. 1111-2 (CGCT).

¹¹⁴² Ce texte semble dès lors davantage renvoyer à la catégorie des affaires « propres à l'administration générale de l'État » transférées aux collectivités territoriales qu'à celles « propres au pouvoir municipal », si l'on veut reprendre la terminologie révolutionnaire.

¹¹⁴³ Selon la métaphore du ministre de l'Intérieur de l'époque, Gaston DEFFERRE, cité par BÉNOIT (F.-P.), « Les attributions générales », *Encyclopédie Dalloz des collectivités territoriales*, t. IV, p. 4012-3. Cette influence est confirmée, dans sa relation opposée, par Jérôme CHAPUISAT : « La loi du 7 janvier 1983 s'inscrit dans un processus législatif continu, elle est un maillon dans une chaîne de lois de décentralisation. Elle répond ainsi à divers articles de la loi du 2 mars 1982, plus particulièrement les articles 1^{er} ... », CHAPUISAT (J.), « La répartition des compétences. Commentaire de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État », *AJDA*, 1983, p. 81.

¹¹⁴⁵ DOUENCE (J.-C.), « La région : collectivité à vocation générale ou spécialisée ? », *RFDA*, 1986, pp. 539-554.

compétence se « résumaient » à celles énumérées dans l'article 59 alinéa 2. Il ne semble pas possible de défendre le caractère spécialisé de la région, pour deux raisons au moins. Premièrement, ainsi que le révèle la sémantique, il y a, dans les deux textes de 1982-1983, une philosophie commune, qui se traduit par la reconnaissance explicite de la vocation générale de chacune des catégories de collectivités territoriales de droit commun. Envisager que la région en soit exclue paraît doublement improbable, car cela signifierait une inconséquence manifeste du législateur, alors que l'analyse du texte encourage au constat inverse. Cela impliquerait ensuite que la région, à qui la qualité de collectivité territoriale vient d'être reconnue, soit privée d'une des caractéristiques principales de cette catégorie juridique. Cela révélerait, là encore, une inconséquence très importante du législateur. Trop importante, à notre sens, pour qu'elle soit réellement envisageable. Retenir une conception restrictive de l'expression « il a compétence pour » ne paraît de plus pas juridiquement tenable. « Être compétent pour, c'est être reconnu juridiquement apte à agir, mais cela n'affecte pas les compétences de la collectivité »¹¹⁴⁶. Deuxièmement, et ainsi que le constate Jean-Marie PONTIER, les matières figurant au sein de cet article se prêtent à une interprétation assez large. Qu'est-ce qui ne rentre pas dans le « développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique »¹¹⁴⁷ ? Même si l'on admettait que la compétence régionale se cantonne à l'ensemble des matières énumérées à l'article L. 4221-1 (CGCT), la spécialisation régionale serait ainsi tellement large qu'il confinerait au non sens d'employer ce terme¹¹⁴⁸. Aussi, la clause générale de compétence a-t-elle bien été reconnue à l'ensemble des collectivités territoriales de droit commun.

La question de la compatibilité entre clause générale de compétence et loi d'attribution de compétences, initialement relative aux conseils régionaux, a toutefois soulevé des interrogations nombreuses et plus générales. Il convient de les envisager afin d'établir une fois pour toute que la vocation générale des collectivités territoriales ne souffre d'aucune contestation possible. La conciliation des différents mécanismes de

¹¹⁴⁴ Le conseil régional « a compétence pour promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique de la région et l'aménagement de son territoire et pour assurer la préservation de son identité, dans le respect de l'intégrité, de l'autonomie et des attributions des départements et des communes. Il peut engager des actions complémentaires de celles de l'État, des autres collectivités territoriales et des établissements publics situés dans la région, dans les domaines et les conditions fixés par les lois déterminant la répartition des compétences entre l'État, les communes, les départements et les régions ». Nous soulignons.

¹¹⁴⁶ PONTIER (J.-M.), « *Semper manet*. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, p. 1453.

¹¹⁴⁷ « Cette énumération s'avère singulièrement peu limitative [...] car qu'est-ce qui ne peut rentrer dans l'ordre de l'économique, du social, du sanitaire, du culturel, du scientifique ? [...] Le caractère aussi vague d'une telle énumération ôte toute possibilité d'en inférer une détermination de compétences », *ibid.*

¹¹⁴⁸ On retrouve un jugement similaire avant même que les conseils régionaux ne deviennent *de jure* des collectivités territoriales, dans le rapport *Vivre ensemble*. Celui-ci présente la région comme une structure hybride « ni établissement public véritable, défini par sa spécialité qui serait ici particulièrement vaste, ni collectivité locale ». GUICHARD (O.), *Vivre ensemble...*, *op. cit.*, p. 29. Nous soulignons.

répartition des compétences n'empêche pas de reconnaître une vocation générale aux collectivités territoriales. Néanmoins, celle-ci est, si ce n'est réduite, à tout le moins tempérée par la définition légale des compétences. Le pouvoir local apparaît ainsi comme une liberté, simplement tolérée, que le législateur organise en fonction de considérations dépassant les seules affaires locales.

Section II. De la clause générale aux blocs de compétences : le pouvoir local comme liberté dérivée

Le législateur est l'organe chargé de déterminer les modalités de répartition des compétences entre les différentes collectivités territoriales. Le choix des modes de répartition révèle un attachement du pouvoir législatif pour la clause générale. Les différentes tentatives de rationalisation de la répartition des compétences n'infirmant pas ce constat ; au contraire, la clause générale de compétence est étendue à toutes les collectivités territoriales. Le législateur consacre ainsi la dimension libérale qu'il souhaite insuffler au pouvoir local (**Paragraphe 1.**).

D'un autre côté, la compétence du législateur pour déterminer les compétences locales oblige à constater le caractère second de ce pouvoir (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. La répartition légale des compétences locales, expression d'une conception libérale du pouvoir local

La décentralisation des compétences de l'État vers les collectivités territoriales peut prendre différentes formes : compétence générale, loi d'attribution voire recours à des procédés conventionnels¹¹⁴⁹. La pratique française recourt traditionnellement au procédé de l'énumération des compétences transférées à l'échelon local. Le législateur, pour prendre en compte la réalité sociologique des affaires locales, emploie toutefois également la technique de la clause générale de compétence. La décentralisation française se caractérise ainsi par l'utilisation combinée de deux modes d'attribution de compétences de l'État vers les collectivités territoriales (**A.**).

Cette combinaison a suscité une controverse doctrinale lors de la relance du procès décentralisateur en 1982. Il convient donc d'explicitier le rapport possible entre les différents procédés d'attribution des compétences, afin de montrer la prévalence de la clause générale et le caractère libéral du pouvoir qui en découle (**B.**).

A. La combinaison de deux modes d'attribution des compétences aux collectivités territoriales : l'hésitation entre liberté et fonctionnalité

Les compétences locales sont définies par le législateur. Le décret du 14 décembre 1789 procède ainsi à l'énumération des affaires propres aux communes et celles propres à l'administration d'intérêt général, transférées à l'échelon communal. Les lois de 1837, 1838, 1855 et 1866 se livrent de même à une énumération légale des matières censées épuiser les compétences des collectivités territoriales. Celles-ci ne peuvent donc pas

¹¹⁴⁹ PONTIER (J.-M.), *L'État et les collectivités locales...*, op. cit., pp. 542 et ss.

intervenir dans une matière sans y avoir été autorisées par le législateur. La loi du 5 avril 1884 n'altère pas ce constat. Elle réalise en effet une énumération des compétences communales, sur la base de la loi de 1837. La disposition la plus problématique de ce point de vue pourrait résider dans son article 61, qui fonde la clause générale de compétence. Or, il apparaît que celle-ci est une délégation législative de compétence. Le législateur autorise en effet, par ce biais, les collectivités territoriales à se saisir des matières qui relèvent de leur intérêt. Il s'agit ainsi d'une habilitation légale à agir dans certaines circonstances ; en droit, les collectivités territoriales n'interviennent donc que sur le fondement de la loi. Le législateur est un intermédiaire obligatoire dans la détermination et la mise en œuvre de la capacité d'action des collectivités territoriales. Les affaires locales étant difficilement définissables *a priori*, une telle autorisation paraît être, sous le contrôle du juge, le procédé le plus utile pour garantir l'intervention efficace des collectivités territoriales.

La Constitution du 4 octobre 1958 confie, dans cette veine, au législateur la compétence pour déterminer les principes fondamentaux traitant « de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs *compétences* et de leurs ressources »¹¹⁵⁰. Cela semble dès lors inférer qu'en matière de compétences locales, seul le législateur peut intervenir. Il est le seul organe habilité en ce sens¹¹⁵¹. Les évolutions récentes de la législation n'ont en rien infirmé ce point. Autant en 1982/1983 que pour la loi sur les responsabilités locales, le législateur a fixé le cadre d'exercice des compétences locales. Le seul changement est intervenu en 1982/1983, non pas dans l'organe, mais dans la philosophie affichée par le législateur. La combinaison de la clause générale de compétence et de l'énumération légale n'avait jamais été mise en question ; ces deux procédés apparaissaient comme complémentaires. Face à l'impossibilité de définir les affaires locales *par nature*, la clause générale permettait l'expression d'une certaine liberté locale, empêchant les collectivités territoriales d'être cantonnées à la simple exécution des tâches que l'État leur confie.

Or, en 1982/1983, le législateur a entendu promouvoir, afin de simplifier la répartition des compétences, la composition de *blocs*, selon le principe affirmé, dès 1976, dans le rapport *Vivre ensemble*. Après avoir constaté que la généralité de la compétence posée en 1884 correspondait à une période au cours de laquelle les enjeux de l'administration locale étaient simples et les compétences peu nombreuses¹¹⁵², les auteurs de ce rapport appellent à sa suppression au profit d'une énumération matérielle stricte, répartissant les compétences par blocs¹¹⁵³. Ceci devait empêcher les chevauchements et les

¹¹⁵⁰ Article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. Nous soulignons.

¹¹⁵¹ V. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre II, Section II, Paragraphe 1.

¹¹⁵² « Lorsque le législateur de 1884 écrivait : "le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune", il posait une règle de procédure *sans définir un domaine de compétence*, parce qu'au fond *cela n'était pas indispensable*, et pas plus en 1884 qu'en 1789. [...] Le conseil municipal édictait quelques règlements, votait un budget, ordonnait fêtes et cérémonies, et à propos des litiges collectifs rendait son jugement. *L'universalité de la compétence posée à l'occasion d'une règle de procédure, coïncidait alors avec l'univers étroit et autonome de la vie locale* », GUICHARD (O.), *Vivre ensemble*, op. cit., p. 21. Nous soulignons.

enchevêtrements de compétences ¹¹⁵⁴. Le projet de loi ¹¹⁵⁵ s'inspirant directement de ce rapport n'ayant jamais pu être mené à son terme, le législateur s'empare de la question en 1982/1983 à l'occasion de la relance du procès décentralisateur. La loi du 7 janvier 1983 affirme ainsi le principe de la répartition des compétences par blocs. « Selon l'article 3, les compétences doivent, dans la mesure du possible, être affectées dans leur totalité à une seule collectivité » ¹¹⁵⁶. Ce principe est porté par l'idée d'une « bonne administration » ¹¹⁵⁷, en ce qu'il est censé mettre fin aux enchevêtrements de compétences, source d'opacité. L'amélioration en termes administratifs devrait également se traduire au niveau politique : meilleure connaissance et compréhension du système par le citoyen ; plus grande efficacité financière en évitant les gabegies liées au doublon ¹¹⁵⁸. Malgré l'apparence plaisante de la théorie des blocs de compétences, il faut pourtant tempérer cette vision idyllique, parce que la mise en œuvre n'a pas pu reposer sur cette version *pure* de la théorie. Il y a nécessairement eu des aménagements ; certaines matières n'ont ainsi pas pu être regroupées et continuent de se diviser entre les différentes catégories de collectivités territoriales. L'interventionnisme économique est, par exemple, une compétence régionale, dans laquelle les départements et communes peuvent également intervenir ¹¹⁵⁹. Malgré l'application circonstanciée de ce mode de répartition des compétences, un certain nombre d'auteurs, tenants d'une conception orthodoxe de ce procédé, ont avancé que son application avait pour effet d'abroger la compétence générale des collectivités territoriales ¹¹⁶⁰. Pour la première fois dans l'histoire de la décentralisation française, les deux modes de répartition des compétences, si longtemps combinés, seraient devenus incompatibles puisqu'une application orthodoxe de l'énumération matérielle des compétences locales, réparties de surcroît par blocs

¹¹⁵³ « Ce qui nous est apparu clair dès maintenant, c'est que, à toutes les étapes de l'entreprise [décentralisatrice], il convient que les autorités locales disposent de *blocs de compétences homogènes*. Avancer sur tous les fronts à la fois serait dangereux, parce qu'à aucun moment une autorité locale ne se sentirait en charge d'une responsabilité globale. Il faut, secteur par secteur, sortir du puzzle administratif, sortir de la subordination globale », *ibid.*, p. 41. Nous soulignons.

¹¹⁵⁴ Pour une tentative récente de revalorisation de la définition matérielle des compétences comme moyen de favoriser l'autonomie locale et l'efficacité publique, v. JOYAU (M.), *De l'autonomie des collectivités territoriales...*, *op. cit.*

¹¹⁵⁵ Ce projet est resté sous le nom de projet de loi BONNET, du nom du ministre de l'Intérieur contemporain. Il fut déposé à l'Assemblée nationale le 20 décembre 1978 mais ne put être adopté, à la suite du changement de majorité de 1981.

¹¹⁵⁶ CHAPUISAT (J.), « La répartition des compétences... », *op. cit.*, p. 83.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

¹¹⁵⁸ Cette philosophie est très bien explicitée dans le rapport *Vivre ensemble*, à travers le projet d'administrer autrement. V. GUICHARD (O.), *Vivre ensemble*, *op. cit.*, p. 35, § 2 & 3.

¹¹⁵⁹ En matière d'aides aux entreprises, art. L. 1551-1 et suivants du *Code général des collectivités territoriales*. Sur les évolutions récentes, v. CASTELNAU (R. de), FAY (P. de), « Le nouveau régime des interventions économiques des collectivités territoriales », *AJDA*, 2005, pp. 121-125 et GROUD (H.), « Questions sur le droit des interventions économiques des collectivités territoriales », *AJDA*, 2005, p. 457.

homogènes en fonction des différentes catégories de collectivités territoriales, conduirait à annihiler leur vocation générale. Si la vigueur de l'attaque contre la clause générale de compétence n'est pas dénuée de fondements politiques ¹¹⁶¹, la réalité juridique a finalement infirmé cette théorie ; la conception libérale des collectivités territoriales paraît alors primer sur la tentative de fonctionnalisation de ces structures.

B. La portée de la combinaison des modes de répartition des compétences locales : le primat de la conception libérale sur la conception fonctionnelle

En analysant l'affirmation des blocs de compétences comme une abrogation de la clause générale de compétence, la doctrine administrativiste contemporaine marque une nette rupture avec ses devancières. Cette analyse ne fait toutefois pas l'unanimité ; certains auteurs soutiennent, dans une perspective classique, que les deux modes d'attribution de compétences sont non seulement conciliables, mais même complémentaires. Cette querelle n'est pas neutre et, plus qu'une divergence d'interprétation juridique, elle reflète bien plutôt les deux conceptions de l'administration locale qui se développent à la fin du XX^e siècle. D'un côté, les tenants de l'abrogation adoptent une conception fonctionnelle de l'administration locale et nient l'existence de toute affaire locale (réduisant à néant la dimension sociologique des institutions territoriales). De l'autre, les auteurs proposant la lecture combinatoire se rattachent plutôt à une conception libérale et démocratique des collectivités territoriales ; de leur point de vue, la clause générale de compétence est alors une garantie de la liberté d'administration des populations locales. Deux auteurs incarnent particulièrement bien chacune de ces deux tendances : Jérôme CHAPUISAT et Jean-Marie PONTIER. Il semble possible de limiter l'étude aux positions qu'ils ont développées, en ce qu'elles sont représentatives des débats qui ont agité la doctrine. Les conclusions dégagées vaudront ainsi de manière plus générale que leur simple opposition.

Pour Jérôme CHAPUISAT, l'abrogation de la clause générale de compétence est un des principes directeurs de la réforme mise en œuvre par la loi du 7 janvier 1983. Il y voit d'ailleurs le « mérite » ¹¹⁶² du système de répartition initié par le législateur. S'appuyant

¹¹⁶⁰ « Au lieu de l'ancienne clause générale de compétence (art. L. 121-26 du Code des Communes) la loi du 7 janvier 1983 indique simplement qu'il n'est de compétences locales que par affectation », CHAPUISAT (J.), « La répartition des compétences... », *op. cit.*, p. 83.

¹¹⁶¹ Les tenants de l'application *absolue* des blocs de compétences se recrutent politiquement dans le camp des jacobins. Cette insistance à nier le fondement d'une liberté locale peut ainsi être interprétée comme une tentative de défense de l'État centralisé face à une avancée majeure du processus de décentralisation. En effet, le mouvement initié en 1982, s'il n'est pas nouveau puisque la décentralisation est pratiquée au XIX^e siècle, représente par son ampleur un potentiel basculement paradigmatique de la notion de décentralisation : la liberté locale d'administration primerait alors sur la conception fonctionnelle, jusqu'alors dominante. Cette crainte des jacobins est d'autant plus fondée que le Conseil constitutionnel avait consacré la valeur constitutionnelle du principe de libre administration des collectivités territoriales en 1979 (CC, déc. n° 79-104 DC, préc.). L'arrière-plan idéologique de cette tentative de démonstration du caractère inconciliable de deux modes de répartition de compétences, pourtant pratiqué depuis 1884, ne doit donc pas être négligé, si l'on veut comprendre sa portée véritable.

¹¹⁶² CHAPUISAT (J.), « La répartition des compétences... », *op. cit.*, p. 83.

sur le refus sénatorial de se référer à la notion d'intérêt local, il analyse l'article 1^{er} de la loi ¹¹⁶³, comme l'affirmation qu'il n'est de « compétences locales que par affectation » ¹¹⁶⁴. Trouvant là, la confirmation de la conclusion de sa thèse de doctorat, il analyse cette disposition comme la suppression de la clause générale de compétence (elle-même liée à l'inexistence des affaires locales par nature). Dans cette perspective, « l'administration publique forme donc un tout, lequel est divisible par l'État qui conserve [...] la maîtrise de sa consistance et de sa distribution » ¹¹⁶⁵. Les collectivités territoriales ne disposent ainsi que des compétences dévolues à elles par l'État ; elles n'exercent leurs prérogatives de puissance publique que par délégation, faute d'existence du pouvoir local. D'ailleurs, l'affirmation, très tôt dans son raisonnement, de l'unité (et même de l'unicité) de l'appareil administratif (central et local) confirme ce point. Au-delà de la négation de la clause générale de compétence, c'est le fondement même du pouvoir local que l'auteur récuse, trouvant dans l'affirmation des blocs de compétences la preuve de l'intégration des collectivités territoriales à l'administration d'État. Si l'auteur n'évoque pas le caractère hiérarchique de la relation entre le législateur et les administrations locales, une telle logique est sous-jacente à l'analyse. Il développe ici une approche fonctionnelle des collectivités territoriales, en ce qu'il postule que l'ensemble de leurs compétences se réduit à celles énumérées dans la loi.

Face à cette présentation, Jean-Marie PONTIER a développé une argumentation, plus en phase avec la tradition française dans une étude, publiée dans la *Revue du droit public et de la science politique* ¹¹⁶⁶, et pensée comme une réponse aux tenants de l'abrogation. J.-M. PONTIER débute son analyse en opposant la théorie des blocs de compétences à l'application qui en a été faite par la législation de 1983. S'il s'accorde avec les tenants de l'abrogation sur le fait qu'une définition stricte des blocs de compétences est en contradiction fondamentale avec la clause générale, il leur oppose l'absence d'application de ces principes par les lois de décentralisation. La loi du 7 janvier 1983 n'est en effet pas une loi générale de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales, mais simplement une loi de redistribution de compétences. La théorie des blocs de compétences n'est donc pas strictement appliquée, laissant place à une appréciation pragmatique de la situation par le législateur ¹¹⁶⁷. Il lui semble de plus que l'application des blocs ne peut être retenue car leur mise en œuvre nécessite une approche dogmatique et préconçue, et non essentiellement pragmatique et finalitaire, comme celle retenue par le législateur. « Les affirmations sur l'existence de blocs de compétences dans la loi de 1983 sont erronées, ceux qui les énoncent ont oublié les

¹¹⁶³ « Les collectivités locales règlent les affaires de leur compétence ».

¹¹⁶⁴ CHAPUISAT (J.), « La loi du 7 janvier 1983... », *op. cit.*, p. 83.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*

¹¹⁶⁶ PONTIER (J.-M.), « *Semper manet...* », *op. cit.*, pp. 1443-1472.

¹¹⁶⁷ V. dans le même sens les constats opérés par le Conseil d'État, in *Décentralisation et ordre juridique. Rapport public 1993*, Paris, La documentation française, 1994, pp. 21 et 24.

termes de cette loi ou font une interprétation *contra legem* : la loi déclare que les compétences seront exercées *autant que possible* en respectant [la théorie des blocs homogènes]. Une telle formulation est une négation des blocs de compétences ou un aveu de l'impuissance à les réaliser »¹¹⁶⁸. Une fois démontré que les blocs de compétences n'épuisaient pas l'ensemble des attributions des collectivités territoriales, l'auteur souligne la volonté du législateur d'énoncer la vocation générale de chacune des catégories de collectivités territoriales, à travers la généralisation de la formulation de la clause de compétence générale, retenue pour les communes. « Le législateur de 1982 savait (ainsi que le montrent les débats et les rapports) que la formule de 1884 n'était pas neutre, qu'elle avait été utilisée pour justifier l'existence d'une clause générale de compétence »¹¹⁶⁹ ; en généralisant cette formulation, « le législateur savait qu'il donnait un appui aux théories sur la clause générale de compétence, il confirmait l'interprétation qui avait été donnée de cette formule »¹¹⁷⁰. Il faut enfin noter que pour cet auteur, dans une optique classique, « la législation spécifique n'exclut pas la clause générale de compétence »¹¹⁷¹, « les lois de répartition des compétences [n'étant] que des ajustements de la clause générale de compétence aux nécessités du moment »¹¹⁷². « Celle-ci couvre, par définition, l'ensemble des compétences que sont susceptibles d'exercer les collectivités territoriales, notamment dans des domaines qui n'existent pas encore ou qui ne sont pas encore réglementés »¹¹⁷³ et complète donc les lois d'attribution. Véritable clé de lecture de l'agencement vertical des compétences, la clause générale « est ce qui permet de faire autre chose ou autrement que ce que fait l'État, elle est la garantie du maintien de l'initiative, de l'invention, sans lesquelles toute répartition des compétences serait vouée à figer les rôles »¹¹⁷⁴.

Au-delà de l'analyse juridique, ce sont bien deux conceptions de la décentralisation et des collectivités territoriales qui s'affrontent. Pour Jean-Marie PONTIER, « la théorie des blocs de compétences garantit [ainsi] à une catégorie de collectivités un certain nombre d'affaires, de domaines, de matières, mais elle l'enferme, en même temps, dans cette série d'affaires, lui interdisant d'en sortir »¹¹⁷⁵. Aussi, en s'opposant à l'abrogation de la clause générale de compétence par les blocs de compétences, c'est la liberté des

¹¹⁶⁸ PONTIER (J.-M.), « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », in *La profondeur du droit local...*, *op. cit.*, p. 375. L'auteur souligne.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 381.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 382.

¹¹⁷¹ PONTIER (J.-M.), « *Semper manet...* », *op. cit.*, p. 1453.

¹¹⁷² *Ibid.*, p. 1457.

¹¹⁷³ PONTIER (J.-M.), « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », *op. cit.*, p. 374.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 394.

¹¹⁷⁵ PONTIER (J.-M.), « *Semper manet...* », *op. cit.*, p. 1448.

collectivités territoriales qui se trouve au cœur de l'analyse. Sa défense passe, selon cet auteur, par le maintien de la vocation générale des collectivités territoriales et de leur capacité à déterminer librement les affaires de leurs intérêts. À l'opposé de la conception libérale développée par J.-M. PONTIER, J. CHAPUISAT critique, quant à lui, le recours aux deux procédés de répartition des compétences¹¹⁷⁶ ; d'autant plus que « la clause générale de compétence n'a jamais été génératrice de liberté mais son laxisme est source de bien des confusions »¹¹⁷⁷. L'impératif est ici différent de celui de l'auteur aixois : pour J. CHAPUISAT, plus que l'idée de liberté locale, c'est celle de bonne administration qui doit primer. Les collectivités territoriales sont alors fonctionnalisées. Il n'est d'ailleurs pas surprenant de retrouver pareilles réminiscences politiques à la fin du XX^e siècle ; la lutte entre la liberté et la fonctionnalité locale a toujours été au cœur du débat sur la décentralisation. Déjà au début du XX^e siècle, Maurice HAURIOU proclamait son attachement à la décentralisation au motif qu'elle permet l'expression juridique de la sphère sociale¹¹⁷⁸ alors que, de son côté, Léon DUGUIT privilégiait une approche fonctionnelle de l'administration locale.

Afin de proposer une issue, fondée sur un élément juridique, à la querelle doctrinale, il faut se reporter à la position du juge administratif. C'est en effet à lui qu'il revient d'appliquer et d'interpréter les textes organisant les compétences des collectivités territoriales. Le Conseil d'État s'est prononcé sur la question à l'occasion d'une affaire relative à l'aide organisée en faveur du Nicaragua par trois communes de la périphérie parisienne. Il donne raison, à cette occasion, aux tenants du cumul des procédés de répartition des compétences, en considérant que l'article 1^{er} de la loi du 7 janvier 1983 n'a pas abrogé l'article L. 121-26¹¹⁷⁹ du *Code des communes*¹¹⁸⁰. Si le juge administratif

¹¹⁷⁶ « Clause générale ou attribution légale de compétence, la concomitance de ces deux procédés antinomiques est nocive car, loin de se corriger l'un l'autre, ils cumulent leurs inconvénients au détriment d'une claire identification des affaires communales », CHAPUISAT (J.), « Les affaires communales », *op. cit.*, p. 471.

¹¹⁷⁷ Poursuivant sa critique de la clause générale de compétence, l'auteur affirme, quelques lignes plus loin que « la clause générale de compétence ne pourrait être une garantie de liberté que si l'on pouvait la comprendre comme autorisant de plein droit tout ce qui n'est pas légalement interdit », *ibid.*, p. 472.

¹¹⁷⁸ Que l'on songe à cette métaphore qui conclut l'une de ses notes de jurisprudence : « il y a, dans la vie des organismes sociaux, un principe d'expansion vers l'existence totale qui fait éclater toutes les catégories et toutes les cloisons juridiques. Avec la centralisation, le jardin administratif était tracé à la française et rigoureusement aligné au cordeau, les arbres étaient rognés et taillés. Avec la décentralisation, il faut s'attendre à ce que cette belle ordonnance soit détruite par la spontanéité de la vie », HAURIOU (M.), « Note sous CE, 3 mai 1918, *Larrieu et autres* », S., 1920, III, p. 57. Relevons tout de même que dans la deuxième édition du *Précis de droit constitutionnel*, M. HAURIOU se montre plus sévère contre la décentralisation, qu'il juge en partie inefficace. Cet auteur privilégie ainsi à la fin de sa vie le renforcement de l'État à la promotion de la liberté.

¹¹⁷⁹ Il deviendra l'article L. 2121-29 du *CGCT*, et correspondait, dans le Code des communes, à la clause générale de compétence.

¹¹⁸⁰ CE, 23 octobre 1989, *Commune de Pierrefitte-sur-Seine, commune de Saint-ouen et commune de Romainville*, *Leb.* p. 209 ; *AJDA* 1990.119 ; *JCP* 1989.IV.416 ; *RFDA* 1989.1042 ; *DA* 1989, n° 622.

tranche en faveur du maintien de la clause générale de compétence, cela signifie-t-il qu'il se rallie à la conception libérale, défendue par les tenants de cette clause ? Bien qu'il soit difficile de répondre à cette question, deux remarques peuvent être faites sur la position du Conseil d'État. Il semble bien tout d'abord que la loi du 7 janvier 1983 n'abroge pas la clause générale de compétence ; rien dans le texte ne permet d'ailleurs d'infirmer cela. Aussi, le juge du Palais royal ne fait-il que prendre note de l'état du droit ; il n'était toutefois pas obligé de préciser, aussi pédagogiquement, l'absence d'abrogation de la clause générale par l'article 1^{er} de la loi de 1983. D'ailleurs, l'évolution postérieure de la jurisprudence administrative confirme ce point. « L'idée de "clause générale de compétence", donnant vocation à toute collectivité locale à intervenir dans tous les domaines qui la concernent d'une manière ou d'une autre, semble [y] avoir [...en effet] connue, [...] une sorte de consolidation »¹¹⁸¹ tout au long des années quatre-vingts et quatre-vingt-dix. En prenant cette posture, le juge adopte une conception libérale de l'administration territoriale. La clause générale de compétence implique en effet comme corollaire la notion d'intérêt local. Or, ces deux notions ne sont définissables que téléologiquement ; elles justifient bien souvent l'intervention des collectivités territoriales dans nombre de domaines, non énumérés par les lois d'attribution. Il y a donc là une manifestation de la liberté des collectivités territoriales, qu'entend préserver la Haute juridiction administrative. Cet attachement du juge administratif à la liberté locale perce dans toute sa jurisprudence, en ce qu'il n'applique pas de principes *a priori* mais adopte une démarche pragmatique, prenant en considération « les circonstances particulières de temps et de lieu »¹¹⁸² ; il développe ainsi une approche bienveillante à l'égard de l'action « socialement utile » des collectivités territoriales¹¹⁸³.

Le pouvoir local s'affirme, tant à travers une partie de la doctrine qu'à travers la jurisprudence administrative, comme une liberté de gestion reconnue au profit des collectivités territoriales. La clause générale de compétence est, en cela, un élément central de la conception française du pouvoir local. La délégation législative qui fonde les compétences locales invite, quant à elle, à réfléchir à la qualité du pouvoir local.

Paragraphe 2. La définition légale des compétences locales : le caractère second du pouvoir local

Le législateur procède à la fois par une énumération légale des compétences locales et par la détermination d'une clause générale. Il combine ainsi définitions matérielle et formelle des matières locales. Ces procédés relevant de deux logiques antagonistes, on pourrait s'attendre à ce que le pouvoir dessiné apparaisse dual, si ce n'est paradoxal. Il n'en est rien.

Tant la définition matérielle **(A.)** que l'acception formelle **(B.)** des attributions locales

¹¹⁸¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Décentralisation et ordre juridique...*, *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁸² CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *Leb.* p. 583 ; S. 1931.373, concl. JOSSE, note ALIBERT ; *RDP* 1930.530, concl. JOSSE ; *GAJA*, 14^e éd., comm. n° 45.

¹¹⁸³ V. *infra* le chapitre suivant.

expriment le caractère second du pouvoir local.

A. La définition matérielle des attributions locales par le législateur illustre le caractère second du pouvoir local

Le législateur a toujours privilégié l'attribution de compétences à la simple faculté générale d'intervention. Ceci est parfaitement logique dans l'optique décentralisatrice : à travers l'énumération des matières transférées aux collectivités territoriales, il procède en effet à l'organisation verticale du pouvoir de l'État. Aménageant l'État et son administration, la législation adopte, de ce fait, une optique finalitaire et fonctionnelle bien plus que libérale. Quantitativement, la législation d'attribution est donc la plus développée. Cela conduit à un phénomène logique : l'encadrement de l'intervention des collectivités territoriales se densifie incontestablement. Certaines collectivités territoriales sont alors plus touchées que d'autres. Les régions, et assez paradoxalement si l'on se réfère aux débats doctrinaux datant des années quatre-vingt, conservent ainsi une marge de manœuvre relativement importante par rapport aux deux autres catégories de collectivités. Ceci s'explique par la nature des compétences transférées aux régions, celles-ci ayant principalement une vocation d'administration de mission plutôt que de prestation. Cette orientation générale des compétences régionales leur ouvre une véritable marge de liberté ; le législateur ne peut, trop fortement, encadrer certaines compétences de prospective, sous peine notamment de les brider¹¹⁸⁴. De leur côté, les départements sont dans une situation médiane : grand « vainqueur » des deux Actes décentralisateurs contemporains, ils ont en charge de plus en plus de compétences, pour lesquelles leur marge de manœuvre est relativement réduite¹¹⁸⁵. Les communes, quant à elles, sont les principales collectivités concernées par le développement des législations d'attribution, même si c'est de façon indirecte à travers la promotion de la coopération intercommunale, dont la dynamique s'est considérablement renforcée depuis 1992. Ce processus, encore en cours, passe alors par la promotion de structures de plus en plus intégrées auxquelles on prévoit l'attribution d'un nombre de plus en plus conséquent d'attributions, antérieurement assurées par les conseils municipaux. Les communes voient ainsi une partie de leurs compétences transférées par la loi aux établissements publics de coopération intercommunale, auxquelles elles appartiennent. Elles sont, de ce fait, dessaisies de compétences au profit d'une autre structure. La question qui apparaît alors est celle de savoir si le transfert de compétences a une incidence sur l'expression de la clause générale de compétence des communes. Il n'en est *de jure* rien puisque les établissements publics de coopération intercommunale ne sont compétents que pour les matières qui leur sont attribuées tandis que les communes conservent une capacité générale d'action. L'intervention sur la base de la clause générale de compétence implique néanmoins le respect des attributions légales de compétences. Une commune

¹¹⁸⁴ Ce constat n'est aucunement infirmé par la loi du 13 août 2004. Les compétences transférées aux régions continuent à être avant tout des activités de prospective et de conception. Les compétences de réalisation sont maintenues principalement au niveau départemental.

¹¹⁸⁵ Que l'on songe à la gestion des RMI/RMA, dont les principes directeurs sont fixés par l'État. Sur ce thème, v. BAGOT (O.), TRIGON (S.), « L'autonomie financière départementale dans la décentralisation de l'insertion », *RLCT*, 2006, n° 11, pp. 63-74.

ne peut ainsi arguer de sa vocation générale pour intervenir dans une matière transférée. Force est donc de constater que le développement de la coopération intercommunale amène, si ce n'est une restriction du pouvoir municipal, au moins à une réduction de ses marges de manœuvre¹¹⁸⁶.

La multiplication importante des transferts de compétences de l'État vers les structures locales transforme la manifestation du pouvoir local. Son champ recouvre alors principalement les matières transférées au détriment des affaires d'intérêt local, déterminées librement par les organes locaux. On assiste ainsi à un renforcement substantiel du caractère *hétéronome* de la définition du pouvoir local, en ce sens que les compétences locales ne relèvent pas *stricto sensu* des affaires locales, mais d'une conception générale que se fait le législateur de l'organisation de l'État. Le fondement du champ du pouvoir local « passe [alors] de l'idée traditionnelle de satisfaction des besoins des habitants à la notion technocratique de gestion des activités publiques aménagées en fonction d'impératifs dimensionnels »¹¹⁸⁷.

Ce phénomène a deux conséquences principales. Il conduit tout d'abord à une restriction de la portée de la liberté des organes locaux : ceux-ci n'ont plus alors le choix qu'entre l'intervention et la non intervention¹¹⁸⁸. Il faut donc constater qu'il y a là, une conception très restrictive du pouvoir local décentralisé, en ce que la production législative « ne laisse subsister aucune marge de liberté d'action, pour l'autorité administrative, mais épuise entièrement le vrai pouvoir juridique, en l'utilisant elle-même "jusqu'au bout", ne laissant plus place à la moindre marge ou parcelle de liberté pour une quelconque autorité administrative »¹¹⁸⁹. On aboutit ainsi à la fonctionnalisation des collectivités territoriales, et à la réduction drastique de leur autonomie¹¹⁹⁰, la décentralisation réalisée étant alors, ainsi que le relève Charles EISENMANN, essentiellement formelle du fait de la trop grande précision de la norme législative fondant l'attribution locale¹¹⁹¹. La seconde conséquence est une confirmation des constats précédents : la définition légale ne

¹¹⁸⁶ Ce point pourrait d'ailleurs connaître des développements assez importants avec la promotion de la capacité des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de définir les matières d'intérêt communautaire (respectivement art. L. 5215-20 (CGCT) pour les communautés urbaines, art. L. 5216-5 (CGCT) pour les communautés d'agglomération et art. L. 5214-16 (CGCT) pour les communautés de communes). Sans qu'il s'agisse (encore ?) d'une clause générale de compétence bénéficiant aux établissements publics de coopération intercommunale, l'indétermination de la notion pourrait permettre à ceux qui le souhaitent d'élargir leur compétence *contre* les communes. L'absence de saisine du juge constitutionnel est de ce point de vue éminemment regrettable, car il aurait pu, comme il le fait dans le cas de la création d'une nouvelle collectivité territoriale (v. l'exemple corse, déc. n° 2001-454 DC), vérifier l'impact de cette disposition sur la vocation générale des collectivités territoriales et notamment déterminer dans quelle mesure ces deux dispositions étaient compatibles.

¹¹⁸⁷ BÉNOIT (F.-P.), « L'évolution des affaires locales... », *op. cit.*, pp. 36-37.

¹¹⁸⁸ Cette alternative est d'ailleurs faussée par la capacité de substitution du préfet, pour les compétences que le législateur estime obligatoires, principalement pour les matières relevant de la police et du budget. V., à titre d'exemple, les articles L. 3221-5 (CGCT) sur la substitution du représentant de l'État au président du conseil général en matière de police et L. 1612-15 (CGCT) en matière d'inscription des dépenses obligatoires par les communes.

¹¹⁸⁹ EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 280.

permet pas de déterminer l'existence de compétences locales naturelles. Le pouvoir local n'est de plus pas véritablement maître de ses compétences, à l'exception de ses interventions sur le fondement de la clause générale. Mais pour le reste des attributions locales, c'est bien le législateur qui les attribue selon l'intérêt national. Dans tous les cas, les collectivités territoriales interviennent en application de la loi ¹¹⁹². L'acception matérielle du pouvoir local conduit ainsi à constater, non seulement son caractère secondaire, mais également la proportion croissante des affaires définies explicitement par le législateur. Le développement de la décentralisation tendrait dès lors à un affaiblissement de l'autonomie locale, même si la clause générale de compétence, toujours en vigueur, tempère la tendance étatiste de l'œuvre législative.

B. L'acception formelle du champ d'intervention du pouvoir local n'infirmes pas le caractère dérivé du pouvoir des collectivités territoriales

Face au développement de l'énumération légale, la clause générale de compétence est maintenue. Elle correspond à une définition formelle des matières relevant de la compétence locale, en ce qu'elle ne fournit que quelques indices d'identification et ne procède pas à une énumération exhaustive. Retenir une acception formelle du domaine d'intervention des collectivités territoriales n'est pas sans incidence sur leur action. Celles-ci jouissent alors d'une marge de manœuvre réelle, bien plus importante que la simple alternative entre action et inaction. À travers cette clause, c'est la capacité de déterminer l'intérêt de la collectivité qui est reconnu aux organes locaux, selon un modèle identique à celui du Parlement quand il détermine l'intérêt général de la Nation. Contrairement au Parlement, la clause générale de compétence ne garantit toutefois que faiblement le caractère autonome du pouvoir local.

L'intervention locale est ainsi, même dans le cadre de cette clause, nécessairement autorisée par la loi. Il n'existe dès lors aucune intervention locale naturelle, en ce qu'elle trouverait son fondement dans la seule volonté de la collectivité. Celle-ci est intégrée à un cadre juridique et territorial englobant, l'État, qui organise les modalités de son intervention. Or, contrairement à ce qui se passe dans la sphère juridique étatique, l'élément originaire, d'essence sociologique, ne produit pas d'effet véritable sur la nature du pouvoir exprimé par les structures locales. On trouve une confirmation de ce point dans le contrôle exercé par le juge administratif. Celui-ci oppose en effet, dans ce cadre,

¹¹⁹⁰ « L'autonomie est [en effet] dans la liberté où se trouve un sujet de droit d'utiliser les pouvoirs qu'un système juridique lui confère et non dans le caractère infini du domaine auquel ces pouvoirs peuvent s'appliquer », HERTZOG (R.), « L'autonomie en droit... », *op. cit.*, p. 465.

¹¹⁹¹ « Pour que l'attribution à l'autorité locale seule d'une compétence donnée qui sera exercée par elle en toute indépendance aboutisse à une décentralisation *réelle*, et non pas simplement à une décentralisation *formelle*, il faut que cette compétence comprenne du pouvoir discrétionnaire ; et la réalisation de cette condition est fonction du contenu de la règle législative à appliquer », EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 280. Nous soulignons.

¹¹⁹² Selon l'expression forgée par Jean-Marie AUBY in « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984, pp. 468-477.

les motifs de la décision locale et les éléments légaux de définition des affaires locales. L'intérêt local est alors le concept clé de l'autonomie locale, comme le révèle la jurisprudence administrative¹¹⁹³. Seul son respect assure ainsi l'effectivité de la vocation générale des collectivités territoriales et fonde la liberté de gestion des collectivités territoriales.

La clause générale de compétence permet la définition autonome des matières sur lesquelles intervient la collectivité territoriale. « À moins que d'autres clauses législatives de compétence ne viennent la limiter, la clause "générale" de compétence signifie [ainsi] qu'aucune règle *a priori* ne vient limiter le domaine d'action possible des collectivités locales, dès lors que sont concernées leurs affaires »¹¹⁹⁴. Conçue comme la négation de toutes entraves ou subordinations, la définition formelle du pouvoir local, à partir de la clause générale de compétence, semble alors se rapprocher de celle du pouvoir souverain¹¹⁹⁵. Une telle comparaison n'est toutefois valable qu'*a priori* et ne se trouve pas confirmée *a posteriori*, c'est-à-dire dans la détermination des conditions d'exercice des compétences. C'est en effet le législateur qui est alors compétent pour les fixer. Malgré tout, dans le cadre de l'exercice de ses compétences, la collectivité territoriale jouit d'une liberté totale, assimilable formellement aux caractéristiques du pouvoir souverain. La portée de l'autonomie des collectivités territoriales doit toutefois être relativisée d'un deuxième point de vue. Elle est en effet enserrée par une multiplicité de tempéraments, qui jouent comme autant de limites. Les interventions sur le fondement de la clause générale de compétence doivent ainsi respecter les attributions légales de compétences¹¹⁹⁶ et les conditions posées par la loi¹¹⁹⁷, ne pas conduire à l'empiètement d'une collectivité sur les attributions d'une autre autorité¹¹⁹⁸, ni à une tutelle d'une collectivité sur une autre¹¹⁹⁹. Les marges de détermination autonome des affaires de la collectivité sont donc extrêmement ténues et encadrées. Si la clause générale de compétence

¹¹⁹³ À titre d'exemple, v. CE, Ass., 1^{er} juin 1956, *Sieur CANIVEZ, Leb.* p. 220. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a une conception large de l'intérêt départemental en validant une subvention du conseil général du Nord aux Facultés catholiques de Lille, au motif « des services rendus à la population du Nord par les établissements hospitaliers, les maternités et les écoles d'infirmières et d'assistantes sociales dépendant des facultés catholiques de Lille », « cette *circonstance* n'a pas pour effet de vicier la délibération dont s'agit, du fait que la subvention qu'elle attribue l'a été à ces facultés, et non aux établissements ci-dessus indiqués ». Nous soulignons.

¹¹⁹⁴ MELLA (E.), *Essai sur la nature...*, *op. cit.*, p. 206.

¹¹⁹⁵ Ce qui n'est pas sans rappeler la définition que donne Raymond CARRÉ DE MALBERG de la souveraineté, *Contribution...*, t. I, *op. cit.*, p. 72.

¹¹⁹⁶ Sur la censure d'une délibération interdisant les expulsions locatives sur le territoire d'une commune, en faisant obstacle à « l'exécution d'une décision de justice dont le régime relève de la compétence du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », TA Clermont-Ferrand, 24 avril 1990, *Préfet de la région Auvergne c/ Commune du Cendre, Leb.* p. 509. Dans le même sens, CE, 9 octobre 1996, *Commune d'Ivry-sur-Seine, T.* p. 749.

¹¹⁹⁷ En matière d'aides aux entreprises, CE, 6 juin 1986, *Département de la Côte d'Or, Leb.* p. 156 ; *AJDA* 1986.549, note MOREAU ; *D.* 1986.IR.351, note LLORENS.

constitue bien, ici, un fondement autonome de la compétence des collectivités territoriales, elle témoigne également du caractère dérivé de celle-ci, en ce qu'elle se fonde sur une disposition, de valeur législative, qui leur est hétéronome. La valeur normative de la disposition qui garantit la généralité de la compétence est également une faiblesse pour sa protection ; la loi ne présente pas, en effet, les caractères de stabilité et de légitimité de la Constitution. Le législateur est de plus tout à fait libre d'adopter une disposition contraire ou de revenir à une simple énumération des compétences. L'acception formelle des matières locales confirme ainsi la conclusion à laquelle l'étude de l'énumération légale avait conduit : quand on l'envisage matériellement et formellement, le pouvoir local est un pouvoir secondaire, dont les marges d'autonomie, bien que réelles, sont faibles.

Parvenu à un tel constat, un point apparaît irrémédiablement. Il faut s'interroger sur les éléments qui garantissent le respect, par le législateur, de la vocation générale des collectivités territoriales et de leur liberté de déterminer l'intérêt de leur collectivité. À défaut, la détermination de leur compétence par les collectivités territoriales, présenterait un tel degré de fragilité, qu'il serait impossible d'en faire un véritable élément de définition de l'autonomie locale. Il faut, dans cette perspective, envisager dans quelle proportion la clause générale de compétence peut garantir la liberté de gestion de leurs affaires par les collectivités territoriales.

Conclusion du Chapitre I.

Le pouvoir local est conçu comme une liberté, pour les habitants, de gérer les affaires de leur collectivité. La recherche de critères de définition précis et exhaustifs de la notion d'affaires propres débouche sur un constat d'échec. Celles-ci ne sont envisageables que selon une perspective téléologique à travers la notion d'intérêt local, qu'elles doivent impérativement satisfaire. Le pouvoir local peut alors être défini comme la reconnaissance en faveur des collectivités territoriales d'une vocation générale à se saisir des affaires relevant de leur intérêt. La clause générale de compétence, d'abord réservée aux communes, puis étendue à l'ensemble des institutions territoriales, consacre *de jure* cette définition. La reconnaissance de cette vocation générale repose sur un ensemble de

¹¹⁹⁸ Les communes doivent ainsi respecter les compétences des établissements publics de coopération intercommunale, CE, 26 avril 1985, *Commune de Larrau*, *Leb.* p. 129 ; *AJDA* 1985.431, concl. JEANNERET ; *JCP* 1985.II.20480, note OURLIAC. Sur le respect de la compétence du département par une commune, TA Toulouse, 25 mars 1976, *Perier*, *T.* p. 619. Sur le respect de la compétence d'une commune par une autre commune, CE, 24 mai 1993, *Le Vésinet*, *Leb.* p. 163 ; *Mon. TP* 26 novembre 1993 ; *ACL* 1994.175.

¹¹⁹⁹ TA Montpellier, 20 juin 1983, *Commune de Narbonne c/ Région de Languedoc-Roussillon*, *Rec.* p. 561 ; *AJDA* 1983.678, note DUGRIP. TA Pau, 13 mars 1997, *Préfet des Landes c/ Département des Landes*, req. n° 96-686 ; *AJDA* 1997.542, observ. REY ; *GADD* 2^e éd., comm. n° 5. CAA Bordeaux, 31 mai 2001, *Département des Landes*, req. n° 97BX00803 ; *AJDA* 2001.957, note PAC ; *Collectivités territoriales – Intercommunalité* 2001, n° 252. CE, Ass., 12 décembre 2003, *Département des Landes*, *Leb.* p. 502 ; *Collectivités territoriales – Intercommunalité*, 2004, n° 39 et 40, notes MOREAU et ERSTEIN ; *AJDA* 2004.195, chron. DONNAT, CASAS ; *JCP Administrations et Collectivités territoriales* 2004.1360, note ROUAULT ; *RFDA* 2004.518, concl. SÉNERS et 525, note DOUENCE.

considérations sociopolitiques, s'inscrivant dans le prolongement de la conception naturaliste des collectivités territoriales. Elle ne présente donc que peu de garantie en faveur de ses bénéficiaires.

Le législateur, répondant à une logique fonctionnelle, a d'ailleurs parallèlement développé des législations d'attribution ; la marge d'action des collectivités territoriales se trouve de ce fait enserrée dans les rets de la définition matérielle des attributions locales. La détermination légale des compétences vient ainsi rappeler que le pouvoir des structures territoriales est un pouvoir second, *toléré* par la puissance d'État, tandis que la clause générale de compétence, incarnation juridique de la vocation générale des collectivités territoriales, constitue une garantie résiduelle de leur liberté d'action.

Chapitre II. La clause générale de compétence des collectivités territoriales, élément d'autonomie limité et peu protégé

La vocation générale, étalon de mesure de l'autonomie des collectivités territoriales, s'incarne juridiquement dans la clause générale de compétence, fondement de la libre détermination de leur compétence. Il faut donc appréhender dans quelle mesure son respect s'impose à l'autorité qui la met en œuvre. S'il n'existe aucun contrôle de cette faculté, la compétence librement déterminée des collectivités territoriales devient en effet largement théorique, le législateur pouvant en effet, dans cette hypothèse, encadrer tellement précisément l'action locale qu'il en annihilerait toute effectivité.

La Constitution du 4 octobre 1958 ne comporte pas de mention de la clause générale de compétence des collectivités territoriales, ni d'une éventuelle compétence propre de ces dernières. Pourtant, le Conseil constitutionnel recourt à la notion éponyme de *compétence propre* pour défendre la vocation générale des collectivités territoriales. Il faut donc chercher dans quelle mesure ces deux notions sont liées afin de déterminer dans quelle mesure la clause générale de compétence constitue une garantie d'autonomie des collectivités territoriales contre le législateur (**Section I.**).

De son côté, le juge administratif n'a pas développé d'instrument *ad hoc*. Il recourt à la notion générale d'*intérêt local*, dont il a progressivement dégagé les composantes à l'aune desquelles il contrôle l'action des collectivités territoriales. Il adopte alors une interprétation assez compréhensive de l'action locale, à l'exception près des délibérations politiques. La définition proposée de l'intérêt local rend néanmoins la jurisprudence administrative assez protectrice de la vocation générale des collectivités territoriales (**Section II.**).

Section I. La clause générale de compétence dans la jurisprudence constitutionnelle, fragile garantie d'une « compétence propre » des collectivités territoriales

La clause générale de compétence est le fondement de la liberté locale et un facteur potentiel d'autonomie. Il n'est donc pas surprenant que le juge constitutionnel veille à en assurer la défense. Le juge de la rue Montpensier participe ainsi à la protection de la compétence générale des collectivités territoriales à travers la notion de « compétence

propre » (**Paragraphe 1.**).

Il semble alors envisageable de conférer une valeur constitutionnelle à cette clause ; ce qui la protégerait d'une possible remise en cause par le législateur. Il convient toutefois de préciser les fondements qui rendraient possible l'admission de la valeur constitutionnelle de la clause de compétence générale. Une partie de la doctrine y voit en effet un principe fondamental reconnu par les lois de la République, sans toutefois parfaitement le démontrer. Après avoir confronté les éléments composant ces principes et la clause générale de compétence, nous verrons que cette qualification ne convient qu'imparfaitement pour protéger le caractère constitutionnel de la clause générale de compétence, et partant, de la vocation générale des collectivités territoriales (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. La notion de « compétence propre », mesure du pouvoir local pour le juge constitutionnel

Le Conseil constitutionnel contrôle le respect par le législateur du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. S'il précise progressivement ce principe, il ne lui a jamais donné ni un contenu ni un sens précis. Les lois de répartition de compétences de 1983 ne lui ayant pas été soumises, ce n'est qu'en 1985 que le juge constitutionnel se prononce pour la première fois sur la place des compétences locales dans la définition de la libre administration des collectivités territoriales. Procédant au contrôle du nouveau statut de la Nouvelle-Calédonie, il considère alors que l'article 72 de la Constitution implique que les collectivités territoriales soient dotées « d'attributions effectives »¹²⁰⁰. Ce premier pas en faveur de la protection de l'effectivité des compétences locales est complété par l'utilisation, à plusieurs reprises, de la notion de compétence propre ; après les compétences locales *lato sensu*, ce sont ainsi les affaires propres des collectivités territoriales qui font l'objet de la protection du juge constitutionnel. Peu d'auteurs ont réfléchi au sens à donner à cette expression de « compétence propre » alors que son utilisation, courante dans les États fédéraux et/ou régionaux, peut surprendre dans le cadre d'un État unitaire. Le juge constitutionnel utilise ainsi cette notion dans un sens particulier à l'État unitaire français, pour limiter la compétence du législateur (**A.**).

Ce faisant, il paraît consacrer et protéger la vocation générale des collectivités territoriales (**B.**).

A. La notion de « compétence propre » limite la compétence du législateur

La notion de compétence propre, appliquée aux collectivités territoriales, apparaît dans la jurisprudence constitutionnelle en 1990. Utilisée à plusieurs reprises depuis, le raisonnement du juge s'articule dans l'ensemble des décisions de la même façon. Après avoir mentionné les articles sur la base desquels il fonde son contrôle (articles 34 et 72 de

¹²⁰⁰ CC, déc. n° 85-196 DC, préc. Position reprise in CC, déc. n° 87-241 DC, 19 janvier 1988 (*Loi portant statut du Territoire de la Nouvelle-Calédonie*), *Rec.* p. 31 ; *RJC* p. I-328 ; *JORF* 21 janvier 1988, p. 1025 ; *RDP* 1989.451, chron. FAVOREU ; *AJJC* 1988.415, chron. GENEVOIS ; *LPA* 1988(133).9, note HOUTEER. Considérant n° 10.

la Constitution), le Conseil constitutionnel commence toujours par rappeler la compétence du législateur en considérant qu'« il [lui] revient [...] de définir les compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales »¹²⁰¹. Il analyse ensuite la disposition soumise à son contrôle sur ce fondement, en veillant à ce qu'elle ne porte pas atteinte à la compétence propre des collectivités territoriales. Cette notion est utilisée dans deux contextes différents : soit dans le cadre d'une relation verticale entre l'État et la catégorie de collectivités territoriales concernée, soit dans le cadre d'un rapport horizontal entre différentes catégories de collectivités territoriales. Ces deux types d'utilisation ont été employés respectivement trois et deux fois.

La protection verticale de la compétence propre des collectivités territoriales se retrouve dans les décisions n° 90-274 DC, n° 2000-436 DC et n° 2001-447 DC. Dans la décision n° 90-274 DC, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité des dispositions faisant supporter aux collectivités territoriales la charge des investissements en matière de logement social, en considérant que « les obligations ainsi mises à la charge d'une collectivité territoriale doivent être définies avec précision quant à leur objet et à leur portée et ne sauraient méconnaître la *compétence propre* des collectivités territoriales ni entraver leur libre administration »¹²⁰². Dans la décision n° 2000-436 DC relative à la loi sur la solidarité et le renouvellement urbain, le Conseil constitutionnel définit les charges auxquelles le législateur peut soumettre les collectivités territoriales ; celles-ci doivent répondre « à des exigences constitutionnelles ou concurr[ir] à des fins d'intérêt général, [... ne pas méconnaître] la *compétence propre* des collectivités concernées, [...ne pas entraver] leur libre administration et [...être] définies de façon suffisamment précise quant à leur objet et à leur portée »¹²⁰³. Dans la décision n° 2000-447 DC enfin, le Conseil constitutionnel valide le transfert aux départements de l'allocation personnalisée d'autonomie, nouvelle dépense obligatoire, dans la mesure où le législateur « n'a pas méconnu les *compétences propres* des départements, ni privé d'attribution effective aucun organe départemental »¹²⁰⁴. Il faut remarquer que dans cette dernière décision, le Conseil constitutionnel fait références *aux* compétences propres du département, recourant à un pluriel, là où il utilisait jusqu'alors un singulier. Il délaisse de

¹²⁰¹ CC, déc. n° 90-274 DC, 29 mai 1990 (*Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*), *Rec.* p. 61 ; *RJC I*, p. 403 ; *Pouvoirs locaux*, 1990(7).85 et 1991(8).16, comm. VEDEL ; *RDSS* 1990(4).711, note PRÉTOT ; *RFDC* 1990.497, chron. FAVOREU ; *Pouvoirs* 1990(55).206, chron. AVRIL, GICQUEL. Considérant n° 13.

¹²⁰² *Ibid.*, considérant n° 16. Nous soulignons.

¹²⁰³ CC, déc. n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000 (*Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*), *Rec.* p. 176 ; *JORF*, 14 décembre 2000, p. 19840 ; *LPA* 2001(152).18, note ROBBE ; *RFDC* 2001(46).346, chron. MELIN SOUCRAMANIEN ; *AJJC* 2000(XVI).721, chron. FATIN-ROUGE ; *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2001(10).9., considérant n° 12. Nous soulignons.

¹²⁰⁴ CC, déc. n° 2001-447 DC, 18 juillet 2001 (*Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*), *Rec.* p. 89 ; *JORF* 21 juillet 2001, p. 11743 ; *AJJC* 2001.593, note NICOT ; *LPA* 2002(185).4, note SAUVAGEOT ; *RFDC* 2001(48).750, chron. JACQUINOT ; *Travail et protection sociale* 2002(2).5, note KESSLER ; *cahiers du Conseil constitutionnel* 2001(11).12 ; *LPA* 2001(147).19, comm. SCHOETTL., considérant n° 6. Nous soulignons.

plus la référence complémentaire au principe de libre administration des collectivités territoriales. Ces modifications ne paraissent toutefois pas altérer le sens de l'expression au point d'y voir un troisième type d'utilisation. À la lecture de ces trois décisions, la notion de « compétence propre » semble avoir à faire avec le principe de libre administration, en ce qu'elle constitue une limite potentielle à la compétence du législateur, qui ne peut vider la liberté d'administration de son effectivité en transférant la mise en œuvre de mesures nationales trop larges.

Les décisions n° 91-290 DC et n° 2001-454 DC proposent quant à elles un autre type d'emploi de cette notion : le législateur doit respecter dans l'organisation horizontale des compétences, les attributions/compétences propres de chaque catégorie de collectivités territoriales, les unes par rapport aux autres. Dans le cadre de la décision n° 91-290 DC, le Conseil constitutionnel vérifie ainsi que la création, l'organisation et 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 »¹²⁰⁵. S'il ne recourt pas à l'expression « compétence propre », le contrôle effectué cherche bien à protéger les attributions des départements pour éviter une éventuelle tutelle de la Collectivité territoriale de Corse sur les autres collectivités de l'Île. La décision n° 2001-454 DC¹²⁰⁶, quant à elle, conduit à nouveau le Conseil constitutionnel à vérifier l'impact de la définition des compétences de la Collectivité territoriale de Corse sur les autres collectivités territoriales de l'île. Le juge constitutionnel procède alors en deux temps. Examinant tout d'abord l'impact de la reconnaissance d'une clause générale de compétence à la Collectivité territoriale de Corse, il considère que cette disposition¹²⁰⁷ « si elle ne précise pas que l'Assemblée de Corse règle, par ses délibérations, les seules affaires de la Collectivité territoriale de Corse, ne peut être entendue comme ayant une autre portée [; elle] ne place donc pas les communes et les départements de Corse sous la tutelle d'une autre collectivité territoriale »¹²⁰⁸. Cette conclusion est renforcée lors du contrôle des dispositions définissant les compétences de la Collectivité territoriale de Corse. À cette occasion, le Conseil valide l'édifice législatif car « aucune [des compétences de cette collectivité] ne méconnaît les *compétences propres* des communes et des départements ou n'établit de tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre »¹²⁰⁹. La décision du 17 janvier 2002 précise ainsi la portée de la clause générale de

¹²⁰⁵ CC, déc. n° 91-290 DC, préc., considérant n° 34. Dans le même sens, voir le considérant n° 20.

¹²⁰⁶ CC, déc. n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002 (*Loi relative à la Corse*), *Rec.* p. 70 ; *JORF* 23 janvier 2002, p. 1526 ; *D.* 2002(6).IR.541 ; *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2002(12).31 ; *RFDA* 2002.459, VERPEAUX ; *AJDA* 2002.100, note SCHOETTL ; *AIJC* 2002.625, chron. SEVERINO ; *RFDC* 2000(50).410 chron. FAVOREU et 414, chron. VERPEAUX ; *RFDA* 2002.469, FAURE ; *D.* 2003(17).1124, observ. MAGNON.

¹²⁰⁷ Il s'agit précisément de l'article L. 4424-1 du *Code général des collectivités territoriales*, qui dispose que « l'Assemblée règle par ses délibérations les affaires de la Corse. Elle contrôle le conseil exécutif ».

¹²⁰⁸ CC, déc. 2001-454 DC, préc., considérant n° 7.

¹²⁰⁹ *Ibid.*, considérant n° 29. Nous soulignons.

compétence ; selon le Conseil constitutionnel, elle donne une capacité d'agir dans le domaine de ses compétences pour la Collectivité territoriale de Corse, confirmant, ce faisant, la position développée par le juge constitutionnel en 1995. Le principe de l'interdiction de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre a en effet été explicité par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 94-358 DC¹²¹⁰, qui censure, à cette occasion, le renvoi à une convention entre collectivités territoriales « le soin de désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant des autres sans définir les pouvoirs et les responsabilités afférentes à cette fonction »¹²¹¹. On peut alors déduire d'une lecture combinée de ces deux décisions les bornes entre lesquelles le législateur doit se mouvoir. S'il ne doit pas annihiler la compétence propre des collectivités territoriales, il ne doit pas non plus rester à un niveau de généralité tel qu'il ne mette pas complètement en œuvre sa compétence ; la répartition des compétences entre les collectivités territoriales ne doit en effet pas dépendre d'un rapport de force politique entre structures territoriales, dans le cadre duquel les collectivités les plus importantes (géographiquement, mais également financièrement) pourraient tenter d'influer sur l'action des structures plus fragiles. La censure du chef de filat correspond ainsi à la volonté d'empêcher toute tutelle (entendue assez largement), en préservant les collectivités territoriales des conséquences négatives de la liberté qui leur est reconnue¹²¹².

L'idée exprimée explicitement dans les deux décisions relatives à la Collectivité territoriale de Corse était déjà sous-jacente dans la décision du 20 janvier 1983 relative à la fonction publique territoriale. Le texte soumis au contrôle du juge constitutionnel prévoyait en effet la création de centres de gestion des personnels territoriaux auxquels les collectivités devaient obligatoirement s'affilier. Le conseil d'administration de ces établissements était composé d'élus locaux ; ce qui devait, dans l'esprit du législateur, garantir la libre administration des collectivités territoriales concernées. Le Conseil constitutionnel vérifie que ce dispositif n'a pas annihilé la liberté des collectivités territoriales ; il s'assure donc que le législateur a respecté la compétence de ces structures. Tel est le cas en l'espèce puisqu'il considère que « les autorités territoriales se prononcent *librement* » ou bien encore que la collectivité territoriale « n'est *privée d'aucun droit* »¹²¹³. Ce contrôle de la compétence du législateur à la lumière des prérogatives des

¹²¹⁰ CC, déc. n° 94-358 DC, 26 janvier 1995 (*LOADT*), *Rec.* p. 183 ; *JORF* 1^{er} février 1995, p. 1707 ; *RJC* p. I-628 ; *RDP* 1996.23, chron. ROUSSEAU ; *D.* 1997.S.139, note MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; *D.* 1997.S.125, note OLIVA ; *D.* 1997.S.125, note PINI ; *D.* 1997.S.119, note TRÉMEAU ; *LPA* 1995.946, note MATHIEU, VERPEAUX ; *RFDC* 1995.389, note MÉLIN-SOUCRAMANIEN, PINI, TRÉMEAU.

¹²¹¹ *Ibid.*, considérant n° 57.

¹²¹² Sur les notions de chef de filat et de tutelle, et les rapports qu'elles entretiennent, v. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre II, Section I, Paragraphe 2.

¹²¹³ CC, déc. n° 83-168 DC, 20 janvier 1984 (*Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*), *Rec.* p. 38, *JORF* 21 janvier 1984, p. 368 ; *RJC* p. I-180 ; *RDP* 1984.687, observ. FAVOREU ; *RDP* 1986.395, chron. FAVOREU ; *AJDA* 1984.258, note NEMERY ; *D.* 1985.IR.359, note HAMON ; *GADD* 2^e éd., comm. n° 1. Considérant n° 5. Nous soulignons.

autorités locales constitue ainsi une illustration implicite qu'il existe, pour le juge constitutionnel, des compétences propres aux collectivités territoriales, sur lesquelles aucune autre autorité ne doit venir empiéter¹²¹⁴. Et s'il n'emploie pas l'expression de « compétence propre », c'est bien cette idée, qui est présente dans la jurisprudence dès 1983¹²¹⁵.

Ce panorama de la jurisprudence constitutionnelle laisse une impression de flou et ne permet pas, de prime abord, de donner le sens exact de cette notion de « compétence propre ». Il faut donc tenter de définir la portée et la signification de l'emploi de cette idiomie par le juge constitutionnel.

B. La notion de « compétence propre » consacre la protection de la vocation générale des collectivités territoriales

La notion de « compétence propre » n'a pas fait l'objet de nombreuses études doctrinales. En fait, un seul travail lui est véritablement consacré¹²¹⁶. L'auteur y développe une vision assez classique, reflétant les réflexions doctrinales majoritaires en France (1.).

Ce travail n'emporte toutefois pas complètement la conviction, en proposant une vision trop instrumentale des structures territoriales. Il convient au contraire d'inscrire la compétence propre des collectivités territoriales dans la logique libérale qui inspire la décentralisation française (2.).

1. LA POSITION DOCTRINALE CLASSIQUE : UNE PRÉSENTATION TROP IMPRÉCISE ET FONCTIONNELLE

Dans l'étude qu'elle consacre à la notion de « compétence propre », Laetitia JANICOT recherche le sens de son utilisation par le Conseil constitutionnel français. L'auteur part du constat liminaire selon lequel cette expression est courante dans les États fédéraux, mais son emploi beaucoup plus surprenant dans un État unitaire. Elle s'interroge donc sur l'identité des sens de l'expression dans les différents types d'États. Procédant à l'étude de la jurisprudence constitutionnelle, elle lui découvre deux types d'utilisation : en tant que « synonyme de libre administration » et comme « synonyme d'interdiction de la tutelle entre collectivités »¹²¹⁷. Lorsqu'elle est utilisée comme synonyme de la libre administration, « la notion de compétences propres est comparable à celle "d'attributions suffisamment générales et effectives", à laquelle la jurisprudence constitutionnelle fait

¹²¹⁴ Une partie de la doctrine a ainsi estimé que le juge constitutionnel imposait le respect d'« un seuil qualitatif » de l'autonomie locale au législateur. En ce sens, FAURE (B.), « Existe-t-il un "pouvoir local"... », *op. cit.*, p. 1548.

¹²¹⁵ Ainsi que le relève fort justement Laetitia JANICOT, in « Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français », *AJDA*, 2004, p. 1578.

¹²¹⁶ Notons tout de même que Jean-Marie PONTIER mentionne ce point dans son étude « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », *op. cit.*, pp. 389-390.

¹²¹⁷ JANICOT (L.), « Réflexions sur la notion de compétences propres... », *op. cit.*, respectivement pp. 1576 et 1577.

habituellement référence. [...] Elle renvoie davantage à la sauvegarde de la libre administration dans le cadre d'un État unitaire »¹²¹⁸ qu'à l'application de mécanismes constitutionnels de répartition de compétences comme c'est le cas dans les États fédéraux ou régionaux. Les sens différeraient donc largement selon le type d'État envisagé. L'étude de la notion en tant que synonyme de l'interdiction d'une tutelle entre collectivités ne conduit pas l'auteur à une conclusion relative à la place de la notion dans les différents types d'État ; elle n'en infère d'ailleurs aucune affirmation de caractère général, même quant à la place de la notion dans l'État unitaire français. Au terme de ses développements, L. JANICOT conclut que la notion de compétence propre « désigne dans tous les cas la protection des compétences des collectivités territoriales, telles qu'elles sont définies par la loi. Elle n'a donc pas la même signification que la notion de compétences propres pour les collectivités dans les États régionaux ou fédéraux »¹²¹⁹.

Bien que séduisante et argumentée, et si l'on s'accorde avec elle sur la différence de signification de cette expression selon les types d'États, la présentation de cet auteur n'emporte pas totalement la conviction, et ce pour au moins trois raisons. Elle oblige tout d'abord à donner deux sens différents à une même expression. Cela paraît discutable, ne serait-ce que du point de vue de la technique jurisprudentielle. Pourquoi le juge constitutionnel recourrait-il à un même idiome auquel il donnerait deux sens différents ? On peut penser qu'il utiliserait, dans ce cas de figure, des expressions distinctes. D'autant plus qu'une telle conception amène à une redondance de la part du Conseil constitutionnel. Quand il emploie la notion comme synonyme de libre administration, il la complète en effet par une référence explicite à ce principe¹²²⁰ ; il en fait de même, si l'on suit cette logique, en matière de tutelle. Or, dans tous les cas, le double emploi n'apparaît pas nécessaire ; d'autant moins que le Conseil constitutionnel bénéficie d'un principe de valeur constitutionnelle indiscutée. Pourquoi alors compléter ce principe d'une notion incertaine, si elle n'en est qu'un synonyme ? Le sens final que donne l'auteur à cette notion prête enfin le feu à la critique. Pourquoi le juge constitutionnel utiliserait-il une notion législative (en ce qu'elle se compose des compétences définies par la loi) pour contrôler la conformité d'une loi à la Constitution ? Cela paraît surprenant. D'autant plus que, là encore, il pourrait simplement utiliser le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. Même si on accepte le fait que la définition des compétences des collectivités territoriales constitue la mise en œuvre d'un principe constitutionnel, sa portée n'en reste pas moins trop imprécise pour être pleinement opératoire. Il faut alors tenter de la préciser.

2. LA NOTION DE « COMPÉTENCE PROPRE » TRADUIT LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DE LA CLAUSE GÉNÉRALE DE COMPÉTENCE

L'emploi de la notion de « compétence propre » dans la jurisprudence constitutionnelle

¹²¹⁸ *Ibid.*, pp. 1576-1577.

¹²¹⁹ *Ibid.*, p. 1577.

¹²²⁰ CC, déc. n° 2000-436 DC, *op. cit.*, considérant n° 12.

consacre l'existence d'attributions propres des collectivités territoriales. En cela, nous nous accordons pleinement avec Laetitia JANICOT. Il semble, en ce sens, possible de proposer un seul fondement et une seule signification à cette expression, et ce quelque soit le contexte d'utilisation par le Conseil constitutionnel. Dans tous les cas, la notion joue comme un synonyme de la « capacité générale d'action » dont jouissent les collectivités territoriales. C'est patent dans les décisions se référant à la libre administration, aussi bien en 1990 qu'en 2000 ou 2001. C'est également perceptible dans les décisions relatives à la Corse, principalement dans la décision n° 2001-454 DC, où le Conseil constitutionnel explicite la portée de la clause générale de compétence¹²²¹, avant de contrôler le mécanisme législatif de définition des compétences¹²²². Cette dernière décision est d'ailleurs celle qui donne le plus d'indication sur la signification de la notion de « compétence propre ». Le Conseil y contrôle finalement la portée de l'attribution à la Collectivité territoriale de Corse d'une clause générale de compétence et vérifie la conciliation entre elle et celles des autres collectivités territoriales¹²²³. Il semble dès lors qu'il faille voir dans la notion de « compétence propre » la transcription, dans la jurisprudence constitutionnelle, de la vocation générale des collectivités territoriales, au titre de laquelle les collectivités territoriales sont « en droit de revendiquer une discrétionnalité d'action [et] des champs d'action suffisamment larges pour imprimer une politique personnelle »¹²²⁴. Élément formel de définition du pouvoir local, la notion de « compétence propre » garantit alors bien la vocation générale des collectivités territoriales.

Comprendre la notion de « compétence propre » comme synonyme de la vocation générale des collectivités territoriales permet de plus de justifier son usage dans deux contextes différents. Elle est ainsi un élément particulier de la libre administration, que le juge constitutionnel cherche à protéger plus particulièrement (car c'est en grande partie de son effectivité que va dépendre la réalité de la libre administration des collectivités territoriales). Prérogative de chaque collectivité, la vocation générale de chacune doit être conciliée avec celle des autres, pour éviter l'existence d'une tutelle, mais dans les deux cas, il s'agit bien d'une même réalité. Accepter un tel sens traduit, qui plus est, au niveau constitutionnel, l'acceptation législative de la vocation des collectivités territoriales à gérer les affaires de leur intérêt. On y trouverait donc la transcription constitutionnelle d'une

¹²²¹ « Considérant que la [clause générale de compétence reconnue à la Collectivité territoriale de Corse], si elle ne précise pas que l'Assemblée de Corse règle, par ses délibérations, les seules affaires de la collectivité territoriale de Corse, ne peut être entendue comme ayant une autre portée ; qu'elle ne place donc pas les communes et les départements de Corse sous la tutelle d'une autre collectivité territoriale », CC, déc. n° 2001-454 DC, préc., considérant n° 7.

¹²²² CC, déc. 2001-454 DC, préc., considérants n° 28 et 29.

¹²²³ « Aucune [des attributions de la Collectivité territoriale de Corse] ne méconnaît les compétences propres des communes et des départements ou n'établit de tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre », *ibid.*, considérant n° 29.

¹²²⁴ Les deux citations sont tirées de FAURE (B.), « Existe-t-il un "pouvoir local"... », *op. cit.*, p. 1549. Ce rapprochement s'opère d'autant plus facilement que l'auteur mentionne expressément la clause générale de compétence dans la note attenante à ces développements, *ibid.* note n° 23.

donnée empirique vérifiée depuis 1789. Ce faisant, le juge constitutionnel tire les leçons de l'histoire pour donner une portée véritable au principe de libre administration. La notion de « compétence propre » des collectivités territoriales constitue *in fine* simultanément la protection de leur vocation générale et la limitation de la compétence du législateur, qui en est le corollaire.

Les fondements de cette limitation reste toutefois fragiles¹²²⁵. C'est pourquoi, une partie de la doctrine a tenté de montrer que la clause générale de compétence constituait un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Une telle qualification démontrerait que la vocation générale des collectivités territoriales s'impose au législateur et vient limiter sa compétence.

Paragraphe 2. La clause générale de compétence, principe fondamental reconnu par les lois de la République ?

L'idée selon laquelle la clause générale de compétence constituerait un principe fondamental reconnu par les lois de la République est assez répandue en doctrine. On trouve ainsi cette idée dans les travaux de Jean BÉNOIT¹²²⁶, ainsi que, sous une forme un peu différente, dans une note de jurisprudence d'Yves WEBER¹²²⁷, dont la position est prolongée par Marie-Christine ROUAULT¹²²⁸; elle figure également sous la plume de Christian AUTEXIER dans son article consacré à « l'ancrage constitutionnel des collectivités de la République »¹²²⁹. Si Jean BÉNOIT se réfère explicitement à la clause générale de compétence, les trois autres auteurs aspirent à la consécration du principe de libre administration des collectivités territoriales, en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République. Y. WEBER estime ainsi que ce principe pourrait « relever des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (loi du 10 août 1871 pour les départements et loi du 5 avril 1884 pour les communes dans le bloc constitutionnel) »¹²³⁰. La référence à la loi du 5 avril 1884 implique toutefois un renvoi implicite à son article 61, seul élément susceptible de soutenir une conception libérale de la décentralisation dans ce texte. Cet auteur établit bien dès lors un lien entre la qualification en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République et la vocation générale des collectivités territoriales, fondement de la liberté locale d'administration. On retrouve d'ailleurs une référence identique tant chez C. AUTEXIER¹²³¹ que chez M.-C. ROUAULT¹²³². Ces auteurs ne développent toutefois pas vraiment

¹²²⁵ Il faut non seulement que le juge constitutionnel soit saisi du texte mais également qu'il censure la disposition inconstitutionnelle sur le fondement de cette notion ; conjonction de facteurs qui ne s'est jamais produite.

¹²²⁶ BÉNOIT (J.), *Théorie juridique de la décentralisation...*, *op. cit.*, p. 135.

¹²²⁷ WEBER (Y.), « Note sous CE, Sect., 7 octobre 1977, *Commune de Tomblaine* », *AJDA*, 1978, pp. 153-157.

¹²²⁸ ROUAULT (M.-C.), *L'intérêt communal*, *op. cit.*, p. 150.

¹²²⁹ AUTEXIER (C.), « L'ancrage constitutionnel ... », *op. cit.*, pp. 581-620.

¹²³⁰ WEBER (Y.), « Note sous CE, Sect., 7 octobre 1977, *Commune de Tomblaine* », *op. cit.*, p. 155.

leur démonstration¹²³³ et l'on peut voir dans leurs positions davantage une pétition de principe que le résultat d'une démarche démonstrative. De ce point de vue, il n'y a d'ailleurs qu'une certitude : le Conseil constitutionnel n'a jamais consacré explicitement la clause générale de compétence, à l'exception de la notion de « compétence propre ». Aussi ne l'a-t-il jamais qualifiée expressément de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Cela n'empêche toutefois pas la réflexion doctrinale de s'avancer dans cette direction, afin de voir si la position du juge constitutionnel pourrait évoluer.

Afin de proposer une analyse structurée, il faut dans un premier temps déterminer quels sont les éléments constitutifs d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République **(A.)**.

Ce faisceau d'indices servira alors à analyser la clause générale de compétence **(B.)**.

A. Les éléments de définition des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République figurent dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Il s'agit d'une formule de compromis entre les tenants d'une constitutionnalisation implicite de la liberté d'enseignement et ceux qui envisageaient une formulation explicite, ayant valeur d'hommage à l'œuvre du législateur de la III^e République. Elle résulte d'un amendement du MRP présenté par Maurice GUÉRIN¹²³⁴, qui visait à « consacrer tous les textes qui avaient œuvré dans le sens des libertés entre 1789 et 1946 »¹²³⁵ et permettre un approfondissement de ces droits et libertés. Il faut alors entendre cette formule « comme un pont entre 1789 et 1946 »¹²³⁶. Adoptée comme un hommage au législateur de la III^e République, la notion n'en est pas moins marquée par une forte indétermination, notamment de son contenu. On n'y voit pendant longtemps qu'une variante des principes à valeur constitutionnelle, dont on ne mesure pas véritablement la spécificité.

L'identification des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République est avant tout jurisprudentielle puisque c'est le Conseil constitutionnel qui a « découvert » (au sens de « donner signification et contenu ») ces principes. La première affirmation

¹²³¹ AUTEXIER (C.), « L'ancrage constitutionnel... », *op. cit.*, p. 615.

¹²³² ROUAULT (M.-C.), *L'intérêt communal, op. cit.*, p. 151.

¹²³³ Marie-Christine ROUAULT renvoie à l'importance « unanimement reconnue » de la loi du 5 avril 1884, au fait que la clause générale de compétence n'ait jamais été supprimée et au caractère fondamental de la liberté d'administration, sans, toutefois, étayer ces assertions par de véritables renvois à l'état du droit positif, *ibid.*, p. 152.

¹²³⁴ Séance du 27 août 1946, *JORF Assemblée nationale constituante débats*, 28 août 1946, p. 3363.

¹²³⁵ VERPEAUX (M.), « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois de la République », *LPA*, 14 juillet 1993, n° 84, p. 10.

¹²³⁶ VEDEL (G.), « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », *Droit social*, 1947, p. 21.

remonte à la décision du 16 juillet 1971¹²³⁷, dans laquelle le juge constitutionnel qualifie la liberté d'association issue de la loi du 1^{er} juillet 1901¹²³⁸, de principe fondamental reconnu par les lois de la République et censure les modifications envisagées par le législateur. Depuis lors, le Conseil constitutionnel a découvert neuf autres principes fondamentaux reconnus par les lois de la République¹²³⁹, auxquels vient s'ajouter la décision *KONÉ* du Conseil d'État¹²⁴⁰. L'ensemble de ces décisions apporte quelques précisions sur ce qu'il faut entendre par principe fondamental reconnu par les lois de la République. Il est d'ailleurs possible de décomposer cette notion de manière à la détailler graduellement. Trois éléments d'interrogations apparaissent alors : « quels principes ? quelles lois ? et quelle République ? »¹²⁴¹.

Il semble que l'idiome République renvoie, contrairement à ce que soutenait Jean RIVÉRO dans son commentaire de la décision du 16 juillet 1971¹²⁴², non seulement à la III^e République, mais également aux deux premières expériences républicaines. Il paraît en revanche logique d'exclure les IV^e et V^e Républiques, car il est impossible de consacrer des principes que le Constituant de 1946 ne pouvait connaître. Le Conseil

¹²³⁷ CC, déc. n° 71-44 DC, 16 juillet 1971 (*Liberté d'association*), *Rec.* p. 29 ; *RJC*, p. I-24 ; *JORF* 18 juillet 1971, p. 7114 ; *GDCC*, 10^e éd., comm. n° 19 ; *JCP* 1971.II.16832 ; *RDP* 1971.1171, note ROBERT ; *AJDA* 1971.537, note RIVÉRO ; *D.* 1974.I.83, chron. HAMON.

¹²³⁸ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, *JORF*, 2 juillet 1901, p. 4025.

¹²³⁹ Outre la liberté d'association, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sont le respect des droits de la défense (déc. n° 76-70 DC, 2 décembre 1976), la liberté individuelle (déc. n° 76-75 DC, 12 janvier 1977), la liberté de l'enseignement et la liberté de conscience (déc. n° 77-87 DC, 23 novembre 1977), l'indépendance de la juridiction administrative (déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980), l'indépendance des professeurs d'université (déc. n° 83-165 DC, 20 janvier 1984), la compétence exclusive de la juridiction administrative en matière d'annulation des actes administratifs (déc. n° 86-224 DC, 23 janvier 1987), les attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière (déc. n° 89-256 DC, 25 juillet 1989) et le régime pénal particulier appliqué aux mineurs (déc. n° 2002-461 DC, 29 août 2002).

¹²⁴⁰ Le Conseil d'État a reconnu comme principe fondamental reconnu par les lois de la République l'interdiction de l'extradition lorsqu'il résulte des circonstances qu'elle est demandée dans un but politique ; CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné, Leb.* p. 255 ; *RFDA* 1996.870 et *RTDH* 1997.747, concl. DELARUE ; *RFDA* 1996.882, notes FAVOREU, GAÏA, LABAYLE, P. DELVOLVÉ ; *AJDA* 1996.722, chron. CHAUVAUX, GIRARDOT ; *D.* 1996.509, note JULIEN-LAFERRIÈRE ; *RDP* 1996.1751, note BRAUD ; *JCP* 1996.II.22720, note PRÉTOT ; *RGDIP* 1997.237, note ALLAND ; *Rev. Belge de dr. const.* 1997.123, note LARSONNIER ; *LPA* 27 déc. 1996, note GUIHEUX ; *LPA* 20 déc. 1997, note PÉLISSIER ; *RTDH* 1997.762, note PIÉRUCCI ; *GAJA* 14^e éd, comm. n° 105.

¹²⁴¹ RIVÉRO (J.), « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.*, 1972, chron., XLI, p. 266. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS ajoute deux questions à ce triptyque : « quel caractère fondamental ?, quel mode de reconnaissance ? ». CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Paris, Economica – P.U.A.M., « Droit public positif », 2001 (Préface de Michel TROPER), p. 69.

¹²⁴² « On admet volontiers que, pour l'essentiel, l'œuvre législative que les constituants ont eue en vue est celle qui commence en 1880 », *ibid.*, p. 267.

constitutionnel est d'ailleurs allé dans ce sens dans la décision du 20 juillet 1988¹²⁴³, en se référant uniquement à la législation antérieure à 1946. Concernant les régimes antérieurs à 1946, il semble difficile d'y voir une simple référence à l'œuvre de la III^e République, en excluant les I^{ère} et II^e Républiques. L'utilisation d'un singulier renvoie en effet à *la* République dans son ensemble, et non à un régime particulier¹²⁴⁴. Il faut donc retenir les trois premières Républiques, même si la III^e y occupe une place de choix. Les lois concernées sont les textes adoptés par le peuple ou le Parlement¹²⁴⁵. Il n'est pas nécessaire que le principe figure dans plusieurs lois ; le Conseil constitutionnel a ainsi admis, dans la décision du 20 juillet 1988, qu'une seule loi suffisait pour permettre la reconnaissance d'un principe, mais elle ne doit souffrir d'aucune exception¹²⁴⁶. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République doivent donc présenter une mise en œuvre législative sans discontinuité, ni contradiction. La détermination du caractère « fondamental » des principes consacrés soulève enfin une autre difficulté. S'il apparaît clairement que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ne recouvrent pas les principes fondamentaux figurant à l'article 34 de la Constitution, il est néanmoins difficile de distinguer ce qui est fondamental, de ce qui ne l'est pas. On peut toutefois apporter certaines précisions, en se référant à la position de Jean RIVÉRO. Cet auteur établit une discrimination *ratione materiae*, estimant que « seules sont en cause les lois qui se rattachent aux "droits et libertés consacrés dans la Déclaration de 1789" »¹²⁴⁷. MM. MATHIEU et VERPEAUX confirment cette interprétation ; les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République expriment selon eux « la volonté du constituant de 1946 de se rattacher à un passé en matière de droits de l'homme et de libertés »¹²⁴⁸. Si cette filiation fournit un premier aperçu, les conditions jurisprudentielles posées par le Conseil constitutionnel complètent

¹²⁴³ CC, déc. n° 88-244 DC, 20 juillet 1988 (*Loi portant amnistie*), *Rec.* p. 119 ; *RJC* p. I-334 ; *JORF* 21 juillet 1988, p. 9448 ; *RDP* 1989.399, chron. FAVOREU ; *AJJC* 1988.405, note GENEVOIS ; *Droit social*1988.755, PRÉTOT ; *JCP* 1989.II.21202, note PAILLET ; *Pouvoirs* 1989(48).180, chron. AVRIL, GICQUEL ; *D.* 1989.Jur.269, note VERPEAUX ; *AJDA* 1988.752, note WACHSMANN.

¹²⁴⁴ En ce sens, LUCHAIRE (F.), *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, Economica, 1987, p. 32 et FAVOREU (L.), « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (Sous la direction), *La République en droit français*, Paris, Economica, « Droit public positif », 1996, pp. 234-235.

¹²⁴⁵ Selon la définition de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, comme le relève Charlotte DENIZEAU, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 54.

¹²⁴⁶ « Considérant que, si dans leur très grande majorité les textes pris en matière d'amnistie dans la législation républicaine intervenue avant l'entrée en vigueur du préambule de la Constitution de 1946 ne comportent pas de dispositions concernant, en dehors des incriminations pénales dont ils ont pu être l'occasion, les rapports nés de contrats de travail de droit privé, il n'en demeure pas moins que *la loi d'amnistie du 12 juillet 1937 s'est écartée de cette tradition* ; que, dès lors, la tradition invoquée par les auteurs de la saisine ne saurait, en tout état de cause, être regardée comme ayant engendré un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de l'alinéa premier du préambule de la Constitution de 1946 » ; CC, déc. 88-244 DC, préc., considérant n° 12. Nous soulignons.

¹²⁴⁷ RIVÉRO (J.), « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République"... », *op. cit.*, p. 267.

cette grille de lecture. Outre la condition de continuité d'application du principe en cause, sont érigées en principe fondamental reconnu par les lois de la République uniquement les dispositions nécessaires et non l'ensemble de la loi, le législateur pouvant donc modifier les parties de la loi non érigées en principe fondamental. Malgré la décision du 20 juillet 1988, force est de constater que les conditions encadrant la découverte des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ne sont toutefois pas suffisamment contraignantes « pour savoir à l'avance ce qui peut mériter cette qualification : le Conseil reste largement maître de la découverte et du contenu de cet élément du bloc de constitutionnalité »¹²⁴⁹.

« Le principe fondamental reconnu par les lois de la République apparaît ainsi comme un principe essentiel, posé par le législateur républicain, touchant à l'exercice des droits et libertés et qui a reçu application avec une constance suffisante dans les législations antérieures à la Constitution de 1946 »¹²⁵⁰. Sa fonction au sein du bloc de constitutionnalité est d'assurer « l'ossature constitutionnelle de la continuité républicaine. [...] Les références constantes à la "tradition républicaine", à la "législation républicaine" ou à "la légalité républicaine", aux "valeurs républicaines", à l'"héritage républicain", montrent que la continuité constitutionnelle depuis 1789 s'articule autour de cet axe qu'est la République, et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République donnent un contenu juridique à cette tendance »¹²⁵¹, comblant ainsi effectivement le vide qui sépare 1792 à 1946¹²⁵².

Nous disposons à présent d'une grille de lecture, à laquelle confronter la notion de clause générale de compétence, afin de déterminer si sa qualification en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République est envisageable ou si elle restera une simple affirmation doctrinale.

B. La qualification de la clause générale de compétence comme principe fondamental reconnu par les lois de la République s'avère problématique

Il paraît impossible, à la vue de la législation, d'analyser la notion de clause générale de

¹²⁴⁸ MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., « Manuel », 2002, p. 267.

¹²⁴⁹ ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2001 (Préface de Georges VEDEL), 6^e éd. (1^{ère} éd. 1990), p. 107.

¹²⁵⁰ GENEVOIS (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, Paris, Éd. Sciences et Techniques Humaines, 1988, p. 200.

¹²⁵¹ FAVOREU (L.), « Les principes fondamentaux reconnus... », *op. cit.*, p. 239.

¹²⁵² Jean RIVÉRO posait cette question dès 1972, lorsqu'il écrit : « n'y a-t-il pas en France une continuité républicaine qui, par le relais de 1848 unit 1792 et 1875 ? Et dans ce cas les lois de la République ne sont-elles pas aussi celles de la Première, s'il en reste en vigueur, et celles de la Seconde ? », RIVÉRO (J.), « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République"... », *op. cit.*, p. 267.

compétence de manière globale ; celle-ci a en effet connu des évolutions diverses, en fonction des différentes catégories de collectivités territoriales. Reproduisant les grandes tendances de l'évolution de la législation, il faut alors distinguer les communes d'un côté et les départements et régions de l'autre.

La clause générale des communes satisfait à l'ensemble des critères de définition du principe fondamental reconnu par les lois de la République (1.) alors que ce n'est pas le cas pour celle des départements et régions (2.).

1. LA CLAUSE GÉNÉRALE DE COMPÉTENCE DES COMMUNES SATISFAIT À TOUS LES CRITÈRES DE DÉFINITION DES PRINCIPES FONDAMENTAUX RECONNUS PAR LES LOIS DE LA RÉPUBLIQUE

La clause générale de compétence des communes apparaît dans l'article 61 de la loi du 5 avril 1884 ; elle est donc l'œuvre du législateur de la III^e République, qui s'inspire alors de la théorie du pouvoir municipal développée par le Constituant révolutionnaire. Plongeant ses racines au creuset de l'idéologie républicaine, la vocation générale des communes n'a d'ailleurs jamais été niée entre 1789 et 1884¹²⁵³. Plus que la continuité républicaine, la vocation générale des communes est ainsi portée par la continuité libérale du XIX^e siècle et traverse les régimes, ce qui est gage de sa permanence. La consécration de 1884 présente toutefois la particularité de juridiciser explicitement, à travers une disposition légale, ce qui n'était que le résultat de la pratique et d'une conception politique. La « grande Charte des communes » s'inscrit, en ce sens, dans la lignée des grandes lois républicaines. L'application de son article 61 est, depuis lors, constante et ne connaît ni variation, ni infirmation. Bien plus, la clause générale de compétence a été réaffirmée dans les lois de 1982 et 1983. Elle est donc d'application constante jusqu'à aujourd'hui. Elle satisfait dès lors aux premiers critères posés par le juge constitutionnel.

Il reste encore à mesurer son degré d'importance afin d'estimer si elle est fondamentale ou pas. Si la détermination de ce critère est celle qui souffre le plus du risque de subjectivité, les développements précédents ont bien montré que le respect de la vocation générale des communes est un élément essentiel de leur liberté d'administration. Il est parallèlement apparu à quel point cet élément était fragile, faute d'une véritable protection contre les empiètements du législateur. Le juge constitutionnel a d'ailleurs admis ce fait à travers l'emploi de la notion de compétence propre ; mais les fondements de cette notion restent flous et sa portée sujette à la stricte appréciation du gardien de la Constitution. Rien ne semble ainsi s'opposer à la consécration de la vocation générale des communes, à travers la clause générale de compétence, en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République. Bien plus, une telle consécration devrait apporter une plus grande sécurité aux communes, en protégeant leur vocation générale. Cela clarifierait ensuite les fondements de la jurisprudence constitutionnelle, en explicitant l'origine de la notion de « compétence propre ». Les droits dont jouissent les communes seraient ainsi mieux affirmés. L'apport d'une telle

¹²⁵³ À l'exception de la période napoléonienne, à partir de la loi du 28 pluviôse An VIII et jusqu'à la Monarchie de Juillet. Il s'agit toutefois d'un régime autoritaire, porté par définition à l'anéantissement des libertés. Cette parenthèse ne signifie donc pas une véritable infirmation de notre assertion.

reconnaissance par rapport à la simple affirmation du principe de libre administration des collectivités territoriales est enfin réel. La qualification en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République de la clause générale de compétence permettrait en effet de renforcer le contenu de ce principe ; une telle qualification serait, en cela, un élément objectif de détail, qui permettrait de mieux mesurer leur portée respective. On peut d'ailleurs penser que l'approfondissement de la décentralisation française passe par des étapes de précision des notions juridiques, dont la reconnaissance de la clause générale de compétence des communes en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République serait un moment important.

La mise en évidence des éléments de qualification ne soulève, pour les communes, guère ni de difficultés, ni de doutes quant à sa faisabilité, si le juge constitutionnel le voulait. Le cas des départements et des régions prête, en revanche, beaucoup plus à la discussion.

2. LA CONSÉCRATION DE LA CLAUSE GÉNÉRALE DE COMPÉTENCE DES DÉPARTEMENTS ET RÉGIONS EST PLUS PROBLÉMATIQUE

Il existe un obstacle à la qualification en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République de la clause générale de compétence des collectivités territoriales intermédiaires : aucune législation des trois premiers régimes républicains ne vient servir de support à cette entreprise. Les régions, en tant que collectivité territoriale, ont en effet été créées par la loi du 2 mars 1982 ; elles demeurent donc inconnues des régimes antérieurs. De leur côté, si les départements ont été créés en 1789, la loi républicaine fondatrice qui leur est relative est celle du 10 août 1871. Or, ce texte ne comporte aucune disposition énonçant une clause générale de compétence, mais attribue un ensemble de matières aux conseils généraux. On peut toutefois remarquer que la capacité du conseil général à gérer les matières qui relèvent de son intérêt est tolérée *de facto* dès avant et durant la III^e République¹²⁵⁴. Aucune disposition normative ne confirme toutefois ce fait en droit et la législation d'attribution perdure et prime jusqu'à la loi du 2 mars 1982. Une éventuelle qualification en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République paraît donc impossible. Différents éléments plaident pourtant en sa faveur.

La clause générale de compétence des départements et régions correspond à une généralisation du modèle communal, qui sert alors de creuset à la notion, plus large, de collectivité territoriale. L'origine de la clause générale de compétence de l'ensemble des collectivités territoriales, incluant nécessairement les collectivités intermédiaires, se trouve ainsi dans la loi du 5 avril 1884 ; il s'agit donc de l'extension d'un principe affirmé sous la III^e République et qui répond aux différents critères permettant de définir un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Elle constitue de plus à tous les niveaux un élément fondamental de la libre administration des départements et des régions (qualité qui a d'ailleurs justifié son extension à toutes les catégories de collectivités territoriales). Tout comme pour les communes, la vocation générale, exprimée par la clause de compétence générale, constitue le moyen et la fin de la liberté d'administration reconnue aux départements et régions. On peut donc la qualifier

¹²⁵⁴ V. nos développements précédents.

d'élément fondamental, qu'il conviendrait de voir mieux protégé par le juge constitutionnel. En ce sens, une consécration en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République serait positive.

La rigueur et la parcimonie avec laquelle le juge constitutionnel reconnaît ces principes laissent toutefois penser que la vocation générale des départements et des régions ne pourra pas être qualifiée de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Ce constat d'échec amène à relativiser les conclusions relatives aux communes. On imagine mal en effet le Conseil constitutionnel consacrer un élément commun à la libre administration de l'ensemble des collectivités territoriales pour la simple catégorie communale¹²⁵⁵. À défaut d'argument décisif, la reconnaissance constitutionnelle de la vocation générale des collectivités territoriales passe sans doute par une autre qualification.

Cette conclusion négative constitue une limite à la vocation générale des collectivités territoriales. Celle-ci est certes protégée, à travers la notion de « compétence propre », mais les fondements et la portée d'une telle protection restent très fragiles. En l'état actuel du droit positif, le législateur peut porter atteinte à la vocation générale des collectivités territoriales, dans une limite indéterminée que seul le juge constitutionnel peut fixer. Et on peut remarquer qu'il n'a jamais sanctionné le législateur pour atteinte à la notion de compétence propre des collectivités territoriales. Celle-ci est donc largement flexible et limitée. Ce premier tempérament à la vocation générale des collectivités territoriales, de nature formelle, amène naturellement à envisager les autres. Ils sont principalement d'ordre matériel, les collectivités territoriales ne pouvant que difficilement sortir d'une administrativité, pourtant difficilement définissable, ainsi que le révèle l'étude de la jurisprudence administrative. On retrouve, encore une fois à l'œuvre, l'opposition entre les logiques fonctionnelle et libérale.

Section II. La clause générale de compétence dans la jurisprudence administrative, une garantie oscillant entre compréhension des motifs et rigueur matérielle

La mise en œuvre de la clause générale de compétence connaît deux types principaux de limites, qui jouent différemment selon les matières et la dimension de la collectivité en jeu. Il revient ainsi au juge administratif, gardien de la loi et protecteur des libertés, en l'occurrence, locales, de déterminer la marge de manœuvre dont jouissent les structures territoriales. La confrontation de la clause générale de compétence avec les critères de définition de la notion de collectivités territoriales, d'une part, et la matière de la délibération, d'autre part, sont deux moyens de révéler les frontières concrètes de la clause générale, et partant de la généralité de la compétence locale.

Dans un premier temps, l'analyse du caractère général de la compétence des

¹²⁵⁵ Sauf à imaginer le cas particulier d'une saisine relative à la mise en cause de la clause générale de compétence communale dans le cadre de la promotion de la coopération intercommunale. Dans ce cas, le juge constitutionnel pourrait être amené à défendre la compétence générale des communes, en la consacrant en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République. Mais en dehors de cette hypothèse très circonscrite, la conclusion initiale semble ne connaître aucun tempérament.

collectivités territoriales à l'aune des critères constitutifs de cette notion (territoire et population) confirme la conception essentiellement libérale du pouvoir local développée par le juge administratif (**Paragraphe 1.**).

Dans un second temps, l'analyse du cantonnement matériel des délibérations locales au champ administratif confirme le caractère second du pouvoir des collectivités territoriales (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. Le juge administratif adopte une conception libérale de la clause générale de compétence reposant sur les éléments constitutifs de la collectivité territoriale

La clause générale de compétence permet à une population, territorialement circonscrite, de gérer les affaires relevant de son intérêt. Les deux éléments classiques de définition de la collectivité territoriale entrent ainsi en jeu dans le fondement et l'exercice de cette clause ; ces deux critères en influencent donc la signification. Ils composent également des bornes permettant d'apprécier la portée de l'autonomie reconnue aux collectivités territoriales. Au regard de la clause générale de compétence, le territoire constitue une limite aménageable de l'intervention publique locale (**A.**).

La population quant à elle justifie parfois une compréhension large de la vocation générale des collectivités territoriales (**B.**).

A. Le territoire ne constitue pas une limite stricte à la vocation générale de la collectivité territoriale

Le droit public français est caractérisé par le principe de la territorialité¹²⁵⁶. Celui-ci signifie que les compétences d'une collectivité territoriale ne valent que sur l'étendue de son territoire, chacune étant compétente « chez elle ». On perçoit toutefois rapidement ce que ce principe a de rigide et les blocages qui peuvent en découler. Il n'y a pas en effet nécessairement adéquation parfaite entre le territoire local et l'intérêt local ; on peut facilement imaginer que l'intérêt d'une collectivité implique d'intervenir en dehors de son territoire¹²⁵⁷. C'est pourquoi le juge administratif a procédé à des aménagements, afin de ne pas entraver le principe de bonne administration. Il faut, pour étudier ces aménagements, distinguer les modalités de l'action locale en France et à l'étranger¹²⁵⁸.

En France, l'aménagement du principe de territorialité oblige à concilier les intérêts de collectivités territoriales infraétatiques. En un sens, cela équivaut à chercher une solution, de type horizontal, à un conflit entre intérêts de niveau équivalent. Dans ce

¹²⁵⁶ « Le territoire est l'élément essentiel de l'identification des collectivités locales. Ce qui définit celles-ci de manière prépondérante, c'est le fait qu'elles gèrent les problèmes administratifs propres à une circonscription administrative dont elles ont la responsabilité. [...] Cela n'en est pas moins la première de leur caractéristique », AUBY (J.-B.), AUBY (J.-F.), NOGUELLOU (R.), *Droit des collectivités locales, op. cit.*, p. 39.

¹²⁵⁷ Il peut ainsi être de l'intérêt d'une commune urbaine d'organiser des « classes vertes » pour les enfants de ses écoles. Pour ce faire, la propriété d'un centre d'accueil sur un territoire rural, extérieur à la commune, paraît s'imposer. L'intérêt de la population dépasse ainsi le cadre exigu du territoire communal.

cadre, le juge administratif fait primer la nécessité de l'action publique sur un respect strict des limites territoriales d'intervention (1.).

Dans le cadre des actions locales en liaison avec l'étranger, le juge administratif est amené à confronter l'intérêt local avec l'intérêt de l'État. Dans ce conflit vertical d'intérêts, l'initiative des collectivités territoriales doit non seulement être compatible avec la position internationale de l'État, mais également répondre à une exigence d'intérêt local. Celui-ci est alors entendu de façon restrictive ; le respect de la frontière nationale prime ici les velléités de l'action publique locale (2.).

1. L'INTÉRÊT LOCAL JUSTIFIE, SOUS CERTAINES CONDITIONS, UNE ACTION EXTRATERRITORIALE D'UNE COLLECTIVITÉ TERRITORIALE : LA NÉCESSITÉ DE L'ACTION PUBLIQUE PRIME LA TERRITORIALITÉ

En France, le territoire constitue une limite normale à la vocation générale des collectivités territoriales : la dimension géographique entre en compte dans la définition des affaires relevant de l'intérêt de la collectivité. Le juge administratif a ainsi censuré la subvention accordée par le département de l'Oise à la commune de Colombey-les-Deux-Églises (Haute-Marne), qui n'est pas située sur son territoire, pour sa rénovation, en l'absence de lien particulier entre ces deux collectivités ¹²⁵⁹. Le juge administratif procède toutefois à l'aménagement du principe de la territorialité de l'intervention publique, quand une bonne administration l'exige. Ce faisant, il marque bien le fait que la vocation générale des collectivités territoriales, si elle est limitée par le cadre territorial de la collectivité, peut également le dépasser.

La décision de principe en cette matière a été rendue par la Section du contentieux du Conseil d'État, le 6 mars 1981. En l'espèce, la commune de Dijon entend mener à bien le bouclage de ce qui est alors son boulevard périphérique. Pour ce faire, elle est amenée à prévoir un tracé, empiétant sur le territoire de la commune voisine de Talant. Saisi en appel de la légalité de la déclaration d'utilité publique émise par la commune de Dijon pour ce tronçon, il appartenait au Conseil d'État de déterminer si une commune peut légalement créer une voie communale sur le territoire d'une autre commune. Le juge du Palais Royal considère alors « qu'aucune disposition de loi ou règlement ne fait obstacle à ce que la création d'une voie publique par une commune sur le territoire d'une autre commune soit déclarée d'utilité publique, même sans l'accord de cette dernière commune » ¹²⁶⁰. Le Conseil pose ensuite une condition à cette possibilité, en estimant « que la commune expropriante ne peut trouver sur son propre territoire des terrains présentant la même aptitude à recevoir l'ouvrage » ¹²⁶¹. La position du juge administratif

¹²⁵⁸ Il ne s'agit nullement, ici, d'épuiser ou de renouveler ce thème, mais plus modestement d'éclairer les équilibres à l'œuvre dans le cadre de la mise en œuvre de la clause générale de compétence, et notamment d'envisager dans quelle mesure la dimension territoriale vient s'articuler avec la dimension démographique, selon la problématique qui est la notre depuis le début de ce travail. Pour une présentation générale, v. NOIZET (C.), *La coopération décentralisée et le développement local. Les instruments juridiques de coopération*, Paris, L'Harmattan, « Administration et Aménagement du territoire », 2003, 344 p.

¹²⁵⁹ CE, 11 juin 1997, *Département de l'Oise, Leb.* p. 236 ; *RFDA* 1997.948, concl. TOUVET ; *DA* 1997, n° 313, obs. L. T. ; *JCP* 1997.IV.2127 ; *Revue du Trésor* 1997.782 ; *GADD* 2^e éd., comm. n° 4.

prend ainsi en compte les cas où l'intérêt communal se manifeste en dehors du territoire communal, car, ainsi que le constate son commissaire du gouvernement M. LABETOULLE, « dans beaucoup de cas, la nature des choses fait qu'une commune ne peut matériellement mettre en place sur son territoire un équipement qui correspond pourtant à un réel besoin de ses habitants »¹²⁶². Cette position confirme les principes qu'appliquait déjà le juge administratif pour un certain nombre d'infrastructures¹²⁶³. Pour des opérations administratives entrant dans le cadre des compétences de la collectivité territoriale, l'intérêt local n'est donc pas nécessairement borné à la superficie territoriale de la collectivité.

La position du juge administratif soulève toutefois une question, relative à la conciliation des intérêts divergents de deux collectivités territoriales. Dans la décision de 1981, la commune de Talant s'oppose à la fois à la déclaration d'utilité publique et à la construction sur son territoire du tronçon du boulevard périphérique dijonnais. Or, une conception stricte de la territorialité et de l'autonomie locale signifierait que face au refus de la commune d'accueil, l'opération s'arrête. Pourtant, telle n'est pas la solution adoptée par le juge administratif. MM. TOUVET, FERSTENBERT et CORNET, s'ils constatent ce fait dans leur commentaire de la décision, n'en proposent pas d'explication¹²⁶⁴, pas plus que les autres auteurs d'ailleurs. La position adoptée par le juge administratif paraît pourtant contraire à une conception stricte de la liberté d'administration des collectivités territoriales. Dans cette perspective, une collectivité territoriale ne peut en effet imposer sa volonté à une autre ; elle ne peut de plus passer outre son refus. La liberté d'administration est ainsi une garantie que la collectivité territoriale ne peut rien se voir imposer, sauf par le législateur. Dans ce cas, ce principe est réduit puisqu'une collectivité territoriale peut agir sur le territoire d'une autre sans son consentement. Une explication à cette entorse aux garanties nées du principe de libre administration des collectivités territoriales réside sans doute dans le fait que cette liberté est une liberté *finalisée*. Elle doit dès lors être liée avec la notion de bonne administration, que le juge prend en compte dans son travail. Aussi, la confrontation entre deux titulaires de la libre administration se résout-elle au profit de celui qui met en œuvre une mesure plutôt qu'en faveur de l'acteur

¹²⁶⁰ CE, Sect., 6 mars 1981, *Association de défense des habitants du quartier de chèvre-morte*, *Leb.* p. 125 ; RA 1981.600, concl. LABETOULLE ; AJDA 1981.250, chron. FEFFER, PINAULT ; RDP 1981.1695, note AUBY ; GADD 2^e éd., comm. n° 54.

¹²⁶¹ *Ibid.*

¹²⁶² LABETOULLE (D.), « Conclusion sur CE, Sect., 6 mars 1981, *Association de défense des habitants du quartier de chèvre-morte* », RA, 1981, p. 601.

¹²⁶³ À titre d'exemple pour des équipements sportifs, CE, 17 mai 1968, *Delage*, *Leb.* p. 314 ; pour un aérodrome, CE, 6 juillet 1977, REZEAU, req. n° 00267 ; pour un cimetière, CE, 27 octobre 1948, *Commune de Livry-Gargan*, *Leb.* p. 391, CE, 28 juin 1950, *Commune de Choignet*, *Leb.* p. 392.

¹²⁶⁴ Les auteurs abordent ce point en constatant simplement que « le consentement de la commune d'accueil n'est pas toujours nécessaire », TOUVET (L.), FERSTENBERT (J.), CORNET (C.), *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*, Paris, Dalloz, « Grands arrêts », 2001, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1999), p. 379, comm. n° 54, § 4.

inerte, la bonne administration exigeant en effet que l'action administrative ne soit pas entravée. Ce facteur est sans doute le plus pertinent pour expliquer la position du juge administratif et justifier que l'on passe outre le refus d'une collectivité.

La question de la territorialité de l'action publique en France est ainsi une frontière fluctuante de la compétence générale des collectivités territoriales : positivement, elle peut être dépassée pour mener à bien une action ; négativement, une collectivité peut se voir imposer une action sur son territoire¹²⁶⁵. Ces fluctuations confirment que l'autonomie dont jouissent les collectivités territoriales n'en fait pas des entités souveraines, au contraire de l'État. Elles sont bien des structures intégrées dans un ensemble plus vaste, auquel elles participent. La limite de la vocation générale des collectivités territoriales liée à la souveraineté de l'État réapparaît par ailleurs lors des interventions des collectivités territoriales à l'étranger.

2. L'INTÉRÊT NATIONAL LIMITE FORTEMENT LES EXCEPTIONS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES AU PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ : LA FRONTIÈRE NATIONALE PRIME L'ACTION PUBLIQUE LOCALE

Les collectivités territoriales passent également outre leurs limites territoriales dans le cadre de la coopération décentralisée¹²⁶⁶. L'intervention des collectivités territoriales à l'étranger a longtemps posé problème. Elle se développe principalement à partir des années soixante-dix, tant dans sa forme transfrontalière que dans son volet coopération Nord-Sud¹²⁶⁷ ; ces actions foisonnent alors sans véritable fondement juridique. En 1982, l'article 65 de la loi du 2 mars reconnaît « une situation privilégiée aux régions en la matière en prévoyant qu'elles pouvaient décider, avec l'autorisation du gouvernement, d'organiser, à des fins de concertation et dans le cadre de la coopération transfrontalière, des contacts réguliers avec des collectivités étrangères ayant une frontière commune avec elle »¹²⁶⁸. Il s'agit d'un cadre extrêmement réduit et déséquilibré en faveur des régions, que les lois du 6 février 1992 et du 4 février 1995¹²⁶⁹ ont modifié. Ces deux

¹²⁶⁵ De ce point de vue, le principe de la territorialité de l'action publique connaît deux entorses : la commune agissante met en œuvre son action en dehors de son territoire ; la commune d'accueil voit sa base territoriale d'action violée par l'intervention de la première.

¹²⁶⁶ Nous ne traitons ici que du droit commun de la coopération décentralisée, laissant volontairement de côté le cas des départements et régions d'outre-mer à qui il est reconnu la possibilité de conclure des accords avec des États étrangers dans des conditions préalablement fixées par l'État. V. respectivement pour les départements et les régions, les articles L. 3441-3 et L. 4433-4-2 du *Code général des collectivités territoriales*.

¹²⁶⁷ Pour une présentation récente du phénomène, v. LAZARE (F.), « Le jumelage se diversifie dans les opérations humanitaires », *Le Monde*, 21 mai 2005, p. 11. À titre d'exemple particulier, v. GUYOTAT (R.), « La ville d'Orléans finance des micro-entreprises au Bénin », *Le Monde*, 11 octobre 2005, p. 12.

¹²⁶⁸ LE MESTRE (R.), *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 231, § 440.

¹²⁶⁹ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 relative à l'aménagement, à l'organisation et au développement du territoire, *JORF*, 5 février 1995, p. 1975.

textes autorisent les collectivités territoriales et leurs groupements à prendre part à des actions de coopération décentralisée. « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent [ainsi] conclure des conventions avec des collectivités territoriales étrangères et leurs groupements, dans les limites de leurs compétences et dans le respect des engagements internationaux de la France »¹²⁷⁰. Sont toutefois explicitement prohibées les conventions passées entre une collectivité ou un groupement et un État étranger¹²⁷¹. Les interventions extraterritoriales des collectivités territoriales sont organisées et largement conditionnées par le législateur, tandis que la condition de non contrariété entre les actions locales et la politique internationale de la France rappelle le rang second de ces structures et le fait qu'au plan international leur intervention n'est possible que parce que l'État l'autorise. La législation reste toutefois assez générale, déterminant des principes larges qu'il convient aux acteurs de mettre en œuvre, ou à défaut au juge. De ce dernier point de vue, la jurisprudence, bien qu'elle apporte des éléments importants pour définir la notion d'intérêt local et les conditions d'intervention des collectivités territoriales, ne paraît pas fixe ; aucune décision de principe ne permet en effet de connaître la position du Conseil d'État. Celui-ci a bien rendu, en 1995, une décision importante, qui semblait indiquer sa position, mais la jurisprudence postérieure est trop bigarrée pour que l'on puisse véritablement y voir le fondement d'une politique jurisprudentielle stable et affirmée. Malgré ces variations, la jurisprudence administrative confirme que le principe de bonne administration est la mesure à l'aune de laquelle il faut appréhender les tempéraments au principe de territorialité de l'action publique.

En 1995, le Conseil d'État doit apprécier une question difficile¹²⁷², soulevée par une délibération du conseil municipal de la commune de Villeneuve-d'Ascq. Celui-ci, dans une décision du 19 juin 1990, attribue une bourse mensuelle de 5 000 francs (762 €) pendant trois ans à deux étudiants étrangers (un Roumain et un Polonais), « en solidarité avec ces deux pays de l'Est européen souffrant du manque de cadres scientifiques et techniques »¹²⁷³. Saisi d'un déféré préfectoral, le Tribunal administratif de Lille annule la délibération le 4 juillet 1991, car elle ne présente aucun caractère d'utilité communale. La commune interjette appel de ce jugement que la Section du contentieux doit examiner. La question posée par cette affaire est finalement assez claire : la commune de Villeneuve-d'Ascq était-elle compétente pour attribuer ces deux bourses, ou, exprimée encore plus nettement : cette action rentre-t-elle dans la catégorie des affaires d'intérêt communal ?

Pour répondre à cette question, le commissaire du gouvernement propose un raisonnement en trois temps. Il cherche tout d'abord à définir la notion d'intérêt communal.

¹²⁷⁰ Article L. 1114-1 (CGCT).

¹²⁷¹ Article L. 1114-5 (CGCT).

¹²⁷² Rémy SCHWARTZ, commissaire du gouvernement, débute d'ailleurs ses conclusions en admettant que la solution qu'il propose ne le satisfait pas pleinement et qu'il aurait préféré qu'aucun contentieux ne naisse et que « la vie administrative puisse suivre naturellement son cours sans que des questions de droit ne soient incidemment posées au juge », « Conclusions sur CE, Sect., 28 juillet 1995, *Commune de Villeneuve-d'Ascq* », *AJDA*, 1995, p. 834.

¹²⁷³ *Ibid.*

Il en dégage trois critères. Il s'agit tout d'abord d'un intérêt public, tel que cela est affirmé depuis la décision *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*¹²⁷⁴. L'intervention de la commune a ensuite pour objet direct de répondre aux besoins de la population. Ce deuxième élément introduit les bénéficiaires de l'intervention, en faisant de leur satisfaction un élément de l'action de la collectivité territoriale. On peut critiquer ce critère en ce sens que trop strictement appliqué, il conduirait à consacrer une conception trop immanente de l'intérêt général local en l'enfermant dans les besoins concrets de la population, alors que l'organe délibérant local, au même titre que le Parlement national, détermine librement, selon des critères juridiquement indéfinis, l'intérêt de la collectivité. Il a toutefois, et ce n'est pas rien, la qualité de confirmer le caractère corporatif des collectivités territoriales. Le troisième critère consiste enfin dans la neutralité de l'intervention de la collectivité territoriale. Cela signifie que l'intervention de la collectivité ne constitue pas une prise de position dans le champ politique ou dans un conflit collectif du travail¹²⁷⁵. Une fois définie la notion d'intérêt local, le commissaire du gouvernement cherche à déterminer si le domaine d'intervention en cause relève de la compétence de la commune. Constatant que ce n'est pas le cas, le seul fondement possible serait la clause générale de compétence. Il retrouve alors le problème de la définition de l'intérêt local. Pour lui, il n'est pas possible de fonder cette délibération sur la clause générale de compétence. « Seul l'État a [en effet] la compétence de sa compétence. Si les collectivités locales s'administrent librement, c'est uniquement dans le cadre des lois »¹²⁷⁶; or, l'attribution de bourses à des étudiants étrangers ne figure pas dans les matières que le législateur a confié aux communes. Il s'oppose de plus à une conception extensive de la clause générale de compétence, car « permettre aux uns et aux autres de dépasser le cadre de leurs *compétences naturelles* générerait constamment un risque d'incompétence par empiètement sur des compétences légalement attribuées à autrui »¹²⁷⁷. Le champ et la portée de la clause générale de compétence paraissent ainsi envisagés à travers les matières énumérées dans la législation d'attribution; ce qui est pour le moins restrictif. Le commissaire du gouvernement analyse enfin les conditions de validité d'une action internationale d'une collectivité territoriale; celle-ci doit se faire dans le cadre de leurs compétences et dans le respect de celle de l'État. Il conclut ainsi à l'illégalité de la délibération de la commune de Villeneuve-d'Ascq.

Malgré la rigueur du raisonnement et les multiples pistes envisagées, puis écartées, le commissaire du gouvernement n'a pas convaincu la Section du contentieux, ou plutôt, il ne l'a convaincu qu'à moitié. Celle-ci ne le suit pas sur le fond en estimant que la

¹²⁷⁴ La décision de 1930 considère ainsi que « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée [...] les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison des circonstances particulières de temps et de lieu, un *intérêt public* justifie leur intervention en cette matière », CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, préc. Nous soulignons.

¹²⁷⁵ Sur ces deux points, voir *infra*.

¹²⁷⁶ SCHWARTZ (R.), « Conclusions sur CE, Sect., 28 juillet 1995... », *op. cit.*, p. 836.

¹²⁷⁷ *Ibid.* Nous soulignons.

délibération présente un caractère d'intérêt communal. Elle remplit en effet les trois critères définis par R. SCHWARTZ. Il s'agit d'un intérêt public car les bourses sont attribuées à des étudiants qui viendront étudier à l'université située sur le territoire de la commune. La délibération répond ensuite aux besoins de la population en ce qu'elle devrait permettre de favoriser une collaboration avec des communes déjà jumelées et de renforcer la notoriété de Villeneuve-d'Ascq dans le secteur de la recherche scientifique. Elle satisfait enfin à l'obligation de neutralité politique¹²⁷⁸. On peut concéder que certains liens sont pour le moins ténus. Il semble bien d'ailleurs que le commissaire du gouvernement ait tout de même emporté pour partie l'adhésion de la Section du contentieux car la décision ne comprend pas de considérant de principe, comme c'est bien souvent le cas pour une formation aussi importante. « Le sentiment domine que la Section, renâclant à annuler une subvention utile et légitime, a cherché par tous les moyens à la "sauver" »¹²⁷⁹. À défaut d'un considérant de principe, cette décision est néanmoins l'occasion pour le Conseil d'État de fixer une méthode ; les interventions, dont la portée est extraterritoriale, doivent satisfaire au triple critère posé par la décision et explicité par le commissaire du gouvernement SCHWARTZ.

Les juridictions inférieures conservent ainsi une véritable marge de manœuvre dans l'appréciation des interventions internationales locales, dont elles vont user abondamment. La Cour administrative d'appel de Marseille censure à ce titre l'aide de la commune d'Istres à la construction d'un collège dans un village burkinabé, au motif de l'absence d'intérêt communal alors même que des habitants et des associations de la commune avaient participé à ce projet¹²⁸⁰. Le juge marseillais adopte ici une conception stricte de l'intérêt local ; il ne recourt d'ailleurs pas au triptyque mis en lumière par la décision de 1995. À l'opposé, la Cour administrative d'appel de Douai a validé une convention d'aide au développement signé entre le conseil régional de Picardie et un département du Bénin, en considérant que « ce projet doit donner l'occasion à un ensemble de partenaires locaux de la région Picardie – structures agricoles, chambres consulaires, associations, structures intercommunales, universités – de s'associer à cette démarche et de mobiliser à cette fin leur savoir-faire en matière de développement local et d'action décentralisée ; dans ces conditions, et alors même que ce projet n'aurait pas de répercussions concrètes immédiates sur la région Picardie, la délibération contestée revêt un intérêt régional »¹²⁸¹. Deux cas similaires aboutissent à deux positions antagonistes,

¹²⁷⁸ « Il n'est ni établi ni même allégué que la commune ait entendu intervenir dans un différend de caractère politique en favorisant l'accueil d'étudiants de deux États étrangers », (CE, Sect., 28 juillet 1995, *Commune de Villeneuve-d'Ascq*, *Leb.* p. 324 ; *AJDA* 1995.834, concl. (contraires) SCHWARTZ ; *GADD* 2^e éd., comm. n° 64). Il est assez surprenant que le Conseil d'État prenne le soin de consacrer un considérant à préciser ce point, qui n'est jamais mentionné, comme un point pertinent, par le commissaire du gouvernement.

¹²⁷⁹ GOUNIN (Y.), « Note sous TA Poitiers, 18 novembre 2004, *Jean-Romée CHARBONNEAU c/ Département des Deux-Sèvres* », *AJDA*, 2005, p. 488.

¹²⁸⁰ CAA Marseille, 7 décembre 1999, *Commune d'Istres*, req. n° 98MA00236.

¹²⁸¹ CAA Douai, 13 mai 2004, *Conseil régional de Picardie*, req. n° 02DA00929.

selon que le juge se montre compréhensif ou non. Le juge administratif a d'ailleurs plutôt tendance à faire montre d'une certaine rigueur, ainsi que le révèle une décision récente du Tribunal administratif de Poitiers, par laquelle il a censuré deux actions humanitaires mises en œuvre par le conseil général des Deux-Sèvres au motif qu'elles ne pouvaient être regardées comme « répondant à des besoins de la population deux sévrienne »¹²⁸². Les décisions des juridictions inférieures renvoient ainsi à une conception essentiellement fonctionnelle de la notion d'intérêt local et, par voie d'extension, de celle de collectivité territoriale. Le juge administratif analyse en effet les interventions locales à la lumière quasi-exclusive de la satisfaction de l'intérêt de la population, en en développant une conception par trop matérielle et territorialisée (au sens de limitée géographiquement au territoire de la collectivité). Or, les besoins de la population locale ne peuvent pas être uniquement appréhendés dans leur matérialité ; ils dépassent ce cadre. De ce point de vue, une lecture combinée des deux premiers critères semblerait plus apte à respecter (voire à promouvoir) la liberté et l'autonomie locales. Elle permettrait également de mieux prendre en compte la dimension sociale de la collectivité dans son action extraterritoriale. À défaut, le juge administratif propose une insatisfaisante conception administrative des collectivités territoriales, en ce sens qu'elle demeure trop hermétique à leur réalité sociopolitique et constitutionnelle.

Le territoire n'est pas une frontière stable à la capacité d'intervention générale des collectivités territoriales. Elles peuvent en effet le dépasser si leur intérêt le justifie. Si ce constat ne soulève aucun tempérament pour les interventions dans le cadre de l'État, les actions à l'étranger (ou en lien avec l'étranger) appellent un bémol. Dans ce cas, le juge administratif a tendance à définir strictement les fondements de l'intervention des collectivités territoriales, développant une conception fonctionnelle et territorialement circonscrite de la collectivité. Le principe de territorialité de l'action publique redevient alors une limite véritable à l'action des collectivités territoriales. Elle est d'ailleurs d'autant plus redoutable que la jurisprudence n'en offre pas de définition homogène. Elle est dès lors fluctuante et plutôt défavorable à l'action autonome locale.

À l'opposé, dans le cadre des actions menées sur son territoire, le juge administratif porte une attention particulière à la population. La conception fonctionnelle s'efface quelque peu et laisse alors plus de place à la dimension sociale des décisions.

A. La dimension sociale de la collectivité territoriale conduit le juge administratif à adopter une conception libérale de la clause générale de compétence

Le juge administratif prend en compte la dimension sociale de la délibération soumise à son contrôle. La collectivité territoriale correspondant avant toute chose à un regroupement local de personnes, la population est donc sa raison d'être et la généralité de la compétence s'apprécie au regard des besoins des habitants. La légalité de l'intervention dépendra dans une certaine mesure de l'appréciation de l'utilité sociale de la décision par le juge. Si la population est bien la raison d'être de la collectivité territoriale,

¹²⁸² TA Poitiers, 18 novembre 2004, *Jean-Romée CHARBONNEAU c/ Département des Deux-Sèvres*, req. n° 0400561 ; *AJDA*, 2005.486, note GOUNIN.

la volonté de satisfaire son intérêt général ne doit toutefois pas conduire les organes de la collectivité à violer la loi (1.).

La capacité générale d'intervention des collectivités territoriales intervient parfois dans des domaines où la répartition des compétences est floue ou mal définie. Dans cette hypothèse, il arrive que le juge administratif adopte une position « compréhensive », retenant, dans sa conception de l'intérêt local, le caractère socialement utile de la délibération (2.).

1. LE JUGE ADMINISTRATIF INTERDIT LES DÉLIBÉRATIONS CONTRAIRES À LA LOI : L'INTERDICTION D'INSTAURER DES DISTINCTIONS ENTRE CATÉGORIES DE POPULATION FONDÉES SUR DES CRITÈRES ILLÉGAUX

Les collectivités territoriales doivent respecter la loi, et c'est un truisme que de le rappeler puisque la loi s'impose à toutes les personnes physiques et morales. Pour les collectivités territoriales, cette soumission est sans doute plus délicate. La liberté d'administration est en effet mise en œuvre par le législateur, à travers l'adoption de la clause générale de compétence. Dans le même temps, ce dernier intervient dans la répartition des compétences entre les différents niveaux territoriaux à travers les textes d'attribution. Il a été vu que la conciliation de ces deux modes de répartition des compétences n'est pas sans créer des ambiguïtés, voire des zones d'ombre. Aussi, la condition de légalité des interventions des collectivités territoriales est-elle susceptible de divergence d'interprétation, source de nombre des affaires soumises au contrôle du juge administratif. Un élément est néanmoins certain : la vocation générale des collectivités territoriales ne les autorise pas à méconnaître les interdictions posées par le législateur. Il leur est ainsi, par exemple, interdit de financer un établissement d'enseignement privé¹²⁸³ ou d'apurer les dettes d'une association résultant de l'organisation d'une soirée privée, même si le spectacle à l'origine de la dette peut présenter un intérêt pour la commune¹²⁸⁴. La vocation générale des collectivités territoriales est ainsi enserrée dans les rets de la légalité.

Certaines communes se sont heurtées à l'obligation de légalité de leur intervention quand elles ont entendu profiter de leur vocation générale, pour introduire des traitements différents entre les habitants, en se fondant sur des critères « nationaux ». C'est ce qui ressort d'une décision de la Cour administrative d'appel de Marseille en date du 30 septembre 2003. En l'espèce, la commune de Vitrolles avait adopté deux délibérations le 19 juin 1997, allouant une subvention de 30 000 francs (4 573 €) à la section locale de l'association Fraternité française et mettant à sa disposition, par convention à titre gratuit, un local. Les requérants invoquaient, comme moyen d'illégalité de la délibération attaquée, le but particulier de l'association Fraternité française, qui limite ses actions de bienfaisance aux Français. Les statuts de celles-ci précisent en effet que « l'association Fraternité française a pour but d'organiser toute action de bienfaisance visant à venir en aide sur les plans moral, juridique, culturel, social, médical, matériel et alimentaire aux

¹²⁸³ CE, Ass., 6 avril 1990, *Département d'Ille-et-Vilaine*, *Leb.* p. 91.

¹²⁸⁴ CAA Marseille, 5 juillet 2004, *Commune de Grimaud*, req. n° 02MA00290.

citoyennes et citoyens français déshérités ou dans le besoin »¹²⁸⁵. La section de Marignane s'inscrit dans cette philosophie d'action, « ayant fait sienne la distinction pratiquée entre les Français et les étrangers par les statuts de l'association nationale à laquelle elle est subordonnée »¹²⁸⁶. Face à cette situation, la Cour administrative d'appel oppose ensuite les opérations menées par l'association subventionnée et la vocation générale des collectivités territoriales à servir leur population. Après avoir rappelé la teneur de l'article L. 2121-29 (CGCT), elle considère que « lorsqu'un conseil municipal décide d'aider indirectement certaines catégories de déshérités de la population en favorisant le fonctionnement d'une association caritative par l'attribution de subventions ou par la mise à disposition à titre gratuit d'un local, il lui appartient de vérifier si l'institution de différences de traitement entre les bénéficiaires potentiels de l'action de cette association, à l'exception des hypothèses, non réalisées en l'espèce, où elles sont la conséquence nécessaire d'une loi, est fondée sur l'existence de différences objectives de situation de nature à justifier ces différences de traitement »¹²⁸⁷. « Une commune ne peut [dès lors] légalement accorder des aides sous forme de subventions ou de mises à disposition de locaux à une association qui limite son action caritative aux ressortissants français ou, inversement, aux ressortissants étrangers, en fonction d'un critère tenant à la nationalité des personnes aidées, lequel ne présente pas un caractère objectif de nature à justifier des différences de traitement entre les bénéficiaires potentiels de l'action en cause »¹²⁸⁸.

La faculté générale d'intervention des collectivités territoriales doit donc reposer sur des critères objectifs et respecter les prescriptions légales. L'absence d'objectivité du critère de détermination de l'aide peut, en l'espèce, être rattachée à l'application du principe de neutralité du service public, car comme le rappelle le juge administratif marseillais, « la citoyenneté est en principe un attribut de la nationalité française en tout état de cause ». Il n'est donc pas possible d'arguer de la clause générale de compétence pour justifier une prise en compte illégale des besoins de la population. Le respect de la loi prime sur ce que les autorités locales présentent comme des caractéristiques propres de la communauté locale ; la seule population à pouvoir se doter de valeurs propres et particulières reste ainsi la communauté nationale. Parallèlement, si le juge estime la délibération fondée, il prend en compte sa dimension sociale ; la rigueur de sa position est alors moins prononcée.

2. LE JUGE ADMINISTRATIF PRÉSERVE LES DÉLIBÉRATIONS LOCALES SOCIALEMENT UTILES

Le juge administratif est sensible aux enjeux sociaux des délibérations soumis à son

¹²⁸⁵ Cité dans la décision CAA Marseille, 30 septembre 2003, *Commune de Vitrolles*, req. n° 99MA01302.

¹²⁸⁶ *Ibid.*

¹²⁸⁷ *Ibid.* Nous soulignons.

¹²⁸⁸ *Ibid.*

contrôle. Dans la mesure où la délibération peut être rattachée aux trois éléments composant l'intérêt local, il va en proposer une interprétation assez large et prendre en compte sa dimension sociale. Il opère alors une conciliation entre les impératifs légaux et les nécessités de la bonne administration. Cette position est principalement adoptée par le Conseil d'État ; les juridictions inférieures se montrent, quant à elles, plus rigoureuses et plus soucieuses du strict respect de la légalité. Plusieurs affaires illustrent ce constat. Nous ne ferons référence ici qu'à deux d'entre elles, en ce qu'elles sont exemplaires de l'opposition entre les juridictions de premier degré et d'appel et le Conseil d'État¹²⁸⁹ et de la différence subtile d'interprétation qui en résulte.

Dans la première espèce, le conseil municipal de Mons-en-Baroeul avait adopté, par une délibération en date du 2 décembre 1994, le principe de la création d'une « allocation municipale d'habitation » de 500 francs (76 €), destinée à prévenir ou corriger les difficultés que rencontrent les familles modestes pour faire face aux charges de leur habitation sous la forme de « secours ou subventions individuelles affectées en priorité à l'apurement des sommes dues aux divers organismes publics ou concessionnaires intervenant en matière d'habitation dans la commune »¹²⁹⁰. La délibération fixait par ailleurs les conditions d'accès à cette aide : les bénéficiaires doivent résider régulièrement dans la commune ; leurs ressources ne doivent pas dépasser un certain plafond et ils doivent participer à des activités d'intérêt général dans la limite de quinze heures par trimestre. C'est ce troisième élément qui sert de fondement à la censure du Tribunal administratif de Lille ; le juge de première instance sanctionne en effet l'absence de fondement légal d'une telle contrepartie¹²⁹¹. De son côté, la Cour administrative d'appel de Nancy ne s'accorde pas avec le tribunal, en reconnaissant la possibilité aux communes d'assortir les aides facultatives de conditions particulières. Ces conditions doivent cependant être légales ; tel est le cas en l'espèce car les conditions correspondent à la volonté de la commune de mener une politique d'insertion. La Cour administrative censure pourtant la délibération communale au motif « qu'aucun texte législatif ne donne compétence aux communes pour conduire de telles actions qui répondent à une exigence d'intérêt national et qui ne présentent pas le caractère d'affaires communales ». Saisi en cassation, le Conseil d'État casse tout d'abord la décision du juge d'appel, puis se saisit au fond de la question. Après avoir rappelé que la clause générale de compétence « habilite le conseil municipal à statuer sur toutes les questions d'intérêt public communal, sous réserve qu'elles ne soient pas dévolues par la loi à l'État ou à d'autres personnes publiques et qu'il n'y ait pas d'empiètement sur les attributions conférées au maire »¹²⁹², le juge du Palais Royal analyse la législation relative aux aides d'insertion en vigueur et conclut que le législateur n'a pas entendu

¹²⁸⁹ Nous aurions pu proposer d'autres décisions. À titre d'exemple, v. la décision déjà citée CE, Sect. 28 juillet 1995, *Commune de Villeneuve-d'Ascq*.

¹²⁹⁰ CAA Nancy, 13 novembre 1997, *Commune de Mons-en-Baroeul*, req. n° 96NC00040.

¹²⁹¹ « Le Tribunal administratif de Lille, sur la requête du Préfet du Nord, a annulé cette délibération au motif qu'en l'absence de texte législatif ou réglementaire le prévoyant, la commune ne pouvait légalement assortir un secours d'une contrepartie constituée en l'espèce par une participation obligatoire à des activités d'intérêt général ou d'utilité publique », *ibid*.

interdire aux communes de créer des aides facultatives visant à promouvoir l'insertion des populations en difficulté ; c'est pourquoi il annule les décisions des deux juridictions inférieures. Se saisissant sur le fond, il rattache l'action de la commune de Mons-en-Baroeul à la loi du 31 mai 1990¹²⁹³, visant à la mise en œuvre du droit au logement. Ce texte « *ne réserve pas à l'État l'initiative des mesures permettant aux personnes éprouvant des difficultés particulières d'accéder à un logement décent ou de s'y maintenir* »¹²⁹⁴ ; dès lors, la commune pouvait intervenir en ce domaine.

Cette confrontation des décisions des trois degrés de la juridiction administrative permet de mieux appréhender les arguments du Conseil d'État. Le rattachement aux textes relatifs aux politiques d'insertion, notamment le RMI, pour casser la décision de la Cour administrative d'appel apparaît discutable ; rien dans la délibération de la commune ne laisse entendre que le plafond de ressources est aligné sur celui des bénéficiaires du RMI. Sans doute faut-il à la Haute juridiction administrative un fondement textuel pour justifier cette mesure, dont l'économie apparaît globalement équilibrée et les sommes en jeu peu élevées. Dans ce cas, le texte d'attribution vient se substituer à la définition de l'intérêt local. Pourtant, on retrouve assez facilement les trois éléments : il s'agit bien d'un intérêt public, politiquement neutre et répondant à un besoin direct de la population. Contrairement aux juges des deux premiers niveaux, la position du Conseil d'État reflète la prise en compte de considérations extra juridiques, s'appuyant sur des éléments de bonne administration. Le juge du Palais-Royal propose ainsi une lecture compréhensive de la législation, qui, même si ce n'est pas son but premier, permet de mettre en valeur la dimension organique de la commune intéressée. Celle-ci peut mettre en œuvre une mesure destinée à promouvoir la solidarité au sein de sa population.

On retrouve cette attention de la Juridiction administrative suprême pour la dimension sociale de la délibération dans une affaire plus récente. La commune de Celoux, petite bourgade rurale du Cantal, a décidé, suite à une recette exceptionnelle¹²⁹⁵, de financer un voyage aux Antilles pour l'ensemble des enfants des habitants et propriétaires de la commune, ainsi qu'à leurs accompagnateurs et des personnes participant à l'animation de la commune. Saisi d'un référé demandant la suspension de cette délibération par le préfet du Cantal, la Cour administrative d'appel de Lyon, contrairement au juge de première instance, donne raison au représentant de l'État, en ce qu'il existe un doute sérieux quant à la légalité de la délibération¹²⁹⁶. Elle annule donc la décision du Tribunal administratif de Clermont-Ferrand et suspend la délibération. La commune ayant contesté cette décision, le Conseil d'État est amené à se prononcer, dans une décision du 7 juillet 2004. Dans un premier temps, il examine la décision de la Cour administrative d'appel ; il

¹²⁹² CE, Sect., 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*, *Leb.* p. 298 ; *AJDA* 2002.43, note JÉGOUZO.

¹²⁹³ Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, *JORF*, n° 127, 2 juin 1990, p. 6551.

¹²⁹⁴ CE, Sect., 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*, préc. Nous soulignons.

¹²⁹⁵ Il s'agit d'une indemnité versée en application d'une décision de justice.

¹²⁹⁶ CAA Lyon, 28 juin 2001, *Commune de Celoux*, req. n° 01LY00321.

propose alors une lecture détaillée d'une décision qui ne l'était pas. Après avoir contextualisé l'organisation de ce voyage, le juge de cassation se réfère à l'environnement géographique et social de la commune de Celoux et estime qu'« en regardant ainsi comme négligeables les motifs de la délibération, prise notamment pour favoriser l'ouverture vers l'extérieur [sic] des habitants de cette commune géographiquement isolée à 1000 mètres d'altitude et défavorisée sur les plans culturel et économique, et pour fédérer l'esprit communal selon le même objectif qu'avait déjà poursuivi la commune en organisant dans le passé des voyages de découverte au profit des enfants de Celoux, la Cour a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis »¹²⁹⁷. Se saisissant du fond, le Conseil d'État estime alors que le voyage, n'étant pas un voyage d'agrément, revêt un caractère d'utilité communale ; la délibération de la commune est donc déclarée légitime.

L'affaire *Commune de Celoux* illustre parfaitement les ressorts métajuridiques qui guident en partie la position du Conseil d'État. Elle renvoie de plus beaucoup mieux que l'affaire *Commune de Mons-en-Baroeul* aux éléments de définition de l'intérêt local à la base de la vocation générale de l'intervention des collectivités territoriales. Il en ressort ainsi l'importance de l'utilité sociale de la décision. Ainsi que le relève un commentateur, « le Conseil d'État juge avec bienveillance les actions engagées par les collectivités locales qui, quand bien même elles ne satisferaient pas *a priori* les conditions strictes de l'intérêt local, satisfont une "utilité sociale" »¹²⁹⁸. « Cette décision s'inscrit [ainsi] dans la suite d'une jurisprudence assez souple qui admet de façon plutôt libérale le financement de festivités »¹²⁹⁹. À travers cette considération pour l'utilité sociale des décisions soumises à son contrôle, le Conseil d'État développe une conception organique de la collectivité territoriale bien plus qu'une conception fonctionnelle, comme c'était le cas dans les affaires portant sur la mise en œuvre de compétences extraterritoriales, semblant en cela s'inscrire dans la lignée de la conception révolutionnaire des communes, ainsi que l'illustre la description de la Commune de Celoux. L'acceptation organique de la collectivité territoriale et de son action est celle qui est la plus favorable à l'autonomie locale, en ce que le droit permet alors l'expression de la spécificité socioculturelle de la collectivité territoriale.

Le territoire et la population apparaissent ainsi comme les deux éléments qui constituent autant des outils de mesure que des limites à l'intervention des collectivités territoriales, la dimension organique étant plus particulièrement appréciée comme fondement de leur vocation générale. Ils en constituent donc des limites fluctuantes, au gré du travail du législateur et plus encore de celui du juge.

Après avoir envisagé les limites de la vocation générale des collectivités territoriales, il faut à présent s'intéresser à la matière de l'action locale. On rencontre alors la principale

¹²⁹⁷ CE, 7 juillet 2004, *Commune de Celoux*, *Leb.* p. 319 ; *AJDA* 2004.1505, obs. MONTECLER ; *RLCT* 2005(2).20, comm. GLASER ; *ACL* 2005 n° 4 et 28. Nous soulignons.

¹²⁹⁸ GOUNIN (Y.), « Note sous TA Poitiers... », *op. cit.*, p. 488, en note.

¹²⁹⁹ GLASER (E.), « La notion d'intérêt public local », *RLCT*, 2005, n° 2, p. 20.

limite à la vocation générale, comprise en termes d'expression territoriale du pouvoir, avec le refus de tout caractère politique des délibérations locales.

Paragraphe 2. Le juge administratif adopte une conception stricte du champ d'application des délibérations locales : le refus des décisions « politiques » confirme le caractère second du pouvoir local

Considérées comme des structures administratives, les collectivités territoriales ne peuvent intervenir dans toutes les matières. La neutralité de l'intervention locale est d'ailleurs le troisième élément de définition de l'intérêt local pour le juge administratif. Sont ainsi prohibées les interventions sortant du champ administratif (A.).

Dans ces matières, seuls les vœux sont autorisés (B.).

A. La censure de toute délibération sortant du champ administratif

La jurisprudence administrative censure toute délibération qui sort du champ administratif. On peut distinguer deux types de décisions, répondant à cette caractéristique. Le juge administratif annule ainsi toutes les délibérations par lesquelles les collectivités territoriales interviennent dans la sphère économique à travers leur prise de position dans les relations collectives du travail (1.).

Dans un second temps, le juge sanctionne les délibérations qu'il considère comme relevant du champ politique (2.).

1. L'INTERDICTION DE L'IMMIXTION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES DANS LE CHAMP DE L'ÉCONOMIE SOCIALE

L'intervention des collectivités territoriales dans la sphère collective du travail prend principalement deux formes que le juge administratif censure identiquement. Les collectivités territoriales n'ont, tout d'abord, pas le droit d'intervenir dans un conflit collectif du travail. La décision de principe date du 20 novembre 1985. La commune d'Aigues-Mortes avait en l'espèce accordé une subvention de 5 000 francs (762 €) à la souscription organisée par le syndicat CGT des Salins d'Aigues-Mortes pour le soutien du personnel en grève. Le Conseil d'État censure cette délibération car « il n'appartient pas au conseil municipal, chargé par l'article L. 121-6 du Code des communes de "régler par ses délibérations les affaires de la commune", d'intervenir dans un conflit collectif du travail en apportant son soutien financier à l'une des parties en litige »¹³⁰⁰. Cette position est confirmée le 11 octobre 1989 par la décision *Commune de Port-Saint-Louis-du-Rhône*¹³⁰¹. Dans le cadre de cette affaire, le Conseil d'État est confronté à une double

¹³⁰⁰ CE, 20 novembre 1985, *Commune d'Aigues-Mortes*, *Leb.* p. 330 ; *DA* 1986, n° 16 ; *AJDA* 1986.116, obs. MOREAU ; *D.* 1986.IR.143, observ. LLORENS ; *GADD* 2^e éd., comm. n° 56.

¹³⁰¹ CE, 11 octobre 1989, *Commune de Port-Saint-Louis-du-Rhône c/ Préfet des Bouches-du-Rhône*, *Leb.* p. 184 ; *AJDA* 1990.109, note JULIEN-LAFERRIÈRE. Elle a depuis été reprise par les juridictions inférieures, v. notamment CAA Marseille, 8 décembre 1998, *Commune de La Seyne sur Mer*, req. n° 97MA05135.

intervention de la commune. Il censure classiquement le soutien financier accordé au comité régional de la Société nationale des chemins de fer (SNCF). Il valide dans un second temps la délibération accordant la gratuité des restaurants scolaires aux enfants des grévistes. L'annulation du soutien financier au comité régional de la SNCF s'appuie, non seulement sur l'incompétence du conseil municipal, comme l'établit la décision de 1985, mais également sur le fait que tout soutien financier de la commune doit être direct, pour pouvoir être qualifié d'action sociale. La délibération est ainsi doublement illégale. La validation de la gratuité de la restauration scolaire pour les enfants de grévistes peut, de son côté, être rattachée à ces décisions, déjà évoquées, pour lesquelles les considérations d'utilité sociale priment sur leur légalité apparemment discutable. Il n'est pas certain que, en l'espèce, cette délibération satisfasse le critère de publicité de l'intérêt local. La grève est en effet un choix personnel, dont il convient au gréviste d'assumer les conséquences. Permettre aux enfants de grévistes d'accéder gratuitement aux restaurants scolaires semble donc répondre à une question relevant de l'intérêt privé. La multiplication des enfants concernés incite toutefois certainement le juge à y voir un enjeu public ; ce qui justifie la nécessité d'une intervention de la part de la collectivité. Il est d'ailleurs possible, dans cette perspective, d'analyser la position de la commune comme une extension du principe de gratuité du service public, même si l'on peut s'interroger sur le caractère objectif de la différenciation opérée. Il ne faut certainement pas chercher une justification trop juridique à la position du Conseil d'État. Il valide la dimension socialement utile de la délibération, sans que le contexte soit un élément déterminant de sa position.

Il a également longtemps été interdit aux collectivités territoriales d'aider financièrement les syndicats intervenant sur leur territoire. Dans ce cas de figure, le juge administratif articule, le plus souvent, son raisonnement en deux temps. Développant une conception assez stricte de la notion d'intérêt local, il considère tout d'abord que « l'octroi de subventions à des organisations syndicales, lesquelles ont pour objet principal la défense des intérêts professionnels de leurs adhérents, ne présente aucun caractère d'utilité communale »¹³⁰². Il écarte ensuite « la circonstance que les unions locales des syndicats [...] mèneraient, parallèlement à leur activité principale, des actions d'information et de soutien dans le domaine social ou de l'emploi ; [... celle-ci] n'est pas de nature à faire regarder la délibération litigieuse comme répondant exclusivement à des préoccupations d'intérêt communal »¹³⁰³. La jurisprudence administrative éclaire bien, dans ce second cas de figure, la façon dont le juge conçoit la matière sur laquelle interviennent les collectivités territoriales. Les subventions accordées répondent manifestement aux deux premiers critères de l'intérêt local (publicité et satisfaction d'un besoin direct de la population) ; seul le troisième peut porter à discussion, même si rien

¹³⁰² CAA Paris, 19 février 2004, *Commune de Saint-Denis*, req. n° 99PA02675.

¹³⁰³ *Ibid.* Dans le même sens, voir la décision de la Cour administrative d'appel de Bordeaux selon laquelle « si le département de la Gironde et l'Union départementale des syndicats CGT de la Gironde soutiennent que cette dernière mène, notamment, des actions d'information et de soutien dans le domaine social et de l'emploi, cette circonstance n'est pas de nature à faire regarder la délibération en litige comme répondant exclusivement à des préoccupations d'intérêt départemental », CAA Bordeaux, 26 octobre 2004, *Département de la Gironde*, req. n° 01BX00574. Dans le même sens, v. notamment CAA Marseille, 12 juin 2001, *Commune de Sète*, req. n° 98MA01776 & 98MA01976 ; CAA Nantes, 18 novembre 2003, *Commune d'Argentan*, req. n° 02NT01407.

n'en indique une violation patente. La notion d'utilité sociale encouragerait d'ailleurs plutôt à reconnaître le caractère d'intérêt local. Il semble ainsi que parallèlement à un encadrement strict de l'intervention publique locale dans les activités économiques, on réfute l'intervention publique locale dans l'économie sociale, à travers l'aide aux structures syndicales situées dans la collectivité. La conception de l'intérêt public, comme réponse à la nécessité sociale, invite à critiquer cette position, dans la mesure où les associations en question font un véritable travail social dont profite la population.

Cette politique jurisprudentielle a d'ailleurs connu une inflexion récente ; la loi du 17 janvier 2002¹³⁰⁴, codifiée à l'article L. 2251-3-1 du *Code général des collectivités territoriales*, autorise en effet les communes à attribuer des subventions de fonctionnement aux structures locales des organisations syndicales. Bien que le décret d'application de cette disposition n'ait toujours pas été édicté, la position du juge administratif apparaissait en contradiction avec l'esprit du texte. Aussi, le juge du Palais-Royal a-t-il modifié sa posture en validant l'octroi de subventions à trois syndicats par une commune. Ce changement jurisprudentiel ne s'est toutefois opéré qu'au prix d'un fort encadrement de la marge de manœuvre de la collectivité. En l'espèce, la Commune d'Argentan avait accordé des subventions d'un montant de 3000 F (457 €) à trois sections locales de syndicats travaillant sur son territoire. Ces subventions étaient accompagnées par la signature de conventions entre la commune et les sections locales, qui déterminaient les modalités de versement de la subvention allouée. Le Conseil d'État construit alors son contrôle sur trois critères : les actions des syndicats, détaillées par les conventions, correspondent à des actions d'intérêt local jugées prioritaires par la commune ; la convention permet à la commune de contrôler l'usage des deniers publics et la réalisation des objectifs et, enfin, ces subventions n'ont pas un but politique, ni de soutien à une partie à un conflit collectif du travail¹³⁰⁵. « Dans ces conditions, [elles] peuvent être regardées comme se rattachant à un intérêt public local »¹³⁰⁶. On le voit, la légalité d'une subvention en faveur d'une association syndicale est appréciée *in concreto*. Cela marque toutefois une avancée intéressante, donnant aux communes une véritable possibilité d'action. Reste aux juridictions inférieures à confirmer cette nouvelle position.

La prudence du juge administratif à l'égard de l'intervention des collectivités territoriales dans l'économie sociale se retrouve pour les matières qu'il considère comme relevant du champ politique. La portée du pouvoir local est dès lors cantonnée au champ administratif.

2. L'INTERDICTION DE L'IMMIXTION D'UNE COLLECTIVITÉ TERRITORIALE DANS LE CHAMP

¹³⁰⁴ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JORF*, n° 15, 18 janvier 2002, p. 1008.

¹³⁰⁵ « Les communes et leurs groupements peuvent accorder des subventions à des organisations syndicales en vue de la réalisation d'action [vérifier cette expression] à la condition qu'elles se rattachent de façon suffisamment directe à un intérêt public local et sous réserve qu'elles ne soient pas attribuées pour des motifs politiques ou pour apporter un soutien à l'une des parties dans un conflit collectif du travail », CE, 4 avril 2005, *Commune d'Argentan*, req. n° 264596 ; *AJDA* 2005.1295, concl. GLASER ; *RLCT* 2005(2).20, comm. GLASER.

¹³⁰⁶ GLASER (E.), « Conclusions sur CE, 4 avril 2005, *Commune d'Argentan* », *AJDA*, 2005, p. 1295.

POLITIQUE

Les collectivités territoriales ne peuvent pas adopter de délibérations politiques. Ce terme doit, *a priori*, être entendu dans un sens général, comme signifiant « non administratif ». On peut classer la jurisprudence administrative relative aux délibérations politiques en deux catégories ; cette classification devrait nous permettre de donner un sens plus précis à l'adjectif politique, afin de définir distinctement le champ d'intervention possible du pouvoir local.

Dans la première catégorie, on peut mentionner les délibérations par lesquelles les collectivités territoriales soutiennent une intervention humanitaire, liée à un conflit politique. La position de principe du Conseil d'État est la censure de la délibération, au motif de l'absence d'intérêt communal¹³⁰⁷. De ce point de vue, une décision du 23 octobre 1989 précise les fondements de l'annulation des délibérations de ce type. En l'espèce, les communes de Pierrefitte-sur-Seine, de Saint-Ouen et de Romainville avaient voté des subventions en faveur du comité « Un bateau pour le Nicaragua » pour la première et du comité « 93 Solidarité Nicaragua Libre » pour les deux autres. Saisi de la légalité des ces subventions, le Conseil d'État analyse les motifs de l'action de ces comités. Il apparaît alors que le secours apporté aux populations du Nicaragua « se fondait explicitement, en la critiquant, sur l'attitude d'un État étranger au Nicaragua et imputait aux interventions de cet État les difficultés économiques, sanitaires et sociales de la population du Nicaragua »¹³⁰⁸. En accordant des subventions à ces comités, les communes ont pris part à un « conflit de nature politique »¹³⁰⁹ ; les délibérations attaquées sont donc illégales. De ces deux décisions, il ressort que le terme « politique » renvoie à la question des relations internationales. Est politique toute affaire impliquant des relations diplomatiques. Il est ainsi interdit aux collectivités territoriales françaises de prendre des positions contraires à celle de la République française dans le concert des nations, faute de quoi elles s'immiscent dans une affaire politique et encourent la censure du juge administratif. Cela renvoie d'ailleurs à une matière où le pouvoir local n'a manifestement pas vocation à se trouver et rappelle que seul l'État est souverain.

La décision du 25 avril 1994 illustre quant à elle une seconde catégorie de décisions, se référant à la nature politique de l'objet de la délibération locale pour l'annuler. En l'espèce, le président du conseil général du Territoire de Belfort a décidé de publier une brochure invitant la population de son département à répondre négativement au référendum organisé le 20 septembre 1992, en vue de la ratification du Traité de Maastricht. Ce document devait être diffusé sur tout le territoire du département et aux frais de ce dernier. Saisi par un conseiller général, le Tribunal administratif de Besançon a annulé cette décision du 31 décembre 1991 au motif que « la conduite des relations

¹³⁰⁷ « Considérant que la subvention votée par le conseil municipal de Goussainville, [...] "en vue de l'achat d'une voiture d'ambulance et de médicaments pour l'Espagne républicaine", ne présentait aucun caractère d'utilité communale », CE, 16 juillet 1941, *Syndicat de défense des contribuables de Goussainville*, *Leb.* p. 132.

¹³⁰⁸ CE, 23 octobre 1989, *Commune de Pierrefitte-sur-Seine, commune de Saint-ouen et commune de Romainville*, préc.

¹³⁰⁹ *Ibid.*

internationales et l'organisation d'un référendum à l'occasion de la ratification d'un traité conclu avec un pays étranger, ne relèvent pas des affaires départementales »¹³¹⁰. Saisi de la question, le Conseil d'État précise tout d'abord que la clause générale de compétence admise en faveur du département ne reconnaît « de compétences aux départements que dans les domaines relevant d'un intérêt départemental ». Or, la brochure, par son objet, constitue « un document de propagande électorale en vue d'un scrutin national et ne [peut] donc être regardée comme relevant d'un intérêt départemental »¹³¹¹. Si la Haute juridiction administrative ne recourt pas expressément à l'idiome « politique », le fait que la délibération intervienne dans la campagne d'une élection nationale lui confère cet objet et la censure de la délibération peut être rattachée à son caractère politique (violation du troisième élément de définition de l'intérêt local). Le commissaire du gouvernement insiste d'ailleurs sur ce point lorsqu'il refuse de situer le débat, comme l'y invitaient les requérants, sur l'effectivité de l'intérêt départemental lié à la construction communautaire¹³¹². Il préfère une conception plus restrictive, qu'il formule sous la forme d'une simple question : « un appel à voter "non" au référendum national organisé sur le traité de Maastricht, publié par le conseil général, est-il d'intérêt départemental ? »¹³¹³. En réponse, il appelle à l'annulation de la délibération, en arguant d'une mauvaise utilisation des deniers publics ; il rappelle ainsi que le juge administratif « n'[a] jamais admis que les finances locales puissent être utilisées pour un objet qui n'a qu'un rapport très indirect avec l'intérêt local [... et qu'il censure] les subventions accordées à des œuvres de *nature politique*, étrangères aux préoccupations locales »¹³¹⁴. Il faut donc conclure de ce rapprochement que le commissaire du gouvernement estime que l'action du conseil général du Territoire de Belfort est rattachable à une œuvre de nature politique. Cette présomption est renforcée par un troisième argument conclusif, relatif à l'agencement des pouvoirs. Le commissaire du gouvernement fait ainsi remarquer que si le temps de l'assimilation stricte entre État et département est révolu, les départements ne s'administrent toutefois que dans les conditions prévues par la loi et ne peuvent le faire « que dès lors que sont en cause des affaires départementales. Entre l'État et les collectivités territoriales, *la séparation des pouvoirs est aussi une exigence de démocratie* »¹³¹⁵. Le commissaire du gouvernement KESSLER distingue certes matériellement les sphères d'intervention des différentes collectivités territoriales *lato*

¹³¹⁰ Cité dans les *GADD*, 2^e éd., comm. n° 55, p. 382.

¹³¹¹ Cette citation et la précédente, CE, 25 avril 1994, *Président du conseil général du territoire de Belfort*, *Leb.* p. 190 ; *AJDA* 1994.545, concl. KESSLER ; *DA* 1994, n° 330 ; *GADD* 2^e éd., comm. n° 55.

¹³¹² Le président du conseil général du Territoire de Belfort avait, de plus, produit une consultation de Louis FAVOREU, dans laquelle ce dernier fondait la possibilité du conseil général de diffuser les brochures incriminées, non seulement la levée de l'interdiction des vœux politiques par la loi du 2 mars 1982, mais également sur le bénéfice, par le département, de la liberté d'expression sur la base des dispositions de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Mentionné par KESSLER (D.), « Conclusions sur CE, 25 avril 1994, *Président du conseil général du territoire de Belfort* », *AJDA*, 1994, p. 546.

¹³¹³ *Ibid.*, p. 547.

¹³¹⁴ *Ibid.* Nous soulignons.

sensu, mais ce faisant, il admet leur commune identité, en ce qu'il les inscrit toutes dans la sphère démocratique. La censure du juge administratif ne signifie ainsi pas l'illégalité de toute intervention locale dans des matières relevant des affaires nationales. Les opérations des collectivités territoriales sont en effet autorisées si elles présentent un intérêt local réel. Le Conseil d'État avait ainsi validé la campagne d'affichage menée par la mairie de Paris, en réaction au projet de réforme du statut de la capitale en 1982. Ainsi que le mentionne alors Jean-Claude BOURRACHOT, « une commune peut s'occuper d'affaires qui ne sont pas strictement communales dès lors que les intérêts communaux sont suffisamment directement concernés »¹³¹⁶. En l'espèce, « l'utilisation ainsi faite du mobilier urbain ne présentait pas [...] le caractère d'un affichage politique »¹³¹⁷ et entrait dans le cadre des affaires locales.

Le terme « politique » renvoie ainsi, selon une deuxième acception, aux élections politiques nationales, à l'agencement institutionnel de l'expression du pouvoir politique et par voie d'extension à la sphère partisane ; les collectivités territoriales ne peuvent pas y intervenir en tant que telles. Elles sont astreintes à la neutralité. L'ensemble des structures publiques constitue en effet le cadre d'expression du pluralisme démocratique et le cadre ne doit pas influencer sur les acteurs et la compétition qu'ils se livrent. Selon cette logique, le Conseil d'État a censuré la subvention accordée par la commune de Draguignan à une association dont le but déclaré était de lutter contre une formation politique légalement autorisée¹³¹⁸. Le Conseil estime à cette occasion que l'action de l'association bénéficiant de l'aide financière « aurait été de nature politique et partisane », ce qui motive sa position. Cette décision confirme celle de 1994 : sont considérées comme *politiques* des délibérations manifestant une position *partisane* ; celle-ci ne peut répondre à l'intérêt local en ce qu'elle manifeste un intérêt particulier, privé, et non un intérêt public général¹³¹⁹. La Haute juridiction administrative a, dans le même sens, censuré la délibération d'un conseil municipal qui avait approuvé la pose sur le fronton de

¹³¹⁵ *Ibid.* Nous soulignons.

¹³¹⁶ BOURRACHOT (J.-C.), « Conclusions sur CE, 23 juillet 1986, *M. DIVIER c/ Ville de Paris* », *AJDA*, 1986, p. 588.

¹³¹⁷ CE, 23 juillet 1986, *M. DIVIER c/ Ville de Paris*, *Leb.* p. 208 ; *AJDA* 1986.585, concl. BOURRACHOT.

¹³¹⁸ CE, 28 octobre 2002, *Commune de Draguignan*, req. n° 216706.

¹³¹⁹ V., en ce sens, la distinction établie par le Tribunal administratif de Dijon entre l'intérêt régional et l'intérêt du principal groupe politique composant le conseil régional. En l'espèce, la commission permanente de la région Bourgogne avait décidé le lancement d'une campagne de communication auprès de la population pour faire connaître les activités régionales. La réalisation de la brochure, orchestrée par le président du conseil régional, est cependant faite de telle manière que l'action régionale apparaît exclusivement comme celle du président Jean-Pierre SOISSON et du groupe « Union pour l'avenir de la Bourgogne ». « Il ressort [alors] du contenu et de l'objet même de la brochure effectivement réalisée qu'elle ne constitue pas un document d'information [sur les actions de la région], mais un document de propagande politique destiné à promouvoir » la majorité politique du conseil régional de Bourgogne ; promouvant un intérêt partisan, elle ne peut relever de l'intérêt régional. Le juge administratif censure donc les actes du président mettant en œuvre la décision de la commission permanente. TA Dijon, 22 juin 1999, *M. Bernard PESQUET et M. Jean-Jacques BERNARD c/ Région de Bourgogne*, req. n° 990158 ; *RGCT* 1999(6).299, concl. HECKEL.

la mairie de l'emblème de certains mouvements indépendantistes martiniquais¹³²⁰. Le juge administratif s'appuie pour soutenir sa position sur le principe de neutralité des services publics. L'emblème apposé, « en tant que symbole d'une revendication politique [...] n'était [en effet] pas compatible avec la nécessaire neutralité des services publics, corollaire du principe d'égalité »¹³²¹, cette position confirmant la nécessaire neutralité des cadres de la démocratie politique. La jurisprudence administrative a *in fine* une position assez équilibrée et homogène, qui évite aux collectivités territoriales les égarements de type démagogique ou populiste, que la proximité pourrait avoir tendance à favoriser. L'interdiction d'intervenir dans la sphère partisane ne signifie d'ailleurs pas l'impossibilité complète de prendre position dans des matières politiques. Les collectivités peuvent en effet toujours énoncer des vœux dans les affaires politiques de leurs intérêts.

B. Seuls les vœux des collectivités territoriales sont tolérés en matière politique

Les vœux des organes délibérants locaux correspondent à « des manifestations d'intention platonique »¹³²² dépourvues de portée normative. Il s'agit d'une prise de position, d'une manifestation d'opinion qui relève de l'ordre du discours, faite pour la collectivité de pouvoir elle-même intervenir. Ce mode d'expression est ancien puisque les lois du 31 mars 1831¹³²³ (pour les conseils municipaux) et du 22 juin 1833¹³²⁴ (pour les conseils généraux) déterminent déjà les modalités que doivent respecter les collectivités territoriales lorsqu'elles y recourent. Bien que dépourvues de toute portée juridique, ces manifestations d'opinion sont plutôt mal vues par le pouvoir central qui en circonscrit l'usage. « Les lois de 1833, 1837¹³²⁵ et 1855¹³²⁶ interdisaient [ainsi] "soit de publier des proclamations et adresses¹³²⁷, soit d'émettre des vœux politiques" »¹³²⁸. Cette interdiction est confirmée par les lois du 10 août 1871 et du 5 avril 1884. Sont alors considérés comme politiques les vœux relatifs à la vie politique nationale, au fonctionnement institutionnel étatique¹³²⁹, à la diplomatie¹³³⁰ ou encore à l'attitude des représentants de l'État dans le département¹³³¹. De manière générale, les préfets avaient l'habitude de déclarer « politiques » les vœux qui étaient contraires au gouvernement. A

¹³²⁰ CE, 27 juillet 2005, *Commune de Sainte-Anne*, *Leb.* p. 347 ; *DA* 2005 n° 165, note ERSTEIN ; *RFDA* 2005.1137, concl. DONNAT ; *AJDA* 2006.196, note DARRACQ.

¹³²¹ ERSTEIN (L.), « Note sous CE, 27 juillet 2005, *Commune de Sainte-Anne* », *DA*, décembre 2005, p. 19, n° 165.

¹³²² TOUVET (L.), FERSTENBERT (J.), CORNET (C.), *GADD*, *op. cit.*, comm. n° 58, p. 395.

¹³²³ Loi du 21 mars 1831 sur l'organisation municipale, préc.

¹³²⁴ Lois du 22 juin 1833 sur l'organisation des conseils généraux de département et des conseils d'arrondissement, préc.

¹³²⁵ Loi des 18-22 juillet 1837 sur l'administration municipale, préc.

¹³²⁶ Loi du 9 mai 1855 sur l'organisation municipale ; DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois*, t. 55, pp. 136-143 ; *S.* 1855, III, pp. 76-82.

contrario, ne sont pas considérés comme tels, les vœux qui se rattachent à des questions d'administration générale¹³³², sauf s'ils sont considérés comme des avis¹³³³.

Le Conseil d'État assurait le respect de cette interdiction ; il avait ainsi admis de connaître de certains vœux. Ce faisant, il procédait au contrôle des vœux municipaux à travers l'examen de la déclaration de leur nullité par le préfet¹³³⁴. Les vœux des conseils généraux n'étaient quant à eux soumis à aucun contrôle juridictionnel, faute de faire grief¹³³⁵. Cette différence de traitement n'était pas très satisfaisante, en ce qu'elle instaurait en effet plusieurs régimes contentieux au sein d'une même catégorie d'actes. Le Conseil

¹³²⁷ Pour un exemple de proclamation, CE, 17 avril 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ Ville de Saint-Denis*, *Leb.* p. 223. Cette décision est d'autant plus intéressante qu'elle offre un critère de distinction entre les vœux et les proclamations et adresses. Le Conseil d'État considère ainsi que « le conseil municipal de Saint-Denis n'a pas entendu par cette délibération émettre un vœu destiné à attirer l'attention de l'autorité supérieure [...] mais a publié à l'attention de la population de la commune une proclamation qui, par sa forme et son ton, rentre en totalité dans la catégorie de celles qui sont frappées d'interdiction par l'article 52 du Code de l'administration communale ». Les premiers semblent s'inscrire dans la hiérarchie administrative alors que les secondes constituent des critiques à l'égard du pouvoir central. On censure ainsi toute velléité de la collectivité territoriale de sortir du cadre administratif contre l'État.

¹³²⁸ TOUVET (L.), FERSTENBERT (J.), CORNET (C.), *GADD*, *op. cit.*, comm. n° 58, p. 396. Les auteurs renvoient aux conclusions d'A. ROMIEU sur CE, 13 novembre 1903, *Conseil municipal de Cette*, (*Leb.* pp. 672-675 ; *S.*, 1906, III, p. 36) pour une liste de vœux politiques censurés. Ils en citent, ensuite, quelques uns ; nous reprenons les références mentionnées dans ces deux sources pour illustrer notre propos. Le lecteur intéressé peut également se reporter aux exemples cités par Marie-Christine ROUAULT, in « Réflexion sur les vœux d'intérêt communal », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 6 mars 2006, n° 10, pp. 297-301, part. p. 301.

¹³²⁹ À titre d'exemple, annulation par décret en Conseil d'État des vœux politiques des conseils généraux portant sur l'irrégularité de la dissolution de la Chambre des députés (décret du 26 juillet 1877) ou sur le mode de nomination des députés et sénateurs (décret du 25 janvier 1873).

¹³³⁰ Annulation par décret en Conseil d'État des vœux politiques des conseils généraux portant sur la reconnaissance du gouvernement d'un État étranger (décret du 17 mars 1890).

¹³³¹ Annulation par décret en Conseil d'État des vœux politiques des conseils généraux infligeant un blâme à un préfet eu égard à son attitude par rapport à une commune (CE, avis, 26 mars 1885).

¹³³² À titre d'exemple, ne sont pas politiques les vœux portant sur la suppression ou le maintien d'une sous-préfecture (décret du 16 avril 1877) ou le fonctionnement des conseils de révision (CE avis, 18 juillet 1887).

¹³³³ Le commissaire du gouvernement ROMIEU explique ainsi que « le conseil municipal n'a pas le droit d'émettre des avis, mais seulement des vœux, et, s'il émet des avis, s'il présente des critiques ou des observations sur la conduite ou les décisions de fonctionnaires dont il n'a pas le contrôle, il fait un acte étranger à ses attributions », « Conclusions sur CE, 13 novembre 1903, *Conseil municipal de la ville de Cette* », *S.* 1906, III, p. 37. Il fournit également à cette occasion une illustration du contrôle des motifs de la délibération effectué pour différencier les vœux des avis. Le commissaire du gouvernement se livre en effet à une analyse *in concreto* de la séance durant laquelle la délibération a été adoptée ainsi que des motivations de son initiateur.

¹³³⁴ Celui-ci pouvait déclaré nuls de droit les vœux des communes, en vertu des articles 63 et 65 de la loi du 5 avril 1884.

d'État a mis fin à cette situation en 1997, en alignant le régime des vœux municipaux sur celui des autres collectivités territoriales. Il s'agit dès lors d'un acte ne faisant pas grief, « insusceptible de faire l'objet d'un recours devant le juge de l'excès de pouvoir même en raison de prétendus vices propres à la délibération, à moins qu'il n'en soit disposé autrement par la loi »¹³³⁶. L'absence de portée juridique des vœux des collectivités territoriales (en ce sens qu'il ne s'agit pas de délibérations décisives) est ainsi consacrée dans leur régime contentieux et identique pour les trois catégories de collectivités. En adoptant cette position, le Conseil d'État s'aligne enfin sur la volonté du législateur. La loi du 2 mars 1982 avait, en effet, fait un premier pas en direction de l'uniformisation du régime des vœux des trois catégories de collectivités territoriales. En abrogeant l'article L. 121-19 du *Code des communes* et l'article 51 de la loi du 10 août 1871, le législateur avait levé l'interdiction des vœux politiques. Le quatrième alinéa de l'article L. 2121-29 du *Code général des collectivités territoriales* dispose désormais que « le conseil municipal émet des vœux sur tous les objets d'intérêt local » tandis qu'aucun texte n'est venu remplacer la disposition abrogée et fixer le régime des vœux départementaux et régionaux.

L'histoire mouvementée des vœux politiques des collectivités territoriales est un moyen de mettre en lumière l'évolution de l'aménagement législatif de leur rapport à la chose politique ; se dessinent alors en creux des indices sur la conception, développée par le législateur, de la nature des structures territoriales et, par conséquent, de l'agencement vertical du pouvoir. Il faut, dans ce but, distinguer les communes des deux autres collectivités territoriales. Le pouvoir étatique a toujours conçu les collectivités intermédiaires comme potentiellement politiques. Les conseils généraux sont ainsi autorisés à émettre des vœux politiques, dont la teneur est *in fine* appréciée principalement au regard de leur position à l'égard du pouvoir central. Sont en effet politiques des vœux exprimant une opinion négative sur l'action (politique) du gouvernement. Mais une telle position prouve bien que ce que l'on reproche aux conseils généraux est bien moins une prise de position politique que le fait de critiquer le pouvoir central. Il s'agit donc d'une question de rapport de pouvoir au sein d'un même champ, même si la double nature du principe de décentralisation permet au pouvoir central de recourir à une critique matérielle de la position incriminée¹³³⁷. Nul ne peut pourtant véritablement nier que le caractère administratif ou politique d'un vœu est ainsi apprécié on ne peut plus subjectivement, sans que l'on puisse faire correspondre la nature du pouvoir de l'institution et la qualification des actes qu'elle produit. Cette présomption est renforcée par l'adoption en 1872 de la loi TRÉVENEUC¹³³⁸, qui fait des conseils généraux les substituts à la représentation nationale en cas de troubles graves et

¹³³⁵ C'est pourquoi l'annulation des vœux des conseils généraux passait par l'édition d'un décret en Conseil d'État.

¹³³⁶ CE, Sect., 29 décembre 1997, *SARL Enlem*, *Leb.* p. 500 ; *DA* 1998, n° 61 et 165, note TOUVET ; *RFDA* 1998.552, concl. TOUVET ; *GADD* 2^e éd., comm. n° 58.

¹³³⁷ Cela permet également de réaffirmer la soumission quasi-hiérarchique des départements à l'État, ainsi que l'illustre le régime juridique de la suppression de leurs vœux. Ceci n'empêche pas de constater que ces considérations inscrivent les collectivités départementales dans les modalités verticale du mise en œuvre du pouvoir.

d'empêchement de celle-ci. Ce texte semble ainsi bien confirmer l'inscription des conseils généraux dans le champ du pouvoir politique. Leur maintien dans une stricte administrativité est motivé par la volonté de préserver l'unité du pays, mais les acteurs institutionnels ne sont pas dupes quant à la nature de l'institution. De ce point de vue, l'acceptation de l'expression de vœux politiques est un exutoire à faible coût pour l'État, du fait de l'absence de portée juridique de telles manifestations d'opinion. Les vœux politiques des conseils régionaux, beaucoup plus récents, ne permettent pas une analyse aussi approfondie. Les tergiversations (et le long refus) à propos de l'existence des collectivités régionales invitent toutefois à étendre les conclusions précédentes. La difficile définition de la nature (politique, administrative ou politico-administrative) de leurs compétences confirme la difficulté de démontrer leur caractère strictement administratif. L'attitude du législateur à l'égard des deux collectivités intermédiaires confirme leur inscription dans leur dimension politique ; l'acceptation progressive des vœux, dont la teneur critique est également de plus en plus tolérée, apparaît ainsi comme la faculté reconnue en leur faveur de marquer une opposition au pouvoir central, dans le cadre de la mise en œuvre verticale de l'action publique¹³³⁹. De ce point de vue, l'évolution du régime des vœux communaux renvoie au même processus.

Les communes, quant à elles, trouvent un regain de possibilité d'intervention dans la modification législative de 1982. Celle-ci présente une qualité indéniable : sa formulation dépasse le clivage administration/politique pour se concentrer sur les matières d'intérêt local. Certes, l'un des critères de l'intérêt local est la neutralité politique de la délibération, entendue selon les éléments de définition précédents. Mais, cet élément vaut comme étalon de mesure de l'action des collectivités territoriales dans le cadre des « affaires de la commune ». Or, la notion d'affaires d'intérêt local est plus large que celle d'affaires de la commune. « Les affaires d'intérêt local sont celles qui concernent la commune ou ses habitants même si elles échappent à la compétence propre du conseil municipal, soit qu'elles relèvent d'autres collectivités publiques¹³⁴⁰, soit qu'elles soient affaires de particuliers¹³⁴¹ »¹³⁴². Elles permettent donc de dépasser les affaires de la commune (fondées sur la notion d'intérêt local telle que nous l'avons définie), la jurisprudence administrative participant d'ailleurs activement à leur élargissement¹³⁴³. Ce faisant, la

¹³³⁸ Loi du 15 février 1872, préc. V. *supra*.

¹³³⁹ Ce qui confirme également la densification de la différenciation verticale du pouvoir de la République française.

¹³⁴⁰ À titre d'exemple, légalité de la sollicitation du département ou de l'État pour obtenir l'établissement d'un bac, CE, 21 juin 1929, *Mériot, Leb.* p. 606.

¹³⁴¹ À titre d'exemple, légalité de l'invitation des propriétaires de bâtiments abritant une entreprise récemment fermée de céder ces bâtiments afin de favoriser l'implantation ultérieure d'entreprises nouvelles, CE, 10 mai 1985, *Société Boussac Saint-Frères, Leb.* p. 145 ; *AJDA* 1985.434, concl. CAZIN D'HONNINCTHUN. Pour d'autres exemples, v. TOUVET (L.), FERSTENBERT (J.), CORNET (C.), *GADD, op. cit.*, comm. n° 58, p. 402.

¹³⁴² TOUVET (L.), FERSTENBERT (J.), CORNET (C.), *GADD, op. cit.*, comm. n° 58, p. 402.

¹³⁴³ ROUAULT (M.-C.), « Réflexion sur les vœux d'intérêt communal », *op. cit.*, p. 301.

question de la neutralité politique n'est plus une limite à la délibération des communes. La nouvelle formulation retenue par le législateur permet de prendre en compte la nature duale des communes, en admettant l'existence de leur capacité politique d'expression. Bien que cantonnée à la sphère discursive, elle n'en est pas moins réelle. Le dépassement de l'opposition *affaires administratives/affaires politiques* au profit de la notion plus générale d'*affaires de la collectivité* constitue une avancée remarquable. Elle permet une prise en compte plus fidèle de la nature des collectivités communales, que l'on ne peut cantonner, à l'instar des collectivités intermédiaires, à une stricte administrativité, sous peine de les dénaturer. La notion d'affaires de la collectivité, bien qu'associée à une forme d'expression juridique aux conséquences assez faibles, rend ainsi à la notion de collectivité territoriale une partie de sa réalité politique, en confortant son inscription dans l'ordonnement vertical de l'action publique.

Conclusion du Chapitre II.

La clause générale de compétence est la consécration légale de la vocation générale des collectivités territoriales. Elle est donc, selon une logique libérale, un élément d'autonomie en faveur des structures locales. Son interprétation ne conduit toutefois qu'à une marge d'action limitée, ainsi qu'en témoigne la position des juges constitutionnel et administratif.

Le Conseil constitutionnel en fait certes un critère de mesure du pouvoir local, mais sans jamais la consacrer expressément comme un principe de valeur constitutionnelle. Développant une attitude défensive, il ne détermine jamais de seuil minimal qui permettrait de connaître la signification positive de cette notion. De son côté, le juge administratif adopte une position pragmatique, vérifiant *in concreto* l'existence d'un intérêt local. Son attitude est alors ambivalente : il se montre souple sur certains critères (utilité sociale) mais beaucoup plus rigide sur d'autres (champ politique), renvoyant, à cette occasion, et contre toute évidence, à une conception fonctionnelle de la collectivité territoriale. L'avancée législative en matière de vœux des collectivités territoriales permet toutefois des progrès dans cette direction.

In fine, la clause générale de compétence, consécration légale de la vocation générale des collectivités territoriales, « n'assure pas par elle-même aux autorités locales, [...], de la liberté d'action, même de l'autonomie. Elle établit seulement leur indépendance d'action au regard de l'autorité administrative centrale »¹³⁴⁴. Elle apparaît ainsi comme un élément d'autonomie limité, faute de recevoir une véritable définition positive.

Conclusion du Titre I.

Les collectivités territoriales se sont très tôt vues reconnaître une capacité de gérer leurs affaires propres. Face à la difficulté de les définir, et suite à leur intégration à l'administration publique, cette capacité s'est mue en une vocation générale, que le législateur a concrétisée dans la clause générale de compétence. Notion libérale qui n'acquiert de contenu qu'*a posteriori*, ce dispositif consacre *de jure* la liberté d'action reconnue aux collectivités territoriales.

¹³⁴⁴ EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif, op. cit.*, pp. 280-281.

Elle n'est toutefois qu'une source limitée de liberté ; deux tempéraments principaux peuvent être mentionnés. Le législateur a parallèlement recours à l'attribution légale des compétences pour déléguer unilatéralement des matières aux collectivités territoriales. Leur liberté est alors contrariée par la fonctionnalisation opérée par le législateur. Cette dernière n'annihile jamais totalement la première, du moins tant qu'elle ne conduit pas à l'abrogation de la clause générale de compétence et qu'elle n'a pas pour conséquence un complet épuisement de la capacité concrète d'action des collectivités territoriales. Les juges constitutionnel et administratif adoptent ensuite une conception timorée de la vocation générale des collectivités territoriales ; le premier parce qu'il refuse d'en déterminer un seuil précis, le second parce qu'il l'entend fort différemment selon les matières, la restreignant dans le champ politique.

La consécration légale d'une faculté générale d'action en faveur des collectivités territoriales ne les protège pas contre les actions de la puissance d'État. La liberté de gestion reste une *tolérance*, que le législateur aménage à sa guise, sous le contrôle (limité) des juges constitutionnel et administratif. Elle n'offre donc guère de garantie à la liberté et à l'autonomie des collectivités territoriales.

TITRE II. La mise en œuvre du pouvoir local dans la Constitution : une réserve de puissance, modalité seconde de l'action publique

En 1946, il est procédé à l'inscription constitutionnelle du pouvoir local, sous la forme d'une liberté d'administration, assez largement assimilable, au moins au départ, à l'acceptation d'une liberté de gestion en faveur des collectivités territoriales. De ce point de vue, on retrouve une conception identique à celle développée par le législateur depuis la Révolution française, bien que le Constituant ne définisse pas véritablement l'étendue du pouvoir reconnu. Cela ne signifie toutefois pas qu'elle soit inexistante ; la puissance territoriale, du fait de son inscription dans la Constitution, tempère en effet l'absoluité de la puissance d'État à l'égard de son territoire, assimilant, ce faisant, la reconnaissance de la liberté d'administration des collectivités territoriales à l'admission d'une *réserve de puissance* en faveur des collectivités territoriales¹³⁴⁵. Seulement, la portée des bases constitutionnelles de la puissance territoriale reste faible, faute d'une véritable détermination. Celle-ci revient en fait au législateur, principal organe compétent pour mettre en œuvre la liberté d'administration territoriale¹³⁴⁶. Le Constituant élève ainsi le fondement de la compétence du Parlement, sans en modifier le champ.

Aussi, si l'inscription constitutionnelle du principe de libre administration des

¹³⁴⁵ Le titulaire d'une liberté ne peut en effet rien se voir imposer dans ce cadre ; la constitutionnalisation de la liberté d'administration ouvre donc un espace (dont la taille est certes indéterminée) réservé à l'action des collectivités territoriales.

¹³⁴⁶ Selon les articles 34 et 72 de la Constitution du 4 octobre 1958.

collectivités territoriales avait marqué une rupture, le développement de la constitutionnalisation des moyens d'action des collectivités territoriales s'effectue-t-il, au contraire, dans la continuité. Simplement la compétence du législateur sera encadrée par la Constitution et contrôlée par le juge constitutionnel ; la jurisprudence de ce dernier alimente alors le processus de constitutionnalisation en précisant progressivement les éléments essentiels à la mise en œuvre du pouvoir local. Celle-ci passe logiquement par la double définition de ses moyens d'action et de protection ; c'est en effet eux qui devraient permettre de connaître le contenu de la liberté octroyée, puis les moyens de la préserver contre les empiètements de la puissance d'État.

La Constitution du 4 octobre 1958 prolonge la conception initiée en 1946 : la libre administration des collectivités territoriales, support de la puissance territoriale, est conçue principalement organiquement ; il s'agit avant tout d'une liberté de la population locale de désigner ses organes. Cette liberté d'être, qui repose sur la qualité de cadre de la démocratie politique des collectivités territoriales, est protégée par le Conseil constitutionnel, qui lui accorde une attention particulière. Si la population était exclusivement envisagée, jusque très récemment, sous l'angle essentiellement représentatif, elle émerge progressivement en tant qu'acteur de cette liberté. La puissance territoriale, alors assise sur la « Puissance populaire », voit sa structure se rapprocher de celle de la puissance d'État : le pouvoir politique jouit, quelque soit le niveau territorial considéré, de deux canaux d'expression, confirmant que le caractère politique de la libre administration des collectivités territoriales (**Chapitre I.**)

De son côté, le champ du pouvoir local est en revanche d'une contenance moindre, même si le développement de la jurisprudence constitutionnelle permet sa densification progressive ; le processus de constitutionnalisation connaît ainsi, à partir de 1982, une nouvelle impulsion. Celle-ci trouve une concrétisation en 2003 : la révision de la Loi fondamentale réalisée cette année-là apporte en effet de nouvelles bases constitutionnelles plus précises quant au contenu du pouvoir local. Elles paraissent alors orienter l'économie décentralisatrice française vers une décentralisation de type politique, même s'il est encore trop tôt pour en apprécier la portée réelle. Cette inscription constitutionnelle vise néanmoins à assurer l'effectivité du pouvoir local, c'est-à-dire à le protéger face à la puissance d'État. En cela, la constitutionnalisation des moyens de protection de la puissance territoriale répond parfaitement aux canons du constitutionnalisme, qui voit dans la Constitution le meilleur moyen de protection des libertés individuelles, à la condition toutefois que la norme constitutionnelle soit protégée par un organe juridictionnel indépendant. La plus grande protection repose alors sur la possibilité pour le sujet de saisir le juge constitutionnel lorsque ses droits sont menacés ou compromis par le pouvoir d'État¹³⁴⁷. Cette logique vaut également dans le cas des collectivités territoriales : la Constitution les dote de prérogatives qu'elles devraient pouvoir protéger contre l'État central, ainsi que c'est le cas dans les États fédéraux et/ou régionaux. Or, de ce point de vue, la protection constitutionnelle de la puissance territoriale est extrêmement limitée puisque les collectivités territoriales ne peuvent pas

¹³⁴⁷ FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), TRÉMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, « Précis », 2005, 3^e éd. (1^{ère} éd. 2000), pp. 142-ss (part. p. 143, § 169).

saisir le juge constitutionnel. Tant le champ restreint des moyens d'action que la faiblesse des moyens de protection de la puissance territoriale face à la puissance d'État illustrent alors que la décentralisation constitutionnelle française n'est pas une décentralisation politique (**Chapitre II.**).

Chapitre I. La puissance territoriale, véritable capacité d'être : la libre administration des collectivités territoriales est une liberté politique originaire

Chapitre II. La puissance territoriale, capacité de faire fragile et insuffisamment protégée : la décentralisation constitutionnelle française n'est pas une décentralisation politique

Chapitre I. La puissance territoriale, véritable capacité d'être : la libre administration des collectivités territoriales est une *liberté politique* originaire

Les collectivités territoriales ont été inscrites dans la Constitution à titre de cadres de la démocratie politique. Leur pouvoir repose ainsi sur leur origine électorale et la liberté qui leur est laissée de gérer leurs affaires, consacrant la prévalence de la dimension organique de la libre administration des collectivités territoriales. Celle-ci débouche alors sur la reconnaissance d'une véritable liberté institutionnelle au profit des collectivités territoriales. Conformément aux conclusions précédentes, l'appréhension organique de la puissance territoriale confirme qu'en tant que canal d'expression de la démocratie, elle est une *liberté politique*, participant de l'expression du pouvoir dans l'État. Cette intégration des cadres territoriaux à la démocratie étatique se traduit de deux façons, à la fois par l'extension des principes de la démocratie politique à l'échelon territorial et par le rapprochement de la structuration des puissances d'État et territoriale.

Si la libre administration des collectivités territoriales repose sur l'élection des organes locaux par la population locale, il est de tradition républicaine que la démocratie locale soit régie par les mécanismes du système représentatif¹³⁴⁸. L'intégration des structures territoriales à la démocratie politique a ainsi conduit à accepter et progressivement organiser l'expression du pluralisme politique en leur sein, rapprochant leurs règles de fonctionnement de celles des assemblées parlementaires. L'ensemble des assemblées politiques connaît progressivement l'application de principes communs, permettant l'émergence d'un droit politique républicain, résultat, autant que facteur de renforcement, du caractère politique de la liberté territoriale (**Section I.**).

L'économie classique de la démocratie locale, caractérisée par la quasi exclusivité de sa dimension représentative, a fini par laisser apparaître ses faiblesses dans la résolution de la « crise du politique ». Il est alors très vite apparu que la seule reproduction des mécanismes représentatifs au niveau local ne suffirait pas. Il a donc été décidé, malgré les réticences de nombreux élus locaux, de promouvoir la participation populaire territoriale. Le développement de différentes formes de consultation, puis la

¹³⁴⁸ CHEVALLIER (J.), « Synthèse », in C.U.R.A.P.P., *La démocratie locale. Représentation, participation et espace public*, Paris, P.U.F., 1999, p. 408.

constitutionnalisation du référendum local, érigent progressivement le corps des citoyens en un décideur potentiel. La liberté institutionnelle locale prend de ce fait toute sa dimension démocratique, puisque le peuple, considéré territorialement, devient un véritable acteur de sa liberté d'administration. Comme pour la puissance d'État, la « Puissance populaire » s'affirme comme une composante essentielle dans la mise en œuvre de la puissance territoriale (**Section II.**).

Section I. La libre administration des collectivités territoriales par les organes locaux : l'émergence d'un droit politique républicain commun aux différents canaux d'expression du pouvoir dans l'État

Le Conseil constitutionnel a consacré le caractère politique des scrutins locaux conformément à la conception adoptée par le Constituant de collectivités territoriales – cadres de la démocratie politique. Cette inscription dans le champ politique devrait logiquement rejaillir sur le fonctionnement des organes locaux, moteurs, constitutionnellement définis, de l'exercice du principe de libre administration des collectivités territoriales. La dimension politique des assemblées locales apparaît d'autant plus nettement que le législateur adopte des règles similaires pour l'ensemble des organes relevant du champ politique, procédant ainsi à l'alignement des règles de fonctionnement des organes délibérants locaux sur celui des assemblées parlementaires. On peut alors apprécier ce phénomène de deux façons distinctes.

Selon une perspective holiste, l'étude des règles de fonctionnement des organes locaux renvoie à un phénomène de mimétisme institutionnel entre les assemblées parlementaires et les assemblées locales. Ces dernières sont régies par des règles adaptées du niveau étatique, procédant, ce faisant, à l'institutionnalisation territoriale du pluralisme partisan (**Paragraphe 1.**).

Selon une perspective individualiste, l'attention se porte sur l'élu local en lui-même. On se rend alors compte des implications du développement de la parlementarisation puisque le membre de l'organe délibérant local se voit doté de droits, constitutionnellement protégés, quasi similaires à ceux des parlementaires (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. La parlementarisation des assemblées locales : l'institutionnalisation territoriale du pluralisme politique

Les organes locaux connaissent, depuis la relance de la décentralisation en 1982, un renouvellement de leur fonctionnement. Les réformes des différents modes de scrutin ont abouti à l'admission de l'expression d'une minorité locale, équivalent dans les conseils territoriaux à l'opposition au sein du Parlement. « En fin de compte, en rendant beaucoup plus sensible la présence de tous les courants politiques et en particulier les minoritaires, tout en aidant la constitution de majorités cohérentes, la configuration des assemblées locales (communales, départementales, régionales) est devenue analogue à celle des assemblées parlementaires. Et, s'y ajoutant l'intégration des enjeux de la politique nationale dans les campagnes électorales, le mécanisme du couple majorité – opposition s'y est reproduit presque de façon naturelle »¹³⁴⁹. Ce processus, politique, se traduit

alors *de jure* par un alignement des règles de fonctionnement des différentes assemblées politiques, étatiques et territoriales. On assiste ainsi à la parlementarisation des assemblées locales, c'est-à-dire à « un processus dans lequel se dessinent certaines concordances entre les assemblées locales et les assemblées parlementaires nationales françaises, tant dans leur organisation que dans leur fonctionnement »¹³⁵⁰, résultant de l'existence des mêmes composantes juridiques aux échelons local et national¹³⁵¹.

La parlementarisation des assemblées territoriales, logique si l'on admet que les collectivités territoriales sont des cadres de la démocratie politique, « tend à confirmer l'émergence d'une conception politique et plus seulement administrative des collectivités locales. Les intérêts de la collectivité ne sont plus seulement l'objet d'une gestion administrative, ils sont de surcroît l'objet d'une gestion politique »¹³⁵²; son « enjeu majeur [... est alors] d'instaurer avant tout une véritable responsabilisation politique : celle de l'exécutif face à l'assemblée et celle, plus large, des élus face à leurs électeurs »¹³⁵³. La dynamique de rapprochement des règles de fonctionnement des différentes assemblées politiques se traduit alors par l'extension aux collectivités territoriales de règles et/ou mécanismes constitutionnels initialement prévus pour les seules assemblées parlementaires, selon un processus de « constitutionnalisation exogène »¹³⁵⁴. Celui-ci « résulte de l'application aux collectivités locales de règles constitutionnelles non prévues pour les collectivités locales, mais que le législateur souhaite leur appliquer. [...] Cette constitutionnalisation n'est [par ailleurs] acceptée par le juge constitutionnel que dans la mesure où elle n'entre pas en contradiction avec la constitutionnalisation endogène »¹³⁵⁵. Concentrée principalement sur le fonctionnement des organes locaux, la constitutionnalisation exogène tend à appliquer aux collectivités territoriales les règles fondamentales de la démocratie. Participant du mouvement plus large d'uniformisation du champ politique, ce processus apparaît parfaitement dans la dynamique de parlementarisation des assemblées locales, tant pour leurs règles de fonctionnement que

¹³⁴⁹ CASTANIÉ (S.), *La parlementarisation des assemblées...*, *op. cit.*, t. 1, p. 26.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, t. 1, p. 5.

¹³⁵¹ Sylvie CASTANIÉ remarque ainsi très justement que la dynamique de parlementarisation « n'est possible que parce qu'au départ il existe entre les deux types d'assemblées locales et nationales un dénominateur commun. Toutes les deux, issues du suffrage politique, sont des mises en scène d'enjeux politiques », *ibid.*, t. 1, p. 30.

¹³⁵² *Ibid.*, t. 2, p. 405.

¹³⁵³ *Ibid.*, t. 2, p. 407.

¹³⁵⁴ Celui-ci s'oppose à la « constitutionnalisation endogène », qui correspond à ce que nous qualifions plus simplement d'*inscription constitutionnelle*; il s'agit donc de l'inscription constitutionnelle de dispositions relatives aux collectivités territoriales. Sur cette distinction, v. PONTIER (J.-M.), « L'emprunt des techniques du droit constitutionnel par le droit des collectivités territoriales », in AUBY (J.-B.), FAURE (B.) (Sous la direction), *Le droit des collectivités locales. Les mutations actuelles*, Paris, Dalloz, « Actes », 2001, p. 84.

¹³⁵⁵ *Ibid.*

pour celles régissant les rapports entre organes locaux, confirmant l'intégration des collectivités territoriales dans le fonctionnement de la démocratie globale.

Si les assemblées locales ont ainsi acquis une liberté protégée dans leur fonctionnement **(B.)**, l'autonomie dans les rapports entre organes territoriaux est quant à elle beaucoup moins prononcée. Les principes constitutionnels propres au parlementarisme rationalisé ne trouvent ainsi qu'une application très encadrée **(A.)**.

A. L'autonomie dans les rapports entre organes territoriaux : l'extension limitée des principes politiques constitutionnels propres au régime parlementaire rationalisé

La logique de reproduction de l'État dans le local ¹³⁵⁶ ne trouve pas une pleine expression dans l'agencement statutaire des collectivités territoriales ; celui-ci ne reproduit que très imparfaitement les mécanismes du parlementarisme rationalisé **(1.)**.

Le législateur a toujours privilégié l'efficacité de fonctionnement des organes locaux à l'expression du pluralisme politique en leur sein. L'ouverture des organes délibérants à l'opposition depuis 1982 ne modifie en rien ce constat liminaire : la démocratisation est un moyen d'augmenter l'efficacité décisionnelle des organes locaux. Le législateur recourt pour ce faire à des mécanismes constitutionnels, qu'il adapte à la situation locale **(2.)**.

1. LA RATIONALISATION DES RAPPORTS ENTRE ORGANES LOCAUX : L'INCOMPLÈTE REPRODUCTION DES MÉCANISMES ÉTATIQUES

L'étude des équilibres institutionnels au sein des collectivités territoriales implique de distinguer les collectivités territoriales de droit commun de celles bénéficiant d'un statut particulier, les premières étant caractérisées par une différenciation organique plus limitée. Si l'exécutif local est pour partie distinct de l'organe délibérant, il n'en demeure pas moins également le président de l'assemblée locale, exerçant, de ce fait, une double fonction : il préside le conseil de la collectivité et exécute ses délibérations. Il ne peut dès lors pas exister de mise en jeu de la responsabilité de l'exécutif devant l'organe délibérant, puisqu'ils ne sont pas complètement différenciés ¹³⁵⁷. L'organisation statutaire locale de droit commun ne reproduit donc pas la caractéristique principale du régime parlementaire ¹³⁵⁸. On ne peut pas plus y voir une réplique du régime présidentiel, caractérisé par une séparation « stricte » des pouvoirs. La nécessaire collaboration fonctionnelle tendrait néanmoins à rapprocher davantage l'organisation locale du modèle présidentiel que de celui du modèle parlementaire ¹³⁵⁹. Cette confusion organique entre exécutif et présidence de l'organe délibérant est justifiée au regard de l'impératif

¹³⁵⁶ MAZÈRES (J.-A.), « Les collectivités locales et la représentation », *op. cit.*, pp. 615-617.

¹³⁵⁷ La seule « sanction » que peut adopter un conseil municipal contre son exécutif consiste en un blâme, admis, de façon prétorienne, depuis la fin du XIX^e siècle par le Conseil d'État, qu'il lui adresse sans que cela emporte un quelconque effet. Le blâme est en effet une sanction morale et non disciplinaire, visant des faits ou comportements d'un élu (maire ou simple conseiller) liés à une délibération en cours du conseil municipal. Sur ce point, v. CABANNES (X.), « Une curiosité jurisprudentielle : les blâmes votés par les conseils municipaux », *RGCT*, 2000, n° 14, pp. 491-502.

d'efficacité qu'a toujours favorisé le législateur, afin de promouvoir la participation efficace de la collectivité territoriale à l'action publique. Le dualisme fonctionnel du maire (et la difficile émergence des exécutifs propres des conseils généraux) peut, de ce point de vue, être interprété comme une manifestation des velléités instrumentalisantes de l'État à l'égard des structures couvrant son territoire.

Limite organique à la fois à la parlementarisation des assemblées locales et à l'autonomie des collectivités territoriales, ce point peut être perçu comme un tempérament à la véritable émancipation (au sens d'affirmation dans le champ démocratique et de pleine participation à l'action publique) des institutions territoriales. En ce sens, la Charte européenne de l'autonomie locale¹³⁶⁰ mentionne ce critère dès son article 3 ; elle en fait ainsi un des éléments fondamentaux dans la définition du concept d'autonomie¹³⁶¹. Face à cette disposition, le gouvernement français, soucieux de préserver les caractéristiques de l'État a, en 1985, interprété ce point comme une simple *possibilité* ne s'imposant pas à la République française¹³⁶². Celle-ci a pourtant adopté un tel mode d'organisation pour les collectivités territoriales, dont l'autonomie est la plus aboutie. Inscrivant beaucoup plus nettement les collectivités, ainsi organisées, dans le champ de la démocratie politique, ce point peut être perçu comme un indicateur de l'autonomie tolérée par l'État central. Les collectivités territoriales françaises de droit commun, bien qu'organes politiques figurant dans la Constitution, ne jouissent toutefois pas encore d'une organisation en adéquation avec leur fonction ; l'État semble en effet réticent à admettre

¹³⁵⁸ « L'accord est unanime aujourd'hui sur le fait que [le critère du régime parlementaire] est constitué par la possibilité de mise en cause de la responsabilité du gouvernement par le Parlement même si dans notre époque de parlementarisme majoritaire le renversement effectif devient rare [...]. Mais la menace demeure, qui oblige à l'homothétie du gouvernement et de la majorité parlementaire », COLLIARD (J.-C.), « Sur la qualificatif de "semi-présidentiel" », in *Mélanges Patrice GÉLARD*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 233.

¹³⁵⁹ En ce sens, v. SORBETS (C.), « Est-il légitime de parler d'un présidentialisme municipal ? », *Pouvoirs*, 1983, n° 24, pp. 105-116. Une partie de la doctrine a quant à elle plutôt rapproché le maire du monarque. À titre d'exemples, MABILEAU (A.), « De la monarchie municipale à la française », *Pouvoirs*, 1995, n° 73, pp. 7-17 et BEVORT (A.), *Pour une démocratie participative*, Paris, Presses de Sciences Po, « La Bibliothèque du Citoyen », 2002, p. 120.

¹³⁶⁰ Ce texte, signé en 1985, est actuellement en cours de ratification, le Sénat ayant adopté le projet de loi la permettant le 17 janvier 2006. La révision constitutionnelle de 2003 a en effet « port[é] la France très au-delà des exigences de cette Charte [...] si redoutée », « la ratification [permettant à la France de] se reconnaître elle-même comme déjà largement décentralisée et même "autonomisée" au sens de la Charte », DELCAMP (A.), « La France et la Charte européenne de l'autonomie locale. Hommage à un girondin », in *La Constitution et les valeurs...*, *op. cit.*, pp. 131 & 136.

¹³⁶¹ Art. 3 al. 2, de la Charte européenne de l'autonomie locale : « ce droit [l'autonomie locale définie à l'alinéa précédent] est exercé par des conseils ou assemblés composés de membres élus au suffrage libre, secret, égalitaire, direct et universel et *pouvant disposer d'organes exécutifs responsables devant eux* [...] ». Nous soulignons.

¹³⁶² V. l'étude de l'impact de l'application de cette Charte sur le droit interne, réalisé par le gouvernement. Reproduite in GOULET (D.), *Rapport fait au nom de la Commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi autorisant l'approbation de la Charte européenne de l'autonomie locale*, Sénat, n° 15, session ordinaire 2005-2006, p. 25.

la reproduction pure et simple de l'équilibre parlementaire en leur sein.

Seules trois collectivités sont marquées du sceau de la différenciation organique de leurs pouvoirs exécutif et délibérant dans le cadre de la République : la Polynésie, la Nouvelle-Calédonie et la Corse¹³⁶³. La distinction entre exécutif et organe délibérant permet le développement de mécanismes propres au régime parlementaire rationalisé, notamment la mise en œuvre de procédures de « contrôle de censure »¹³⁶⁴, à l'instar des mécanismes étatiques définissant les rapports entre gouvernement et Parlement¹³⁶⁵. L'organisation de ces procédures se traduit par une vague d'emprunts au droit constitutionnel, censés mieux permettre l'alignement des organes délibérants locaux sur le fonctionnement des assemblées politiques nationales, dans l'optique, pour les deux collectivités d'outre-mer, de favoriser l'organisation d'une vie politique locale en vue d'un approfondissement toujours plus marqué de leur autonomie. Il s'agit donc bien de reproduire au sein de ces collectivités l'équilibre organique du régime parlementaire, caractérisé par le pluralisme politique et la distinction majorité/opposition. La séparation stricte entre exécutif et organe délibérant paraît alors incarner le stade le plus avancé de l'autonomie. On peut donc déduire de ce point qu'il existe un lien entre expression du pluralisme partisan et portée de l'autonomie : la politisation semble mieux prise en compte quand l'autonomie est la plus large¹³⁶⁶.

Le constat précédent se traduit par l'existence d'une procédure de mise en jeu de la responsabilité de l'exécutif devant l'organe délibérant dans les collectivités territoriales qui jouissent de l'autonomie la plus poussée (Corse, Polynésie et Nouvelle-Calédonie). L'article L. 4422-31 du *Code général des collectivités territoriales* définit les rapports entre l'Assemblée de Corse et le Conseil exécutif. Celle-ci peut adopter une motion de défiance à l'encontre de celui-là¹³⁶⁷. « La motion de défiance permet à l'Assemblée de Corse de retirer sa confiance pour la confier automatiquement à un nouvel exécutif »¹³⁶⁸. Son

¹³⁶³ La Corse comprend deux organes principaux : l'Assemblée de Corse et le Conseil exécutif (Art. L. 4422-1 (CGCT)). Les organes de la Polynésie française sont le président, le gouvernement, l'assemblée et le conseil économique, social et culturel (art. 5 de la loi organique du 27 février 2004) alors que les organes néo-calédoniens sont le congrès, le gouvernement, le sénat coutumier, le conseil économique et social et les conseils coutumiers (art. 2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF*, n° 68, 21 mars 1999, p. 4197 ; pour une présentation de ce texte, v. LUCHAIRE (F.), *Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Economica, 2000, 149 p.)

¹³⁶⁴ CASTANIÉ (S.), *La parlementarisation des assemblées...*, op. cit., p. 253

¹³⁶⁵ Article 49 et 50 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹³⁶⁶ Ce que paraît confirmer l'Acte I de la décentralisation à travers l'évolution du droit relatif au fonctionnement des assemblées locales des collectivités territoriales de droit commun ; le pluralisme politique y fait non seulement une entrée remarquée, mais il est également largement un moyen utilisé par le législateur pour promouvoir la décentralisation comme réponse à la crise du politique.

¹³⁶⁷ Pour une présentation générale, v. TANGUY (Y.), « La motion de défiance dans le statut de la Corse. Vers une mise en jeu de la responsabilité des exécutifs devant les assemblées locales ? », *RA*, pp. 121-125.

¹³⁶⁸ CASTANIÉ (S.), *La parlementarisation des assemblées...*, op. cit., p. 256.

adoption requiert plusieurs conditions. Signée par un tiers des conseillers (17 élus sur 51), elle doit être motivée et mentionner les noms des candidats aux postes de président et de membres du conseil exécutif, si elle était adoptée¹³⁶⁹. Une fois déposée, le vote ne peut avoir lieu que 48 heures plus tard ; ne sont alors recensés que les votes favorables à cette initiative. Si la motion recueille la majorité absolue des membres composant l'Assemblée, elle est considérée comme adoptée et les candidats aux différents mandats prennent immédiatement fonction. On reconnaît ici l'adaptation synthétique des procédures de la défiance constructive, définie à l'article 67 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 et de la motion de censure de l'article 49 de la Constitution française du 4 octobre 1958. De leur côté, la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française connaissent une procédure adaptée de l'article 49, alinéa 2 de la Constitution de 1958. Ce dispositif figure respectivement aux articles 77 du statut de la Polynésie française et 95 du statut de la Nouvelle-Calédonie (1999). Comme pour la motion de censure de l'article 49, alinéa 2 de la Constitution, il s'agit d'un dispositif difficile à mettre en œuvre. « Afin d'éviter une offensive menée par quelques élus, la motion de censure doit être signée par les deux cinquièmes des conseillers territoriaux de l'Assemblée de Polynésie (soit 20 membres sur 49) et par un cinquième au moins des membres du Congrès de Nouvelle-Calédonie (soit 11 élus sur 54) »¹³⁷⁰, soit une proportion bien plus importante que pour le dépôt d'une motion de censure à l'Assemblée nationale (qui ne nécessite qu'un dixième des membres). Une fois la motion déposée, il faut attendre au minimum 48 heures pour qu'elle soit soumise au vote. Ne sont recensés que les votes favorables à la motion ; celle-ci doit recueillir la majorité absolue des membres des assemblées (25 voix en Polynésie et 27 en Nouvelle-Calédonie) pour être adoptée. Dans ce cas, l'exécutif est contraint à la démission. Comme dans le cadre de l'article 49, alinéa 2, chaque conseiller se voit limité à la signature de trois motions de censure par session. Les procédures ultramarines reproduisent ainsi assez fidèlement le mécanisme de l'article 49 de la Constitution, en le renforçant à travers le nombre de signatures nécessaires au déclenchement de la procédure. Si l'on a pu estimer que l'ensemble de ces conditions rend « difficilement envisageable le renversement de l'exécutif par des forces d'opposition »¹³⁷¹, l'actualité polynésienne récente a, au contraire, révélé les potentialités politiques réelles de l'article 77 du Statut de la Polynésie.

Les élections de l'Assemblée polynésienne, organisées le 23 mars 2004, aboutirent à un résultat extrêmement serré puisque les deux principaux partis n'étaient séparés que par un siège d'écart. Le parti *Tahoeraa* de Gaston FLOSSE recueillant 28 sièges, contre 27 au parti d'Oscar TEMARU (Union pour la démocratie, UPLD). Les deux derniers sièges furent recueillis par deux partis autonomistes. Alors que tout laissait penser à la réélection de M. FLOSSE, c'est Oscar TEMARU qui est élu le 14 juin 2004. Cette élection est immédiatement suivie du dépôt de plusieurs recours devant le Conseil d'État¹³⁷², puis, quelques mois plus tard, du double dépôt d'une motion de censure contre le président

¹³⁶⁹ Article L. 4422-31 (CGCT).

¹³⁷⁰ CASTANIÉ (S.), *La parlementarisation des assemblées...*, op. cit., p. 255.

¹³⁷¹ *Ibid.*

TEMARU. Bien que la légalité de l'adoption de ces motions de censure ait pu être mise en doute, leur vote est validé par le Conseil d'État¹³⁷³ ; ce qui permet à Gaston FLOSSE de revenir à la présidence de la Collectivité de Polynésie. Ce retour aux affaires ne dure toutefois pas, puisque le 15 novembre 2004, la Haute juridiction administrative annule l'élection des conseillers des Îles-du-Vent¹³⁷⁴ (soit 37 des 57 membres de l'assemblée). Suite à l'élection partielle organisée dans la circonscription annulée, les résultats sont favorables à la liste d'Oscar TEMARU, qui remporte 25 des 37 sièges, contre 10 à celle de Gaston FLOSSE et 2 à l'Alliance pour une démocratie nouvelle de M^{me} BOUTEAU. L'équilibre général de l'assemblée est alors favorable à l'UPLD. Une seconde motion de censure est adoptée le 18 février 2005 ; suite à laquelle M. TEMARU est élu président de la Polynésie le 3 mars 2005 avec 29 voix, mettant fin à une quasi année de crise.

L'usage qu'ont fait les édiles polynésiens de la motion de censure éclaire les risques de détournement des contrôles de censure. La première motion est en cela exemplaire, puisqu'une assemblée désigne deux présidents opposés sur des scores exactement symétriques, à quelques mois d'intervalle (et sans changement politique). La rationalisation de cette procédure est dès lors largement imparfaite, d'autant que l'exécutif ne dispose pas d'un droit de dissolution. Certes, cette prérogative existe, mais le président du Conseil exécutif n'a que la faculté de demander au président de la République de dissoudre¹³⁷⁵, celui-ci conservant, conformément au caractère unitaire et au respect de la souveraineté de l'État¹³⁷⁶, une entière liberté quant à la suite qu'il entend donner à la demande¹³⁷⁷. Une réforme du mode de scrutin, permettrait sans doute de parvenir à réduire les risques de dérives partisans. La seconde utilisation s'inscrit en revanche dans la logique du fonctionnement des institutions : de nouvelles élections ont eu lieu, il faut donc procéder à la désignation d'un exécutif bénéficiant d'une majorité qui le soutient. La motion de censure permet alors d'écarter un exécutif qui se refuse à quitter le pouvoir de lui-même¹³⁷⁸, coupant court à toutes dérives politiciennes et clientélistes.

¹³⁷² Le Conseil d'État n'a pas pu statuer sur ces recours, suite aux nombreux rebondissements qui ont suivis cette élection, CE, 10 décembre 2004, *M. FRITCH*, req. n° 268870 ; *RFDA* 2005.123, concl. DONNAT.

¹³⁷³ Bien que les deux motions aient été déposées en termes identiques, la censure s'est faite sur celle qui recueillait le moins de signatures (6 contre 23 pour la seconde), ce qui soulevait la question du respect du seuil de conseillers nécessaires pour le dépôt de ce type de texte. Le Conseil d'État a considéré que « le vote de l'assemblée, intervenu à l'issue de délibérations qui portaient sur les deux motions déposées, doit être regardé comme l'adoption d'une censure qui résultait des deux motions prises ensemble », CE, 10 décembre 2004, *M. TEMARU*, *Leb.* p. 452 ; *RFDA* 2005.123, concl. DONNAT.

¹³⁷⁴ CE, 15 novembre 2004, *Élections à l'assemblée de Polynésie française, circonscription des Îles-du-Vent – M. FLOSSE*, *Leb.* p. 426 ; *RFDA* 2005.115, concl. MITJAVILE.

¹³⁷⁵ Article 157, alinéa 2 de la loi du 27 février 2004, préc.

¹³⁷⁶ CAILLE (P.-O.), « Le Conseil d'État et la crise politique en Polynésie française », *RFDA*, 2005, p. 1120.

¹³⁷⁷ CE, 4 février 2005, *M. TEMARU*, *Leb.* p. 26 ; *AJDA* 2005.294 ; *RFDA* 2005.138, concl. MITJAVILE.

Bien qu'exceptionnelle la situation polynésienne révèle bien la politisation de assemblées locales ultramarines. On assiste ici à l'émergence de comportements de type parlementaire au niveau « régional » (directement infraétatique), dont rien n'interdit de penser qu'ils pourraient être étendus avec la même réussite au sein des conseils régionaux métropolitains. À défaut d'entreprendre une telle extension, le législateur a préféré adapter d'autres dispositions constitutionnelles, dans le but de rendre aux conseils régionaux une efficacité que les clivages partisans mal rationalisés leur ôtaient, celles-ci aboutissant tout de même *in fine* à une parlementarisation des assemblées locales.

2. LES EMPRUNTS AU RÉGIME PARLEMENTAIRE DANS LE FONCTIONNEMENT DES ORGANES LOCAUX : LA RECHERCHE DE L'EFFICACITÉ CONTRE LES CLIVAGES PARTISANS MAL RATIONALISÉS

Le législateur a du faire face pendant les années quatre-vingt dix aux difficultés de fonctionnement rencontrées par plusieurs conseils régionaux. Les assemblées régionales, alors désignées à la représentation proportionnelle dans le cadre départemental, étaient en effet composées de telle sorte qu'aucun groupe politique ne parvenait à obtenir la majorité absolue. En conséquence de quoi, le fonctionnement de ces institutions était chaotique. Arrivé au pouvoir en juin 1997, le gouvernement de Lionel JOSPIN souhaite réformer le mode de scrutin régional. Ne pouvant le faire avant les élections de mars 1998¹³⁷⁹, il procède à l'aménagement de certaines procédures censées rendre aux conseils régionaux leur efficacité lors du moment le plus crucial de leur fonctionnement : l'adoption du budget. La loi du 7 janvier 1998¹³⁸⁰ dans un premier temps, complétée par la loi du 19 janvier 1999, modifie sensiblement la législation budgétaire régionale, créant des mécanismes largement inspirés des articles 44 et 49 de la Constitution du 4 octobre 1958.

L'article L. 4311-1-1 du *Code général des collectivités territoriales* organisait¹³⁸¹ une procédure d'adoption du budget régional sans vote, à l'initiative du président du conseil régional qui lie alors son sort au texte. Face à l'impossibilité d'un conseil régional d'adopter un budget avant le 20 mars, ou le 30 avril l'année de son renouvellement, le président peut alors, dans les dix jours qui suivent le vote de rejet du budget, présenter un nouveau projet, réalisé sur la base du texte initial et approuvé par le bureau. Ce projet « est considéré comme adopté à moins qu'une motion de renvoi, présentée par la majorité absolue des membres du conseil régional, ne soit adoptée à la même majorité »¹³⁸². Elle doit être déposée dans les cinq jours suivant le dépôt de son projet par le

¹³⁷⁸ Pour une présentation détaillée, v. THIELLAY (J.-P.), « Le statut de la Polynésie française à l'épreuve d'un de crise », *AJDA*, 2005, pp. 868-872 et CAILLE (P.-O.), « Le Conseil d'État... », *op. cit.*, pp. 1117-1128.

¹³⁷⁹ Il est de tradition républicaine que l'on ne modifie pas un mode de scrutin durant l'année qui précède l'élection.

¹³⁸⁰ Loi n° 98-135 du 7 mars 1998 relative au fonctionnement des conseils régionaux, *JORF*, 8 mars 1998, n° 57, p. 3557.

¹³⁸¹ Cet article n'est plus en vigueur depuis 2004 ; la loi du 19 janvier 1999 prévoyait en effet que cette disposition serait abrogée à compter de la date du prochain renouvellement des conseils régionaux ; la réforme électorale, opérant une rationalisation des forces politiques, rend *a priori* cet outil sans intérêt.

président et comporte, outre un projet de budget alternatif, le nom du candidat aux fonctions de président et sa déclaration de politique générale¹³⁸³. Si la motion est adoptée, le budget alternatif entre en vigueur et le candidat à la présidence prend immédiatement ses fonctions. À défaut, le budget proposé par l'exécutif en place est considéré comme adopté, bien qu'il n'ait pas été formellement voté par les conseillers régionaux.

Les parlementaires opposés à cette procédure, estimant, de ce fait, que ce dispositif dessaisit l'organe délibérant de sa compétence et porte atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales, saisissent le Conseil constitutionnel. Celui-ci considère alors, au contraire, que prévoir une mesure dérogatoire pour pallier aux carences de la procédure de droit commun « loin de porter atteinte au principe de libre administration des collectivités locales [...] tend [...] à le rendre plus effectif »¹³⁸⁴. « Il était donc loisible au législateur, afin de prendre en compte les particularités de la composition des conseils régionaux résultant du mode de scrutin applicable à leur élection, de prévoir des modalités spécifiques d'adoption du budget régional lorsque ce dernier n'a pu être adopté au terme d'un vote »¹³⁸⁵. Le juge constitutionnel valide ici la philosophie de la réforme : la rationalisation de la procédure doit permettre un gain d'efficacité institutionnelle. Loin d'affaiblir la liberté d'administration, elle lui donne au contraire un second souffle. Le parallèle s'établit alors clairement avec les procédures de l'article 49, alinéa 3 de la Constitution de 1958 et de la défiance constructive allemande déjà mentionnées. Dans les trois cas, les tempéraments apportés à la compétence de l'organe délibérant n'ont qu'un seul but : éviter la paralysie des institutions, la démocratie passant aussi par l'efficacité institutionnelle.

Ceci est d'autant moins gênant que les risques de détournement de procédure ont été, dès la première tentative, encadrés par le juge administratif, puis par le législateur. L'article initial ne mentionnait pas l'exigence du caractère exprès du rejet du projet établi par le président, pour enclencher la procédure dérogatoire. Aussi, M. SAPIN, président de la région Centre, avait-il volontairement suspendu la séance du conseil régional afin d'éviter un « détricotage » de son projet par une multiplication des amendements sans

¹³⁸² Art. L. 4311-1-1 (CGCT).

¹³⁸³ La loi du 7 janvier 1998 crée l'obligation pour les candidats à la présidence d'une région de remettre « une déclaration écrite présentant les grandes orientations politiques, économiques et sociales de son action pour la durée de son mandat », (art. L. 4133-1 (CGCT), sans que cela donne lieu à débat – CE, Sect., 9 décembre 1998, *Élection du président du conseil régional Rhône-Alpes*, *Leb.* p. 457 ; *RFDA* 1999.595, concl. ARRIGHI DE CASANOVA ; *AJDA* 1999.135, chron. RAYNAUD, FOMBEUR, ni que cela signifie le caractère impératif du mandat du président de la région – CC, déc. n° 98-397 DC, v. note suivante). Cette obligation s'impose, également et dans les mêmes conditions, dans le cadre de la procédure de la motion de renvoi. Pour une critique de cette disposition, v. GUÉRARD (S.), « La démocratie locale en questions », *RDP*, 2004, p. 1306.

¹³⁸⁴ CC, déc. n° 98-397 DC, 6 mars 1998 (*Loi réformant le fonctionnement des conseils régionaux*), *Rec.* p. 186 ; *JORF* 8 mars 1998, p. 3558 ; *D.* 2000, somm.55, note ROUX ; *LPA* 1998(142).16, comm. VERPEAUX ; *RFDC* 1998.317, comm. ROUX ; *AJDA* 1998.308, note SCHOETTL. Considérant n° 12.

¹³⁸⁵ *Ibid.* Considérant n° 15.

cohérence politique. Le vote global du budget n'avait, de ce fait, pu intervenir avant la date butoir. Le président du conseil régional s'était alors senti autorisé à recourir à la procédure de l'article L. 4311-1-1 du *Code général des collectivités territoriales*. En réaction, l'opposition régionale avait saisi le juge administratif, au motif d'un détournement de procédure. Le Tribunal administratif d'Orléans valida cette conception, annulant le budget au motif que « le défaut d'adoption du budget à la date du 30 avril 1998 a résulté, non du rejet de celui-ci ou d'un quelconque obstacle à son adoption, mais de la seule décision du président de clore prématurément les débats afin de s'opposer aux options retenues par la majorité des conseillers régionaux dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés »¹³⁸⁶. La loi du 19 janvier 1999 confirme cette analyse, en mentionnant la nécessité d'un rejet formel du projet initial. On n'a jamais connu depuis de renversement d'un exécutif suite au dépôt d'un projet alternatif, l'opposition régionale n'ayant bien souvent pas le temps de préparer un contre-projet¹³⁸⁷.

Bien qu'adaptée d'une disposition constitutionnelle, la procédure d'adoption sans vote du budget régional conserve toutefois une dimension rationalisante, que l'on retrouve également dans l'adaptation de la procédure de l'article 44, alinéa 3 de la Constitution. L'article L. 4311-1 du *Code général des collectivités territoriales* a ainsi institué la possibilité pour le président du conseil régional de recourir à un vote bloqué. À l'issue de l'examen du budget primitif, il peut soumettre à un seul vote l'ensemble de son projet de budget modifié seulement par les amendements qu'il aura acceptés. Afin de parer à d'éventuels abus, deux conditions encadrent la liberté du président du conseil régional. Il doit tout d'abord consulter son bureau sur le choix des amendements. La procédure ne peut ensuite être mise en œuvre que pour trois délibérations budgétaires pendant le même exercice : une première fois lors de l'examen du budget primitif et deux fois à l'occasion de l'examen d'un budget modificatif. Le président ne peut de plus pas recourir à cette possibilité pour l'adoption du compte administratif. Si l'on peut voir dans ce dispositif, un instrument pertinent de l'exécutif pour éviter la dénaturation du projet de budget, les requérants ont souligné devant le Conseil constitutionnel qu'il aboutit « à un véritable dessaisissement de l'assemblée délibérante de son pouvoir de modifier, si elle le souhaite, les recettes ainsi que les crédits inscrits dans les chapitres ou les articles du projet de budget ». Le juge constitutionnel a au contraire considéré que « dès lors que le conseil régional est libre de rejeter le texte qui lui est soumis en application dudit article, le législateur n'a ni privé l'organe délibérant de la région d'attributions effectives, ni méconnu le principe du consentement des citoyens, par leurs représentants, aux charges publiques énoncé par l'article 14 de la Déclaration de 1789 »¹³⁸⁸. Comme pour la procédure du « 49-3 régional », l'efficacité semble être un des paramètres de la démocratie territoriale, confirmant le rapprochement avec le parlementarisme rationalisé. Cet aspect est peut-être plus prononcé encore pour la démocratie territoriale car le juge constitutionnel reste

¹³⁸⁶ TA Orléans, 9 juillet 1998, *Région Centre, Leb.* p. 637 ; *LPA* 1999(67).10, note JAN.

¹³⁸⁷ Sur ce point, v., à titre d'illustration, CORRESPONDANTS RÉGIONAUX, « Une fiscalité plutôt stable », *Le Monde* 14 mars 2002, p. 15.

¹³⁸⁸ CC, déc. n° 98-407 DC, préc.

influencé par une conception administrative des collectivités territoriales. L'adaptation du « 44-3 régional » a toutefois une véritable incidence politique, en ce qu'elle arme l'exécutif qui veut protéger son projet d'un « détricotage » par une assemblée d'avis contraire ; le président du conseil régional est renforcé dans sa fonction d'organe dynamique et dynamisant de la politique régionale. Ces deux exemples illustrent ainsi le processus de constitutionnalisation exogène opéré par le législateur afin de renforcer l'efficacité institutionnelle tout en respectant le pluralisme politique.

Ce processus de constitutionnalisation exogène n'est pas neutre quant au rôle des collectivités territoriales dans les systèmes juridique et politique. J.-M. PONTIER évoque, à ce propos, un phénomène de *valorisation – rebond*, à travers l'accroissement de l'importance politique des collectivités territoriales, alimentée par les emprunts au droit constitutionnel. « Le politique [sert] le droit, et ce dernier [provoque] cette dernière dans le domaine des collectivités locales »¹³⁸⁹, confirmant la position de la libre administration à la frontière des champs politique et juridique. Le processus de constitutionnalisation exogène, mis en lumière par J.-M. PONTIER, rend ainsi parfaitement compte de la participation de plus en plus marquée des collectivités territoriales à la concrétisation du pouvoir dans l'État. La puissance territoriale sort ainsi renforcée par les progrès de la démocratie locale ; la constitutionnalisation de sa mise en œuvre organique parachevant son inscription constitutionnelle préalable, dont elle tire les conséquences pratiques. De ce point de vue, la constitutionnalisation exogène participe à renforcer l'actualisation de la puissance territoriale, préalablement admise par le Constituant.

B. L'autonomie dans le fonctionnement des assemblées territoriales : la reconnaissance d'une véritable liberté politique contre la loi

La parlementarisation trouve une partie de ses fondements dans l'adaptation de mécanismes constitutionnels aux assemblées locales. Elle se nourrit également de la liberté qui est laissée à ces organes pour travailler et, donc, gérer les affaires de leurs compétences. La liberté reconnue dans ce cadre est d'autant plus réelle et valorisée par les tenants de l'autonomie locale qu'elle paraît se construire contre la puissance d'État. Le juge constitutionnel, saisi de l'obligation législative faite aux régions de rendre publiques les séances de leur commission permanente, a en effet posé, dans sa décision du 14 janvier 1999, les prémices constitutionnelles d'une autonomie organique des collectivités territoriales.

Dans le cadre de la future loi du 19 janvier 1999, le législateur se saisit d'une question qui fait grand bruit dans le landernau politique local depuis plusieurs années, à savoir le caractère public (ou non) des séances de la commission permanente des conseils régionaux. Le législateur entend en effet profiter de ce texte pour rendre caduque la position adoptée par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État en 1996. À cette occasion, la Haute juridiction administrative est saisie, par un conseiller régional d'opposition, de la légalité d'une délibération de la région Centre, en date du 26 juin 1992, dans laquelle le conseil régional, établissant son règlement intérieur, prévoyait que les séances de la commission permanente ne seraient pas publiques. Le Conseil d'État

¹³⁸⁹ PONTIER (J.-M.), « L'emprunt des techniques du droit constitutionnel... », *op. cit.*, p. 88.

donne alors raison au Conseil régional du Centre, en considérant que « la règle de la publicité des séances des délibérations des conseils généraux et régionaux [...] n'a pas été étendue [par le législateur] aux délibérations de la commission permanente de ces conseils ; qu'aucun principe de valeur législative n'impose une telle publicité alors même que la commission permanente qui constitue une émanation du conseil général ou du conseil régional peut exercer par délégation une partie des attributions du conseil dont elle est issue »¹³⁹⁰ ; il appartient donc au règlement intérieur de déterminer si les séances de la commission permanente sont publiques ou se déroulent à huis clos. Cette décision a été critiquée par une partie la doctrine pour laquelle il existait un principe général du droit de publicité des séances des assemblées délibérantes¹³⁹¹. Les critiques sont d'autant plus virulentes que les auteurs procèdent à une lecture holiste de la législation relative au fonctionnement des organes délibérants locaux. De ce point de vue, la promotion des règles de procédure est un tout : le renouveau des questions orales prend, par exemple, son sens dans la publicité des séances car il permet à la minorité de questionner les autorités locales sur leur gestion sous les yeux de toute la population. C'est ainsi la communauté de citoyens qui se retrouve à la maison commune pour que ses organes rendent compte de leur activité. Dans cette optique, il est certain que la publicité des séances de la commission permanente aurait été positive. Une autre partie de la doctrine a cependant trouvé des explications à la position du juge : celui-ci n'a pas voulu se faire législateur en comblant un vide juridique (trop) important. La commission permanente n'établit pas, de plus, de décisions définitives, il s'agit d'un simple organe de travail ; la publicité aurait peut-être envenimé les débats et nuit à leur qualité¹³⁹². Force est alors de constater que les régions, invoquant les raisons de sérénité des débats, prennent grand soin de préciser de façon expresse dans leur règlement intérieur le caractère non public des séances de la commission permanente¹³⁹³.

Le législateur de 1999, pour lutter contre les difficultés de fonctionnement des conseils régionaux¹³⁹⁴ avait prévu de revenir sur la position du juge administratif, en

¹³⁹⁰ CE, Ass., 18 décembre 1996, *Région Centre, Leb.* p. 495 ; *RFDA* 1997.496, concl. (contraires) STAHL ; *DA* 1997, n° 41 ; *RDP* 1998.1206, note MERLEY ; *GADD* 2^e éd., comm. n° 19.

¹³⁹¹ MERLEY (N.), « Note de jurisprudence. Les commissions permanentes des conseils généraux et régionaux doivent se réunir publiquement », *RDP*, 1998, p. 1206.

¹³⁹² Jean-Éric SCHOETTL précise ainsi qu'« eu égard au rôle qui est le sien dans la recherche de compromis d'intérêt général, les travaux de la commission permanente doivent pouvoir bénéficier de la plus grande sérénité, ce qui peut impliquer le huis clos de façon habituelle », « Note sous CC, 14 janvier 1999 », *AJDA*, 1999, p. 156.

¹³⁹³ À titre d'illustration, v. l'article 53 de la délibération n° 2004-0765 (séance du 26 avril 2004) du conseil régional d'Aquitaine, adoptant le règlement intérieur. Celui-ci dispose très clairement que « les séances de la commission permanente ne sont pas publiques ». Dans le même sens, v. l'article 3.8 de la délibération n° 04.00.185 (28 et 29 avril 2004) du conseil régional Rhône-Alpes

¹³⁹⁴ La loi du 19 janvier 1999 constitue en effet une réponse aux différentes crises de fonctionnement qu'ont traversé les conseils régionaux tout au long de l'année 1998, d'abord au moment de désigner leur exécutif, puis dans l'adoption de leur budget.

faisant de la publicité des séances de la commission permanente le principe de fonctionnement de ces organes régionaux¹³⁹⁵. Il recherche alors l'équilibre entre la promotion de la démocratie et les exigences de la délibération-débat. Tendancé à un compromis, cette disposition avait le mérite du pragmatisme. Le Conseil constitutionnel n'en a toutefois pas jugé ainsi et a censuré cet article, confirmant la position adoptée par le Conseil d'État. Le juge constitutionnel a considéré, en l'espèce, « 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 »¹³⁹⁶. Le juge constitutionnel semble ainsi fonder la compétence de l'assemblée locale d'édicter son règlement intérieur et ses modalités d'organisation directement sur l'article 72 de la Constitution prolongeant sa jurisprudence en la matière. Il contrôle en effet habituellement que le législateur n'a pas porté une atteinte excessive au principe de libre administration des collectivités territoriales, « [vérifiant] ainsi la proportionnalité entre ces limitations et les objectifs poursuivis par le législateur. Selon cette jurisprudence, il détermine au cas par cas les limites de l'intervention du législateur, mais en aucun cas il ne l'exclut »¹³⁹⁷. De ce point de vue, la décision n° 98-407 DC apparaît nouvelle, en ce qu'elle écarte toute intervention du législateur dans ce domaine. Le Conseil constitutionnel semble donc reconnaître, non seulement une compétence propre des collectivités territoriales en matière institutionnelle, mais surtout un véritable « droit constitutionnel à régir leur fonctionnement, excluant de surcroît l'intervention du législateur lui-même »¹³⁹⁸. Or, et ainsi que le relève Laetitia JANICOT, adopter une telle position ne va pas sans soulever plusieurs difficultés. On ne peut que la suivre lorsqu'elle estime difficile d'adopter le point de vue développé par F.-P. et J. BÉNOIT, pour qui, le juge constitutionnel a reconnu « un pouvoir exclusif [au profit des assemblées locales] qui interdit l'intervention du législateur, c'est-à-dire un pouvoir réglementaire autonome »¹³⁹⁹. L'admission d'un tel pouvoir réglementaire autonome soulève, toujours selon L. JANICOT, trois séries de critiques. Elle paraît méconnaître la jurisprudence constitutionnelle selon laquelle le pouvoir réglementaire n'est ni général, ni autonome, le monopole du pouvoir réglementaire en faveur du Premier ministre et le fait que la libre administration des collectivités territoriales s'effectue dans les conditions prévues par la loi. En s'appuyant sur ces points, cet auteur

¹³⁹⁵ L'article 24 du projet du gouvernement envisage ainsi que « les séances de la commission permanente sont publiques. Néanmoins sur la demande de cinq membres ou du président du conseil régional, la commission peut décider, sans débat, à la majorité absolue des membres présents ou représentés, qu'elle se réunit à huis clos ».

¹³⁹⁶ CC déc. n° 98-407 DC, préc., considérant n° 26. Nous soulignons.

¹³⁹⁷ JANICOT (L.), *Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales*, Thèse, Paris II, 2002 (dactylo), p. 469.

¹³⁹⁸ BÉNOIT (F.-P.), BÉNOIT (J.), « Le règlement intérieur du conseil municipal », *Répertoire Dalloz des collectivités territoriales*, 1999-3, p. 343-12, n° 47.

¹³⁹⁹ *Ibid.*, p. 343-11, n° 46.

exclut l'hypothèse de la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire autonome. Il faut donc rattacher cette compétence à la loi. Elle estime ensuite que l'intervention du législateur ne peut être complètement exclue, car les règles de fonctionnement des assemblées locales doivent respecter les dispositions légales. Elle propose donc de rattacher cette compétence à la clause générale de compétence, qui invite la collectivité à prendre en charge toutes les affaires de son intérêt. « Le pouvoir de fixer seul les règles relatives à la publicité des séances des commissions permanentes ne semble donc pas relever d'un pouvoir réglementaire autonome mais bien d'un pouvoir réglementaire d'application des lois »¹⁴⁰⁰ ; les règles de fonctionnement se partageraient donc entre le législateur et les autorités locales.

Le raisonnement de L. JANICOT ne nous convainc pas complètement. Les arguments sur lesquels elle fonde l'impossibilité du caractère autonome du pouvoir ainsi reconnu aux collectivités territoriales sont, pour deux d'entre eux, discutables. Le monopole du pouvoir réglementaire par le Premier ministre ne semble pas jouer dans ce cas. Le Conseil constitutionnel a en effet admis que le législateur puisse doter une autorité administrative indépendante d'un pouvoir réglementaire, sans que cela porte atteinte à la compétence primoministérielle¹⁴⁰¹. Le juge constitutionnel avait considéré que si les articles 22, 27 et 37, alinéa 2 de la Constitution « confèrent au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national ; [...] elles ne font cependant pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre, le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre une loi ». On peut donc envisager que les collectivités territoriales soient également dotées d'un tel pouvoir, sans que cela porte atteinte à la compétence du Premier ministre¹⁴⁰². Ensuite, si les collectivités territoriales s'administrent dans les conditions prévues par la loi, faut-il pour autant considérer que la loi épuise les modalités de la libre administration ? Nous ne le croyons pas. La libre administration des collectivités territoriales est l'expression d'un pouvoir originaire, tirant directement sa portée de la volonté du souverain incarnée dans la Constitution. La liberté locale a ainsi une valeur constitutionnelle ; elle peut donc servir de fondement à une capacité d'action des collectivités territoriales, même si celle-ci doit être précisée par la loi. La position du juge constitutionnel conduit à admettre que le principe de libre administration des collectivités territoriales est bien une *réserve de puissance*, fondant la capacité de la collectivité d'organiser les travaux d'un de ses organes.

Une fois parvenu à ce point et si l'on veut envisager les modalités des interventions respectives des collectivités territoriales et du législateur dans la détermination des règles

¹⁴⁰⁰ JANICOT (L.), *Les droits des élus, membres...*, op. cit., p. 471.

¹⁴⁰¹ CC, déc. n° 86-217 DC, 18 septembre 1986 (*Loi relative à la liberté de communication*), Rec. p. 141 ; RJC p. I-283 ; JORF 19 septembre 1986, p. 11294 ; RA 1986.454, obs. ÉTIEN ; D. 1987.somm.381, MAISL ; AJDA 1987.102, note WACHSMANN ; AIJC 1986.430, chron. GENEVOIS ; RDP 1989.399, chron. FAVOREU.

¹⁴⁰² En ce sens, v. FRIER (P.-L.), « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », AJDA, 2003, p. 561.

de fonctionnement des organes délibérants locaux, il semble nécessaire de raisonner en deux étapes. Dans un premier temps, les collectivités territoriales jouissent d'une capacité d'organisation propre, protégée par le juge constitutionnel. Inhérente à la notion de libre administration des collectivités territoriales, elle touche aux éléments essentiels du fonctionnement des organes locaux, et tend à les protéger des empiètements de la puissance d'État. Dans ce cadre, les collectivités territoriales peuvent pleinement jouir d'une autonomie contre la loi (la libre administration équivalent à une réserve de pouvoir admise dans la Constitution). Dans un second mouvement, afin d'organiser la démocratie locale et de garantir l'égalité des citoyens, le législateur est amené à préciser les conditions minimales de la démocratie locale, communes à l'ensemble des collectivités territoriales (comprises cette fois, selon une conception holiste, comme des cadres de la démocratie politique). Il encadre alors l'autonomie locale, les collectivités territoriales ne pouvant intervenir qu'en application de la loi. Les perspectives ouvertes par ces deux axes sont donc extrêmement différentes et expliquent les fluctuations constatées dans la jurisprudence constitutionnelle. Il paraît néanmoins possible, sur le fondement de la décision n° 98-407 DC, d'admettre l'existence d'une liberté organique, fondée sur la Constitution, contre la loi, en ce sens qu'en ces domaines le juge constitutionnel vérifie non pas que le législateur ait épuisé sa compétence, mais, qu'au contraire, il ait laissé intacte celle des collectivités territoriales, constitutionnellement définie. Cette interprétation ne doit toutefois pas être trop étendue, aucune décision ultérieure n'étant venue infirmer ou confirmer ce point.

La parlementarisation participe à la promotion et au renforcement de la libre administration des collectivités territoriales, en ce qu'elle permet son expression pleine et entière. En retour, cette dernière soutient la première à travers la protection d'une capacité d'auto organisation reconnue, encore timidement, par le Conseil constitutionnel. Portée par une dynamique commune d'admission et d'organisation de la démocratie pluraliste à l'échelon local, ces deux notions favorisent une expression démocratique différenciée du pouvoir dans l'État. En ce sens, « le principe de libre administration pousse (ou tire...) vers la démocratie, tout au moins une certaine forme de démocratie que l'on qualifiera, en simplifiant, d'anglo-saxonne, dans la mesure où sa dynamique interne le porte à admettre la pluralité, la diversité, des variations de structures et de régime selon les catégories de collectivités et même le type de collectivité »¹⁴⁰³. La puissance territoriale y trouve alors une source de légitimation substantielle, en ce qu'elle met en avant la dimension politique du pouvoir territorial, conformément à son caractère originaire et au procès d'unification du champ de la démocratie politique.

Ces premières conclusions sont confirmées par l'analyse de la place réservée aux membres des organes délibérants locaux.

Paragraphe 2. L'élu local, acteur de la parlementarisation : de l'administration à la représentation

L'élu local constitue l'atome de base de la parlementarisation des assemblées locales, dont il est l'acteur principal. Le juge administratif ne s'y trompe d'ailleurs pas, puisque son

¹⁴⁰³ PONTIER (J.-M.), « L'emprunt des techniques du droit constitutionnel... », *op. cit.*, p. 91.

contrôle veille toujours à préserver les prérogatives individuelles face au fonctionnement des institutions. Réminiscence de la décentralisation administrative¹⁴⁰⁴, cette conception cède toutefois progressivement, laissant apparaître l'élu davantage que l'administrateur : le conseiller territorial, à l'instar du parlementaire, jouit alors de droits individuels que son appartenance à un groupe ne peut annihiler, l'organisation collective devant nécessairement les prendre en compte et les respecter. L'effort et la difficulté de la parlementarisation, envisagée à l'aune de la place de l'élu local, vont alors résider dans le délicat agencement entre promotion du pluralisme partisan et respect des droits et prérogatives individuels. On peut, dès lors, considérer le rapport du conseiller territorial à l'organe délibérant et, par voie d'extension, à la parlementarisation de celui-ci, de deux façons.

D'un point de vue collectif, l'élu local, regroupé avec ses collègues dans des groupes politiques, est doté des moyens matériels nécessaires à son travail. Cette appartenance ne doit néanmoins pas conduire à une restriction de sa liberté et de ses droits individuels **(A.)**.

D'un point de vue individuel, l'élu local est progressivement doté de droits constitutionnellement protégés, censés lui permettre de mieux remplir sa fonction. En cela, son statut s'aligne progressivement, mais toujours incomplètement, sur celui des parlementaires. Il semble alors se dessiner un ensemble de droits communs à tous les élus politiques **(B.)**.

A. La prise en compte collective de l'élu local dans le fonctionnement de l'organe délibérant local : l'institutionnalisation limitée du pluralisme politique

L'organisation de la vie politique des organes délibérants locaux repose sur la nécessaire prise en compte du pluralisme partisan. Celle-ci se concrétise dans l'admission de la création de groupes d'élus selon leurs affinités idéologiques **(1.)**.

Cette organisation interne du pluralisme politique ne doit toutefois pas conduire la collectivité territoriale à sortir de sa neutralité. Les aides à ces groupes sont ainsi extrêmement encadrées, afin d'assurer un véritable équilibre démocratique **(2.)**.

1. LES GROUPES D'ÉLUS DANS LE FONCTIONNEMENT DES ORGANES DÉLIBÉRANTS : L'ORGANISATION DU PLURALISME POLITIQUE DANS LES STRUCTURES TERRITORIALES

La diversité des courants d'idées et d'opinions est prise en considération, dans le fonctionnement des organes délibérants, à deux niveaux principaux : les groupes d'élus sont ainsi reconnus au sein des assemblées locales qui peuvent en déterminer les conditions de création et de travail, sans que cela signifie toutefois leur complet alignement sur les assemblées parlementaires **(a.)**.

¹⁴⁰⁴ En ce sens que les élus locaux, faisant œuvre d'administrateurs, n'avaient pas à être collectivement pris en compte, en fonction de leurs affinités politiques et partisans. La collectivité territoriale – structure administrative était nécessairement *a-partisane* puisqu'elle visait exclusivement à remplir les fonctions qui lui étaient attribuées par l'État et, accessoirement, à gérer ses affaires propres (strictement entendues).

PARTIE II. LA MISE EN ŒUVRE DU POUVOIR LOCAL, D'UNE LIBERTÉ TOLÉRÉE À UNE RÉSERVE DE PUISSANCE, MODALITÉ SECONDE DE L'ACTION PUBLIQUE

La représentation proportionnelle s'applique ensuite pour la désignation des délégués dans les commissions municipales et les organismes auxquels la collectivité territoriale participe, confirmant l'institutionnalisation territoriale du pluralisme politique (b.).

La reconnaissance limitée des groupes politiques au sein des organes locaux : le maintien d'une certaine administrativité de l'organe territorial

Le règlement intérieur, expression de la liberté corporative et politique territoriale, est un moyen de la collectivité pour régler la vie de l'organe délibérant¹⁴⁰⁵ ; ce faisant, l'organe concerné a la possibilité de clarifier les rapports entre majorité et minorité. Le règlement intérieur est alors interprété comme un moyen d'encadrer le pouvoir de la majorité, afin de couper court au désormais obsolète « vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaire ». En cela, l'alignement avec le droit parlementaire et le rôle que joue chaque règlement d'assemblée est patent¹⁴⁰⁶. Le règlement intérieur d'une collectivité territoriale est ainsi un texte au cœur du débat politique, puisque c'est de lui que va en grande partie dépendre la prise en compte partisane dans le fonctionnement de l'organe délibérant. Dans ce cadre, et toujours selon la perspective mimétique d'une commune parlementarisation des organes délibérants de l'État et des collectivités territoriales, la question du nombre d'élus nécessaires pour créer un groupe a été posée. Si l'on connaît l'importance des groupes d'élus dans le fonctionnement des deux Chambres parlementaires, les groupes politiques, membres des assemblées locales, sont quant à eux longtemps restés informels. La loi ne détermine d'ailleurs pas leurs conditions de création, laissant aux collectivités territoriales la liberté d'organiser leurs travaux.

La question s'est alors posée de savoir si un règlement intérieur pouvait prévoir un seuil minimal de composition des groupes d'élus, comme c'est le cas pour les assemblées parlementaires¹⁴⁰⁷. La première réponse a été fournie par le juge administratif alsacien en 1997, à propos d'une délibération de la ville de Metz. Le règlement intérieur du conseil municipal de la ville de Metz, adopté après les élections de 1995, prévoyait dans son article 13 un seuil de quatre élus afin de constituer un groupe au sein du conseil. Le Tribunal administratif de Strasbourg, saisi par Jean-Louis MASSON, conseiller municipal d'opposition afin d'annuler le règlement intérieur, suit le requérant et considère que les dispositions légales, « eu égard à l'intention du législateur de permettre, dans le cadre de la démocratisation de la vie locale, à l'ensemble des minorités politiques d'exercer, dans les assemblées en cause, les droits à l'expression et à l'information qui leur sont reconnus par la loi, ne peuvent être regardées comme ayant eu pour objet de permettre l'instauration d'un seuil pour la constitution des groupes d'élus qu'elles prévoient et de conditionner l'octroi de moyens matériels et en personnels, à ces groupes, au

¹⁴⁰⁵ Pour une interprétation du règlement à l'aune de la théorie corporative, v. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre 1, Section II, Paragraphe 1, B, 1.

¹⁴⁰⁶ CAMBY (J.-P.), « Le droit parlementaire, droit de la minorité ? », in *Mélanges P. AVRIL, La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 419-434.

¹⁴⁰⁷ Les seuils sont fixés à 20 députés à l'Assemblée nationale et 15 membres au Sénat.

dépassement de ce seuil »¹⁴⁰⁸. Il annule donc le règlement intérieur du conseil municipal messin. Face à cette décision contraire, la ville de Metz interjette appel ; la Cour administrative d'appel de Nancy se prononce sur la question dans un jugement du 4 juin 1998¹⁴⁰⁹.

Le raisonnement de la Cour de Nancy se développe en deux temps et fait apparaître une subtilité qui avait échappé au Tribunal administratif de Strasbourg. La Cour administrative d'appel considère dans un premier temps que « le conseil municipal d'une ville de plus de 100 000 habitants peut, lors de l'adoption de son règlement intérieur, décider, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que *les groupes d'élus municipaux [...] doivent comporter un effectif minimal de conseillers municipaux* ; qu'une telle exigence ne porte, par elle-même, atteinte ni à la liberté d'information et d'expression, ni aux droits et prérogatives particulières qu'à titre individuel les élus qui ne font pas partie d'un groupe tiennent de leur qualité de membre de l'assemblée municipale »¹⁴¹⁰ ; c'est donc à tort que le Tribunal administratif de Strasbourg a annulé le règlement intérieur du conseil municipal de la ville. Selon la Cour administrative d'appel, il est ainsi loisible, dans le respect des principes généraux d'information et de liberté d'expression des conseillers municipaux, à une assemblée locale de fixer un seuil minimal pour former un groupe d'élus. La Cour de Nancy sera suivie sur ce point par le Tribunal administratif de Lille quelques mois plus tard¹⁴¹¹. Les assemblées locales peuvent donc fixer un seuil minimal nécessaire à la constitution des groupes d'élus qui les composent ; ce qui semble rapprocher leur fonctionnement de celui des assemblées parlementaires. Dans un second temps, après avoir déterminé ce principe général d'autorisation, la Cour de Nancy envisage un second point du règlement intérieur en cause, point que n'avait pas pris en compte le Tribunal administratif. Le second alinéa de l'article 13 du règlement intérieur du conseil municipal de Metz prévoit que les conseillers municipaux qui n'appartiennent, ni ne sont rattachés à aucun groupe forment une « réunion administrative », équivalent local du « groupe des non inscrits » au Parlement. Cette « réunion administrative », potentielle auberge espagnole, doit élire un représentant, qui sera habilité à s'exprimer en son nom lors des réunions du conseil municipal. Or, selon le juge administratif, « une telle disposition, qui subordonne le droit à l'expression de

¹⁴⁰⁸ TA Strasbourg, 20 août 1997, *MASSON c/ Ville de Metz*, *Leb.* p. 599.

¹⁴⁰⁹ CAA Nancy, 4 juin 1998, *Ville de Metz c./ J.-L. MASSON*, req. n° 97NC02102 ; *DA* 1998, n° 300 ; *AJDA* 1998.885, note B. S. ; *LPA*, 1^{er} mars 1999, n° 42, note ALLEMAND ; *RGCT* 1999(3).12, concl. VINCENT.

¹⁴¹⁰ *Ibid.* Nous soulignons.

¹⁴¹¹ « Le conseil de la communauté urbaine de Dunkerque a, au cours de sa séance du 28 mars 1996, décidé des modalités d'octroi aux groupes de délégués de moyens en personnel et matériel et d'un avenant au règlement intérieur y introduisant les conditions de constitution des groupes, en fixant, entre autres, le seuil minimal à trois personnes ». En l'espèce, le Tribunal administratif de Lille considère qu'« aucune disposition du mécanisme législatif [...] ne s'oppose à ce que le conseil de la Communauté [...] retienne un seuil minimal nécessaire à la reconnaissance d'un groupe », TA Lille, 26 novembre 1998, *M. EYMERY c/ Communauté urbaine de Dunkerque*, *T.* p. 788 ; *AJDA* 1999.359, note CÉLÉRIER. Pour les conseils régionaux, position identique, v. TA Paris, 26 mars 1999, *MAME*, req. n°9808831/4 ; *DA* 1999, n° 126.

conseillers municipaux qui peuvent être de sensibilités politiques différentes, voire antinomiques, au regroupement de ceux-ci dans une même "réunion administrative" représentée par un seul délégué, porte atteinte aux droits et prérogatives des conseillers municipaux qui ne font pas partie d'un groupe déterminé »¹⁴¹². Il censure donc cette disposition.

Finalement, il ressort de cette décision un alignement incomplet de assemblées locales sur le modèle parlementaire ; les groupes d'élus, incarnations des partis politiques au sein de l'assemblée locale, n'ont qu'une fonction d'agrégation des intérêts et de rouage administratif. Ils servent uniquement à améliorer le fonctionnement de l'assemblée. Il est d'ailleurs intéressant de noter que les prérogatives du groupe ne doivent pas entraver celles de l'élu local en tant que personne. La Cour administrative d'appel de Nancy vérifie ainsi la légalité de l'article 13 du règlement intérieur du conseil municipal de Metz à l'aune de ce principe, qui revient dans les deux considérants, une fois intact, l'autre fois entravé, ce qui a pour conséquence l'annulation de la disposition.

Le législateur accepte et organise ainsi progressivement le pluralisme partisan au sein des organes délibérants locaux ; il procède toutefois simultanément à l'encadrement de ses conséquences afin de protéger les membres des organes délibérants locaux. On retrouve une logique similaire à l'œuvre dans le cadre de la composition des commissions locales : si le pluralisme est accepté et organisé, il est concilié avec la volonté de la population.

L'application de la représentation proportionnelle pour la composition des commissions locales assure une expression réelle mais encadrée du pluralisme politique

Les assemblées locales peuvent former, au cours de chaque séance, des commissions chargées d'étudier les questions soumises au conseil. Ces commissions se réunissent sous la présidence de l'exécutif local ; leur composition « doit respecter le principe de la représentation proportionnelle pour permettre l'expression pluraliste des élus au sein de l'assemblée »¹⁴¹³. Si le cas des communes ne soulève aucune difficulté, l'application de ce principe aux conseils généraux et régionaux soulève, quant à elle, quelques interrogations. Si elle est explicitement obligatoire pour la désignation des membres des commissions permanentes des départements et régions¹⁴¹⁴, son application aux commissions de travail est discutable. Il est d'ailleurs une partie de la doctrine qui estime que ce principe ne s'applique pas¹⁴¹⁵ ; aussi paraît-il nécessaire d'envisager ce point. La procédure de formation des commissions dans les départements et régions est réglée par les articles L. 3121-22 et L. 4132-21 (CGCT), qui sont construits de façon similaire, à une nuance près. Le premier dispose qu'« après l'élection de sa

¹⁴¹² CAA Nancy, 4 juin 1998, *Ville de Metz c./ MASSON...*, préc.

¹⁴¹³ Pour les communes de plus de 3 500 habitants, art. L. 2121-22, al. 3 (CGCT). Pour une application jurisprudentielle, v., notamment, CAA Versailles, 23 juin 2005, *Commune de Rambouillet*, req. n° 03VE02988.

¹⁴¹⁴ Pour les conseils généraux et les conseils régionaux, respectivement, art. L. 3122-5 (CGCT) et art. L. 4133-5 (CGCT).

¹⁴¹⁵ En ce sens, MULLER-QUOY (I.), *Le droit des assemblées locales*, op. cit., p. 46.

commission permanente dans les conditions prévues à l'article L. 3122-5, le conseil général peut former ses commissions et procéder à la désignation de ces membres [...] pour siéger au sein d'organismes extérieurs » tandis que l'article L. 4132-21 (CGCT) énonce qu'« après l'élection de sa commission permanente, dans les conditions prévues à l'article L. 4133-5, le conseil régional peut former ses commissions et procéder à la désignation de ces membres [...] pour siéger au sein d'organismes extérieurs ». La rédaction de la disposition relative aux départements paraît les laisser libres de recourir aux modalités de désignation qu'ils souhaitent. Au contraire, l'ajout d'une virgule dans l'article L. 4132-21 (CGCT) modifie la fonction grammaticale du renvoi à l'article L. 4133-5 (CGCT) ; celui-ci ne se rapporte alors plus au groupe nominal « commission permanente », mais bien à l'action qu'il précède, c'est-à-dire la formation des commissions et la désignation des délégués aux organes extérieurs. Cette variation rédactionnelle semble ainsi différencier les départements des régions, en appliquant le principe de la représentation proportionnelle aux seules structures régionales. Certains éléments peuvent toutefois inciter à ne voir dans cette différence qu'une maladresse du législateur. Ces dispositions sont en effet toutes les deux tirées de la loi du 2 mars 1982, portée par une logique d'assimilation des modalités de fonctionnement des différents organes délibérants locaux. On imagine donc mal une différenciation aussi subtile que l'adjonction d'une virgule pour les seules régions. Le juge administratif a de plus considéré qu'aucune disposition n'imposait au conseil régional de recourir à la représentation proportionnelle dans la désignation de ses délégués dans les organismes extérieurs¹⁴¹⁶. La Cour administrative d'appel ampute toutefois, dans cet arrêt, la disposition à laquelle elle se réfère, puisqu'elle ne mentionne pas la partie entre virgule « , dans les conditions prévues à l'article L. 4132-11, ». Elle modifie dès lors substantiellement le sens de la disposition invoquée, ce qui empêche de se rallier à une position qui semble constituer une erreur de droit. Il est donc impossible de trancher ce point. L'interprétation littérale, renforcée par la volonté du législateur et la réalité politique des organes délibérants locaux, invitent à penser que le principe de la représentation proportionnelle s'applique également aux régions. Il n'y a, d'ailleurs, à notre connaissance, aucune région dont les commissions ne soient pas composées selon ce mécanisme. En revanche, la situation des conseils généraux est plus discutable, puisqu'il manque une virgule !

Le recours à la représentation proportionnelle pour l'ensemble des collectivités territoriales, dans l'hypothèse de la création d'une mission d'information et d'évaluation¹⁴¹⁷, invite toutefois à penser que l'erreur de rédaction, si erreur il y a, se trouve dans l'article L. 3121-24 (CGCT), et non dans la disposition relative aux conseils régionaux. Il faut, si l'on estime qu'il n'y a pas d'erreur, constater la maladresse du législateur et le manque de cohérence à appliquer la représentation proportionnelle à deux collectivités sur trois, pour les commissions de travail alors qu'il recourt à ce procédé pour l'ensemble des collectivités territoriales dans l'hypothèse des missions d'information et d'évaluation.

¹⁴¹⁶ CAA Douai, 11 juillet 2000, *Conseil régional de Picardie*, req. n° 96DA02191.

¹⁴¹⁷ Pour les communes, art. L. 2121-22-1 (CGCT) ; pour les départements, art. L. 3121-22-1 (CGCT) ; pour les régions, art. L. 4132-21-1 (CGCT).

C'est pourquoi il semble possible de conclure ce point en estimant que l'expression du pluralisme partisan paraît respectée non seulement au sein de l'assemblée locale, mais également dans les organes qui en émanent. Ceci renforce le poids des associations politiques dans les assemblées locales des grandes collectivités territoriales et participent de l'alignement de ces organes sur les assemblées parlementaires. Le poids des associations partisans connaît toutefois un tempérament important : le juge administratif protège en effet l'équilibre politique résultant directement de l'expression du peuple contre les conséquences institutionnelles des changements de l'équilibre partisan au sein de l'organe délibérant local. De ce point de vue, une décision du Tribunal administratif de Nice peut être rapportée ; elle éclaire en effet nettement la position du juge administratif à travers l'exemple de la transcription dans la composition des commissions permanentes, des évolutions de la répartition des forces partisans présentes à l'assemblée locale.

Le Tribunal administratif de Nice était saisi de la question de savoir si un conseil municipal peut modifier la composition des commissions municipales permanentes en cours de mandat. Sans entrer dans le détail de l'espèce, il faut simplement mentionner que l'équilibre politique initial du conseil municipal de Nice se trouve modifié par le « transfert » de plusieurs conseillers d'opposition vers la majorité du conseil. Fort de ce bouleversement, l'exécutif propose de revoir la composition des commissions municipales afin de les mettre en phase avec le nouvel équilibre partisan. Bien que la liste d'opposition, saignée par l'ensemble de ces départs, s'oppose à une telle modification, le conseil municipal procède tout de même à la mise à jour souhaitée par l'exécutif et c'est cette délibération que conteste devant le juge administratif M. BARÉTY (*leader* de la liste d'opposition). Le juge administratif se trouve face à une alternative : accepter que les modifications de l'équilibre partisan dans l'organe délibérant se répercutent sur la composition des commissions permanentes ou prendre acte du résultat du scrutin et estimer que c'est l'expression directe de la population à ce moment là qui doit prévaloir pour la composition des commissions municipales permanentes. Après avoir rappelé les principes de composition des commissions, le Tribunal administratif de Nice considère que « ces dispositions font obligation au conseil municipal, pour la désignation des membres des commissions municipales, lorsqu'elles ont un caractère permanent, comme en l'espèce, de respecter le principe de représentation proportionnelle ; *que cette représentativité doit s'apprécier au regard du résultat du scrutin des élections municipales et donc des listes soumises au suffrage des électeurs lesquelles demeurent intangibles pendant toute la durée du mandat du conseil municipal* »¹⁴¹⁸, que, par suite, la mise à jour à laquelle a procédé le conseil municipal de Nice est illégale. Le juge administratif fait donc triompher la volonté initiale du peuple, de la population de la commune sur les variations partisans de l'organe représentatif. L'intérêt partisan semble, en l'espèce, céder face à l'intérêt communal et la volonté des électeurs. Il y a là une volonté affichée du juge administratif de limiter les tendances majoritaires (voire majoritaristes) de forces politiques aux affaires dans la commune. Le mode de scrutin municipal avantage fortement la liste victorieuse de l'élection, en réduisant à très peu de personnes l'opposition municipale¹⁴¹⁹ et il apparaît fondé, dans un souci démocratique, que le juge

¹⁴¹⁸ TA Nice, 3 février 2000, *BARÉTY et autres*, req. n° 983522 ; *RFDA* 2000, pp. 803-807, note VERPEAUX. Nous soulignons. Cette décision a été confirmée en appel (CAA Marseille, 31 décembre 2003, *Ville de Nice*, T. p. 676).

défende des minorités déjà largement marginalisées. Ce faisant, il fait prévaloir la volonté (initiale) de la population sur les évolutions (secondaires) de l'équilibre partisan, validant doublement le rattachement à la souveraineté populaire comme prisme pour appréhender le fonctionnement de la démocratie locale. « Cette présentation [si l'on reprend *mutatis mutandis* les écrits de Philippe BLACHÈR relatifs au juge constitutionnel] insiste sur l'émergence d'un écart, produit par la jurisprudence [en l'espèce, administrative], entre la volonté des représentants et la volonté du peuple »¹⁴²⁰. Le juge administratif se donne alors à voir, à l'instar du juge constitutionnel¹⁴²¹, comme le représentant (et le garant) juridictionnel de la volonté de la population originaire face aux contingences partisans¹⁴²². La position du juge administratif ne vaut toutefois que pour l'évolution de la composition des commissions permanentes (comme il le précise lui-même dans le considérant précité) ; cette solution ne s'appliquerait sans doute pas dans le cas d'une commission extra municipale ou d'une mission d'enquête. On ne peut toutefois être catégorique quant à la réponse apportée à ce problème, inédit devant le juge administratif. La position du juge inscrit néanmoins les collectivités territoriales dans le mouvement d'ensemble de protection et d'affirmation du pluralisme des courants d'opinion et de pensées, propres à la démocratie politique.

Les groupes d'élus, bien que simples rouages, se voient parallèlement doter de moyens collectifs qu'ils doivent mettre au service de leurs membres et de l'assemblée.

2. L'AUTORISATION DES MOYENS MATÉRIELS, L'INTERDICTION DES SUBVENTIONS : LES LIMITES À L'EXPRESSION DU PLURALISME POLITIQUE DANS LES STRUCTURES

¹⁴¹⁹ En ce sens, on peut opposer le scrutin municipal (scrutin majoritaire à pondération proportionnelle) au scrutin régional (scrutin proportionnel à pondération majoritaire). Ce dernier laisse une importance plus marquée aux forces d'opposition alors que le premier les réduit bien souvent à moins d'un quart des sièges, les cantonnant à une opposition de principe.

¹⁴²⁰ BLACHÈR (P.), *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale...*, *op. cit.*, p. 194.

¹⁴²¹ Dans la décision n° 81-132 DC, le Conseil constitutionnel contrôle la loi de nationalisation à l'aune de la position adoptée par le peuple lors des référendums du 5 mai 1946, du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958. Le juge constitutionnel fait ainsi prévaloir la position exprimée directement par le peuple sur la volonté de ses représentants. CC, déc. n° 81-132 DC, 16 janvier 1982 (*Loi de nationalisation*), *Rec.* p. 18 ; *RJC* p. I-104 ; *Pouvoirs* 1982(21).191, chron. AVRIL, GICQUEL ; *GP* 1981.doct.448, note CHARTIER ; *RDP* 1982.377, chron. FAVOREU ; *D.* 1983.I.169, note HAMON ; *D.* 1983.chron.79, JLB, JCB ; *JCP* 1982.II.19788, note NGUYEN VINH, FRANCK ; *AJDA* 1982.209, comm. RIVÉRO ; *D.* 1983.chron.105, SAVY ; *RA* 1982.153, note VILLIERS ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd., t. 1, comm. n° 1 ; *GDCC* 11^e éd., comm. n° 31. Considérants n° 13 à 20, particulièrement 14 et 15.

¹⁴²² Conformément en cela à la logique du contrôle de constitutionnalité développée par les fédéralistes américains de 1787-1788 : « on ne peut guère supposer que la Constitution entende donner aux Représentants du peuple le droit de substituer leur *volonté* à celle de leurs commettants. Il est bien plus rationnel de supposer que les tribunaux ont été désignés pour être un Corps intermédiaire entre le peuple et la législature, à l'effet, entre autres choses, de maintenir la dernière dans les bornes assignées à son autorité », faisant du juge le gardien de la volonté du Constituant (donc du peuple originaire), HAMILTON (A.), *Le Fédéraliste*, n° LXXVIII, 1788, reproduit in HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le Fédéraliste*, Paris, Economica, 1988 (Trad. Gaston JÈZE ; Préface d'André TUNC), pp. 644-654, part. pp. 649-650. Sur « le Conseil constitutionnel comme représentant du "peuple constituant" », v. BLACHÈR (P.), *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale...*, *op. cit.*, pp. 185-195.

TERRITORIALES

L'attribution des moyens matériels nécessaires au bon travail de leurs membres s'impose aux organes délibérants des communes de plus de 3 500 habitants. Il convient toutefois de distinguer entre les communes de 100 000 habitants et plus et celles dont la population varie entre 3 500 et 99 999 habitants. Pour ces dernières, l'attribution des moyens matériels est organisée en faveur des « *conseillers* n'appartenant pas à la majorité municipale »¹⁴²³ tandis qu'elle repose sur les *groupes politiques* pour les premières¹⁴²⁴. Les dispositions relatives aux communes les plus peuplées sont par ailleurs reprises *mutatis mutandis* pour les conseils généraux et les conseils régionaux dans les articles L. 3121-24 et L. 4132-23 du *Code général des collectivités territoriales*. Ces articles permettent à la collectivité territoriale d'organiser la marche de son organe délibérant et d'assurer le fonctionnement des différents groupes le composant. On peut relever une différence de formulation entre ces articles, qui illustre bien la difficile acceptation de l'intégration du facteur politique au sein des organes délibérants locaux. Les groupes ne sont en effet qu'une possibilité d'organisation, puisque leur « fonctionnement *peut* faire l'objet de délibérations »¹⁴²⁵ ; il ne s'agit donc que d'une possibilité, à défaut de laquelle s'appliquerait l'article L. 2121-27 (CGCT) : le droit commun de l'organisation communale repose donc encore sur le conseiller local (compris individuellement). Cet équilibre, s'il s'explique juridiquement (les conseillers jouissent de droits garantis), apparaît comme un reliquat de la décentralisation légale – administrative dont le sens et la portée devraient être réévalués. De ce point de vue, le seuil de population pour appliquer l'article L. 2121-28 (CGCT) est certainement trop élevé pour être satisfaisant. Les communes se différencient ainsi des conseils généraux et régionaux dont le fonctionnement interne repose sur les groupes d'élus constitués sur des considérations politiques. Les prémisses de parlementarisation, portées notamment par le processus de constitutionnalisation exogène relevé précédemment, se heurtent ici à un résidu d'administrativité, ainsi que le confirme la censure des subventions votées par les assemblées locales en faveur des groupes politiques les composant.

Le juge administratif, chaque fois qu'il se trouve confronté à la situation dans laquelle une collectivité territoriale ou un établissement public de coopération intercommunale a accordé une subvention aux groupes politiques siégeant au sein de son organe délibérant, adopte une posture et un raisonnement similaires. En matière communale, la décision de principe date de 1995. Le Conseil d'État examine, en l'espèce, la légalité

¹⁴²³ Art. L. 2121-27 (CGCT).

¹⁴²⁴ L'article L. 2121-28 II, al. 2 et 3 (CGCT) dispose que « dans les conditions qu'il définit, le conseil municipal [des communes de plus de 100 000 habitants] *peut* affecter aux groupes d'élus, pour leur usage propre ou pour un usage commun, un local administratif, du matériel de bureau et prendre en charge leurs frais de documentation, de courrier et de télécommunications. Le maire peut, dans les conditions fixées par le conseil municipal et sur proposition des représentants de chaque groupe, affecter aux groupes d'élus une ou plusieurs personnes. Le conseil municipal ouvre au budget de la commune, sur un chapitre spécialement créé à cet effet, les crédits nécessaires à ces dépenses, sans qu'ils puissent excéder 30 % du montant total des indemnités versées chaque année aux membres du conseil municipal ».

¹⁴²⁵ Art. L. 2121-28 I (CGCT). Nous soulignons.

d'une délibération de la ville de Bourges accordant des subventions à des groupes d'élus. Le juge administratif suprême considère « qu'aux termes de l'article L. 121-26 du *Code des communes* : "Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune" ; que *l'octroi de subventions aux groupes politiques constitués au sein du conseil municipal ne présente aucun caractère d'utilité communale* ; qu'il ressort de la délibération attaquée que les subventions votées par le conseil municipal de Bourges bénéficient, soit directement, soit par l'intermédiaire d'organismes qui en relèvent, aux groupes politiques constitués en son sein »¹⁴²⁶ et qu'il convient de ce fait d'annuler la délibération. Le Conseil d'État tient le même raisonnement en 1996 à propos d'une subvention du conseil régional d'Alsace. Dans cette décision, le juge raisonne en deux temps. Il considère tout d'abord « qu'aux termes de l'article 59 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 : "Le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région" ; que *l'octroi de subventions aux différents groupes constitués au sein du conseil régional ne présente aucun caractère d'intérêt régional* ; que, par la suite, la disposition contestée de la délibération de la commission permanente du conseil régional d'Alsace a été adoptée en méconnaissance des dispositions précitées »¹⁴²⁷. Le Conseil renforce son raisonnement, dans un second temps, en constatant que les subventions aux groupes d'élus ne figurent pas dans l'article L. 4132-23 (*CGCT*) ; que dès lors le conseil régional ne peut pas les fonder sur cette disposition comme il l'avait tenté. Le Juge du Palais Royal avait enfin appliqué ce raisonnement à la Communauté urbaine de Lyon dès 1993, « considérant que *les subventions aux différents groupes politiques constitués au sein du conseil d'une communauté urbaine ne présentent aucun caractère d'utilité communautaire* »¹⁴²⁸, que dès lors la délibération ne dispose pas de fondement légal et doit être annulée.

Le juge administratif censure chaque tentative des collectivités territoriales d'accorder des subventions pour le même motif : ces subventions ne présentent aucun caractère d'intérêt (local/régional/communautaire). Une question surgit immédiatement : en quoi accorder des moyens matériels aux groupes d'élus diffère-t-il de doter ces mêmes groupes d'une subvention ? Le premier présente en effet un intérêt local¹⁴²⁹, alors que le second en est dénué (comme en témoigne la jurisprudence constante du juge administratif). La réponse est délicate. Faire en sorte que les groupes disposent de bonnes conditions matérielles pour travailler, préparer les séances de l'assemblée locale, donc pour assurer effectivement son travail de membre collectif d'un organe délibérant semble bien aller dans le sens de la promotion de l'intérêt de la collectivité territoriale concernée. Il est dans son intérêt que les groupes soient informés, puissent faire leur

¹⁴²⁶ CE, 16 janvier 1995, *Ville de Bourges*, req. n° 143931. Nous soulignons.

¹⁴²⁷ CE, 2 février 1996, *Région Alsace*, T. p. 761 ; DA 1996, n° 200. Nous soulignons.

¹⁴²⁸ CE, 6 décembre 1993, *Communauté urbaine de Lyon*, Leb. p. 347. Nous soulignons.

¹⁴²⁹ Le caractère lié de la compétence du maire quand il fait face à de telles demandes paraît bien confirmer ce point. V. la réponse du ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire à la question n° 72475 du député F. CALVET, *JORF Assemblée nationale débats Q*, 24 janvier 2006, p. 754 (*AJDA*, 2006.345, comm. MONTECLER).

travail dans de bonnes conditions afin que les séances du conseil se déroulent sans heurt et soient relativement efficaces. Les biens mis à disposition ne sont ainsi qu'un investissement de la collectivité concernée ; elle devrait obtenir des retours assez rapides dans son fonctionnement quotidien. Doter une association d'une certaine subvention ne vous assure, en revanche, pas de l'utilisation qui va être faite de l'argent alloué, la collectivité ne disposant d'aucun moyen de contrôle sur la subvention. Certes, mais cela est vrai de l'ensemble des subventions accordées, et n'est en rien spécifique aux associations politiques. Toutefois, en l'espèce, un contrôle n'est même pas envisageable et serait un moyen d'annulation de la délibération. L'absence de subordination du parti aidé à la puissance publique est en effet une des conditions de la constitutionnalité des aides publiques, comme l'explique le Conseil constitutionnel dans le considérant de principe de la décision n° 89-271 DC ¹⁴³⁰. On retrouve d'ailleurs ici un principe identique à celui à l'œuvre pour les subventions aux associations syndicales. L'intervention publique doit respecter une certaine neutralité idéologique et s'assurer que l'usage des deniers publics tendra à la satisfaction de l'intérêt local.

À cette conception financière, on peut opposer une logique plus abstraite, relative à la promotion de la démocratie. Il peut en effet sembler favorable à l'intérêt local de faciliter le pluralisme des courants d'opinions et de pensées ; après tout, cela améliore la représentation et pourrait contribuer à résoudre le clivage entre représentants et représentés. Ce pluralisme est de plus un fondement de la démocratie (comme le rappelle la jurisprudence constitutionnelle). Or, nous avons vu que la démocratie locale se subsume dans la démocratie politique globale. Ces subventions pourraient alors être perçues comme la contribution des collectivités territoriales au maintien du pluralisme des courants d'idées et d'opinions à leur niveau, sur leur territoire. En cela, elles complèteraient l'œuvre du législateur, en fonction de l'intérêt qu'elles y trouvent.

Dans cette optique, il convient de vérifier plus précisément si les aides locales satisfont aux exigences posées par le juge constitutionnel en 1990. Rien ne prouve en effet que les subventions locales censurées ne répondaient pas à l'exigence constitutionnelle d'attribution selon des critères objectifs ¹⁴³¹. Dans les différentes espèces envisagées, les sommes allouées sont en effet fonction du nombre d'élus. Or, le critère démographique est éminemment objectif ; le Conseil constitutionnel l'utilise d'ailleurs pour fonder plusieurs de ces décisions ¹⁴³². Accorder une subvention ne semble de plus pas accroître la dépendance du groupe d'élus bénéficiaires à l'égard de la collectivité territoriale ; en tout cas, certainement pas autant que les avantages matériels dont bénéficient ces mêmes groupes grâce aux dispositions susmentionnées. Faut-il alors y voir une réserve de compétences du législateur ? La lecture de l'article 34 n'invite pas à aller dans ce sens sauf à voir dans l'aide publique aux partis politiques une des

¹⁴³⁰ « Le mécanisme d'aide retenu ne doit aboutir, ni à établir un lien de dépendance d'un parti politique vis-à-vis de l'État [ou dans notre cas de la collectivité territoriale], ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions », déc. 89-271 DC, préc., considérant n° 12.

¹⁴³¹ V. considérant n° 12 de la décision n° 89-271 DC, préc.

¹⁴³² En matière électorale, v., à titre d'exemple, la déc. n° 86-208 DC, préc.

composantes du « régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales ». En ce cas, la position du juge administratif se trouverait justifiée. Si cet argument ne convainquait pas, il faudrait alors se rendre à l'évidence qu'une fois de plus, le juge administratif dessine un intérêt local restreint, dès qu'il touche au champ politique. De ce point de vue, l'interdiction de subventionner les groupes d'élus qui composent l'assemblée locale trouverait une justification : une autorisation de ces pratiques empièterait sur la distinction cardinale entre administration et sphère politique ; empiètement *a priori* inadmissible pour le Conseil d'État. Si l'on devait retenir cet argument, il ne faudrait pas manquer de critiquer la position de la Haute juridiction administrative. Les évolutions des collectivités territoriales, la prise d'importance du facteur politique en leur sein, dans leur fonctionnement mériteraient sans doute un réexamen de cette position jurisprudentielle. La démocratie locale porte en elle le politique, comme en témoigne l'affirmation et la défense du pluralisme des courants d'opinions et d'idées. Pour l'instant, seul le législateur est compétent pour garantir le pluralisme au sein de la démocratie politique nationale ; l'affirmation de la démocratie locale engage sans doute à repenser ce partage et à appréhender l'intérêt de la collectivité concernée en fonction des courants d'opinions locaux présents au sein de son organe délibérant.

La prise en compte collective des élus locaux révèle la progressive acceptation du pluralisme partisan au sein des organes locaux et l'extension des principes de la démocratie à l'ensemble des assemblées politiques. Ce phénomène se retrouve également lors de l'analyse des prérogatives individuelles de l'élu local. Il se traduit par l'émergence progressive d'un ensemble de droits constitutionnels communs à tous les élus politiques de la République.

B. La prise en compte individuelle de l'élu local dans le fonctionnement de l'organe délibérant local : vers un ensemble de droits constitutionnels communs à tous les élus politiques

La parlementarisation à l'œuvre au sein des assemblées locales aboutit au renforcement des prérogatives dont bénéficient les membres des organes délibérants locaux. Cette affirmation progressive de droits, protégés par le juge administratif, s'inscrit dans le processus de transformation du rôle de l'élu local. Longtemps conçus comme des administrateurs, ces prérogatives les rattachent à présent à la sphère de la démocratie représentative, à laquelle ils participent. Issu de l'élection, le membre de l'assemblée locale n'est pas un administrateur, en ce qu'il n'est pas soumis à une organisation hiérarchique. Au contraire, il jouit des qualités du représentant (origine et légitimité élective¹⁴³³ ; contrôle démocratique par ses mandants, liberté dans la délibération et participation, quand il est réuni avec ses collègues, à l'établissement de l'intérêt général de sa collectivité¹⁴³⁴) ; ce qui le rattache donc à la sphère politique de la représentation, fondée sur la légitimité démocratique élective.

La reconnaissance de droits inhérents à la qualité de conseiller territorial renforce cet attachement démocratique ; et ce, d'un double point de vue. Elle témoigne tout d'abord d'une volonté de valoriser le travail de l'organe délibérant ; ce qui s'inscrit bien dans la logique constitutionnelle de la libre administration. Il s'agit d'améliorer la qualité du travail

et de la production des assemblées locales, tout comme, à la même période, le travail parlementaire a été régénéré¹⁴³⁵. Il semble y avoir, depuis le début des années quatre-vingt-dix, un double mouvement de revalorisation des assemblées au niveau étatique autant que territorial. Cette reconnaissance de droits à titre individuel s'inscrit ensuite dans le mouvement de promotion de la protection des élus locaux contre les possibles entraves du pouvoir exécutif de leur collectivité. Ce faisant, on assiste à un renforcement de l'effectivité de la séparation des fonctions au sein des structures territoriales. Force est bien sûr de constater que ce deuxième pan rejaillit inévitablement sur le premier. Une séparation des fonctions plus efficaces devrait rendre à l'organe délibérant une partie de ses prérogatives.

Dans cette optique, l'élu local, pris en compte de façon individuelle, est un maillon essentiel ; c'est en effet lui la cheville ouvrière du fonctionnement des organes locaux¹⁴³⁶ et, de ce fait, du processus de parlementarisation à l'œuvre. La fonction de l'élu local peut alors être appréciée d'une manière duale : il joue en effet, et de prime abord, un rôle dans le cadre de la délibération locale, c'est-à-dire pendant les travaux de l'organe délibérant. À cette occasion, l'élu local peut participer aux débats, proposer un amendement à la délibération... Mais pour que cette phase soit pleinement efficace, il doit, avant cela, s'être informé. Cela implique donc qu'il bénéficie de droits plus larges que la seule délibération, faute de quoi celle-ci serait réduite à l'exposé de ses projets par l'exécutif. Cette fonction pré-délibérative est ainsi particulièrement importante, notamment pour les élus de la minorité locale. Il faut donc distinguer, au cours de l'étude, les droits en dehors de la délibération des droits durant la délibération. Autant les seconds sont protégés et entendus assez largement par le juge administratif, autant les premiers sont plutôt fragiles et peu développés. Ces questions ayant fait l'objet de travaux exhaustifs et de qualité¹⁴³⁷

¹⁴³³ Sylvie CASTANIÉ (in *La parlementarisation des assemblées...*, *op. cit.*, p. 19), se référant aux travaux de M. T. AXENTE, remarque en ce sens que « bien que les élections locales n'aient pas vocation à déléguer un pouvoir à des organes élus, ces derniers sont toutefois "l'incarnation humaine de la vie juridique d'une personne morale". Chaque organe élu "devient donc une partie de la personne juridique dont elle se sert, comme la personne physique se sert de la bouche et des mains, car l'organisation dont il est le produit appartient à l'essence de la personne morale" ». Les citations sont de Sylvie CASTANIÉ et sont extraites de AXENTE (M. T.), *La nature juridique de la représentation populaire vue sous l'angle des rapports entre électeurs et élus*, Paris, M. LAVERGNE Éd., 1940, respectivement p. 146 et p. 147.

¹⁴³⁴ « Les élus locaux ou nationaux ne sont pas les représentants d'une volonté qui préexisterait, ils en sont les auteurs. C'est là un des points de similitude entre les assemblées locales et les assemblées parlementaires. Cette faculté de se déterminer est liée immédiatement à la naissance des organes représentatifs. Cependant, la capacité de formation d'une volonté pour les collectivités locales est liée étroitement au degré d'autonomie qui leur est concédé », CASTANIÉ (S.), *La parlementarisation des assemblées locales...*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴³⁵ Pour le Parlement, v. la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires, *JORF*, n° 181, 5 août 1995, p. 11 744.

¹⁴³⁶ Ainsi que l'illustre le titre du colloque organisé par le Sénat le 3 novembre 2003 « L'élu local au cœur de la décentralisation ». Les actes de ce colloque sont disponibles en ligne sur le site du Sénat (www.senat.fr), rubrique « Rapports ».

, nous n'illustrerons chacun de ces points que par un exemple, révélateur des tendances plus générales, propre à mieux faire apprécier l'évolution de la condition de l' élu local à travers le développement de la protection de ses prérogatives. Ceci devrait permettre d'illustrer la dynamique d'unification du champ de la démocratie politique, à travers l'émergence d'un droit politique républicain au profit de l'ensemble des élus.

La valorisation du travail préparatoire à la délibération repose sur la reconnaissance d'un droit de l' élu local à l'information (1.), tandis que la valorisation de la délibération passe par la protection du droit d'amendement des conseillers territoriaux (2.).

1. LE DROIT À L'INFORMATION DES CONSEILLERS TERRITORIAUX : LA PARTICULARITÉ DE LA PROTECTION DES FONDEMENTS DE LA FONCTION POLITIQUE LOCALE

Le droit à l'information n'a pas les mêmes fondements selon les collectivités territoriales. Pour les départements et les régions, les lois fondatrices (respectivement celles de 1871 et 1972) établissent le droit de tout membre d'un conseil général ou régional d'être informé, dans le cadre de ses fonctions, des affaires de la collectivité soumises à délibération. Aucune disposition légale identique n'existait en revanche, jusqu'en 1992, en faveur des conseillers municipaux. Malgré cela, le Conseil d'État avait reconnu un droit global à l'information du conseil municipal ; celui-ci ne doit pas être « tenu par le maire dans l'ignorance d'éléments d'informations nécessaires afin que sa délibération ne repose pas sur des données matériellement inexactes »¹⁴³⁸. Cette première étape est confirmée en 1973 dans la décision d'Assemblée *Commune de Pointe-à-Pitre*, dans laquelle le Conseil d'État pose deux principes : « 1°) les conseillers municipaux doivent demander leurs informations au maire lui-même, et non directement aux employés des services ; 2°) le maire est tenu de les leur procurer, et n'a aucun pouvoir discrétionnaire pour les refuser. Leur communication ne résulte pas d'une "autorisation" »¹⁴³⁹. L'impossibilité d'intervenir directement auprès des agents de la commune conduisait à ce que les conseillers municipaux ne puissent pas « prétendre obtenir des services municipaux la communication de renseignements ou de documents autres que ceux accessibles à tout habitant ou tout contribuable de la commune »¹⁴⁴⁰. Cette restriction introduisait ainsi une discrimination entre conseillers municipaux, selon leur appartenance (ou non) à la majorité : seuls les premiers pouvaient réellement bénéficier du droit reconnu par le juge. C'est pourquoi, après des aménagements mineurs, le Conseil d'État a consacré le droit à l'information en considérant que les conseillers tiennent « de leur *qualité de membres de l'assemblée municipale* appelés à délibérer sur les affaires de la commune, le droit d'être

¹⁴³⁷ Nous nous permettons de renvoyer pour une analyse générale, et très documentée, à l'ouvrage, adapté de sa thèse de doctorat, de Laetitia JANICOT, *Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales*, op. cit., 619 p. et celui, plus synthétique, d'Isabelle MULLER-QUOY, *Le droit des assemblées locales*, op. cit., 188 p.

¹⁴³⁸ CE, 15 février 1961, *Sieur COUQUET*, Leb. p. 119. Plus récemment, TA Nancy, 25 janvier 2000, *FEIDT*, req. n° 981974 ; *JCP Collectivités territoriales et Intercommunalités*, 2000, n° 186, note ERSTEIN.

¹⁴³⁹ WALINE (M.), « Note de jurisprudence sous CE, Ass., 9 novembre 1973, *Commune de Pointe-à-Pitre* », *RDP*, 1974, p. 1147.

¹⁴⁴⁰ CE, Ass., 9 novembre 1973, *Commune de Pointe-à-Pitre*, Leb. p. 631 ; *RDP* 1974.1147, note WALINE.

informés de tout ce qui touche à ces affaires dans des conditions leur permettant de remplir normalement leur mandat »¹⁴⁴¹, notamment en dehors du déroulement des séances¹⁴⁴². Cette position sera reprise par la loi ATR de 1992 qui prévoit que « tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération »¹⁴⁴³. Cette information vaut tant avant la délibération qu'au cours de la séance. L'information préalable a été encadrée, notamment par l'obligation pour l'exécutif de transmettre l'ordre du jour de la séance et une note explicative de synthèse en sus des convocations, ainsi que de mettre à disposition les documents nécessaires à la bonne préparation de la séance¹⁴⁴⁴. Cette information est une condition de la légalité de la délibération¹⁴⁴⁵. Le juge administratif n'adopte néanmoins pas une conception dogmatique de l'information des conseillers locaux, « se montrant également soucieux de ne pas soumettre l'exécutif local à un formalisme excessif »¹⁴⁴⁶. La portée de son contrôle laisse ainsi une place importante aux enjeux politiques et à la complexité de la délibération en cause, l'équilibre trouvé étant alors propre à concilier les principes démocratiques et l'efficacité de la prise de décision.

Le législateur a, en plus de cette exigence, transposé aux collectivités territoriales certains mécanismes parlementaires. Bien que le dispositif des questions orales existait déjà dans les conseils généraux et régionaux, la loi ATR de 1992 le généralise en l'étendant à l'ensemble des collectivités territoriales. Tous les conseillers locaux peuvent désormais poser des questions orales à l'exécutif pendant la séance sur tous les sujets intéressant la collectivité, c'est-à-dire « non seulement les affaires inscrites à l'ordre du jour [...] mais aussi de façon élargie sur tout objet ayant trait aux affaires de la collectivité. C'est [donc] un moyen non négligeable d'obtenir des informations générales qui dépassent les affaires traitées alors que la possibilité de recherche d'informations par un conseiller individuellement en dehors des affaires inscrites à l'ordre du jour est limitée »¹⁴⁴⁷. La précision des modalités pratiques d'organisation de ces questions est laissée aux

¹⁴⁴¹ CE, 29 juin 1990, *Commune de Guitrancourt c/ MALLET et autres*, T. p. 608 ; LPA 1990(113) et 1991(22), note CHAUVEL ; DA 1990, n° 434. Nous soulignons.

¹⁴⁴² TA Nice, 29 juillet 1985, *Commissaire de la République du Var*, T. p. 518 et TA Nice, 21 août 1985, *VALGAEREN*, T. p. 517.

¹⁴⁴³ Art. L. 2121-13 (CGCT). Une disposition identique applicable aux conseils généraux et conseils régionaux se trouve aux articles L. 3121-18 et 4132-17 du *Code général des collectivités territoriales*.

¹⁴⁴⁴ En cas de débat relatif à une délégation de service public, le projet de délibération et les documents relatifs doivent être mis à la disposition de tout conseiller municipal qui souhaiterait les consulter. À titre d'illustration, CE, 29 décembre 1999, *Commune de Port-Saint-Louis-du-Rhône*, req. n° 158472 ; JCP *Collectivités territoriales et Intercommunalités*, 2000, n° 67 note MOREAU.

¹⁴⁴⁵ CE, 12 juillet 1995, *Commune de Simiane-Collongue*, T. p. 680. Décision confirmée par CE, 30 avril 1997, *Commune de Sérignan*, T. p. 680 ; ACL 1996, n° 100

¹⁴⁴⁶ LE ROUX (M.), « Information des élus locaux et participation à la prise de décision – Développements récents », *RGCT*, 2000, n° 11, p. 207.

¹⁴⁴⁷ MULLER-QUOY (I.), *Le droit des assemblées locales*, op. cit., p. 96.

assemblées locales, conformément à la liberté organique qui leur est reconnue dans la limite du droit d'expression garanti à chaque conseiller local¹⁴⁴⁸. Ce mécanisme, décalque des questions parlementaires au gouvernement, n'a pas pour but de faire prendre des décisions, mais bien simplement de faciliter l'information des conseillers et, partant, le contrôle de l'exécutif. C'est pourquoi « il doit s'agir d'une véritable demande d'explications et non un discours ou une prise de position à l'intention de l'assemblée ou de l'opinion publique locale par celui qui la pose »¹⁴⁴⁹. Ce dispositif, illustration du processus de constitutionnalisation exogène, révèle un mimétisme entre les statuts des membres des différentes assemblées politiques de la République. Ce rapprochement entre les parlementaires et les élus locaux est confirmé par la protection renforcée du droit d'amendement des membres des organes délibérants.

2. LE DROIT D'AMENDMENT DES CONSEILLERS TERRITORIAUX : LE RAPPROCHEMENT DES PROCÉDÉS DE PROTECTION DE LA PARTICIPATION INDIVIDUELLE À LA DÉLIBÉRATION POLITIQUE

Le droit d'amendement peut être défini comme la possibilité pour « un membre d'une assemblée délibérante de pouvoir demander la modification des textes ou propositions soumis à son examen en proposant une rédaction précise »¹⁴⁵⁰. Il s'agit d'un droit essentiel de tout membre d'une assemblée, en ce qu'il permet d'améliorer les textes proposés et justifie le travail de l'organe délibérant. Ce droit doit néanmoins faire l'objet d'une réglementation assez pointilleuse afin d'éviter les manœuvres dilatoires¹⁴⁵¹ ou la dénaturation complète d'un texte. Il est ainsi habituel que le parlementarisme rationalisé repose sur un encadrement du droit d'amendement, comme c'est le cas sous la V^e République¹⁴⁵². À l'échelon local, le droit d'amendement ne dispose pas de fondement légal. C'est la jurisprudence administrative qui est venue protéger cette prérogative, en affirmant que ce droit est inhérent au pouvoir délibérant des conseils¹⁴⁵³. Le règlement intérieur d'une collectivité territoriale, s'il peut organiser les modalités d'amendement par

¹⁴⁴⁸ Le droit d'expression est expressément reconnu aux conseillers locaux par la décision CE, 22 mai 1987, *M. TÊTE c/ Commune de Caluire-et-Cuire* (*Leb.* p. 179 ; *AJDA* 1987, p. 664, concl. VIGOUROUX). Pour un exemple d'atteinte au droit d'expression d'un conseiller municipal, v. TA Dijon, 12 janvier 1993, *M. VOLATIER*, *Leb.* p. 499.

¹⁴⁴⁹ MULLER-QUOY (I.), *Le droit des assemblées locales*, *op. cit.*, p. 97.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 93.

¹⁴⁵¹ Pour une illustration des possibles dérives de ce droit (et de manière plus générale des droits des parlementaires), v. COLMOU (Y.), « *Vade-mecum* du député obstruteur », *Pouvoirs*, 1985, n° 34, pp. 121-130.

¹⁴⁵² À titre d'exemple, on peut mentionner l'article 40 de la Constitution du 4 octobre 1958, selon lequel « les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ».

¹⁴⁵³ CAA Nancy, 4 juin 1998, *Ville de Metz c/ M. J.-L. MASSON* ; *AJDA* 1998.885, chron. STAMM ; *RGCT* 1999(3).12, concl. VINCENT

les conseillers, ne peut toutefois pas restreindre outre mesure ce droit. À l'occasion du contrôle du règlement intérieur du conseil général de l'Essonne qui subordonnait la recevabilité d'un amendement à son dépôt préalable en commission, ce qui rendait irrecevable tout amendement soumis directement au conseil lors d'une séance, le juge du Palais-Royal considère ainsi que « le droit d'amendement est inhérent au pouvoir délibérant des conseils [locaux] ; que s'il appartient au conseil [local] de réglementer ce droit, c'est sous réserve de ne pas porter atteinte à son exercice effectif »¹⁴⁵⁴. Le Conseil d'État « transpose la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁴⁵⁵ selon laquelle une disposition du règlement intérieur du Sénat interdisant qu'un amendement mis de côté par une commission puisse être invoqué en séance plénière porte atteinte au droit des parlementaires d'amender un texte »¹⁴⁵⁶. Les conclusions du commissaire du gouvernement LAMBERT invitent d'ailleurs expressément le Conseil d'État à adapter la position du juge constitutionnel en matière parlementaire, faisant du droit d'amendement reconnu aux conseillers généraux « le corollaire de l'initiative des délibérations »¹⁴⁵⁷. Le parallélisme entre les jurisprudences administrative et constitutionnelle se retrouve également sur deux autres points. Est ainsi illégale la règle qui permet au président de séance de renvoyer à la commission compétente tout amendement soumis directement au conseil puisqu'elle ne garantit pas son examen avant l'adoption définitive du texte¹⁴⁵⁸. Le fait qu'un amendement n'ait pas été soumis au vote n'entraîne pas en revanche l'illégalité de la délibération dans la mesure où son auteur a pu exposer oralement en séance son contenu et sa justification¹⁴⁵⁹. Outre la similarité de leur position, la méthode rapproche également les deux jurisprudences. Le juge administratif, s'inspirant du juge constitutionnel, protège ainsi le droit d'amendement, en l'élevant quasiment au rang de principe général du droit, mais l'astreint à un ensemble de limites puisées dans la conception constitutionnelle de ce droit ; comme dans les assemblées parlementaires, ce droit des élus locaux ne leur ouvre pas des horizons très larges, puisque s'applique le principe constitutionnel selon lequel les amendements présentés en séance publique ne doivent pas être dépourvus de tout lien avec le texte¹⁴⁶⁰. « Ces principes peuvent être

¹⁴⁵⁴ CAA Paris Plén., 12 février 1998, *M. TAVERNIER*, *Rec.* p. 565 ; *AJDA*, 1998, p. 724, concl. LAMBERT.

¹⁴⁵⁵ CC, déc. n° 90-278 DC, 7 novembre 1990 (*Résolution modifiant les articles 16, 24, 29 et 48 du règlement du Sénat et introduisant dans celui-ci des articles 47 ter, 47 quater, 47 quinquies, 47 sexies, 47 septies, 47 octies, 47 nonies et 56 bis A*), *Rec.* p. 79 ; *RJC* p. I-410 ; *JORF* 9 novembre 1990, p. 13714 ; *RFDC* 1991.113, chron. RENOUX ; *LPA* 1991(14).21, note CHAUMONT ; *GDCC* n° 43, p. 735.

¹⁴⁵⁶ MULLER – QUOY (I.), *Le droit des assemblées locales, op. cit.*, p. 94.

¹⁴⁵⁷ « Nous vous proposons, tout simplement, d'opérer la même démarche et d'avoir le même raisonnement au niveau des collectivités territoriales que le Conseil constitutionnel en matière parlementaire », LAMBERT (C.), « Conclusions sur CAA Paris Plén., 12 février 1998, *M. TAVERNIER* », *AJDA*, 1998, p. 726.

¹⁴⁵⁸ CAA Nancy, 4 juin 1998, *Ville de Metz c/M. J.-L. MASSON*, préc.

¹⁴⁵⁹ CE, 31 juillet 1996, *M. TÊTE*, *Leb.* p. 325 ; CAA Marseille, 20 novembre 1997, *BERNARDI*, req. n° 96MA02482 ; *AJDA* 1998.214, chron. L. B.

transposés dans le cas des amendements aux délibérations des assemblées locales : l'amendement doit être en relation directe avec le texte de la délibération concernée, soit du point de vue des données de fait à raison desquelles est proposée la délibération, soit du point de vue des textes applicables en la matière concernée ; ou l'amendement doit tendre à répondre à la nécessité d'assurer une coordination entre les dispositions, soit d'une ou plusieurs autres délibérations portées à l'ordre du jour et effectivement mises en discussion, soit d'autres délibérations prises antérieurement et en vigueur »¹⁴⁶¹, faute de quoi son irrecevabilité n'entraîne pas l'illégalité de la délibération.

Ces deux exemples illustrent bien la dynamique d'harmonisation des principes applicables aux assemblées politiques, résultant du développement de la parlementarisation des assemblées locales ; ce processus aboutit ainsi à l'émergence d'un *droit politique républicain*, participant à la mise en cohérence du lien entre la puissance territoriale et la puissance d'État et au renforcement de leur identité politique. Son homogénéité matérielle rejaillit, selon une perspective fonctionnelle, sur le rôle des organes délibérants locaux, qui tendent à devenir un contre-pouvoir à l'exécutif. La parlementarisation des assemblées locales participe ainsi au renforcement de la démocratie et du pluralisme politique ; le droit politique républicain illustre quant à lui le procès d'unification du champ de la démocratie politique.

Inscrite dans une simple logique représentative, la démocratie locale reste cependant incomplète si on la compare avec l'organisation de l'exercice de la puissance d'État puisque le peuple participe en effet directement, à travers le recours au référendum, à son expression. L'alignement de la structuration des deux puissances a progressivement été réalisé jusqu'à trouver son accomplissement final en mars 2003, suite à l'admission du peuple comme décideur territorial.

Section II. La participation de la population locale à la libre administration des collectivités territoriales : l'érection de la « Puissance populaire » renforce l'originarité de la puissance territoriale

L'expression de la puissance territoriale a longtemps été conçue de façon exclusivement représentative. Les élus locaux, bien aidés en cela par l'État, veillaient à ce que la population n'intervienne que s'ils la sollicitaient et jamais par la voie électorale¹⁴⁶². Cette conception restrictive de la démocratie s'est avérée insuffisante pour garantir à la fois l'intérêt et la participation de la population locale et constituer une réponse à la désaffection du corps électoral pour ses représentants parlementaires. Un ensemble de techniques consultatives a donc progressivement été mis en œuvre, visant à promouvoir la participation de la population¹⁴⁶³. Elles passent alors progressivement de modalités

¹⁴⁶⁰ CC, déc. 98-402 DC, 25 juin 1998 (*Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*), Rec. p. 269 ; JORF 3 juillet 1998, p. 10147 ; D. 2000.somm.54, ROUX ; LPA 1999(166).13 et (167).4, note BENETTI ; RFDC 1999.340, chron. PINI ; RDP 1999.19, note CAMBY ; Cahiers du Conseil constitutionnel 1998(5).18 ; LPA 1998(135).9, note MATT ; LPA 1998(144).22, chron. MATHIEU, VERPEAUX ; AJDA 1998.701, obs. SCHOETTL ; RFDC 1998.642, chron. ROUX ; LPA 1998(78).4.

¹⁴⁶¹ BÉNOIT (F.-P.), « Statut des conseillers municipaux », *Répertoire Dalloz des collectivités territoriales*, 2001, 263-28 et 263-29, § n° 228.

informelles de consultation à la forme électorale, ce qui rend compte du processus d'institutionnalisation de ce pan de la démocratie territoriale et de son développement sur le modèle de la démocratie globale. Conformément au niveau étatique, la « Puissance populaire »¹⁴⁶⁴ s'affirme progressivement comme un véritable organe, potentiel décideur, ce qui n'est pas sans soulever la question d'une possible territorialisation de la souveraineté¹⁴⁶⁵.

L'organisation de la participation populaire par les organes locaux se divise en deux périodes : dans un premier temps, le pouvoir central interdit aux collectivités territoriales de recourir à la voie électorale, mais autorise les consultations informelles, affirmant le caractère exclusivement représentatif du « Pouvoir » local (**Paragraphe 1.**).

La législation récente se montre plus ouverte et reconnaît progressivement la possibilité à la collectivité de faire intervenir le citoyen, à travers la consultation et/ou le référendum : la population passe du statut de consultant à celui de décideur, confirmant l'identité des canaux d'expression du pouvoir démocratique à ses différents échelons territoriaux (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. La consultation de la population locale : le choix de procédés mineurs n'empêche pas l'émancipation de la « Puissance populaire »

La consultation de la population prend deux formes principales. Il peut tout d'abord s'agir d'une consultation sous une forme institutionnalisée, type réunions publiques ou conseils *ad hoc*. L'ensemble de ces procédés n'a toutefois qu'une faible valeur ajoutée démocratique, le rôle des élus restant largement prédominant (**A.**).

La consultation peut également, deuxième possibilité, être réalisée par voie d'élection. La plus-value démocratique est alors beaucoup plus importante, puisque la

¹⁴⁶² La population est ainsi la grande absente des dix premières années de mise en œuvre d'une décentralisation, qui consiste, selon les mots de Gaston DEFFERRE, à « donner le pouvoir aux élus ». V. OHNET (J.-M.), *Histoire de la décentralisation française*, Paris, Le livre de poche, « Références », 1996, chap. 8, p. 228 pour la citation. Dans le même sens, Pierre SADRAN constate que « la décentralisation a d'abord été, c'est l'évidence même [...], une réforme "pour les élites" (Yves MÉNY), c'est-à-dire *pour les élus* », in « Démocratie locale et décentralisation », *Études offertes à Jean-Marie AUBY*, Paris, Dalloz, 1992, p. 290. Nous soulignons.

¹⁴⁶³ CARRÉ DE MALBERG insistait déjà en 1931 sur l'apport de la prise de décision directement par la population, comme complément de l'idée de représentation : « seul, le référendum apparaît comme un complément suffisant de l'idée de représentation, parce que seul il donne satisfaction au concept sur lequel repose le régime représentatif, à savoir que, par les élus, c'est le sentiment du corps populaire qui se manifeste : ce concept appelle, en effet, comme conséquence forcée, la reconnaissance du droit pour les citoyens de manifester un sentiment contraire à celui qui, sur un point déterminé, a été manifesté en leur nom par les représentants », CARRÉ DE MALBERG (R.), « Considérations théoriques sur la question... », *op. cit.*, pp. 233-234.

¹⁴⁶⁴ Selon l'expression forgée par Raymond CARRÉ DE MALBERG, *ibid.*, p. 239.

¹⁴⁶⁵ Conformément à l'intuition formulée par Maurice HAURIOU (*Principes de droit public...*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 192-ss), à laquelle elle propose une nouvelle version.

population fait, dans ce cas, office de quasi décideur (B.).

A. La consultation des habitants par voie de conseils et/ou de réunions publiques : les insuffisances de la conception « athénienne » de la démocratie

La promotion de la démocratie locale repose sur deux piliers importants : l'information et la consultation de la population. « Le droit des habitants de la commune à être informés des affaires de celle-ci et à être consultés sur les décisions qui les concernent, *indissociable de la libre administration des collectivités territoriales, est [en effet] un principe essentiel de la démocratie locale* »¹⁴⁶⁶. Le droit à l'information des habitants de la commune recouvre largement le droit à la communication des documents administratifs et obéit aux mêmes conditions¹⁴⁶⁷. Reconnu à tout habitant ou contribuable de la commune ainsi qu'aux groupes d'habitants ou de contribuables¹⁴⁶⁸, il suppose une forte volonté de l'habitant et une implication réelle dans la vie de la cité. Il lui faut en effet bien connaître la procédure et les autorités compétentes ; ce qui implique une bonne intégration sociale. Cette présomption est renforcée par le fait qu'il s'agit d'une démarche personnelle, sans sollicitation de la collectivité. Plus généralement, celle-ci paraît inscrire la commune dans le champ administratif, en ce que le citoyen peut consulter des documents administratifs, sans que cette information emporte un quelconque effet. Bien que relevant d'une logique de contrôle des organes locaux par le citoyen, l'exercice du droit à l'information, difficilement quantifiable, ne semble pas relever du principe politique *stricto sensu*, en ce sens que la procédure n'est pas différenciée des autres consultations d'actes administratifs. Elle va finalement n'être qu'un principe général sur lequel vont venir s'appuyer la participation et la consultation locales, décidées par les organes locaux.

L'organisation de la participation citoyenne s'affirme parallèlement comme l'outil par lequel le Pouvoir politique local réinvestit l'espace public. La législation récente (c'est-à-dire postérieure à la loi du 6 février 1992) organise en effet le recours à cette participation citoyenne afin de promouvoir véritablement la démocratie locale. La démocratie globale paraît ainsi impliquer la promotion de la participation citoyenne au niveau local, rompant avec la tradition représentative développée depuis les lois fondatrices du début de la III^e République. Dans cette voie, sont créés des modes institutionnalisés de participation. La loi du 27 février 2002 prévoit ainsi que « dans les communes de 80 000 habitants et plus, le conseil municipal fixe le périmètre de chacun des quartiers constituant la commune. Chacun d'eux est doté d'un conseil de quartier dont le conseil municipal fixe la dénomination, la composition et les modalités de fonctionnement »¹⁴⁶⁹. Ces conseils de quartier ne bénéficient que de compétences

¹⁴⁶⁶ Art. L. 2141-1 (CGCT). Nous soulignons.

¹⁴⁶⁷ Art. L. 2121-26 (CGCT).

¹⁴⁶⁸ CE, 11 janvier 1978, *Commune de Muret*, *Leb.* p. 5.

¹⁴⁶⁹ Art. L. 2143-1 (CGCT).

consultatives et peuvent être associés à la mise en œuvre et à l'évaluation des actions intéressant le quartier, notamment en matière de politique de la ville. Cette initiative du gouvernement a été mal ressentie par les parlementaires, pour la plupart également élus locaux¹⁴⁷⁰. Les griefs n'ont ainsi pas manqué à leur rencontre : « caisses de résonance des intérêts catégoriels, désertés par les jeunes, phagocytés par les retraités et commerçants, cénacles dévoyés et noyautés par des "minorités agissantes" »¹⁴⁷¹. En parallèle à cette charge contre la démocratie participative, la défense de la démocratie représentative est organisée : l'Association des maires de France défend ainsi les élus, « seuls qualifiés pour apprécier l'intérêt général et prendre les mesures nécessaires pour le faire prévaloir »¹⁴⁷². Suite à cette opposition, les sénateurs obtinrent l'élévation du seuil de création obligatoire des conseils de quartiers de 20 000 à 80 000 habitants, la création de conseils de quartier étant une simple *possibilité* pour les communes de 20 000 à 79 999 habitants.

« Le conseil municipal peut [également] créer des comités consultatifs sur tout problème d'intérêt communal concernant tout ou partie du territoire de la commune. Ces comités comprennent des personnes qui peuvent ne pas appartenir au conseil, notamment des représentants des associations locales »¹⁴⁷³. Les comités consultatifs sont les exemples-types de la volonté d'ouvrir les organes politiques locaux à la société civile. La logique est globalement identique à celle des conseils de quartier, si ce n'est le caractère matériellement défini de chaque comité. L'ouverture à la société civile en fait des commissions municipales élargies, mais sans que cela altère la logique selon laquelle le conseil municipal maîtrise les travaux¹⁴⁷⁴. Les comités consultatifs sont ainsi moins autonomes que les conseils de quartiers.

Ces expressions *athéniennes* de la démocratie sont opposées par les élus locaux aux progrès de l'institutionnalisation de la participation en ce qu'elles suffiraient à rétablir la proximité entre classe politique et population. Force est toutefois de constater qu'elles ne remettent en rien en cause l'économie antérieure de la démocratie locale, laissant les élus maîtres tant de son organisation que de sa portée ; la logique représentative n'est donc nullement infirmée et très faiblement tempérée. Ce point s'explique notamment par

¹⁴⁷⁰ JÉRÔME (B.), « Les maires contre les conseils de quartier », *Le Monde*, 21 février 2002, p. 15. L'auteur relève cette réaction de P. DARNICHE, sénateur (non inscrit) de Vendée : « Faites donc confiance aux maires ! ».

¹⁴⁷¹ *Ibid.*

¹⁴⁷² *Ibid.* À noter l'explication que la journaliste donne de cet acharnement contre la démocratie participative : « l'acharnement du Parlement contre cette réforme n'est pas à mettre sur le compte du simple sursaut corporatiste. *Il traduit une peur*. Pour la première fois depuis que l'institution communale a été renforcée par les lois de décentralisation de 1982, les édiles pressentent, aujourd'hui, le danger qui les menace. La révolution intercommunale, en marche depuis 1999, les dépossède de prérogatives importantes ». Nous soulignons

¹⁴⁷³ Art. L. 2143-2 (CGCT).

¹⁴⁷⁴ V. le troisième alinéa de l'article L. 2143-2 (CGCT), selon lequel « chaque comité est présidé par un membre du conseil municipal, désigné par le maire ».

une opposition quasi systématique du Sénat, qui voient les dispositifs de participation comme autant de « freins » à la liberté locale¹⁴⁷⁵. « La "participation" [n'ayant] dès lors d'autres fonctions que d'appuyer et de légitimer la représentation politique »¹⁴⁷⁶, l'ensemble de ces procédés ne constitue donc, d'un point de vue démocratique, qu'un faible arsenal en faveur du rééquilibrage des relations entre population et organes locaux¹⁴⁷⁷. « L'ambiguïté de la mise en place de la démocratie locale participative tient [alors bien] à son lien à la démocratie locale représentative. En effet, elle procède de la seconde, et ce, parce que tout mécanisme de la démocratie locale participative suppose l'intervention, et par là même, le bon vouloir des représentants locaux donc des tenants de la démocratie représentative »¹⁴⁷⁸. Aussi, le législateur a-t-il complété ces différents dispositifs par la possibilité de consulter, par voie électorale, les électeurs de la collectivité. Le corps électoral s'affirme ainsi progressivement comme un nouvel organe de pouvoir au niveau communal, la subordination de la démocratie locale participative à la démocratie locale représentative étant, peu à peu, réagencée et tempérée.

B. La consultation par voie électorale : un procédé juridique, volontairement minoré, dont la pratique (politique) participe de l'émancipation de la population

La participation électorale de la population à la gestion des affaires locales et à la prise des décisions afférentes est un serpent de mer de la décentralisation. Il s'agit d'une pratique ancienne, qui, alors qu'elle est interdite, perdure tout au long du XX^e siècle jusqu'en 1992, date à laquelle le législateur organise les conditions de la consultation de la population. Cet instrument, bien que très prudent et encadré, permet progressivement l'expression quasi décisionnelle de la population (1.).

Le législateur franchit, trois ans plus tard, un nouveau cap dans l'érection d'une « Puissance populaire », en autorisant l'initiative du corps électoral. Ce mécanisme, bien que profondément altéré par le juge administratif, renforce tout de même le rôle de la population locale (2.).

1. LA CONSULTATION LOCALE PERMET PROGRESSIVEMENT L'EXPRESSION QUASI DÉCISIONNELLE DE LA POPULATION

Procédé de démocratie directe ou semi-directe, le référendum n'est pas inscrit dans la tradition républicaine française. Celle-ci repose principalement sur la représentation ; c'est pourquoi on peut concevoir le référendum comme une technique supplétive et retenir la définition qu'en donne M^{me} GUILLAUME-HOFNUNG : il s'agit d'un « vote populaire qui

¹⁴⁷⁵ PAOLETTI (M.), « La démocratie locale figée par le Sénat », *Pouvoirs locaux*, 2004, n° 62, p. 118.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 116.

¹⁴⁷⁷ D'autant moins, que hors les cas de mise en jeu concrète d'un intérêt personnel, la population semble finalement peu intéressée par davantage de participation, SADLAN (P.), « Démocratie et décentralisation », *op. cit.*, pp. 295-296.

¹⁴⁷⁸ GUÉRARD (S.), « La démocratie locale en questions », *op. cit.*, p. 1293.

dans un régime représentatif, permet à titre officiel aux représentés, d'indiquer leur souhait (*référendum consultatif*) ou de faire prévaloir leur volonté (*référendum décisionnel*) sur une question de fond normalement tranchée par les représentants »¹⁴⁷⁹. Cette définition permet en outre de faire ressortir l'opposition classique entre référendum décisionnel (même si l'expression est au final redondante) et référendum consultatif (expression au final contradictoire). Cette distinction (qui porte sur la conséquence juridique de la votation populaire) n'a *de facto* pas une importance très marquée dans notre optique. D'autant moins qu'une étude a révélé que dans leur grande majorité (plus de 95 % des cas)¹⁴⁸⁰, les autorités municipales se conformaient au résultat d'un scrutin consultatif, même si *de jure* elles disposaient d'un entier pouvoir discrétionnaire. Il est donc possible d'appréhender le procédé référendaire comme une technique par laquelle la population est invitée à participer directement à la gestion des affaires locales.

Il est assez remarquable de constater que malgré un contexte hostile (pas de mention dans le droit positif ; proximité temporelle de l'Empire qui a dévoyé la technique référendaire ; hostilité de l'idéologie républicaine), les autorités municipales recoururent très rapidement aux référendums. La première consultation référendaire recensée est en effet organisée en 1888, soit à peine quatre ans après la Grande charte communale, à Cluny (Saône-et-Loire) sur l'opportunité de la construction d'une caserne dont le coût s'élevait à 300 000 francs¹⁴⁸¹. Et loin d'être un épiphénomène, les référendums locaux se généralisèrent (Bagnols (Drôme) sur le retour du marché de blé à son ancien emplacement en décembre 1888, Riom (Puy-de-Dôme) sur l'opportunité d'emprunter un million de francs pour l'installation d'un régiment, Bergerac (Dordogne) sur l'emplacement du marché aux bœufs...), mis en œuvre majoritairement par des maires républicains. Le pouvoir central, républicain également mais qui éprouve d'importantes difficultés à s'imposer, voit d'un très mauvais œil le développement de ces pratiques. Suffisamment pour que le ministre de l'Intérieur E. CONSTANS les interdise par une circulaire adressée aux préfets. Celle-ci se fonde sur l'exclusivité de la compétence des organes des collectivités territoriales dans la gestion des affaires locales. « Il est hors de doute que la

¹⁴⁷⁹ GUILLAUME-HOFNUNG (M.), « Fascicule n° 520 – Référendum local », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, août 1994, p. 2.

¹⁴⁸⁰ Marion PAOLETTI n'a relevé que deux cas sur 58 consultations étudiées pour lesquels l'avis de la population n'est pas suivi par les organes communaux, dont un seul peut véritablement être analysé comme un refus du maire de prendre en compte le résultat du scrutin. « À Romans (Drôme) en 1993, la population s'était opposée par 63 % des voix au projet municipal d'aménagement du centre-ville défendu par le maire. Le maire a alors interprété ce refus global du projet comme le refus d'une mesure particulière : l'introduction du stationnement payant. L'abandon de cette mesure l'a autorisé à réaliser le projet en dépit du vote. À Rohrbach-lès-bitche, le 17 juin 1990, la municipalité interroge les habitants pour savoir s'ils sont pour ou contre la vente du château. Par 58,97 % des suffrages exprimés les votants se déclarent favorables. Mais l'abandon du projet d'achat par le promoteur privé intéressé, phénomène indépendant de la municipalité, a ajourné la vente du château », *La démocratie locale et le référendum*, Paris, L'Harmattan, « Logiques politiques », 1997 (Préface de J. CHEVALLIER), pp. 117-118.

¹⁴⁸¹ L'ensemble des exemples est tiré de l'ouvrage de Marion PAOLETTI (*ibid.*). La consultation de Cluny est cependant évoquée tant par M. DELPECH (dans sa note sous la décision *Commune d'Aigre*, v. page suivante, note n° 3) que, plus récemment, par Mme GUILLAUME-HOFNUNG (« Fascicule n° 520... », *op. cit.*).

consultation de l'Assemblée générale des électeurs sur une question d'administration communale est contraire au régime représentatif qui est la base de nos institutions politiques et de notre organisation administrative » ; le rôle du corps électoral « se borne, constitutionnellement, à l'élection de ses mandataires, à quelque assemblée qu'ils appartiennent. Or, le référendum est, à proprement parler, l'intervention directe du suffrage universel dans la solution d'une question que seuls les mandataires élus ont qualité pour trancher »¹⁴⁸². Parallèlement à cette interdiction, E. CONSTANS reconnaît la nécessité du dialogue entre le maire et ses administrés ; il invite donc les édiles locaux à promouvoir la participation des habitants mais en écartant toute procédure qui mettrait en œuvre le droit de suffrage et, plus généralement, toute procédure de participation institutionnelle et organisée. Le gouvernement républicain entend ainsi promouvoir l'image d'une démocratie locale participative à travers des rencontres, des réunions, des discussions informelles. Néanmoins, si l'on en croit M. HAURIOU¹⁴⁸³, des référendums ont tout de même lieu bien que la dynamique soit pour le moins ralentie. D'autant plus que la jurisprudence du Conseil d'État censure par deux fois¹⁴⁸⁴ le recours au référendum sur le fondement d'un transfert de compétences non prévu par la loi et qui viole l'article 61 de la loi du 5 avril 1884. « Aux termes de [cet article], c'est le conseil municipal qui règle par ses délibérations les affaires de la commune ; [...] par suite, en substituant à la décision qu'il lui appartenait de prendre lui-même pour le règlement d'une affaire d'intérêt communal la décision des habitants, le conseil municipal a violé la disposition précitée »¹⁴⁸⁵. Il y a ainsi un consensus des autorités nationales, tant politiques que juridictionnelles, pour freiner la participation des habitants dans la gestion locale.

Cette attitude perdure pendant plus d'un siècle, période au cours de laquelle le pouvoir local ne peut échapper aux mains des représentants locaux. Ce *statu quo* n'est pas uniquement imputable à l'échelon central ; nombre d'élus locaux sont, en effet, hostiles à la pratique référendaire, lui préférant une conception plus « athénienne » de la démocratie. La participation se fait dans des *agoras*, lors de réunions publiques, à titre informel¹⁴⁸⁶. Les élus locaux sont soutenus dans leur position par les deux chambres, et plus particulièrement par le Sénat. Lors de la proposition d'institutionnaliser le référendum local, en 1979, par le Premier ministre R. BARRE, le Sénat, par la bouche de son

¹⁴⁸² Cité par PAOLETTI (M.), *ibid.*, p. 30.

¹⁴⁸³ « Des conseils municipaux, embarrassés devant certaines mesures avaient imaginé de les soumettre directement à la population par un référendum de consultation, le Conseil d'État a annulé comme illégales celles de leurs délibérations qui lui ont été soumises [...] Mais il apparaît que l'administration s'est lassée de cette répression, et qu'en réalité un assez grand nombre de référendums municipaux ont eu lieu », HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 548.

¹⁴⁸⁴ CE, 7 avril 1905, *Commune d'Aigre*, *Leb.* p. 344 ; *D.* 1907.III.15 ; *RDP* 1905.372, *chron.* DELPECH ; CE, 15 janvier 1909, *Commune de Brugnens*, *D.* 1910.III.97.

¹⁴⁸⁵ CE, 15 janvier 1909, *Commune de Brugnens*, *préc.*

¹⁴⁸⁶ Cette préférence perdure encore aujourd'hui. Elle a marqué tant les débats de la future loi ATR que ceux portant sur la future loi relative à la démocratie de proximité.

rapporteur L. de TINGUY, oppose l'inconstitutionnalité de cette pratique, en ce qu'elle serait contraire à la libre administration des collectivités territoriales¹⁴⁸⁷. Il faut sans conteste admettre que les sénateurs ont alors une conception fort mince de la libre administration des collectivités territoriales, se limitant aux dispositions constitutionnelles et donc à son exercice par des conseils élus¹⁴⁸⁸. Le blocage sénatorial (et plus généralement d'une majorité d'élus locaux) aboutit à ce que cette question soit repoussée *sine die*. Toute la première vague des lois de décentralisation (1982-1988) laisse ainsi soigneusement à l'écart cette question alors qu'elle figurait en tête des revendications du Parti socialiste quand il était dans l'opposition¹⁴⁸⁹. Ce n'est que lors des débats relatifs à la future loi ATR que réapparaît cette idée.

À cette occasion et passant outre les réticences d'une grande majorité d'élus (tant parlementaires que locaux¹⁴⁹⁰), le gouvernement propose l'institutionnalisation d'une procédure de consultation des électeurs par l'organisation d'un scrutin. La loi du 6 février 1992 introduit ainsi dans l'ordre juridique la consultation locale¹⁴⁹¹ : « les électeurs de la commune peuvent être consultés sur les décisions que les autorités municipales sont appelées à prendre pour régler les affaires de la compétence de la commune »¹⁴⁹² à l'initiative soit du maire, soit d'une partie du conseil municipal, étant précisé qu'il ne s'agit que d'une demande d'avis. Le juge administratif veille à ce que la consultation porte matériellement sur une compétence communale, sanctionnant toute initiative dont l'objet n'a pas le caractère d'une affaire en relevant : il en va ainsi d'une consultation sur le principe du maintien sur le territoire communal d'une population d'origine étrangère¹⁴⁹³, sur l'opportunité d'un projet d'autoroute¹⁴⁹⁴, sur les conditions d'attribution des logements sociaux¹⁴⁹⁵... À l'occasion de ces différentes affaires, le juge administratif a eu tendance

¹⁴⁸⁷ En ce sens, v. la position développée et défendue par L. de TINGUY dans le *Rapport fait au nom de la Commission des lois*, Sénat, Document n° 307, 3 mai 1979.

¹⁴⁸⁸ Sur ce point, MORAND-DEVILLER (J.), « Le projet de loi sur le développement des responsabilités des collectivités locales. Pragmatisme et scepticisme face à un " grand dessein" », *JCP*, 1979, I, 2958, § 41-42.

¹⁴⁸⁹ V. la proposition de loi n° 1557 du 10 décembre 1979, portant décentralisation de l'État, déposé par le Parti socialiste à l'Assemblée nationale par MM. MITTERRAND, DEFERRE et JOXE.

¹⁴⁹⁰ Marion PAOLETTI montre très clairement que le cumul des mandats donne une position très avantageuse au *cumulard* pour s'opposer à la réforme de la consultation locale. En effet, il trouve à la chambre un espace privilégié d'expression, où son mandat local lui confère une légitimité en ce qu'il fait « remonter » l'information. De retour dans sa circonscription, auréolé de la légitimité nationale, il peut véhiculer sa position comme celle de la Chambre. Les élus qui cumulent des mandats sont ainsi particulièrement bien outillés pour faire prévaloir leur point de vue.

¹⁴⁹¹ Les dispositions relatives à la « consultation des électeurs sur les affaires communales » ont été codifiées aux articles L. 2142-1 et suivants du *Code général des collectivités territoriales*.

¹⁴⁹² Art. L. 2142-1 (CGCT)

¹⁴⁹³ CE, 16 novembre 1994, *Commune d'Awala-Yalimapo*, *Leb.* p. 498 ; *RFDA* 1995, p. 209 ; *RDP* 1995, p. 1081, note AUBY ; *LPA*, 31 juillet 1995, note GILLIG ; *DA* 1995, n° 31.

à avoir une conception plutôt restrictive de la compétence locale. Cette position a d'ailleurs été très critiquée par une partie de la doctrine ¹⁴⁹⁶, en ce qu'elle réduisait considérablement le champ de la consultation locale. Elle ne faisait pourtant, et contrairement aux assertions doctrinales, qu'appliquer la loi au sens où l'entendait le gouvernement. La circulaire du 31 mars 1992 précise en effet que « l'objet de la consultation doit relever exclusivement de la compétence de la commune au sens de l'article 1^{er} de la loi du 7 janvier 1983 » ¹⁴⁹⁷. Il faut cependant souligner, pour nuancer ses prises de position, que le contrôle du juge est un contrôle *a posteriori*, c'est-à-dire qu'il n'intervient, à moins d'un référé suspension ¹⁴⁹⁸, qu'une fois que le scrutin s'est déroulé. Dans les trois cas présentés, si la délibération du conseil municipal de Charvieu-Chavagneux fait l'objet d'un sursis à exécution et d'une annulation, la censure du juge n'arrive pour les deux autres affaires qu'une fois l'opinion des habitants exprimée et donc connue de tous. Si l'annulation du juge rétablit l'ordre du monde juridique, l'impact politique de la consultation lui demeure. Le résultat cristallise l'opinion de la population et l'intervention du juge n'y change rien ; *de facto*, le corps électoral apparaît comme un organe de pouvoir dont la volonté a pu s'exprimer et doit être prise en compte.

La consultation locale se transforme ainsi dans environ un tiers des cas ¹⁴⁹⁹ en un moyen pour les autorités locales de révéler l'opposition de la population. « Comme le disent clairement les maires, les référendums ont [dans ce cas] pour objet de modifier le rapport de forces avec l'administration en donnant à voir l'opposition des populations » ¹⁵⁰⁰. L'utilisation de la consultation locale est alors assez proche de l'optique corporative : la population retrouve son droit d'expression pour manifester directement son opinion car celle-ci aura, à l'égard des interlocuteurs de la collectivité, plus de poids et de légitimité que si elle émane de ses seuls organes. La consultation fait ainsi bien ressortir la prévalence de la communauté d'habitants dans la définition de la collectivité territoriale. Ce caractère communautaire est d'ailleurs bien souvent mis en avant lors des consultations locales. L'expérience référendaire est alors vécue comme renforçant le sentiment d'appartenance à une communauté. Les référendums qui traitent des sujets tels que la lutte contre l'immigration ¹⁵⁰¹, l'action contre les tziganes ¹⁵⁰² ou du refus de l'extension d'une mosquée ¹⁵⁰³ sont ainsi autant d'occasions où le pouvoir municipal reçoit le soutien de la communauté locale par un très fort pourcentage de réponses positives

¹⁴⁹⁴ CE, 14 décembre 1994, *Commune d'Avrillé*, *Leb.* p. 558 ; *RFDA* 1996, p. 452, comm. RIHAL ; *AJDA* 1995, p. 839, note JÉGOUZO ; *LPA*, 31 juillet 1995, note GILLIG.

¹⁴⁹⁵ CE, 21 juin 2000, *Commune de Charvieu-Chavagneux*, *T.* p. 856 ; *DA* 2000, n° 177 et 201, note GILLIG.

¹⁴⁹⁶ Voir les notes d'Y. JÉGOUZO et de D. GILLIG sous la décision *Commune d'Avrillé*.

¹⁴⁹⁷ Cité par GILLIG (D.), « Note sous CE, 21 juin 2000... », *op. cit.*

¹⁴⁹⁸ Le référé suspension (art. L. 521-1 (CJA)) a remplacé l'ancienne procédure du sursis à exécution depuis le 1^{er} janvier 2001.

¹⁴⁹⁹ Selon les chiffres fournis par M. PAOLETTI, dans le cadre de son étude *La démocratie locale...*, *op. cit.*, pp. 126 et ss.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 126. « C'est le pouvoir du suffrage universel contre celui de l'administration », *dixit* le maire de Chomérac.

(entre 80 et 92 % des suffrages exprimés). La consultation apparaît, à ces occasions, positivement aussi bien que négativement, comme un moyen privilégié d'expression du lien communautaire, que le juge ne vient censurer qu'en retard. Finalement, dès lors que la communauté de citoyens a pu s'exprimer, et ce indépendamment de la légalité de la consultation, cette expression a tous les traits d'une décision « souveraine ». Il faut alors entendre ce terme, dans le sens de la souveraineté du peuple : il s'agit donc de l'expression d'une puissance dont la portée dépasse les simples considérations juridiques. La consultation locale renvoie, dans ces cas, à la puissance inhérente à l'expression populaire : le politique instrumentalise le droit selon une logique qui lui est propre, sans aucune considération pour la cohérence juridique¹⁵⁰⁴. Seul importe alors le résultat ; le *medium* juridique (c'est-à-dire la consultation) passe au second plan. La jurisprudence administrative, malgré sa position restrictive en cette matière, n'a pas su infirmer cette tendance ; le refus de sanctionner le résultat d'un scrutin, au motif qu'il s'agit d'un « avis qui ne lie pas le conseil municipal quand celui-ci délibère après avoir pris connaissance des résultats »¹⁵⁰⁵, ouvre en effet la voie à l'expression politique de la « Puissance populaire ». La logique strictement juridique adoptée par le juge administratif lyonnais semble, en l'espèce, complètement déconnectée de la dimension sociopolitique de la question qui lui est soumise. Son commissaire du gouvernement l'avait pourtant averti de l'inconséquence qui résulterait de son refus de se prononcer¹⁵⁰⁶, les pratiques mayorales ultérieures lui donnant d'ailleurs amplement raison. La position du juge administratif aboutit alors, au terme d'un paradoxe non dénué d'intérêt pour qui entend réfléchir aux rapports entre pouvoir (politique) et droit, à promouvoir et renforcer la Puissance populaire alors qu'elle consacre explicitement son caractère exclusivement

¹⁵⁰¹ Consultation organisée à Hautmont (Nord) le 28 juin 1992 à propos de « problèmes liés à l'immigration dans la commune ». Le taux de participation s'élève à 68 %, pour 87 % de réponses positives. La délibération est annulée ultérieurement. Cet exemple et les deux suivants sont tirés de l'étude de M. PAOLETTI.

¹⁵⁰² Consultation organisée à Priziac (Morbihan), le 12 novembre 1989 « contre le stationnement des nomades ». La participation s'est élevée à 60 % ; les suffrages exprimés révélant 92 % des électeurs contre le stationnement.

¹⁵⁰³ Consultation organisée à Libercourt (Pas-de-Calais) sur l'extension de la mosquée. Le taux de participation se monte à 55 % ; 83 % de « non ».

¹⁵⁰⁴ Le maire de la commune de Saint-Denis (Seine-Saint-Denis) a ainsi affiché sa volonté de « continuer » la procédure du référendum qu'il entend organiser sur le vote des étrangers malgré la suspension de cette décision prononcée le 13 janvier 2006 par le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise (TA Cergy-Pontoise, ord. réf., 13 janvier 2006, *Préfet de Seine-Saint-Denis*, req. n° 0511416 ; *JCP Administrations et collectivités territoriales* 2006(5).137, Actualités n° 104 ROUAULT ; *JCP Collectivités territoriales – Intercommunalité* 2006(3).23, note MOREAU). Il a ainsi affirmé suite à la décision du Tribunal administratif (qu'il conteste et dont il interjette appel) : « nous organiserons une consultation donnant la parole à tous les Dionysiens, même si cela n'a pas le poids d'un référendum d'initiative locale répondant à toutes les règles juridiques ». V. VAN EECKHOUT (L.), « Le référendum de Saint-Denis sur le droit de vote des étrangers suspendu par la justice », *Le Monde*, 15-16 janvier 2006, p. 9 (nous soulignons) et MANDRAUD (I.), MONTVALON (J.-B. de), « Consultation à Saint-Denis sur le droit de vote des étrangers », *Le Monde*, 25 mars 2006, p. 11.

¹⁵⁰⁵ CAA Lyon, Plén., 21 juillet 1995, *M. de CAUMONT*, req. n° 94LY01586 ; *RDP*, 1995, p. 1641, concl. (contraires) GAILLETON ; *AJDA*, 1995, p. 792, note COURTIAL.

consultatif (et donc second, si ce n'est subalterne) ; le juge administratif n'a pas su, en l'espèce, mesurer le caractère instrumental du droit et les possibles conséquences de sa position, ce point confirmant par ailleurs que les collectivités territoriales ne peuvent pas être réduites à la qualité de structures administratives.

Dans les deux tiers des cas restants, la consultation est organisée pour associer la population à la décision, confortant son émergence comme organe de décision. Le « référendum accroît [en effet] la légitimité des textes adoptés car les gens ordinaires [*sic*] pensent que les décisions les plus légitimes sont celles qu'ils prennent directement plutôt que celles qui sont prises par les représentants élus, les dirigeants de partis et autres élites »¹⁵⁰⁷. La consultation locale serait dans cette optique un apprentissage de la démocratie. Il manque malgré tout quelque chose à cette procédure consultative. Contrôlée de bout en bout par les organes de la commune, elle ne laisse en effet pas de véritable place à l'expression citoyenne. Les modalités du vote, c'est-à-dire le choix entre deux solutions, réduisent encore un peu plus la place laissée aux citoyens. C'est pourquoi, afin de remédier à cette lacune, le législateur a franchi une nouvelle étape en 1995.

2. L'INITIATIVE POPULAIRE, BIEN QU'AMOINDRIE PAR LE JUGE ADMINISTRATIF, CONFORTE LE RÔLE DE LA POPULATION LOCALE

La loi du 4 février 1995 introduit une novation majeure dans le droit de la consultation locale en instituant l'initiative populaire. « Un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales peuvent [ainsi] saisir le conseil municipal en vue de l'organisation d'une consultation sur une opération d'aménagement relevant de la décision des autorités municipales. Dans l'année, un électeur ne peut signer qu'une seule saisine tendant à l'organisation d'une consultation. Cette saisine du conseil municipal ne peut intervenir avant la fin de la deuxième année ni après la fin de la quatrième année suivant l'élection du conseil municipal de la commune concernée »¹⁵⁰⁸. Outre les conditions *ratione temporis*, le législateur a entendu encadrer l'intervention des électeurs en fixant un domaine matériel de l'initiative, cette restriction visant principalement, selon les parlementaires, à exclure les « événements quotidiens de la vie municipale »¹⁵⁰⁹. Le décret d'application¹⁵¹⁰ de la loi renvoie ainsi à l'article L. 300-1 du *Code de l'urbanisme*

¹⁵⁰⁶ « Le résultat d'un tel scrutin a forcément un impact politique, que n'a naturellement pas l'avis d'un organisme ou autorité administrative. comment en effet ne pas imaginer qu'il ne puisse pas être organisé comme une fin en soi, dans un dessein exclusivement politique, par une autorité locale dont le véritable but [...] serait simplement de tirer profit de l'expression populaire, qui pourrait alors être dévoyée, même grossièrement, sans qu'aucun juge ne sanctionne un tel dévoiement : l'absence de toute sanction directe à une consultation électorale malhonnête nous paraîtrait dans ce cas particulièrement choquante et serait, à notre avis, la porte ouverte à tous les abus », GAILLETON (M.), « Conclusions sur CAA Lyon, Plén., 21 juillet 1995, *M. de CAUMONT* », *RDP*, 1995, p. 1646.

¹⁵⁰⁷ RANNEY (A.), « Référendum et démocratie », *Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 10.

¹⁵⁰⁸ Art. L. 2142-3 (CGCT).

¹⁵⁰⁹ Charles MILLON, Séance du 12 juillet 1994, *JORF Assemblée nationale débats*, n° 71[2], 13 juillet 1994, p. 4763.

pour proposer une définition de l'« opération d'aménagement » sans rien fixer de plus. Aussi, nous accordons-nous avec S. TRAORÉ lorsqu'il constate que les « limites matérielles sont relativisées par le caractère extensif de la notion même d'aménagement qui semble désigner l'ensemble des actes des collectivités locales qui visent, dans le cadre de leurs compétences, à conduire ou à autoriser des actions ou opérations définies au 1^{er} alinéa, et à assurer l'harmonisation de ces actions et opérations »¹⁵¹¹ ; la notion d'aménagement apparaît ainsi plutôt extensible, dès lors qu'il s'agit d'un projet d'une certaine ampleur. Le législateur a ce faisant surtout voulu éviter les tentatives de déstabilisation des autorités municipales sur des domaines trop peu importants. La définition qu'il propose laisse une latitude certaine à l'initiative populaire et permet aux citoyens de participer dans des domaines relativement conséquents. Les limites *ratione temporis* vont dans le même sens que les tempéraments *ratione materiae* : le délai de deux ans couvre une durée moyenne permettant la mise sur pied d'une opération d'aménagement au niveau communal¹⁵¹² ; cette limite correspond donc à une disposition favorable aux élus, leur garantissant qu'ils ne puissent pas se voir imposer certains sujets aux moments cruciaux de leurs mandats.

Le juge administratif est d'ailleurs allé dans le sens de la protection de la compétence des organes communaux, en rompant le lien mécanique entre saisine du maire et organisation de la consultation. Saisi du refus du conseil municipal de Luzarches (Val d'Oise) d'organiser la consultation de sa population, à l'initiative de plus d'un cinquième des électeurs, sur une opération d'aménagement d'un terrain, le Tribunal administratif de Versailles a jugé que le cinquième des électeurs avait le droit à ce que le conseil municipal *examine* l'opportunité d'une consultation locale, sans que sa compétence soit, lors de l'examen de cette question, *liée*¹⁵¹³. Cette position a été confirmée en appel par la Cour administrative d'appel de Paris, qui a considéré « qu'il résulte des termes des dispositions législatives précitées qu'il appartient au conseil municipal de décider, sous le contrôle du juge, s'il entend ou non donner suite à une demande de consultation des électeurs présentée sur le fondement des dispositions de l'article L. 2142-3 du *Code général des collectivités territoriales* ; qu'il n'est pas tenu, lorsqu'il est régulièrement saisi d'une telle demande par un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales, d'organiser la consultation sollicitée »¹⁵¹⁴. L'assemblée municipale conserve son pouvoir discrétionnaire, même si elle est saisie par des électeurs¹⁵¹⁵.

Cette interprétation paraît contestable, en ce qu'elle s'inscrit en rupture très nette avec la lettre et l'esprit du texte tel qu'ils ressortent des travaux parlementaires. L'article

¹⁵¹⁰ Décret n° 96-1128 du 17 décembre 1996, *JORF*, 24 décembre 1996, p. 19079.

¹⁵¹¹ TRAORÉ (S.), « Feu vert pour les référendums locaux d'initiative populaire en matière d'aménagement (Commentaire du décret n° 96-1128 du 17 décembre 1996) », *LPA*, 7 février 1997, n° 17, p. 9.

¹⁵¹² Pour exemple, v. PROTIÈRE (G.), *Les stratégies de valorisation territoriale (Bron, Rillieux-la-Pape, Vaulx-en-Velin. 1995-2001)*, Mémoire pour le DEA Administration publique, Université Lyon II, 2002, 124 p.

¹⁵¹³ TA Versailles, 23 octobre 2001, *Les amis de la terre du Val d'Ysieux*, req. n° 975446 ; *AJDA* 2002.45, note JÉGOUZO ; *DA* 2002, n° 120, note BRAUD.

L. 2142-3 (CGCT) prescrit au conseil municipal, saisi d'une demande émanant d'un cinquième des électeurs inscrits de la commune, de délibérer « sur le principe et les modalités d'organisation de cette consultation ». La question est alors de savoir quelle portée donner à cette expression. Deux positions se dégagent. Pour Y. JÉGOUZO, qui défend la position du Tribunal administratif de Versailles, « dès lors que le texte se réfère au "principe" de la consultation, il apparaît évident que la volonté du législateur était de laisser à l'assemblée délibérante la libre appréciation de l'opportunité même d'organiser cette consultation et non de limiter ses pouvoirs à en définir les modalités »¹⁵¹⁶. « Si le conseil municipal refuse l'organisation de la consultation, il ne statuera toutefois pas, comme l'exige pourtant la loi, sur les modalités de la consultation. Si le pouvoir discrétionnaire avait été retenu par le législateur, il aurait alors écrit que le conseil délibère sur le principe et, "le cas échéant" sur les modalités »¹⁵¹⁷. Force est toutefois de constater qu'aucun élément dirimant ne permet de trancher véritablement entre les deux interprétations défendues ; d'autant moins, que l'on peut sans doute s'accorder avec Xavier BRAUD quand il relève que cette formulation, inchangée depuis le projet de loi gouvernemental, résulte du hasard, de l'automatisme ou de l'erreur. Elle ne prendrait donc son sens que ramenée à un dessein global porté par l'ensemble du texte.

Les travaux parlementaires, s'ils n'explicitent pas le sens véritable de cette expression, fournissent néanmoins une idée de la philosophie générale du texte. Malgré quelques positions réticentes que les tenants du projet s'efforcent de rassurer, la novation est généralement qualifiée de « référendum d'initiative populaire »¹⁵¹⁸. Le législateur entend de plus différencier cette procédure, uniquement municipale, de la consultation

¹⁵¹⁴ CAA Paris, 22 février 2005, *Association Les Amis de la terre du Val d'Ysieux c/ commune de Luzarches* ; req. n° 01PA04331 ; AJDA 2005.1052, concl. LERCHER ; JCP Collectivités territoriales – Intercommunalité, 2005 n° 120, note MOREAU. Nous soulignons. Le juge d'appel reprend quasiment le considérant du juge de première instance. Celui-ci avait en effet considéré « qu'il résulte des termes mêmes des dispositions législatives précitées [art. L. 2142-3 (CGCT)] qu'il appartient au seul conseil municipal, sous le contrôle du juge, de décider s'il entend ou non donner suite à une telle demande ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutient l'association, il n'est pas tenu, dès lors qu'une demande en ce sens a été formulée, d'organiser la consultation ». TA Versailles, 23 octobre 2001, *Les amis de la terre du Val d'Ysieux*, préc.

¹⁵¹⁵ Ce que n'infirmant pas les deux décisions de référé – suspension du Tribunal administratif de Rennes et du Conseil d'État, qui admettent que la demande de consultation locale, si elle est recevable, doit être inscrite à l'ordre du jour du conseil municipal, sans préjuger aucunement de ce que fera l'organe délibérant communal, dont la seule obligation est de *débattre* de cette saisine, non pas d'*organiser la consultation*. V. TA Rennes ord. réf., 7 août et 11 septembre 2003, *Association de défense du site de Lancieux et de la baie du Beaussais* (req. n° 03-2544 et n° 03-3077 ; DA 2004(1).21, note BRAUD) et CE ord. réf., 1^{er} décembre 2003, *Commune de Lancieux* (req. n° 259684).

¹⁵¹⁶ JÉGOUZO (Y.), « Note sous TA Versailles, 23 octobre 2001, *Les amis de la terre du Val d'Ysieux* », AJDA, 2002, p. 45.

¹⁵¹⁷ BRAUD (X.), « Note sous TA Versailles, 23 octobre 2001, *Les amis de la terre du Val d'Ysieux* », DA, juillet 2002, n° 120, p. 15.

¹⁵¹⁸ Xavier BRAUD mentionne les interventions de MM. CAZIN D'HONINCHUN, GUILLET et MARTIN-LALANDE (*JORF Assemblée nationale débats*, 12 juillet 1994, pp. 4758-4759), cité in *ibid.*, p. 16.

locale existante, à l'initiative des maire et conseil municipal ¹⁵¹⁹. Or, « reconnaître le pouvoir discrétionnaire au conseil, c'est transférer l'initiative de la consultation des électeurs à ces élus locaux et nier ainsi la distinction faite par le législateur » ¹⁵²⁰. La véritable difficulté de l'initiative populaire réside d'ailleurs dans l'obtention des signatures, que le législateur a particulièrement encadrée ¹⁵²¹ pour éviter que l'administration communale ne devienne impossible. Mais une fois celles-ci collectées et authentifiées par l'exécutif de la commune, la compétence de l'organe délibérant communal semblait liée. Sinon, « pourquoi faudrait-il se fatiguer à réunir en un temps record les signatures d'un cinquième des électeurs, alors que le même résultat pourrait être obtenu par une simple lettre adressée au maire [... puisque] dans les deux cas, si l'on en croit le juge versaillais, le conseil municipal statue en opportunité sur la demande » ¹⁵²². La position du juge fait perdre une grande partie de son intérêt à cette formule, confirmant la primauté des organes locaux et la qualité supplétive des consultations locales. Ce sont bien eux en effet qui maîtrisent l'intégralité de la procédure, le corps électoral n'étant qu'un organe que l'on sollicite. Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par l'évolution de la législation ; la loi du 13 août 2004 a, ainsi, élargi le recours à la consultation des électeurs, de même que l'initiative populaire à l'ensemble des collectivités territoriales ¹⁵²³. La rédaction de la nouvelle disposition prête moins à la controverse que la précédente, puisque les électeurs peuvent demander et non obtenir à ce que soit inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de la collectivité l'organisation d'une consultation sur toute affaire relevant de sa compétence ¹⁵²⁴. L'organe délibérant de la collectivité concernée jouit donc d'une entière liberté quant à l'organisation éventuelle de la consultation demandée. La position du législateur, justifiée par la nécessaire harmonisation des dispositions légales avec le nouvel article 72-1 de la Constitution (qui fonde le droit de pétition), valide rétrospectivement la position du juge administratif et la compétence discrétionnaire de l'organe délibérant. Elle confirme que loin de promouvoir « une démocratie locale civique dans laquelle les citoyens sont titulaires de droit [*sic*], [elle s'inscrit] dans le cadre d'un modèle domestique de relation, hiérarchique et paternaliste où les citoyens, en position dominée et sujets de besoin, ont la possibilité de demander » ¹⁵²⁵, confirmant la

¹⁵¹⁹ Procédure définie à l'art. L. 2142-2 (CGCT).

¹⁵²⁰ BRAUD (X.), « Note sous TA Versailles, 23 octobre 2001... », *op. cit.*, p. 16.

¹⁵²¹ Outre les 20 % des signatures des électeurs inscrits à recueillir en quatre mois, il existe d'autres tempéraments : pas plus d'une signature par an, pas de possibilité d'organisation d'une consultation d'initiative populaire lors des deux premières et deux dernières années du mandat. L'ensemble de ces points sont d'ailleurs qualifiés de « garde-fous » par M. MARTIN-LALANDE, Séance du 12 juillet 1994, *JORF Assemblée nationale débats*, n° 71[2], 13 juillet 1994, p. 4759.

¹⁵²² BRAUD (X.), « Note sous TA Versailles, 23 octobre 2001... », *op. cit.*, p. 16.

¹⁵²³ Respectivement art. L. 1112-15 (CGCT) et L. 1112-16 (CGCT). Le seuil reste fixé à un cinquième des électeurs pour les communes, tandis qu'il s'abaisse à un dixième des électeurs dans les autres collectivités territoriales.

¹⁵²⁴ La nouvelle rédaction paraît permettre un élargissement du champ des consultations locales, puisque l'expression retenue est plus large que la simple « opération d'aménagement » qui figurait dans la loi du 4 février 1995.

prévalence, pour le législateur, de « la "République des proximités" *contre* la démocratie participative »¹⁵²⁶. L'inscription constitutionnelle du droit de pétition, dont la loi d'application n'a, par ailleurs, toujours pas été édictée, paraît ainsi, au terme d'un surprenant paradoxe, restreindre les modalités antérieures de la démocratie participative locale¹⁵²⁷.

L'instauration de l'initiative populaire reste néanmoins une avancée importante car elle permet une extension remarquable de la libre administration en introduisant un véritable rapport entre l'électeur et ses représentants. Le citoyen peut en effet interpeller l'élu en lui soumettant ce qu'une partie non négligeable de la population entend intégrer à l'intérêt général local. Le corps électoral peut ainsi devenir un organe actif, cessant alors d'être seulement un « organe qui nomme »¹⁵²⁸ pour devenir aussi un « organe qui veut », conformément à une logique démocratique *dialogique*. L'ensemble de ces procédés favorise ainsi l'érection de la « puissance populaire », face aux organes locaux. De ce point de vue, la réforme constitutionnelle de 2003 franchit un cap plus important encore, en étendant le recours au référendum local (créé à l'occasion) à l'ensemble des collectivités territoriales, conférant ainsi à la population nationale, comprise localement, une place nouvelle dans la hiérarchie des organes locaux. La structure de la puissance territoriale se rapproche, à cette occasion encore, de celle de la puissance d'État.

Paragraphe 2. La constitutionnalisation du référendum local : la « Puissance populaire » devient une modalité commune d'expression aux différents canaux du pouvoir dans l'État

La loi constitutionnelle de mars 2003 est l'occasion de franchir une étape quant à la place de la population au sein des organes locaux. Alors que les habitants ne pouvaient être que consultés aux niveaux communal et intercommunal, le pouvoir constituant dérivé consacre l'existence d'un véritable référendum local à tous les échelons territoriaux, une loi organique devant ultérieurement préciser les modalités concrètes de mise en œuvre. Celle-ci a été adoptée le 1^{er} août 2003 et pose des conditions drastiques. Cela n'empêche toutefois pas l'émergence de la « Puissance populaire », celle-ci devenant un véritable organe local de décision **(A.)**.

Avec cette étape, le rapprochement entre les puissances d'État et territoriale se confirme. On assiste ainsi à un alignement des conditions d'expression territoriale du pouvoir sur les conditions étatiques. La « Puissance populaire » s'affirme comme un

¹⁵²⁵ PAOLETTI (M.), « La démocratie locale figée... », *op. cit.*, p. 119.

¹⁵²⁶ SADLAN (P.), « La "République des proximités" *contre* la démocratie participative », *Pouvoirs locaux*, 2003, n° 59, pp. 52-57.

¹⁵²⁷ Ainsi que le relève FOREY (E.), « Le droit de pétition aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales. Réflexions sur l'article 72-1 alinéa 1 de la Constitution », *RDJ*, 2005, pp. 166-169.

¹⁵²⁸ Selon la fameuse expression de Léon MICHOU (La *théorie de la personnalité morale et son application au droit français. Première Partie...*, *op. cit.*, p. 289), citée par TURPIN (D.), « Le principe d'égalité du suffrage », in DEBARD (T.), ROBBE (F.) (Sous la direction), *Le caractère équitable de la représentation politique*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 45.

organe commun à l'expression des canaux du pouvoir originaire dans l'État (B.).

A. Les conditions restrictives du référendum local n'empêche pas la « Puissance populaire » de devenir un organe local de décision

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 crée un article 72-1 de la Constitution, selon lequel « 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 »¹⁵²⁹ ; l'ensemble des collectivités territoriales peuvent y recourir. L'initiative du référendum appartient à l'assemblée locale pour les matières qui relèvent de sa compétence et à l'exécutif pour celles qui lui sont propres (à l'exception des décisions individuelles)¹⁵³⁰. Un exécutif ne peut ainsi se voir imposer un référendum dans une des matières qui relèvent de sa compétence, mais une assemblée locale peut refuser de mettre en œuvre un référendum désiré par son exécutif. Cette précision pourrait avoir son importance en cas de crise entre l'assemblée locale et l'exécutif sur une compétence de celui-ci : dans ce cas, le référendum ne pourra pas servir pour trancher le différend, sauf si les deux organes y consentent. La population ne peut donc pas jouer le rôle d'arbitre, en ce qu'elle viendrait trancher un différend à la demande d'un seul des organes de la collectivité contre l'autre, comme cela peut être le cas, au niveau national, avec le référendum de l'article 11 de la Constitution¹⁵³¹ : l'entière maîtrise de sa compétence par chacun des organes locaux coupe court à une telle instrumentalisation. Enfin, il semble que, contrairement à ce que soutient une partie de la doctrine¹⁵³² et conformément aux conclusions précédentes, les autorités municipales ne peuvent pas se voir imposer le recours à cette procédure. « Le référendum local n'est [ainsi] jamais une obligation, même en présence d'une pétition des électeurs en ce sens et alors pourtant que le premier alinéa de l'article 72-1 de la Constitution institue un droit de pétition »¹⁵³³. Ceci s'explique par le fait que les collectivités territoriales ont, d'après les termes mêmes de la Constitution, la possibilité, et non l'obligation, d'inscrire à leur ordre du jour les pétitions dont elles sont saisies, leur liberté restant donc entière, y compris en matière de

¹⁵²⁹ Le texte a notamment été publié et commenté à l'*AJDA*, 2003, pp. 571 et ss.

¹⁵³⁰ Art. L.O. 1112-1 et L.O. 1112-2 (*CGCT*).

¹⁵³¹ L'article 11 de la Constitution permet au président de la République de faire trancher une question législative par la population ; il peut donc intervenir dans la matière de l'organe législatif. En 1962, le Général de GAULLE recourt ainsi à l'article 11 pour trancher son différend avec le Parlement sur l'élection du président de la République au suffrage universel direct.

¹⁵³² VERPEAUX (M.), « Référendum local, consultations locales et Constitution », *AJDA*, 2003, p. 540 ; ORAISON (A.), « La renaissance de la "démocratie participative" par l'article 72-1 de la Constitution (Remarques sur les référendums locaux reconnus dans l'ensemble des collectivités territoriales de la République à la suite de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003) », *RDP*, 2004, p. 642.

¹⁵³³ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Décisions et documents du Conseil constitutionnel. Jurisprudence. Décision n° 2003-482 DC du 30 juillet 2003 », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, édition numérique.

référendums locaux ¹⁵³⁴ .

La décision de recourir au référendum relève, comme dans le cas de la simple consultation, de l'assemblée locale ¹⁵³⁵ tandis que sa mise en œuvre (pratique, concrète) est assurée par le maire (y compris quand il s'agit d'un référendum organisé dans une collectivité territoriale autre que la commune ¹⁵³⁶). La loi organique ¹⁵³⁷ interdit l'organisation d'un référendum dans certaines circonstances : conjointement à un « scrutin politique » ¹⁵³⁸ , en cas de dissolution de l'assemblée locale, en cas de démission générale des membres de l'assemblée locale. Ces derniers types de limitation permettent d'établir un parallèle avec les consultations locales. Des dispositions identiques encadrent en effet le recours à la procédure consultative ¹⁵³⁹ . Il faut, semble-t-il, y voir une tentative d'éviter que ces procédures ne soient détournées de leur but premier (permettre au citoyen de participer à la gestion des affaires communes) pour interpellier l'État sur des désaccords. De son côté, l'assimilation avec des scrutins politiques pourrait faire naître dans l'esprit de l'électeur des confusions quant à la portée de son vote. L'ensemble de ces dispositions a enfin comme conséquence de rassurer les élus quant à d'éventuels dérapages liés à la pratique référendaire ¹⁵⁴⁰ . Le référendum ne peut pas être organisé avant la fin du délai du contrôle de légalité, afin de laisser le temps aux services préfectoraux en charge de ce contrôle de travailler sereinement. L'affirmation stricte du délai de contrôle vise à éviter la situation évoquée plus haut en matière de consultation : le corps électoral s'exprime et le juge vient annuler le scrutin. Le résultat du référendum est en effet une décision, et la population comprendrait mal pourquoi on l'a laissée s'exprimer pour que la délibération soit finalement annulée par le juge administratif. L'expression de la Puissance populaire doit pouvoir se manifester

¹⁵³⁴ GROSHENS (J.-C.), WALINE (J.), « À propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », *Mélanges Paul AMSELLEK*, *op. cit.*, p. 401.

¹⁵³⁵ Art. L.O. 1112-3 (CGCT).

¹⁵³⁶ Art. L.O. 1112-4 (CGCT).

¹⁵³⁷ Loi organique n° 2003-705 du 1^{er} août 2003..., préc.

¹⁵³⁸ Selon l'art. L.O. 1112-6, « aucune collectivité territoriale ne peut organiser de référendum local : 1° à compter du premier jour du sixième mois précédant celui au cours duquel il doit être procédé au renouvellement général ou au renouvellement d'une série des membres de son assemblée délibérante ; 2° pendant la campagne ou le jour du scrutin prévus pour des consultations organisées dans son ressort sur le fondement du dernier alinéa de l'art. 72-1, de l'art. 72-4 et du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution ; aucune collectivité territoriale ne peut organiser de référendum local pendant la campagne ou les jours des scrutins prévus pour : 1° le renouvellement général ou au renouvellement d'une série des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales, 2° le renouvellement général des députés, 3° le renouvellement de chacune des séries des sénateurs, 4° l'élection des membres du Parlement européen, 5° l'élection du président de la République, 6° un référendum prévu par le président de la République ».

¹⁵³⁹ Voir art. L. 2142-6 et L. 2142-7 (CGCT).

¹⁵⁴⁰ PAOLETTI (M.), *La démocratie locale...*, *op. cit.*, chapitres VI et VII.

pleinement ; aussi vaut-il mieux faire les contrôles en amont. La loi organique précise toutefois que « le texte adopté par voie de référendum est soumis aux règles de publicité et de contrôle applicables à une délibération de l'organe délibérant de la collectivité ou à un acte de son exécutif »¹⁵⁴¹. Gageons cependant que si le premier contrôle (en amont) a été soigneux, le second ne devrait être qu'une formalité (même si un vice de légalité externe – le plus probable – peut toujours s'immiscer dans la délibération adoptée). La loi organise enfin les modalités d'information de la population ; comme dans le cas de la consultation locale, il revient aux autorités communales de fournir les documents permettant à la population de se prononcer en connaissance de cause¹⁵⁴².

Le Conseil constitutionnel a été saisi du contrôle de ce texte de loi organique voté par le Parlement conformément à l'article 46 de la Constitution. La décision n° 2003-482 DC du 30 juillet 2003¹⁵⁴³ apporte quelques précisions sur la nature du référendum local. Le Conseil constitutionnel valide tout d'abord l'interdiction d'organiser un référendum local « le jour des scrutins politiques » fixée par la loi organique, « ainsi que pendant une période précédant ces scrutins » (considérant n° 9). Les référendums locaux ne sont ainsi pas assimilables aux autres scrutins locaux, qualifiés eux de politiques¹⁵⁴⁴ et n'ont aucun lien avec la souveraineté nationale. Ils sont des scrutins de type corporatif permettant à la communauté locale de régler ses affaires les plus importantes en faisant appel à l'électeur. La décision prise exprimera néanmoins la volonté de la population locale, conformément à la logique de la souveraineté populaire, en ce sens qu'elle aura déterminé, exprimé et fait prévaloir la volonté générale (locale) exprimée directement par le corps électoral. L'importance des questions que l'on pense prochainement réglées par ce procédé a conduit le législateur à adopter un seuil minimal de participation afin de donner son caractère décisionnel à la consultation. Si ce seuil n'est pas atteint, l'assemblée locale devra se saisir du résultat du scrutin si elle veut lui donner suite. Ce seuil de participation est fixé à 50 % des électeurs alors que tant les députés que le gouvernement souhaitaient retenir 30 % ; le Sénat a, par deux fois, modifié cette disposition et est parvenu à convaincre les députés lors de la seconde lecture, malgré les réticences du gouvernement. Ce seuil est très élevé ; certainement trop si on le compare avec les législations étrangères. La loi tchèque du 15 avril 1992 relative au référendum local¹⁵⁴⁵ prévoit ainsi un taux de participation minimale équivalent au quart des citoyens

¹⁵⁴¹ Art. L.O. 1112-7 (CGCT).

¹⁵⁴² Art. L.O. 1112-8 (CGCT).

¹⁵⁴³ CC, déc. n° 2003-482 DC, 30 juillet 2003 (*Loi organique relative au référendum local*), *Rec.* p. 414 ; *JORF*, 2 août 2003, p. 13303 ; *LPA* 2003(192).8, note SCHOETTL ; *AJDA* 2003.1862, DUPRAT ; *JCP* 2003(47).2017, note VERPEAUX ; *JCP Administrations et collectivités territoriales* 2004(8).217, note VERPEAUX ; *JCP* 2004(10).381, VERPEAUX ; *LPA* 2004(134).17, VERPEAUX ; *AJJC* 2003.708, chron. FATIN-ROUGE.

¹⁵⁴⁴ CC déc. n° 82-146 DC, préc.

¹⁵⁴⁵ Reproduit in CHEVILLEY-HIVER (C.), *La participation directe des citoyens aux décisions locales*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, « Thèse à la carte », 2001, pp. 580-583.

tandis que la loi communale belge du 24 juin 1988, modifiée par la loi du 10 avril 1995¹⁵⁴⁶ prévoit quant à elle qu'il n'est pas procédé au dépouillement si le taux est inférieur à 40 % des électeurs communaux (art. 322). Ces taux semblent plus facilement atteignables et il est regrettable que le Sénat soit parvenu à imposer sa conception. Le risque est de faire du référendum une procédure exceptionnelle ; l'élévation du seuil minimal de participation nécessaire jouant comme un repoussoir pour les élus locaux¹⁵⁴⁷, notamment dans les grandes collectivités où la participation est beaucoup plus incertaine que dans les petites. Un taux de participation trop faible ne conduit toutefois pas à l'échec de la procédure ; elle entraîne simplement le changement de catégorie de la votation : de référendum, elle devient consultation. Une fois encore, la différence pourrait *in fine* s'avérer marginale. Le corps électoral se sera prononcé quoi qu'il advienne et l'on voit déjà ce qu'il en est avec les consultations locales : le pouvoir local se sent politiquement lié par l'expression de la population. On regrettera tout de même qu'il faille dans le cas du changement en consultation que le conseil local se prononce à nouveau. D'une décision « souveraine » du corps électoral, le texte final, sera dans ce cas, à nouveau une délibération de l'organe délibérant local.

B. La « Puissance populaire », organe commun d'expression des puissances d'État et territoriale

La consécration du référendum local vient ainsi rappeler que la libre administration des collectivités territoriales et ses variantes sont des prérogatives de la communauté territoriale (c'est-à-dire du groupement humain), et non pas une attribution des élus locaux comme ceux-ci l'ont trop souvent cru. La logique selon laquelle les collectivités territoriales sont conçues dans le texte constitutionnel comme des communautés humaines à qui il est reconnu le droit de gérer leurs affaires librement, se perpétue donc avec la nouvelle rédaction de l'article 72-1 de la Constitution. L'absence de recours¹⁵⁴⁸ à l'encontre des scrutins en fait une véritable décision *souveraine*, conformément à ce qu'écrivait CARRÉ DE MALBERG à propos de l'introduction du référendum dans le régime parlementaire : « le véritable souverain, c'est alors le peuple, armé de moyens de statuer en dernier ressort, c'est-à-dire de déclarer si la décision émise par les Chambres [ou, en l'espèce, l'organe délibérant local] comme expression de la volonté générale est conforme ou non à la volonté de la communauté populaire elle-même »¹⁵⁴⁹. Ces dispositions, en plaçant ainsi les organes locaux sous la « tutelle des citoyens »¹⁵⁵⁰ plutôt que sous celle de l'État, manifestent un pas de plus vers une conception plus extensive

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 585.

¹⁵⁴⁷ Marion PAOLETTI estime ainsi que « ce type d'invention [le seuil minimal de participation], comme celle de la limite du droit de pétition des électeurs (une seule demande par an et par électeur) dans le cadre de la consultation de 1995, laisse penser que le droit semble avoir davantage pour fonction d'interdire et d'encadrer que d'autoriser et de rendre possible » (in « La démocratie locale figée... », *op. cit.*, p. 118).

¹⁵⁴⁸ À moins d'un revirement de jurisprudence et de l'abandon de la jurisprudence *CAUMONT*.

¹⁵⁴⁹ CARRÉ DE MALBERG (R.), « Considérations théoriques sur la question... », *op. cit.*, p. 229.

de l'auto administration et révèlent plus clairement les fondements objectifs d'un véritable droit politique républicain, commun par sa structure aux différents échelons territoriaux de la démocratie politique globale.

Avec cette avancée, le pouvoir local continue son alignement structurel sur le pouvoir national. Le système représentatif est en effet complété par des procédés de démocratie semi directe dans la Constitution de 1958 (Art. 11) ; le pouvoir local d'essence délibérative se voit doté de la même capacité de faire appel au peuple pour se prononcer sur une question importante. Si le pouvoir local répond aux mécanismes de la souveraineté du peuple, cette inscription constitutionnelle du référendum local va permettre un certain mimétisme entre les deux canaux d'expression de la souveraineté. « Dès qu'il est constaté que le peuple est mis par la Constitution en possession de moyens qui lui permettent d'intervenir chaque fois qu'il le désire, notamment en ce qui concerne la législation, et qui, de plus, lui assurent, s'il intervient, la possibilité de faire prévaloir sa volonté, cela suffit en effet pour que l'on doive affirmer que la Constitution l'a érigé en organe suprême, et même qu'elle le traite *en souverain* »¹⁵⁵¹. Le mécanisme de mimétisme institutionnel, ici mis en lumière, confirme alors l'identité du pouvoir à l'œuvre dans le cadre tant de la puissance d'État que de la puissance territoriale, et le rapprochement de ses modalités d'expression aux différents niveaux de la démocratie politique.

La dimension organique de la libre administration des collectivités territoriales était déjà prégnante en 1946 et 1958 lors de la constitutionnalisation de ce principe. Elle reposait alors uniquement sur l'élection des organes des collectivités territoriales. Elle a depuis été renforcée de deux façons. L'autonomie des organes délibérants locaux s'est tout d'abord accrue par le biais de la reproduction des mécanismes constitutionnels au niveau territorial, participant à la promotion de la parlementarisation de ces structures. La promotion de la participation populaire, sous une forme d'abord consultative, puis, décisionnelle, renforce ensuite la dimension organique du pouvoir local. Ces mécanismes permettent en effet aux populations locales de s'individualiser, en reproduisant les canaux d'expression de la volonté populaire aux différents échelons territoriaux. La « Puissance populaire » s'affirme ainsi comme l'une des composantes de la puissance territoriale, au même titre que de la puissance d'État. Le mimétisme entre les modalités étatiques et territoriales d'expression du pouvoir trouve ainsi dans la réforme constitutionnelle de 2003 un point d'achèvement significatif, confortant les collectivités territoriales dans leur fonction de cadre de la démocratie politique globale.

Il faut toutefois relever que parallèlement à ce renforcement organique, la puissance territoriale continue de souffrir des lacunes de sa dimension matérielle. Les moyens d'action inhérents à la liberté territoriale d'administration, ainsi que l'articulation entre l'État et les collectivités territoriales de leurs champs respectifs de compétence illustrent parfaitement les carences de la puissance territoriale ; la constitutionnalisation de ce pan doit être renforcée pour promouvoir les garanties de la libre administration des

¹⁵⁵⁰ Selon l'expression et la comparaison forgées par René CAPITANT, in « La définition de la démocratie... », *op. cit.*, p. 163.

¹⁵⁵¹ CARRÉ DE MALBERG (R.), « Considérations théoriques sur la question... », *op. cit.*, p. 239. Nous soulignons.

collectivités territoriales et, partant, rééquilibrer la décentralisation constitutionnelle française.

Conclusion du Chapitre I.

La libre administration des collectivités territoriales est conçue principalement comme une liberté formelle. Il s'agit de laisser aux organes locaux une autonomie de travail, garantie par leur origine électorale. Les modalités organiques d'expression territoriale du pouvoir rapprochent alors puissance territoriale et puissance d'État. Ce mouvement est illustré par l'extension à la puissance territoriale des principes de la vie politique nationale, à travers le développement de la parlementarisation des assemblées locales. Le processus de constitutionnalisation exogène, alors à l'œuvre, conduit au développement d'un droit politique républicain, dont les composantes sont identiques pour les différentes assemblées locales et nationales. La condition de l'élu, monade de la parlementarisation en cours, paraît ainsi s'homogénéiser, confirmant l'unité du champ démocratique républicain.

La dimension représentative de la libre administration est par ailleurs renforcée par l'aménagement de la participation populaire à la prise de décision locale. La loi d'abord, puis la Constitution en 2003, ont en effet rendu possible la consultation puis la décision directe de la population des collectivités territoriales. Le corps électoral territorial peut désormais être analysé comme un véritable acteur de la démocratie territoriale, au même titre que le peuple est acteur de la démocratie nationale. La structure de la puissance territoriale se rééquilibre ainsi, sur le modèle de la puissance d'État, en réservant au corps électoral un pouvoir de décision ultime à l'ensemble des échelons territoriaux.

La puissance territoriale, associée à la puissance d'État, participe ainsi de l'accomplissement de l'unité et de l'épanouissement de la démocratie politique. Le pouvoir des collectivités territoriales apparaît clairement, dans sa mise en œuvre, comme une liberté politique, conformément à son caractère originaire.

Chapitre II. La puissance territoriale, capacité de faire fragile et insuffisamment protégée : la décentralisation constitutionnelle française n'est pas une *décentralisation politique*

La Constitution procède, ainsi qu'il vient d'être vu, à une définition formelle de la libre administration des collectivités territoriales ; aussi l'absence de mention expresse des éléments matériels du pouvoir local a-t-elle conduit le juge à interpréter ce principe afin d'en dégager les implications concrètes de mise en œuvre (c'est-à-dire son champ). Il a, à cette occasion, été plutôt timoré, adoptant une conception essentiellement fonctionnelle des collectivités territoriales. Il a ainsi entendu extrêmement strictement tant le pouvoir normatif local que le pouvoir financier. C'est pourquoi le pouvoir constituant dérivé est intervenu afin de donner un peu plus de contenu à ce pan de la puissance territoriale. La révision constitutionnelle de mars 2003 inscrit ainsi dans le corps de la Constitution plusieurs moyens dont bénéficient les collectivités territoriales, sans que cela change substantiellement la donne. La puissance territoriale reste avant tout une liberté politique ;

la conception fonctionnelle, qui demeure prévalente, réduit ainsi la capacité d'intervention des structures locales à la portion congrue. Bien que les fondements de la décentralisation aient été constitutionnalisés, les modalités de l'action publique ne correspondent toutefois qu'imparfaitement aux canons de la décentralisation politique (**Section I.**).

La constitutionnalisation des dispositions relatives à la puissance territoriale vise, ainsi qu'il a déjà été mentionné, à assurer son effectivité, en la protégeant contre la puissance d'État. À cette fin, les collectivités territoriales devraient pouvoir défendre leurs droits, constitutionnellement définis, devant les juridictions compétentes. À défaut, elles doivent, dans tous les cas, pouvoir arguer de ces droits fondamentaux devant les juridictions auxquelles elles ont accès. Or, non seulement les collectivités territoriales ne peuvent pas saisir le juge constitutionnel, mais elles ne trouvent parallèlement dans le juge administratif qu'un défenseur timoré ; sa vision est en effet empreinte d'une certaine administrativité, de laquelle la dimension constitutionnelle est largement absente. Aussi, faut-il constater que l'État constitutionnel français est déséquilibré et que l'on ne peut véritablement l'assimiler à une décentralisation de type politique (**Section II.**).

Section I. La faible constitutionnalisation des moyens d'action de la puissance territoriale : le difficile passage à une décentralisation de type politique

Tant en 1946 qu'en 1958, aucune mention relative au contenu de la puissance territoriale n'est faite dans la Constitution. On peut expliquer ce point par la conception formelle et organique de la démocratie locale, garantie constitutionnellement, tandis que la mise en œuvre de la libre administration des collectivités territoriales est renvoyée au législateur. C'est donc lui, et lui seul, selon une logique fonctionnelle, qui connaît du contenu du pouvoir local. Le juge constitutionnel est néanmoins amené à développer certaines modalités positives de la libre administration des collectivités territoriales ; il en adopte alors le plus souvent une conception restrictive. De son côté, le pouvoir constituant a cherché à modifier ce fait en inscrivant explicitement dans la Constitution les prérogatives inhérentes à ce principe. Deux des principaux moyens des collectivités territoriales (le pouvoir réglementaire et la capacité financière) sont alors inscrits dans le corps de la Constitution. Alors qu'ils devraient permettre une extension nette de l'autonomie locale, ils sont tempérés par l'unité du pouvoir dans l'État. Celle-ci sous-tend en effet, dans la jurisprudence constitutionnelle, une conception fonctionnelle des collectivités territoriales et limite, de ce fait, fortement l'autonomie locale (**Paragraphe 1.**).

La révision de mars 2003 fait parallèlement un pas en direction de la garantie des compétences locales. Elle mentionne en effet différents dispositifs de répartition des compétences, sur le modèle des États composés. En ne recourant qu'à des mécanismes formels, l'apport de 2003 n'est toutefois qu'un « coup d'épée dans l'eau » ; la puissance d'État sort éminemment renforcée de cette entreprise (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. La constitutionnalisation des moyens normatifs et financiers des collectivités territoriales : les reliquats de la décentralisation

administrative freinent la pleine affirmation de la puissance territoriale

La révision constitutionnelle de mars 2003 modifie substantiellement l'économie du Titre XII de la Constitution. Alors que la liberté d'administration des collectivités territoriales avait, depuis 1946, été principalement entendue dans un sens formel, la révision de ce Titre complète cette perspective en précisant les éléments matériels induits par cette notion. Pour ce faire, le législateur constitutionnel s'est autant appuyé sur la jurisprudence constitutionnelle qu'il a cherché à en neutraliser les effets.

Deux éléments sont particulièrement révélateurs de l'ensemble de ces dynamiques. Il a tout d'abord été procédé à l'inscription explicite dans la Constitution d'une capacité normative territoriale, sous-jacente à l'idée même de liberté d'administration, mais dont l'existence prêtait à discussion. Les conditions d'exercice fixées consacrent alors une hiérarchisation des canaux d'expression du pouvoir dans l'État (A.).

Dans un second temps, il est créé un article 72-2 de la Constitution, consacré intégralement aux finances locales. Si cette disposition doit venir trancher avec la jurisprudence constitutionnelle antérieure, jugée trop laxiste et imprécise, il n'est pas certain qu'elle y parvienne. La constitutionnalisation de la capacité financière territoriale confirme le caractère secondaire des interventions de la puissance territoriale (B.).

A. La constitutionnalisation de la capacité normative territoriale consacre la hiérarchisation des canaux d'expression du pouvoir dans l'État

Aux termes du nouvel article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales « disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ». Cette disposition complète la définition des conditions de la libre administration des collectivités territoriales. L'inscription constitutionnelle de la capacité normative territoriale dans le cadre de leurs compétences explicite la question, longtemps débattue en doctrine, du fondement du pouvoir normatif territorial. Alors que la constitutionnalisation paraît valider la thèse de l'originarité de ce pouvoir, les modalités de mise en œuvre renvoient quant à elles à la thèse de l'habilitation législative, révélant *in fine* la faiblesse de cette inscription constitutionnelle (1.).

La véritable novation normative pourrait plutôt résulter de l'alinéa suivant de l'article 72 de la Constitution, qui reconnaît aux collectivités territoriales la possibilité d'expérimenter en matière législative. Bien que les conditions soient assez strictement définies, cette disposition revient sur l'interdiction édictée par le Conseil constitutionnel en 2002. En ouvrant la matière législative aux structures territoriales, le pouvoir constituant dérivé confirme l'unité d'expression du pouvoir dans l'État et le caractère politique des collectivités territoriales (2.).

1. LA CONSTITUTIONNALISATION DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE LOCAL : ENTRE ORIGINARITÉ DES FONDEMENTS ET SECONDARITÉ DES MODALITÉS D'EXPRESSION

La révision constitutionnelle de mars 2003 clôt le débat sur les sources du pouvoir réglementaire local : en lui donnant un fondement constitutionnel, elle explicite bien que

l'origine de ce pouvoir se trouve dans la norme fondamentale, comme celui de l'ensemble des organes constitués politiques. Vingt ans après, la « querelle d'Angers » trouve son, enfin, aboutissement. En 1983, M. BOURJOL et L. FAVOREU s'étaient en effet opposés, lors d'un colloque portant sur la fonction publique territoriale organisé à Angers, sur les fondements du pouvoir réglementaire local. Le premier estime, à cette occasion, que l'article 72 de la Constitution fonde la capacité normative des collectivités territoriales tandis que le second défend l'idée du fondement légal du pouvoir réglementaire local. Selon Maurice BOURJOL, la libre administration des collectivités territoriales implique ainsi « pouvoir de prendre des actes administratifs »¹⁵⁵² ; il s'agit d'une délégation de puissance publique au niveau constitutionnel, non pas simplement législatif. Cette capacité découlerait donc directement de l'article 72 de la Constitution. M. BOURJOL justifie cette déduction de l'appartenance des collectivités territoriales à la Constitution politique de la Nation, et de leur participation à l'expression de la souveraineté. « Si les collectivités territoriales participent, comme élément du "corps politique", à l'exercice de la Souveraineté dans son acception la plus élevée – la confection des lois – pourquoi ne participeraient-elles pas – y compris à l'échelon national – à l'élaboration de la réglementation les concernant ? »¹⁵⁵³. Louis FAVOREU s'oppose toutefois à cette conception. Selon lui, la question est de savoir si la libre administration des collectivités territoriales postule l'existence d'un pouvoir réglementaire local distinct du pouvoir réglementaire attribué au Premier ministre. Pour accepter le lien entre liberté d'administration et pouvoir réglementaire (et donc le caractère autonome du pouvoir réglementaire territorial), il faut d'abord démontrer que la *libre administration est synonyme de libre réglementation* et ne signifie pas simplement *libre gestion* des affaires locales dans un cadre défini par les lois et règlements d'application. Or, pour cet auteur, ce n'est pas le sens qu'on lui donne habituellement. La rédaction de l'article 21 de la Constitution laisse apparemment peu de place à une autre autorité que le Premier ministre. D'autant plus qu'elle est renforcée par la conception extensive de l'article 37, alinéa 1^{er} adoptée par le juge constitutionnel¹⁵⁵⁴. « Ce n'est [donc] qu'à défaut de son intervention et sous réserve de celle-ci que le pouvoir réglementaire local est autorisé à se manifester. [...] La loi ne peut prévoir l'intervention du pouvoir réglementaire local que si le pouvoir réglementaire national a laissé des espaces libres »¹⁵⁵⁵. L'article 72 de la Constitution ne contiendrait donc pas de fondements en faveur de la compétence

¹⁵⁵² BOURJOL (M.), FAVOREU (L.), « Élaboration du statut : compétence exclusive de l'État ou compétence partagée ? », *Cahiers du CFPC*, n° 13, 1983, p. V.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, p. VI.

¹⁵⁵⁴ « Si l'on reconnaît un pouvoir réglementaire d'application des lois aux autorités locales, il est bien évident que cette reconnaissance ne doit pas concerner que le statut de la fonction publique locale : elle doit s'étendre à l'ensemble des secteurs de l'administration locale et conduire à considérer que tout ce que la loi n'a pas régi – en matière de biens, de finances, de fiscalité, de services publics, de structures de police – doit être établi par le pouvoir réglementaire local exercé par les conseils élus », *ibid.*, p. XI.

¹⁵⁵⁵ FAVOREU (L.), « La loi, le règlement et les collectivités territoriales », *AJDA*, 2002, p. 561.

normative propre des collectivités territoriales.

Si la version initiale de l'article 72 semblait valider la position de Louis FAVOREU, la nouvelle rédaction de la Constitution paraît donner raison à Maurice BOURJOL : la mise en œuvre de la libre administration des collectivités territoriales implique la reconnaissance d'une capacité normative aux structures territoriales. La source de ce pouvoir se trouve donc bien dans la Constitution. Cette inscription expresse de l'existence d'une capacité normative territoriale dans le corps de la norme fondamentale va parfaitement dans le sens de l'admission par le Constituant d'une liberté en faveur des collectivités territoriales. La liberté d'administration correspondant à l'acceptation d'une certaine pluralité territoriale, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire par la Constitution n'est alors que la traduction normative, certes limitée mais néanmoins réelle, de ce pluralisme. Ce faisant, le pouvoir réglementaire local est consacré comme une modalité d'expression du pouvoir dans l'État. Cette évolution n'est d'ailleurs que le corollaire de la modification de la définition du pouvoir local suite à son inscription constitutionnelle : l'expression du pouvoir réglementaire passe désormais par deux canaux différents (correspondant aux deux niveaux territoriaux d'application). « Le pouvoir réglementaire local trouverait ainsi dans la Constitution non seulement la base formelle de son existence mais encore le premier principe d'où se déduirait la particularité de son régime »¹⁵⁵⁶.

Le fondement constitutionnel est renforcé par la dimension institutionnelle du pouvoir ainsi reconnu. Dans cette optique, la libre administration conduit à permettre aux corporations territoriales de régler les affaires de leur intérêt¹⁵⁵⁷. La capacité normative territoriale est alors le prolongement logique de cette faculté constitutionnellement garantie. Le Conseil constitutionnel paraît d'ailleurs aller implicitement en ce sens dans sa décision du 17 janvier 2002 relative à la Corse, puisque, après avoir mentionné l'article 21 de la Constitution comme source du pouvoir réglementaire, il considère « toutefois » que les « dispositions [de l'article 72 de la Constitution] permettent 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 »¹⁵⁵⁸. « L'utilisation du terme "toutefois" montrait donc qu'existait, à côté du pouvoir réglementaire de l'article 21, une autre forme de pouvoir réglementaire reposant sur l'article 72, conséquence nécessaire du principe de libre administration des collectivités locales »¹⁵⁵⁹. Aussi, le fondement constitutionnel du pouvoir réglementaire local était-il certainement présent dans la Constitution, comme l'avait vu Maurice BOURJOL, avant la

¹⁵⁵⁶ FAURE (B.), « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales doit-il rester précaire ? », in GAUDEMET (Y.), GOHIN (O.) (Sous la direction), *La République décentralisée*, *op. cit.*, p. 64.

¹⁵⁵⁷ « Le pouvoir réglementaire n'est pas [alors...] seulement le pouvoir d'édicter une règle générale, c'est aussi celui d'édicter un ordre particulier, une injonction, une intervention, etc. En un mot, c'est l'*imperium* ; mais l'émission de règlements, étant son emploi le plus important, lui a valu son nom », HAURIUO (M.), *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 451

¹⁵⁵⁸ CC, déc. 2001-454 DC, préc. Considérant n° 12.

¹⁵⁵⁹ FRIER (P.-L.), « Le pouvoir réglementaire local... », *op. cit.*, p. 559.

révision de 2003 ; celle-ci a toutefois le mérite de le confirmer et de couper court aux débats. La source constitutionnelle de la capacité normative territoriale s'inscrit pleinement dans la conception développée par le Constituant de l'unité des fondements du pouvoir dans l'État. Les conditions de mise en œuvre de leur pouvoir par les collectivités territoriales révéleront quant à elles la portée du pluralisme normatif toléré en France.

Il s'agit alors de déterminer si la mention constitutionnelle du pouvoir réglementaire territorial peut être analysée comme une habilitation constitutionnelle des collectivités territoriales à agir, en l'absence de tout autre fondement normatif. Un élément incite à aller en ce sens. Le Conseil constitutionnel développe dans sa jurisprudence la notion de « compétences propres », qui constitue une protection constitutionnelle de la clause générale de compétence¹⁵⁶⁰. Il élève ainsi cette clause au rang constitutionnel, en la considérant comme un des éléments de la liberté d'administration. Or, une telle clause est dépourvue de portée sans la reconnaissance d'une capacité normative correspondante. En ce sens, la nouvelle rédaction de l'article 72 de la Constitution circonscrit l'exercice du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales à la mise en œuvre de leurs compétences. Il ne s'agit donc pas d'un pouvoir réglementaire général, mais bien d'une capacité normative d'action censée rendre effective la liberté territoriale.

L'élévation de la clause générale de compétence au rang constitutionnel ne suffit toutefois pas à autoriser, en elle-même, l'intervention des collectivités territoriales¹⁵⁶¹. L'article 72 de la Constitution débute en effet par les termes « dans les conditions prévues par la loi ». Il semble donc que la mise en œuvre de la capacité normative des collectivités territoriales dépende de l'intervention du législateur. L'habilitation ne peut se fonder directement dans la Constitution (et dans l'interprétation qu'en donne le Conseil constitutionnel), car la mise en œuvre concrète nécessite une norme législative. « À aucun moment, la révision constitutionnelle n'a [en effet] eu pour objet de permettre une intervention du règlement local, en dehors de la loi »¹⁵⁶². La Constitution ne partage ainsi pas elle-même les compétences ; elle « observe une neutralité à l'égard de la consistance du pouvoir réglementaire local et l'abandonne, en grande partie, à la contingence du politique »¹⁵⁶³. Elle désigne néanmoins l'organe qui réalise ce partage : en matière de collectivités territoriales, il s'agit du Parlement. « Autant le texte de l'actuelle Constitution que les idées de libertés publiques, de décentralisation, de compétences propres ramènent [ainsi] exclusivement à la fonction législative »¹⁵⁶⁴. C'est donc au législateur

¹⁵⁶⁰ V. *supra* Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, Paragraphe 1.

¹⁵⁶¹ Toutefois la position du Conseil constitutionnel relative à l'élaboration des règlements intérieurs des organes délibérants locaux semble correspondre à l'admission d'une autonomie contre la loi. V. *supra*.

¹⁵⁶² FRIER (P.-L.), « Le pouvoir réglementaire local... », *op. cit.*, p. 560.

¹⁵⁶³ FAURE (B.), *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. 200, 1998 (Préface de J.-C. DOUENCE), p. 161.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 153.

qu'échoit la fonction de concrétisation du principe de libre administration des collectivités territoriales (notamment dans son versant normatif). Ne procédant ainsi jamais que de la loi, le pouvoir réglementaire local agit exclusivement *ex lege*, les actes locaux étant toutefois pris en *application* de la loi, non en *exécution* de celle-ci¹⁵⁶⁵. Si l'expression territoriale du pouvoir réglementaire présuppose en effet une habilitation législative, celle-ci ne doit néanmoins pas se traduire par une restriction de la compétence locale ; la notion d'habilitation induit, au contraire, une marge de liberté réelle de l'autorité habilitée. « La libre administration implique [...ainsi] l'exercice du pouvoir réglementaire, non plus reflet du pouvoir réglementaire étatique – c'est-à-dire exercé au nom de l'État – mais propre »¹⁵⁶⁶, supposant une marge de liberté réelle. C'est d'ailleurs d'elle que va dépendre l'effectivité de l'autonomie normative locale. De ce point de vue, la préservation de la clause générale de compétence par le Conseil constitutionnel est une garantie de la liberté locale, cependant que la multiplication des législations d'attribution cantonne leur champ d'intervention. Seule la première permet véritablement une action en application de la loi, alors que la seconde, si elle n'implique pas *ipso facto* une action en exécution de la loi, paraît moins à même de préserver la liberté des collectivités territoriales, en ce qu'elle la désolidarise de la libre détermination de l'intérêt local. Le pouvoir réglementaire territorial, bien que constitutionnalisé, apparaît alors simplement comme une modalité seconde d'expression du pouvoir dans l'État.

Cette caractéristique du pouvoir réglementaire territorial soulève alors la question de la nature du lien qui s'établit entre lui et le pouvoir législatif ; celui-ci dépend d'ailleurs de la place réservée au pouvoir réglementaire étatique, qui apparaît toujours comme le principal pouvoir d'exécution de la loi. Il est en effet impossible d'inférer de la rédaction retenue une atténuation de la portée du pouvoir réglementaire national. « La réforme [de 2003] n'organisant aucun retrait exprès du pouvoir qu'exerce l'Exécutif, ce dernier peut continuer à s'emparer du travail d'exécution des lois que les collectivités doivent mettre en oeuvre »¹⁵⁶⁷. D'autant plus que l'inscription explicite de cette restriction a été refusée par le législateur¹⁵⁶⁸. « Rien n'autorise [donc], à la lecture de la Constitution, à adopter une conception restrictive des tâches du gouvernement pour faire une plus large place au pouvoir secondaire des collectivités territoriales »¹⁵⁶⁹. L'économie antérieure

¹⁵⁶⁵ AUBY (J.-M.), « Le pouvoir réglementaire... », *op. cit.*, pp. 468-477.

¹⁵⁶⁶ HECQUARD-THÉRON (M.), *Essai sur la notion de réglementation*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁵⁶⁷ FAURE (B.), « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales doit-il rester précaire ? », *op. cit.*, p. 58.

¹⁵⁶⁸ La Commission des lois, reprenant une proposition de l'Institut de la décentralisation, suggérait de compléter l'énoncé des réserves au pouvoir réglementaire du Premier ministre défini à l'article 21 de la Constitution de l'expression suivante « et du troisième alinéa de l'article 72 ». Cette formulation n'a pas été retenue lors des débats alors que son but est clair : il s'agit « de permettre aux collectivités territoriales d'exercer pleinement le pouvoir réglementaire qui leur est reconnu pour l'exercice de leurs compétences », GARREC (R.), *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Sénat, n° 27, Session ordinaire 2002-2003, p. 82. Sur ce point, v. également les remarques de B. FAURE, *ibid.*

¹⁵⁶⁹ FAURE (B.), « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales doit-il rester précaire ? », *op. cit.*, p. 58.

d'expression du pouvoir ne connaît dès lors pas de modifications substantielles : les relations entre loi et pouvoir réglementaire local ne devraient guère évoluer.

La constitutionnalisation du pouvoir réglementaire territorial donne un fondement suprême à l'expression normative de la puissance territoriale, sans en modifier substantiellement les modalités d'expression¹⁵⁷⁰. L'économie normative de la puissance territoriale n'est donc guère renforcée par son inscription dans la norme fondamentale. Bien que pouvoir originaire par ses fondements, elle reste largement subordonnée au législateur dans sa mise en œuvre. Le développement de l'expérimentation législative pourrait au contraire être un moyen d'émancipation de la puissance territoriale.

2. L'OUVERTURE DE LA MATIÈRE LÉGISLATIVE AUX COLLECTIVITÉS TERRITORIALES PAR L'EXPÉRIMENTATION : LE PLURALISME JURIDIQUE COMME FACTEUR DE RENFORCEMENT DE L'UNITÉ ÉTATIQUE

L'expérimentation est une pratique relativement ancienne, utilisée par le législateur afin d'essayer une mesure dont la portée s'avère pour le moins incertaine. La première tentative soumise au Conseil constitutionnel date de 1993 ; le juge de la rue Montpensier avait alors censuré les mesures dérogatoires prévues par le législateur pour rénover l'organisation des établissements publics d'enseignement supérieur, au motif, non de l'inconstitutionnalité de la pratique expérimentale, mais de l'insuffisance des garanties prises par le législateur¹⁵⁷¹. Celui-ci a depuis lors recouru à plusieurs reprises à ce mécanisme, notamment dans le domaine des collectivités territoriales¹⁵⁷². Dans cette matière, la seule censure date de 2002, à l'occasion du contrôle du nouveau statut de la Collectivité territoriale de Corse. Le législateur avait prévu un mécanisme selon lequel « lorsque l'Assemblée de Corse estime que les dispositions législatives en vigueur ou en cours d'élaboration présentent, pour l'exercice des compétences de la collectivité territoriale, des difficultés d'application liées aux spécificités de l'île, elle peut demander au Gouvernement que le législateur lui ouvre la possibilité de procéder à des expérimentations comportant le cas échéant des dérogations aux règles en vigueur, en vue de l'adoption ultérieure par le Parlement de dispositions législatives appropriées »¹⁵⁷³

¹⁵⁷⁰ FRIER (P.-L.), « Le pouvoir réglementaire local... », *op. cit.*, p. 563.

¹⁵⁷¹ S'« il est [...] loisible au législateur de prévoir la possibilité d'expériences comportant des dérogations aux règles ci-dessus définies de nature à lui permettre d'adopter par la suite, au vu des résultats de celles-ci, des règles nouvelles appropriées à l'évolution des missions de la catégorie d'établissements en cause ; [...] il lui incombe alors de définir précisément la nature et la portée de ces expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises, les conditions et les procédures selon lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon », CC, déc. n° 93-322 DC, 28 juillet 1993 (*Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*), *Rec.* p. 204 ; *RJC* p. 1-533 ; *JORF* 30 juillet 1993, p. 10750 ; *RFDC* 1993.820, chron. PHILIPPE ; *LPA* 1994(27).4, note VERPEAUX ; *Pouvoirs* 1993.159, chron. AVRIL, GICQUEL ; *RA* 1993.443, chron. ÉTIEN. Considérant n° 9.

¹⁵⁷² Le transfert de certaines compétences est réalisé, dans un premier temps, à titre expérimental, comme ce fut le cas par exemple pour le transfert de la compétence des transports collectifs d'intérêt régional aux conseils régionaux. V. l'article 67 de la loi du 4 février 1995, préc.

. Le reste de l'article prévoyait que le législateur détermine l'ensemble des conditions de mise en œuvre de cette expérimentation, comme la jurisprudence constitutionnelle antérieure l'exige. Le juge constitutionnel a cependant censuré cette disposition, en considérant que le législateur était sorti de sa compétence ; cette matière relevant de la Constitution, il ne peut pas autoriser une collectivité territoriale à prendre des mesures dérogatoires entrant dans le domaine de la loi¹⁵⁷⁴. La révision constitutionnelle de mars 2003 est alors intervenue pour rendre possible ce type de dérogations et court-circuiter la position du juge constitutionnel.

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 organise deux modes d'expérimentation. Le premier, qualifié de « mineur » par le Conseil constitutionnel¹⁵⁷⁵, figure dans l'article 37-1 de la Constitution ; il prévoit que « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental »¹⁵⁷⁶. En cela, il consacre, dans la norme constitutionnelle, la jurisprudence constante du juge du pavillon Montpensier. Le mode « majeur » d'expérimentation, prévu à l'article 72, alinéa 4 de la Constitution, « consiste à expérimenter une nouvelle législation ou une nouvelle réglementation au niveau local en vue de son éventuelle généralisation au niveau national (l'État reprenant la main en fin de course) »¹⁵⁷⁷. Il s'agit ici d'« expérimenter localement des normes nouvelles dans la perspective de leur éventuelle généralisation »¹⁵⁷⁸ ; ce qui était rendu impossible par la jurisprudence constitutionnelle. Cette novation importante semble diriger la République vers un partage, si ce n'est de la faculté de faire la loi, à tout le moins de la *matière* législative.

Le dispositif prévu à l'article 72, alinéa 4 de la Constitution ne conduit pas à un partage de la compétence législative puisque le législateur reste seul compétent pour décider de recourir à l'expérimentation législative, tout comme il décide seul de la pérennité de l'expérience¹⁵⁷⁹, au terme de la période fixée initialement¹⁵⁸⁰. C'est lui qui détermine, de plus, les conditions générales de la procédure¹⁵⁸¹ ; les collectivités territoriales qui satisfont aux conditions posées ne peuvent en effet que solliciter leur

¹⁵⁷³ CC, déc. n° 2001-454 DC, préc., considérant n° 18.

¹⁵⁷⁴ « Considérant, en l'espèce, 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 déferée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution », CC, déc. n° 2001-454 DC, préc., considérant n° 21.

¹⁵⁷⁵ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Commentaire de la décision n° 2004-503 DC, 12 août 2004 (*Loi relative aux libertés et responsabilités locales*) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 17, éd. numérique.

¹⁵⁷⁶ Pour les premières applications de ce dispositif, v. l'article 1-II de la loi du 13 août 2004 (préc.), relatif schéma régional expérimental de développement économique.

¹⁵⁷⁷ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Commentaire de la décision n° 2004-503 DC... », *op. cit.*

¹⁵⁷⁸ CC, déc. n° 2003-478 DC, 30 juillet 2003, préc.

¹⁵⁸⁰ Selon l'article L.O. 1113-1 (CGCT), cette durée ne peut excéder cinq ans.

PARTIE II. LA MISE EN ŒUVRE DU POUVOIR LOCAL, D'UNE LIBERTÉ TOLÉRÉE À UNE RÉSERVE DE PUISSANCE, MODALITÉ SECONDE DE L'ACTION PUBLIQUE

participation à l'expérience¹⁵⁸². Les actes des collectivités territoriales pris en application de l'expérimentation ne sont ensuite pas, malgré leur régime particulier¹⁵⁸³, des lois, mais des actes administratifs, soumis en tant que tel au contrôle du juge administratif¹⁵⁸⁴. Plusieurs matières, parmi les plus importantes sont enfin exclues de l'application de ce mécanisme¹⁵⁸⁵. C'est pourquoi on peut en conclure que la capacité de faire des lois n'est pas partagée ; son monopole est toujours une caractéristique du Parlement national, préservant ainsi la primauté des normes étatiques sur les actes locaux, et partant, assurant une protection substantielle du principe d'égalité¹⁵⁸⁶. On ne se trouve dès lors pas dans une situation identique à celle d'un État fédéral, où il existe plusieurs pouvoirs législatifs concurrents ; simplement la conception de l'intérêt général est partagée entre l'État et les collectivités territoriales¹⁵⁸⁷.

La question du partage de la matière législative, et de ses conséquences probables, se pose en revanche avec une acuité prononcée¹⁵⁸⁸. Pour bien mesurer l'enjeu de cet éventuel partage, il est possible de se fonder sur la position adoptée par le Conseil constitutionnel en 2001 ; celui-ci établit en effet à cette occasion un tableau précis des

¹⁵⁷⁹ « Avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation et au vu de son évaluation, la loi détermine selon le cas : - les conditions de la prolongation ou de la modification de l'expérimentation pour une durée qui ne peut excéder trois ans ; - le maintien et la généralisation des mesures prises à titre expérimental ; - l'abandon de l'expérimentation. Le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi ayant l'un de ces effets proroge cette expérimentation jusqu'à l'adoption définitive de la loi, dans la limite d'un an à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation. Mention est faite de cette prorogation au *Journal officiel* de la République française. En dehors des cas prévus ci-dessus, l'expérimentation ne peut être poursuivie au-delà du terme fixé par la loi qui l'avait organisée », article L.O. 1113-6 (CGCT).

¹⁵⁸¹ Article L.O. 1113-1 (CGCT).

¹⁵⁸² Article L.O. 1113-2 (CGCT). Ce qui a fait dire à certains auteurs qu'il s'agit davantage d'« un droit à demander une expérimentation plutôt qu'un droit à l'expérimentation », BRISSON (J.-F.), « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA*, 2003, p. 536.

¹⁵⁸³ « Les actes à caractère général et impersonnel d'une collectivité territoriale portant dérogation aux dispositions législatives mentionnent leur durée de validité. Ils font l'objet, après leur transmission au représentant de l'État, d'une publication au *Journal officiel* de la République française. Leur entrée en vigueur est subordonnée à cette publication », article L.O. 1113-3 (CGCT).

¹⁵⁸⁴ « Le représentant de l'État peut assortir un recours dirigé contre un acte pris en application du présent chapitre d'une demande de suspension ; cet acte cesse alors de produire ses effets jusqu'à ce que le Tribunal administratif ait statué sur cette demande. Si le Tribunal administratif n'a pas statué dans un délai d'un mois suivant sa saisine, l'acte redevient exécutoire », article L.O. 1113-4 (CGCT).

¹⁵⁸⁵ L'article 72, alinéa 4 de la Constitution exclut de l'expérimentation les matières où « sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ».

¹⁵⁸⁶ KADA (N.), « L'Acte II de la décentralisation et le principe d'égalité », *RDP*, 2005, pp. 1279-1280.

¹⁵⁸⁷ BAGHESTANI-PERREY (L.), « Le pouvoir d'expérimentation normative locale, une nouvelle conception partagée de la réalisation de l'intérêt général », *LPA*, 17 mars 2004, n° 55, pp. 6-10.

implications liées à cette question. Dans la décision n° 2001-454 DC, le juge constitutionnel avait fondé sa censure sur le monopole de la compétence législative du Parlement, qu'il assimilait à l'unité de la souveraineté. Selon ce raisonnement, la compétence législative est considérée comme l'expression de la souveraineté, leurs unités respectives se complétant. Dans cette perspective, il était impossible pour le Conseil constitutionnel d'admettre qu'une autorité infranationale puisse déroger, par ses actes, à la loi puisque cela revenait à un fractionnement de la souveraineté. Si l'on reprend ce raisonnement et qu'on l'applique à l'article 72, alinéa 4 de la Constitution, il semble que l'autorisation législative de déroger à la loi conduise à l'acceptation d'un partage de la souveraineté, causé par le partage de la matière législative. Cela ne revient toutefois pas à la délégation de la souveraineté, mais à l'autorisation faite aux collectivités territoriales de participer à son exercice dans certaines matières. Il ne s'agit donc pas d'un fractionnement de la souveraineté (comprise dans un sens organique), mais de l'acceptation d'une possible différenciation des modalités de son expression (selon la double perspective formelle et matérielle) ; son unité est, quant à elle, maintenue par l'unicité du régime constitutionnel. On retrouve une conception similaire lors du contrôle des transferts de compétences de l'État vers l'Union européenne : la souveraineté est alors ramenée à un ensemble de compétences, dont seuls les transferts des plus essentielles sont interdits¹⁵⁸⁹ tout comme il ne peut y avoir d'expérimentations quand les libertés publiques ou de droits constitutionnellement garantis sont en jeu¹⁵⁹⁰. Cette conception matérielle de la souveraineté présente l'intérêt d'établir un continuum entre les différents pouvoirs, du local jusque vers les institutions européennes. Les autorités territoriales prendront ainsi des actes formellement administratifs, mais dont la matière est législative. Cette conception matérielle, développée par le Constituant à travers le partage d'une compétence de souveraineté, paraît confirmer, voire conforter le lien formel entre puissance d'État et puissance territoriale, en lui donnant une dimension matérielle (le champ législatif expérimental), certes limitée, mais néanmoins réelle.

On ne peut alors partager l'analyse de ceux qui, tel Olivier GOHIN, estiment que la

¹⁵⁸⁸ Nous remercions M. Patrick JANIN, Maître de conférences en droit public, de nous avoir communiqué ce raisonnement, qu'il développe, en partie, dans son cours de droit administratif (semestre 3) à la Faculté de Droit et Science politique (Université Lumière Lyon II).

¹⁵⁸⁹ CC, déc. n° 92-308 DC, préc. V. également déc. n° 97-394 DC, 31 décembre 1997 (*Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*), *Rec.* p. 344 ; *RJC* p. I-727 ; *JORF* 3 janvier 1998, p. 165 ; *AJDA* 1998.135, note SCHOETTL ; *Europe* 1998(1).3, RIGAUX, SIMON ; *Gaz. Pal.* 1998(168).doctrine.2, note RICHARD ; *RDP* 1998.331, note LUCHAIRE ; *DA* 1998(2).135, LARZUL ; *LPA* 1999(17).6, GRUBER ; *RFDC* 1998(33).142, chron. GAÏA ; *RMC* 1998(415).73, CHALTIEL ; *LPA* 1998(73).17, BON ; *RFDC* 1998.237, BON ; *Tribune du droit public* 1998.173, AUBIN ; *Cahiers CC* 1998(4).114, PELLET.

¹⁵⁹⁰ Selon la lettre même de la Constitution, v. l'article 72, al. 4 : « 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 ». Nous soulignons.

révision de 2003 n'apporte aucune modification à l'équilibre des pouvoirs : « au sein de l'État français, la révision de mars 2003 maintient les collectivités territoriales au niveau exclusivement administratif, et donc juridiquement subordonné, qui a toujours été le leur. L'État français accède seul à l'ordre juridique constitutionnel et les collectivités locales ne sauraient aucunement participer, d'une façon ou d'une autre, à l'exercice des pouvoirs constitutionnels, à commencer par le pouvoir législatif »¹⁵⁹¹. Une telle analyse, si elle est formellement tenable, ne semble pas tenir compte de l'assimilation classique entre loi et pouvoir originaire. Or, assurer l'exercice d'une compétence dans une matière législative revient, classiquement, à participer à un pouvoir originaire. Les collectivités territoriales sont déjà des cadres politiques d'expression du pouvoir dans l'État, leurs organes participant à l'exercice de la souveraineté nationale en tant que corps électoral sénatorial. La réforme de 2003 renforce alors cette qualité : les organes locaux deviennent des acteurs potentiels de l'expression matérielle du pouvoir dans l'État, confirmant non seulement l'unité de ce pouvoir, mais également sa pluralité potentielle d'expression. Bien qu'il ne s'agisse là que de perspectives (aucune application n'ayant été, à ce jour, réalisée), l'article 72, alinéa 4 de la Constitution est une source réelle d'affermissement de la puissance territoriale. Il invite d'ores et déjà à conforter le parallèle, auparavant établi, entre elle et la puissance d'État et confirme l'inscription du champ du pouvoir des collectivités territoriales dans la sphère politique. Aussi, bien plus que « l'abandon définitif du dogme de la loi »¹⁵⁹², l'innovation constitutionnelle propose-t-elle un renouvellement de cette notion, qui invite à en envisager une redéfinition dans le cadre de l'économie de la démocratie intégrale. Ce réagencement de ses canaux de production permettrait d'ailleurs, sans doute, à la loi de renouveler sa légitimité.

La révision constitutionnelle de mars 2003 vise également à un renforcement de l'effectivité de la libre administration des collectivités territoriales à travers la consécration de la capacité financière de ces structures.

B. La constitutionnalisation de la capacité financière territoriale confirme le caractère second des interventions de la puissance territoriale

« Disons le liminairement : s'agissant de déterminer la notion d'autonomie financière, il est indispensable de ne pas confondre autonomie de gestion et autonomie de décision. Dans le premier cas, des transferts financiers de l'État (dotation ou produit partagé ou transféré d'impôts d'État) suffisent à définir l'autonomie financière, étant entendu qu'ils doivent être substantiels et faire l'objet d'une libre utilisation. Dans le second cas, c'est une telle capacité financière élargie au pouvoir de maîtriser certaines sources de financement, telles que l'emprunt mais surtout la fiscalité, qui est la véritable mesure de l'autonomie »¹⁵⁹³. Pour nombre d'élus et d'auteurs, l'effectivité de l'autonomie locale passe ainsi par

¹⁵⁹¹ GOHIN (O.), « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État en France », *AJDA*, 2003, p. 524.

¹⁵⁹² KADA (N.) « L'Acte II de la décentralisation... », *op. cit.*, p. 1300.

¹⁵⁹³ BOUVIER (M.), « De l'autonomie financière et de la libre administration des collectivités territoriales », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 28 octobre 2002, n° 1097, p. 100.

une capacité financière suffisante, qui dépasse et englobe la capacité fiscale. « Schématiquement, il est concevable de différencier l'autonomie financière qui s'appliquerait aux conditions de mobilisation de l'ensemble des ressources accessibles aux collectivités locales et l'autonomie fiscale qui, centrée sur les recettes fiscales, en formerait le saint des saints »¹⁵⁹⁴. Un pouvoir financièrement autonome repose donc sur une capacité fiscale réelle et protégée, sans que celle-ci en soit la condition suffisante. « La réunion de caractéristiques d'autonomie fiscale n'assure pas [en effet] l'autonomie financière si le rendement des impôts est faible. L'autonomie ne peut se concevoir effectivement sans ajustement quantitatif, mais également qualitatif, c'est-à-dire en tenant compte des caractéristiques des comportements dépensiers, des ressources aux dépenses »¹⁵⁹⁵. Ces deux notions sont néanmoins les deux bornes qui permettent d'appréhender la réalité et l'équilibre de l'autonomie des structures infranationales. De ce point de vue, le Conseil constitutionnel n'a jamais fait grand cas de l'autonomie fiscale des collectivités territoriales, réduisant leur autonomie financière à une simple autonomie de gestion (1.).

C'est pourquoi le pouvoir constituant dérivé a entendu la renforcer en inscrivant dans le marbre constitutionnel plusieurs principes allant en ce sens. Il n'est toutefois pas garanti que le résultat soit à la hauteur des attentes (2.).

1. LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE NE GARANTIT PAS L'AUTONOMIE FISCALE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES MAIS UNE SIMPLE AUTONOMIE DE GESTION

Jusqu'à la révision constitutionnelle de mars 2003, les collectivités territoriales françaises n'ont jamais bénéficié d'une véritable autonomie financière et/ou fiscale. « Les principes de l'État unitaire et de l'indivisibilité de la République sont normalement incompatibles avec la reconnaissance d'un véritable pouvoir fiscal au niveau local »¹⁵⁹⁶. Si les collectivités territoriales ne peuvent donc qu'adopter les taux des quatre taxes locales, sans en déterminer l'assiette, l'action du législateur ne doit toutefois pas porter atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales¹⁵⁹⁷. On peut ainsi dégager de la jurisprudence constitutionnelle deux principes protecteurs de l'autonomie financière

¹⁵⁹⁴ UHALDEBORDE (J.-M.), « L'autonomie financière et fiscale des collectivités locales : l'horizon embrumé de la décentralisation », in « Gestion et droit des collectivités locales. Nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982 », *Gaz. Communes*, cahier détaché n° 2 – 18/1692, 5 mai 2003, p. 218.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 219.

¹⁵⁹⁶ PHILIP (L.), « Les garanties constitutionnelles du pouvoir financier local », *RFDA*, 1992, p. 454.

¹⁵⁹⁷ « Il appartient au législateur de déterminer les limites à l'intérieur desquelles une collectivité territoriale peut être habilitée à fixer elle-même le taux d'une imposition établie en vue de pourvoir à ses dépenses ; que, toutefois, 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 », CC, déc. n° 90-277 DC, 25 juillet 1990 (*Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*), *Rec.* p. 70 ; *RJC* p. I-406 ; *JORF* 27 juillet 1990, p. 9021 ; *RFDA* 1991.345, DOUENCE ; *RFDC* 1990.729, note FAVOREU, PHILIP ; *Pouvoirs*, 1991(56).200, chron. AVRIL, GICQUEL ; *RDP* 1992.74, chron. ROUSSEAU.

contre une intervention du législateur supprimant (ou réduisant) des recettes fiscales. Le juge constitutionnel affirme tout d'abord le principe du maintien des ressources globales. En l'espèce, une loi qui décide de supprimer l'affectation au profit de la ville de Paris du prélèvement sur les sommes engagées au pari mutuel ne porte pas atteinte à la libre administration de la commune dans la mesure où ses conséquences sont jugées minimales par le Conseil constitutionnel¹⁵⁹⁸. Il consacre ensuite le principe selon lequel la diminution des ressources fiscales doit être limitée pour ne pas entraver la libre administration des collectivités territoriales, sans toutefois déterminer expressément de seuil. Le législateur ne peut donc supprimer toute ressource fiscale locale que s'il prévoit une compensation financière par un autre impôt ou une dotation. Tant la suppression de la part salariale de la taxe professionnelle¹⁵⁹⁹ que la suppression de la part régionale de la taxe d'habitation¹⁶⁰⁰, dans la mesure où elles sont compensées, ne portent ainsi pas atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales. L'impact de l'abandon de la taxe d'habitation sur l'origine des ressources régionales n'est pourtant pas négligeable puisque cette suppression aboutit à une réduction de 22 % des recettes régionales issues de la fiscalité directe. Cet exemple illustre parfaitement que le Conseil constitutionnel, s'il préserve le niveau général des ressources locales, ne protège pas l'autonomie fiscale des collectivités territoriales.

Le juge constitutionnel applique *in fine* « une doctrine sympathique – la loi ne peut pas modifier le régime des ressources locales dans des conditions qui portent atteinte à la libre administration des collectivités territoriales – mais dont la mise en œuvre déçut, puisqu'il décida, dans tous les cas, que la libre administration n'était pas compromise »¹⁶⁰¹. On ne peut alors que partager la conclusion de L. PHILIP selon qui « il n'existe pas de véritable pouvoir fiscal local : le principe de libre administration n'implique pas l'existence, même symbolique, d'une fiscalité locale. Dès lors qu'il y aurait compensation, le législateur pourrait très bien supprimer tous les impôts locaux et les remplacer par une dotation d'un montant à peu près équivalent »¹⁶⁰². Assimilée à une simple liberté de gestion, « la libre administration est [alors] respectée aussi longtemps que les collectivités

¹⁵⁹⁸ CC, déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991 (*Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*), *Rec.* p. 82 ; *JORF* 26 juillet 1991, p. 9920 ; *RJC* p. I-465 ; *RFDC* 1991.722, chron. PHILIP ; *Pouvoirs* 1992(60).204, chron. AVRIL, GICQUEL ; *RDP* 1992.50, chron. ROUSSEAU. Considérants n° 37 et 38. Dans le même sens, CC, déc. n° 2002-464 DC, 27 décembre 2002 (*Loi de finances pour 2003*), *Rec.* p. 583 ; *JORF* 31 décembre 2002, p. 22013 ; *RFDC* 2003(53).191, chron. PHILIP ; *AJIC* 2002(XVIII).643, chron. MASTOR.

¹⁵⁹⁹ CC, déc. n° 98-405 DC, 29 décembre 1998 (*Loi de finances pour 1999*), *Rec.* p. 326 ; *JORF*, 31 décembre 1998, p. 20138 ; *Cahiers du Conseil constitutionnel* 1999(6).10 ; *RFDC* 1999.129, chron. PHILIP.

¹⁶⁰⁰ CC, déc. n° 2000-432 DC, 12 juillet 2000 (*Loi de finances rectificative pour 2000*), *Rec.* p. 104 ; *JORF* 14 juillet 2000, p. 10821 ; *AJDA* 2000.739, note SCHOETTL ; *LPA* 2001(152).15, note RAYMOND ; *RFDC* 2000.830, chron. PHILIP ; *AJIC* 2000(XVI).718, chron. OLIVA ; *Cahier du Conseil constitutionnel* 2000(9).11.

¹⁶⁰¹ HERTZOG (R.), « L'autonomie fiscale des collectivités territoriales : beaucoup de bruit... pour quoi ? », *AJDA*, 2003, p. 2057.

¹⁶⁰² PHILIP (L.), « Les garanties constitutionnelles... », *op. cit.*, p. 458.

locales possèdent la maîtrise de leur action grâce à la faculté de pouvoir librement se prononcer sur la nature des mesures à prendre »¹⁶⁰³. Dans la jurisprudence antérieure à la décision n° 2000-432 DC, l'autonomie financière des collectivités territoriales se résume donc *de facto* à une liberté budgétaire. Le juge constitutionnel a d'ailleurs implicitement admis qu'une fois que des ressources ont été inscrites à un budget local, il n'est plus possible de les remettre en cause, du moins dans des conditions qui auraient pour effet de modifier les choix budgétaires arrêtés par les collectivités locales¹⁶⁰⁴.

La jurisprudence constitutionnelle adopte une conception restreinte de l'autonomie financière des collectivités territoriales, réduite à une autonomie budgétaire. En les cantonnant à une simple autonomie de gestion, la jurisprudence renvoie les collectivités territoriales à un statut de cadre administratif, subordonné au seul véritable pouvoir fiscal (et donc politique) qu'est le législateur. Ceci ne correspond toutefois pas à la réalité telle qu'elle est perçue par les acteurs (élus locaux en tête), ni à l'esprit de la Constitution. La révision de 2003 se conçoit donc comme une réponse du pouvoir constituant au « laxisme » de la jurisprudence constitutionnelle ; elle n'est toutefois qu'une amélioration limitée.

2. LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE DE 2003 APPORTE UNE AMÉLIORATION LIMITÉE À L'AUTONOMIE FINANCIÈRE LOCALE : VERS UNE VÉRITABLE AUTONOMIE FINANCIÈRE DE DÉCISION

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 inscrit dans la Constitution un article 72-2 entièrement consacré aux finances locales. Celui-ci débute par le rappel du principe de l'autonomie financière, que l'on peut rattacher à celui de libre administration. Le premier alinéa dispose ainsi que les « collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer *librement* dans les conditions fixées par la loi »¹⁶⁰⁵. Comme dans le cas du pouvoir réglementaire, il est procédé une « constitutionnalisation – explicitation ». L'autonomie financière semblait en effet logiquement découler de la liberté reconnue aux collectivités territoriales ; cette précision explicite l'intuition première, sous-jacente dans la rédaction initiale de l'article 72 de la Constitution, confirmée par la jurisprudence constitutionnelle. Il est ensuite précisé que les collectivités territoriales peuvent « recevoir tout ou partie du produit des impositions de toutes natures », permettant les transferts d'impôt(s) d'État. Ce second alinéa « pourrait bien représenter un premier pas vers un élargissement du principe du consentement de l'impôt en direction des élus locaux qui

¹⁶⁰³ GEOFFROY (G.), *Rapport n° 1541 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'Administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 1155) pris en application de l'article 72-2 de la Constitution relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Assemblée nationale, Douzième législature, p. 16.

¹⁶⁰⁴ CC, déc. n° 91-291 DC, 6 mai 1991 (*Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes*), *Rec.* p. 40 ; *RFDC* 1991.497, chron. PHILIP ; *Pouvoirs* 1991(59).195, chron. AVRIL, GICQUEL ; *RDP* 1992.73, chron. ROUSSEAU. Considérants n°^s 29 à 31.

¹⁶⁰⁵ Nous soulignons.

leur conférerait un embryon de pouvoir normatif en matière fiscale »¹⁶⁰⁶. Dans la mesure où les collectivités territoriales seraient autorisées à fixer l'assiette et les taux dans les limites déterminées par la loi, « ce n'est plus là d'un partage du produit fiscal dont il est question mais bien d'un partage du pouvoir normatif fiscal »¹⁶⁰⁷, qui, s'il ne remet pas en cause le principe de la légalité fiscale, n'en inscrit pas moins l'autonomie fiscale territoriale au creuset de l'autonomie financière. La consolidation du pouvoir local en matière fiscale peut être analysée comme un moyen de renforcer la dimension politique des collectivités territoriales, confortant le mimétisme et la complémentarité des puissances d'État et territoriale. En ce sens, Michel BOUVIER voit d'ailleurs dans la formulation de ce texte un moyen de « responsabilisation du système politique et administratif dans sa totalité »¹⁶⁰⁸. L'inscription dans la Constitution offre bien un fondement à cette possibilité ; mais on ne dépasse guère le stade de la virtualité. L'intervention du législateur est, dans tous les cas, nécessaire.

Si ces deux premières dispositions n'apportent pas de novation substantielle, il en va différemment du troisième alinéa. Celui-ci lie autonomie fiscale et autonomie financière ; la première est l'élément clé devant permettre d'accéder et de garantir la seconde : « 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 du 29 juillet 2004¹⁶⁰⁹, condition d'application des dispositions de l'article 72-2 de la Constitution¹⁶¹⁰, est venue préciser l'ensemble de ces points, afin de parvenir à atteindre le but des rédacteurs de ce texte : garantir l'autonomie fiscale des collectivités territoriales à travers la protection de leurs ressources propres. Celles-ci « sont constituées du produit des impositions de toutes natures dont la loi les autorise à fixer l'assiette, le taux ou le tarif, ou dont elle détermine, par collectivité, le taux ou une part locale d'assiette, des redevances pour services rendus, des produits du domaine, des participations d'urbanisme, des produits financiers et des dons et legs »¹⁶¹¹. Il s'agit donc bien de l'ensemble des ressources sur lesquelles les collectivités territoriales exercent un pouvoir fiscal. La notion de « part déterminante » est ensuite précisée ; c'est en effet du sens qui lui est attribué que dépendent l'effectivité et la portée

¹⁶⁰⁶ BOUVIER (M.), « De l'autonomie financière... », *op. cit.*, p. 101.

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 102.

¹⁶⁰⁹ Loi organique n° 2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, *JORF*, n° 175, 30 juillet 2004, p. 13 561.

¹⁶¹⁰ CC, déc. n° 2003-489 DC, 29 décembre 2003 (*Loi de finances pour 2004*), *Rec.* p. 487 ; *JORF*, 31 décembre 2003, p. 22636 ; *AJDA* 2004.7, brève BRONDEL ; *Nouvelles Fiscales* 2004(906).23 ; *LPA* 2004(39).3 & 2004(40).12, SCHOETTL ; *D.* 2004(18).1276, obs. RIBES ; *Droit fiscal* 2004(17).782, PHILIP ; *JCP* 2004(3).59 ; *RFDC* 2004(57).121, chron. PHILIP ; *AJJC* 2003.730, chron. SCHMITTER, FATIN-ROUGE, GAY ; *LPA* 2004(258).16, note BAGHESTANI-PERREY.

¹⁶¹¹ Article L.O. 1114-2 (CGCT).

de l'autonomie financière locale. Le législateur organique avait fixé deux éléments de définition : le premier exigeait que la part déterminante garantisse « la libre administration des collectivités territoriales relevant de cette catégorie, compte tenu des compétences qui leur sont confiées » alors que le second fixait un seuil minimal correspondant au niveau constaté au titre de l'année 2003. Le Conseil constitutionnel n'a pas été convaincu par la formulation de la première condition qu'il a censurée, en raison de son « caractère tautologique » et de sa « portée normative incertaine »¹⁶¹². Le seuil minimal a en revanche été validé. Le renvoi à l'année 2003 a été critiqué par la doctrine, qui voyait dans la révision constitutionnelle, puis la loi organique, un moyen de rétablir ce que le laxisme de la jurisprudence avait laissé faire. Or, cette mention équivaut à une réification de ce qui existe et qui ne satisfaisait pas¹⁶¹³. La rédaction retenue réduit, qui plus est, les possibilités d'augmentation des dotations étatiques, puisque, si celles-ci croissent, mécaniquement, la part des ressources propres diminuera¹⁶¹⁴. La révision va cependant dans le sens d'une réaffirmation du lien entre autonomie financière et autonomie fiscale, en renforçant cette dernière alors qu'elle déclinait.

Le quatrième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution consacre enfin le principe de la compensation des transferts de charges et extensions de compétences par celui des transferts « des ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice ». Ce point vient infirmer la position adoptée par le Conseil constitutionnel selon laquelle il n'existe aucune règle constitutionnelle obligeant l'État à compenser « au franc le franc » une mesure d'exonération d'impôts locaux, pas plus d'ailleurs qu'un transfert de compétences¹⁶¹⁵. Le Conseil constitutionnel, adoptant une lecture stricte de cette disposition, en exerce un contrôle *in concreto* : il se fonde en effet sur l'état des dépenses lors de l'année « n – 1 ». Une actualisation des ressources attribuées à la collectivité territoriale est prévue en fonction de l'année « n », puis la charge est considérée comme définitivement transférée¹⁶¹⁶. En l'espèce, le transfert de la compétence « RMI » s'accompagne d'un véritable problème de financement pour les départements, car l'État s'était progressivement désinvesti financièrement de la compétence prochainement

¹⁶¹² CC, déc. n° 2004-500 DC, 29 juillet 2004 (*Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*) ; *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2004(17) ; *AJDA* 2004.1564, brève MONTECLER ; *LPA* 2004(162).12, note SCHOETTL ; *D.* 2005(14).922, obs. MATHIEU ; *RDP* 2004(6).1739, note CHAMUSSY ; *RFDC* 2004(60).798, chron. PHILIP. Considérant n° 15.

¹⁶¹³ Robert HERTZOG annonçait ce point à la simple lecture du texte de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Critiquant l'imprécision de l'expression « déterminante », il prévoyait que « restant dans une approximation chaque fois contestée, le juge ne s'éloignera pas beaucoup de sa jurisprudence actuelle, dont la critique a pourtant inspiré la réforme », HERTZOG (R.), « L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales », *AJDA*, 2003, p 554.

¹⁶¹⁴ « Une autre situation est celle où le législateur voudrait créer ou augmenter des dotations de l'État [...] d'une manière qui aurait pour effet de faire baisser significativement la part des ressources fiscales dans le total. Ce cas de figure pourrait notamment survenir lors d'importants transferts de compétences qui seraient compensés exclusivement par des dotations. [...] Il n'est pas certain qu'on trouvera chaque fois des impôts locaux correspondant aux charges nouvelles. Imagine-t-on les parlementaires refuser un accroissement des dotations ? », *ibid.*

¹⁶¹⁵ CC, déc. n° 2000-432 DC, préc.

transférée¹⁶¹⁷. La position adoptée en matière d'extension et de création de compétences confirme la rigueur de la lecture du juge constitutionnel, puisque dans ce cas « seules les créations ou extensions présentant un caractère *obligatoire* pour les collectivités territoriales imposent [à l'État] de prévoir des ressources correspondantes »¹⁶¹⁸. Il revient alors au législateur d'en apprécier le niveau, « sans toutefois dénaturer le principe de libre administration des collectivités territoriales »¹⁶¹⁹.

Il ressort de l'ensemble de ces développements que la Constitution crée les fondements d'un véritable pouvoir fiscal local, ainsi qu'une capacité financière propre. L'autonomie financière devient une composante du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. Si l'on revient à l'équation classique de la doctrine, selon laquelle il n'y a pas de pouvoir politique sans pouvoir fiscal, la consécration mentionnée confirme la nature politique de la puissance territoriale. Celle-ci se voit, à tout le moins, dotée d'un véritable attribut politique sur lequel son autonomie s'appuie. Le maintien de la distinction entre fondement constitutionnel et mise en œuvre législative conduit toutefois à une conclusion beaucoup plus tempérée : l'effectivité de l'autonomie financière, bien qu'elle repose sur une capacité fiscale locale réaffirmée, dépend encore largement de considérations exogènes, dont la principale est la volonté du législateur, sur laquelle les collectivités territoriales n'ont pas prise. Une fois encore, les fondements sont présents dans la Constitution, texte ouvert à l'expression plurielle du pouvoir, mais les acteurs politiques freinent ces velléités en conférant au seul législateur la compétence de mise en œuvre. La puissance territoriale reste donc largement seconde par rapport à la puissance d'État, du fait de la fragilité et des limites de ses attributs matériels.

Le caractère second de la puissance territoriale est confirmé par l'économie des

¹⁶¹⁶ CC, déc. n° 2003-487 DC, 18 décembre 2003 (*Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*), *Rec.* p. 473, *JORF*, 19 décembre 2003, p. 21686 ; *AJDA* 2004.216, note SCHOETTL ; *Droit social* 2004(3).245, note PRÉTOT ; *D.* 2004(18).1274, obs. DUFFY ; *RFDC* 2004(57).114, chron. GAY ; *AJJC* 2003.756, chron. GAY ; *RDSS* 2004(1).53, note BORGETTO ; *LPA* 2004(258).13, chron. MATHIEU, VERPEAUX, JANICOT. Considérant n° 13.

¹⁶¹⁷ V. BISSUEL (B.), ROGER (P.), « Les départements cherchent des parades à l'explosion du coût du RMI », *Le Monde*, 26 juillet 2005, p. 6 ; Édito, « Les élus et le RMI », *Le Monde*, 26 juillet 2005, p. 15. BARROUX (R.), « Les conseils généraux exigent un contrôle accru des RMIstes », *Le Monde*, 16 septembre 2005, p. 9. De manière générale sur l'impact des mesures de l'État sur le budget des collectivités territoriales, v. MONTECLER (M.-C. de), « Le volet fiscalité locale du budget 2006 critiqué par de nombreux élus locaux », *AJDA*, 2005, pp. 1812-1823 et JÉRÔME (B.), « Les élus locaux s'inquiètent des mesures fiscales du budget », *Le Monde*, 30 septembre 2005, p. 11. De manière générale sur la situation toujours difficile des finances locales, v. CRUCIS (H.-M.), « Malaise des finances locales : l'opération vérité », *JCP Collectivités territoriales – Intercommunalité*, Études n° 5, avril 2005, pp. 7-12.

¹⁶¹⁸ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Note sous CC, déc. n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005 (*Loi de programmation pour la cohésion sociale*) », *AJDA*, 2005, p. 907. Nous soulignons.

¹⁶¹⁹ CC, déc. n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005 (*Loi de programmation pour la cohésion sociale*), *JORF*, 19 janvier 2005, p. 896 ; *Procédures* 2005(3).27, DEYGAS ; *RJS* 2005(3).239 ; *Droit social* 2005(4).371, PRÉTOT ; *LPA* 2005(64).49, SCHOETTL ; *D.* 2005(14).921, MATHIEU ; *AJDA* 2005.120, brève MONTECLER ; *AJDA* 2005.905, note CHAMPEIL-DESPLATS ; *RFDA* 2005(2).289, note HOSTIOU.

mécanismes de répartition des compétences inscrits dans la Constitution : alors que le choix de modalités matérielles de répartition aurait confirmé le rapprochement entre l'organisation de la République française et le modèle de la décentralisation politique, le choix de dispositifs exclusivement formels obère tout changement véritable en cette direction. Si la puissance territoriale permet une expression plurielle du pouvoir, elle ne permet toujours pas la pluralité de l'action publique.

Paragraphe 2. La constitutionnalisation des mécanismes de répartition des compétences : le refus d'une définition plurielle des attributions confirme que la puissance territoriale est une modalité seconde de l'action publique

Il est une différence fondamentale entre un État unitaire (*stricto sensu*) et un État composé. La Constitution d'un État unitaire ne comporte jamais de référence à des mécanismes de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales, alors que la Loi fondamentale d'un État fédéral ou d'un État régional organise la répartition des tâches entre l'État et ses composantes territoriales. De manière générale, il s'agit d'une détermination matérielle, c'est-à-dire d'un ensemble de listes mentionnant les compétences et leur(s) titulaire(s). La France a pendant longtemps correspondu au modèle typique de l'État unitaire dont la décentralisation administrative n'impliquait pas de mention constitutionnelle des mécanismes de répartition des compétences¹⁶²⁰.

La révision de la Loi fondamentale de mars 2003 s'est cependant saisie de cette question, introduisant dans le titre consacré aux collectivités territoriales plusieurs principes devant guider l'aménagement de la répartition des compétences entre l'État et ses composantes territoriales. Cette constitutionnalisation, si elle peut surprendre, rappelle néanmoins que, même dans un État unitaire, « la répartition des compétences est une démarche éminemment politique. Les possibilités de répartition sont nombreuses et directement fonction du choix d'un certain type ou d'une certaine structure de l'État »¹⁶²¹. Il peut alors apparaître logique que la Loi fondamentale mentionne les principes les plus importants. La voie de cette constitutionnalisation des mécanismes de répartition des compétences est d'ailleurs ouverte par le juge constitutionnel à travers la « découverte » et l'admission de la notion de « compétence propre » à partir de la décision n° 90-274 DC. Bien que recourant à une expression tirée du vocabulaire de l'État fédéral, le juge de la rue Montpensier s'en sert uniquement pour protéger la clause générale de compétence, dont les fondements légaux n'assuraient pas une garantie suffisante. Bien que limitée, cette admission par le juge constitutionnel constitue toutefois un premier pas en direction

¹⁶²⁰ Jean-Marie PONTIER explique ainsi ce phénomène : « le problème de la détermination des compétences des collectivités locales, donc du partage des compétences entre l'État et les collectivités locales, ne s'est présenté sous une forme juridique qu'à l'époque contemporaine. Pendant longtemps, les considérations politiques ont occulté les questions juridiques. [...] Quant au législateur, il pouvait d'autant plus se contenter de formules vagues que ceci permettait aux autorités réglementaires nationales et au juge administratif de contrôler le contenu et l'étendue des affaires locales », PONTIER (J.-M.), « L'emprunt des techniques du droit constitutionnel... », *op. cit.*, pp. 70-71.

¹⁶²¹ MADIOT (Y.), « Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales », *RFDA*, 1996, p. 965.

de l'inscription constitutionnelle de l'organisation verticale du pouvoir.

En 2003, confronté à la question de la répartition des compétences, le pouvoir constituant fait face à une alternative, dont les termes sont identiques à celle à l'œuvre au niveau législatif sur des questions similaires¹⁶²² : il peut recourir à des dispositifs de deux types, matériel ou formel. Dans la première hypothèse, la Constitution établit une ou plusieurs listes limitant les compétences respectives de l'État et des composantes territoriales. Ce dispositif est principalement retenu dans le cadre des États composés, qui procèdent ainsi à l'articulation des différents niveaux de pouvoir. Le pouvoir constituant français n'a pas adopté de mécanismes matériels de répartition des compétences, n'engageant ainsi pas la République sur la voie de la fédéralisation **(A.)**.

Ce sont au contraire des principes formels qui ont retenu son attention, confortant l'articulation française entre Constitution et loi. On peut alors s'interroger sur la portée de cette innovation. En désignant le législateur comme seul maître de la mise en œuvre de ce processus, le Constituant a transformé un processus de renforcement potentiel de la puissance territoriale en un dispositif de réification de sa faiblesse **(B.)**.

A. L'opposition aux mécanismes matériels de répartition des compétences : le refus de la fédéralisation de la République

Les États composés organisent dans leur Constitution la séparation verticale du pouvoir. La technique la plus couramment utilisée reste l'établissement d'une liste, répartissant les compétences entre les différents niveaux étatiques. Il y a là un des points essentiels pour caractériser la Constitution d'un État composé **(1.)**.

La Constitution de la République française ne connaît aucune disposition de cette sorte, sans que cela signifie que l'État unitaire français n'y recourt pas. On constate en effet que l'organisation des relations entre l'État et les collectivités d'outre-mer, bénéficiant de l'autonomie la plus large, repose en partie sur la détermination matérielle des compétences respectives de l'État et de la collectivité dans la loi organique établissant le statut de cette dernière. Il ne s'agit toutefois que de deux exceptions **(2.)**.

1. LA DÉFINITION MATÉRIELLE DES COMPÉTENCES DANS LA CONSTITUTION EST UNE CARACTÉRISTIQUE ESSENTIELLE DE L'ORGANISATION DES ÉTATS COMPOSÉS

Les États fédéraux et régionaux procèdent à l'organisation verticale du pouvoir dans leur Constitution. Ce point est nécessaire car, comme le rappelle R. CARRÉ DE MALBERG, « pour toutes les matières qui n'ont pas été réservées à l'État fédéral, les États particuliers conservent, avec l'organisation étatique qui leur est propre, la faculté de se déterminer librement à eux-mêmes leur propre compétence : en cela, ils sont des États. Au point de vue politique, en effet, le type État fédéral répond à ce fait que les peuples divers qui composent cet État, ont entendu, tout en s'unifiant à lui à certains égards, conserver pour le surplus leur répartition et organisation en groupements étatiques particuliers, groupements qui gardent dès lors le pouvoir d'étendre leur compétence à toutes les matières qui ne sont pas devenues fédérales »¹⁶²³. Il s'agit donc d'un rapport entre deux

¹⁶²² V. le Titre précédent.

organisations étatiques, l'État fédéral ne bénéficiant pas d'une puissance absolue sur son territoire. La Constitution fédérale sert alors de norme d'articulation des compétences entre les deux niveaux¹⁶²⁴, prévoyant les rapports qu'entretiendront les composantes de l'État fédéral avec l'entité englobante¹⁶²⁵. « La répartition des compétences est [donc, ainsi que l'écrit Hans KELSEN] le noyau politique de l'idée fédéraliste. Cela signifie du point de vue technique que les constitutions fédérales, non seulement règlent la procédure législative et posent certains principes sur le contenu des lois, comme celles des États unitaires, mais fixent encore les objets respectivement assignés à la législation fédérale et la législation locale. Toute violation des frontières ainsi tracées par la Constitution est une violation de la loi fondamentale de l'État fédéral »¹⁶²⁶.

L'Allemagne est un exemple particulièrement éclairant de ces rapports. Le titre VII de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 organise dans ses articles 70 à 75 la répartition des compétences entre le *Bund* et les *Länder*. On peut distinguer deux types de dispositions. Les premières énoncent les principes généraux de répartition de la compétence normative. L'article 70 présente ainsi le principe général à la lumière duquel les différentes énumérations doivent être interprétées¹⁶²⁷ tandis que les articles 71 et 72 organisent les rapports entre la compétence législative du *Bund* et celle des *Länder*, notamment pour les compétences concurrentes. Dans un second temps, les articles 73, 74, 74a et 75 détaillent les matières relevant de la compétence exclusive du *Bund* et les compétences concurrentes. L'absence de mention de compétences exclusives au profit des *Länder* illustre la particularité du « fédéralisme centralisateur » allemand. On peut mentionner, à titre d'exemple d'une dynamique exactement inverse d'une Constitution prévoyant les compétences des entités fédérées et non celles de la fédération, la Constitution du Royaume de Belgique du 17 février 1994¹⁶²⁸. On voit ainsi que si les mécanismes sont

¹⁶²³ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, t. I, *op. cit.*, p. 103.

¹⁶²⁴ « Il importe de remarquer que cette participation [celle des États fédérés à l'État fédéral] est fondée sur la Constitution même de l'État fédéral », *ibid.*, pp. 121-122. Dans le même sens, Jean RIVÉRO insiste sur la fonction de délimitation des compétences assurée par la Constitution en tant que « Pacte fédéral ». V. RIVÉRO (J.), *Fédéralisme et décentralisation dans la structure de l'État moderne*, Cours photocopié de l'ENA, 1949, pp. 145 et ss.

¹⁶²⁵ « L'État fédéral est, autrement dit, un cas spécial de décentralisation. Le règlement de cette décentralisation forme alors le contenu essentiel de la Constitution générale de l'État, qui détermine principalement quelles matières seront réglées par des lois centrales, et quelles matières par des lois locales, et, de même, les matières qui rentreront dans la compétence exécutive de la Confédération et celles qui rentreront dans la compétence exécutive des États-membres », KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDJ*, 1928, p. 254.

¹⁶²⁶ KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle... », *op. cit.*, p. 254, cité par BEAUD (O.), « Hans KELSEN, théoricien constitutionnel de la Fédération », in HERRERA (C. M.) (Sous la direction), *Actualité de KELSEN en France*, Paris – Bruxelles, L.G.D.J. – Bruylant, « La pensée juridique », 2001, p. 66.

¹⁶²⁷ « (1) Les *Länder* ont le droit de légiférer dans les cas où la présente Loi fondamentale ne confère pas à la Fédération des pouvoirs de légiférer. (2) La délimitation des compétences de la Fédération et des *Länder* s'effectue selon les dispositions de la présente Loi fondamentale relatives aux compétences législatives exclusives et concurrentes ».

identiques, l'application particulière qui en est fait illustre les équilibres propres à chaque système fédéral.

De son côté, l'État régional diffère quelque peu de cette construction. La détermination des compétences dans la Constitution résulte en effet de la volonté d'un État de prendre en compte la diversité de ses composantes territoriales, auxquelles il reconnaît une réserve de compétences. Afin que celle-ci soit respectée, il est procédé à son inscription constitutionnelle. La Constitution espagnole du 27 décembre 1978, cherchant « une solution équilibrée entre les principes d'unité nationale et d'autonomie de certains territoires qui disposaient historiquement de larges compétences de décision dans le cadre de l'État espagnol »¹⁶²⁹, a prévu, à cette fin, une liste de compétences possibles pour les Communautés autonomes (art. 148) tandis qu'elle réserve un ensemble de matières au profit de l'État (art. 149). Les mécanismes de répartition sont favorables à la compétence de l'État, qu'ils protègent contre une extension trop marquée du pouvoir des Communautés autonomes, en prévoyant sa compétence de principe pour les attributions qui ne seraient pas assumées par celles-ci, ainsi que la supériorité constitutionnelle du droit de l'État dans les matières concurrentes¹⁶³⁰. Une communauté autonome désireuse d'accroître son autonomie est alors dans l'obligation de négocier avec le pouvoir central, sans rien pouvoir lui imposer¹⁶³¹. On retrouve ici la différence entre une Communauté autonome, dotée d'un pouvoir instituant, et un État fédéral, jouissant d'une capacité constitutionnelle.

Dans l'ensemble des cas, les mécanismes de répartition des compétences sont complétés par la possibilité pour chacune des composantes de saisir le juge constitutionnel. « La protection de cette limite constitutionnelle des compétences entre Confédération et États membres, est une question politique vitale, qui est bien ressentie comme telle dans l'État fédéral, où la compétence donne toujours lieu à des luttes passionnées. Plus que nulle part ailleurs, le besoin se fait ici sentir d'une instance objective qui décide ces luttes de façon pacifique, d'un tribunal devant lequel ces litiges puissent être portés comme des problèmes d'ordre juridique, et décidés comme tels – c'est-à-dire d'un tribunal constitutionnel »¹⁶³².

¹⁶²⁸ V. les articles 127 à 134 de la Constitution belge de 1994.

¹⁶²⁹ MARTIN (A.), « Le principe de solidarité dans l'État autonome espagnol », in LAVROFF (D. G.) (Sous la direction), *La République décentralisée, op. cit.*, p. 72.

¹⁶³⁰ Art. 149, al. 3 : « les matières qui ne sont pas attribuées expressément à l'État par la Constitution peuvent appartenir aux communautés autonomes en vertu de leurs statuts respectifs. La compétence sur les matières qui ne sont pas assumées par les communautés autonomes appartient à l'État, dont les normes prévaudront en cas de conflit sur celles des communautés autonomes pour tout ce qui ne relève pas de la compétence exclusive de celles-ci ».

¹⁶³¹ La révision du Statut de la Catalogne a ainsi duré deux ans avant que le gouvernement et la Communauté autonome ne parviennent à un accord. Celui-ci doit encore être approuvé par le Parlement étatique, puis par la population de la Communauté autonome. Sur l'exemple catalan, v. CHAMBRAUD (C.), « Madrid signe un accord de principe pour une "nation" catalane », *Le Monde*, 24 janvier 2006 et pour un bilan de l'état des nationalités en Espagne, v. CHAMBRAUD (C.), « Espagne, combien de nations ? », *Le Monde*, 8 mars 2006, p. 24.

En cas de conflit, il est donc prévu un mécanisme de résolution, qui ne dépend pas de l'État composé, mais permet une articulation entre les différentes composantes. L'État fédéral entretient en effet un rapport d'égalité avec les États fédérés, puisque celles-ci jouissent de compétences exclusives¹⁶³³. Aussi, le risque de conflits de compétence plane-t-il toujours sur le fonctionnement de la fédération. Or, « si rien n'est prévu pour leur solution par des procédés juridiques, chaque partie en conflit s'efforcera d'imposer sa décision et le résultat du différend d'ordre constitutionnel dépendra de circonstances politiques changeantes ou de la force matérielle. Il faut donc qu'un organe ait compétence pour faire observer la constitution et maintenir dans les bornes de leurs pouvoirs les organes fédéraux et les organes des États membres »¹⁶³⁴. À cette fin, citons à titre d'exemple l'article 93 de la Loi fondamentale allemande, qui donne compétence à la Cour constitutionnelle de Karlsruhe pour statuer sur les litiges opposant la Fédération et les *Länder* ou les *Länder* entre eux. « Aucune des deux instances ne doit [ainsi] franchir la "frontière", la "ligne" qui lui est fixée par la Constitution, et l'agent de circulation qui veille au respect de la règle n'est autre que la juridiction chargée de faire respecter la Constitution fédérale qui répartit les compétences entre deux ordres de la Fédération (ordre fédéral et ordre fédéré) »¹⁶³⁵.

La constitutionnalisation de la répartition des compétences contribue donc à un double apport : elle favorise la protection de la compétence de l'État membre, en rendant, à travers la jurisprudence constitutionnelle, leur valeur normative aux dispositions relatives à la répartition des compétences ; elle confirme par là, qu'il s'agit bien de l'aménagement d'un pouvoir et non de simples fonctions¹⁶³⁶. Ce double mécanisme de l'énumération matérielle des compétences et de la protection par le juge constitutionnel est une caractéristique essentielle de l'organisation du rapport entre les pouvoirs des différentes composantes des États composés. On ne le retrouve dès lors que rarement dans les États unitaires. La France ne fait pas exception, puisqu'elle n'y recourt que pour les collectivités dont l'autonomie est la plus avancée.

¹⁶³² KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle... », *op. cit.*, p. 254, cité par BEAUD (O.), « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », in GREWE (C.), JOUANJAN (O.), MAULIN (E.), WACHSMANN (P.) (Sous la direction), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, p. 64.

¹⁶³³ Contrairement sur ce point à l'État unitaire et ses collectivités territoriales. La constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales, si elle vient tempérer la domination de l'État dans l'ordre constitué, n'a aucune incidence au niveau constitutionnel. Sur ce point, v. la section suivante.

¹⁶³⁴ DURAND (C.), *Les États fédéraux. Étude de droit constitutionnel positif*, Paris, Sirey, 1930, p. 241, cité par BEAUD (O.), « De quelques particularités de la justice constitutionnelle... », *op. cit.*, p. 65.

¹⁶³⁵ BEAUD (O.), *ibid.*, p. 66.

¹⁶³⁶ « Il est admis que les matières sur lesquelles porte la jurisprudence constitutionnelle, et en particulier les relations entre les pouvoirs territoriaux, ont une incidence politique considérable, aussi bien sur le plan conjoncturel qu'à long terme, dans la mesure où elles traitent en dernière instance de *l'exercice et de la distribution du pouvoir* », LLORENTE (F.-R.), « Les relations entre le pouvoir central et les pouvoirs territoriaux dans la jurisprudence constitutionnelle », *RFDA*, 1986, p. 18. Nous soulignons.

2. LA DÉTERMINATION MATÉRIELLE DES COMPÉTENCES EST RÉSERVÉE, EN FRANCE, AUX COLLECTIVITÉS DONT L'AUTONOMIE EST LA PLUS AVANCÉE

La Constitution de 1958 retient principalement une définition formelle des pouvoirs et de leur compétence. Seul l'article 34, en rupture, sur ce point, avec la tradition républicaine, propose une délimitation matérielle du domaine de la loi. Le Conseil constitutionnel a largement assoupli cette disposition, en proposant une interprétation compréhensive du titre V de la Constitution. Il a ainsi rendu au critère organique la primauté sur l'acception matérielle dans la définition de la loi. Dans l'optique de l'organisation verticale du pouvoir, la Constitution française ne contient aucune liste de compétences réservées aux collectivités territoriales. L'article 74 prévoit néanmoins que les lois organiques établissant les statuts des collectivités d'outre-mer mentionneront les compétences attribuées à ces structures. Si de tels mécanismes ne figurent pas dans le corps de la Constitution, elle en fixe tout de même le principe. Cette disposition a été appliquée lors de l'élaboration du statut de la Polynésie française (1996, puis 2004), tandis que la Nouvelle-Calédonie connaissait déjà un tel régime depuis 1999.

La Nouvelle-Calédonie jouit d'un statut d'autonomie avancée, qui se traduit par un mécanisme particulier de répartition des compétences. « La loi organique du 19 mars 1999 prévoit un mécanisme de subsidiarité ne réservant à l'État et à la Nouvelle-Calédonie qu'une compétence d'attribution résiduelle au profit des provinces (Nord, Sud, Îles Loyauté), détentrices de la compétence de principe »¹⁶³⁷. Les compétences sont réparties en fonction du niveau territorial pertinent d'exécution : l'État demeure compétent pour les matières régaliennes¹⁶³⁸ tandis que la Nouvelle-Calédonie dispose de trente-deux compétences initiales¹⁶³⁹, auxquelles peuvent venir s'ajouter d'ici à 2014 les matières relevant de la souveraineté partagée¹⁶⁴⁰. Les transferts consentis par l'État dans ce cadre sont alors irréversibles ; « après qu'ils sont intervenus, l'accord de Nouméa interdit [en effet] à l'État de reprendre une compétence transférée, et ce, même si le Congrès en faisait la demande à l'unanimité »¹⁶⁴¹. Les provinces jouissent enfin de l'ensemble des autres compétences¹⁶⁴² et peuvent se voir transférer des attributions par

¹⁶³⁷ LE MESTRE (R.), *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 278.

¹⁶³⁸ Justice, nationalité, droits civiques, défense...

¹⁶³⁹ Parmi lesquelles la fiscalité, les affaires sociales, la coutume, les relations commerciales extérieures, les communications, la fonction publique et les services publics.

¹⁶⁴⁰ Parmi lesquelles la police et la sécurité de la circulation aérienne et de la circulation maritime dans les eaux territoriales, l'enseignement du second degré, droit civil, sécurité civile...

¹⁶⁴¹ GARDE (F.), *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, « Mondes océaniques », 2001 (Préface de Jean-Jack QUEYRANNE), p. 192.

¹⁶⁴² « Chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État et à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation applicable en Nouvelle-Calédonie », art. 20 de la loi organique du 19 janvier 1999.

le Congrès du Territoire. Il s'agit principalement des compétences d'urbanisme et de réglementations individuelles. Cette répartition des compétences, pour le moins complexe, ne s'accompagne d'aucun dispositif permettant aux différents niveaux territoriaux de faire valoir leurs prérogatives. On peut dès lors craindre que la compétence de principe des collectivités géographiquement inférieures ne deviennent que très relatives, l'État ou le Territoire pouvant à tout moment faire prévaloir *de facto* leur(s) volonté(s) pour enserrer (et ainsi, limiter) les marges de manœuvre des provinces. Les mécanismes imaginés, même s'ils sont mus par une logique centrifuge dans les rapports entre État et Territoire, paraissent néanmoins lacunaires, en ce que la compétence de principe des Provinces apparaît politiquement seconde puisqu'elle est largement hétéroconditionnée, sans véritables moyens de peser sur les collectivités supérieures. Aussi, ce processus renvoie-t-il davantage à une voie menant à l'autodétermination qu'à l'organisation d'un rapport de type fédéral entre le centre et la collectivité périphérique.

Contrairement au statut de la Nouvelle-Calédonie, marqué par la spécificité du devenir de cette collectivité, celui de la Polynésie française constitue une véritable avancée vers l'application par la République française des mécanismes propres aux États composés. La loi organique du 27 février 2004, prolongeant le principe établi par la loi statutaire du 12 juillet 1977¹⁶⁴³ et la loi organique du 12 avril 1996¹⁶⁴⁴, prévoit ainsi que les autorités de la collectivité polynésienne disposent d'une compétence de principe (art. 13 L.O.), protégée par un mécanisme de déclassement. Celle-ci a été validée par le Conseil constitutionnel, car la loi organique prévoit qu'elle ne s'exerce que dans les limites déterminées dans la Constitution et respecte les compétences accordées aux communes¹⁶⁴⁵. La loi organique comprend parallèlement deux listes distinctes : la première délimite les compétences de l'État (art. 14 L.O.). Celles-ci « sont d'abord celles qui résultent de la réserve constitutionnelle de l'article 74, alinéa 4 de la Constitution »¹⁶⁴⁶, qui ne représente toutefois « qu'un minimum incompressible, à droit constant »¹⁶⁴⁷. Rien n'interdit en effet au législateur organique d'attribuer de nouvelles compétences à l'État. La seconde liste, plus longue (art. 15 à 30 L.O.) et davantage détaillée, aborde principalement les relations extérieures et la discrimination positive en faveur des populations locales. Il s'agit de simples précisions, et non de tempéraments à la compétence de principe présentée plus haut. L'État voit ainsi sa compétence limitée par l'énumération de l'article 14 de la loi organique ; il n'a plus qu'une compétence d'attribution, même si les matières pour lesquelles il intervient demeurent les plus importantes¹⁶⁴⁸. La compétence de principe de la collectivité d'outre-mer est de plus renforcée par l'existence d'un mécanisme de déclassement, non prévu en

¹⁶⁴³ Loi n° 77-772 du 12 juillet 1977 relative à l'organisation de la Polynésie française, *JORF*, 13 juillet 1977, p. 3703.

¹⁶⁴⁴ Loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *JORF*, 13 avril 1996, p. 5695.

¹⁶⁴⁵ CC, déc. n° 2004-490 DC, préc.

¹⁶⁴⁶ GOHIN (O.), JOYAU (M.), « L'évolution institutionnelle de la Polynésie française », *AJDA*, 2004, p. 1244.

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*

Nouvelle-Calédonie, et qui doit permettre à la collectivité de défendre sa compétence. « Lorsque le Conseil constitutionnel (qui a trois mois pour se prononcer), saisi par le président de la Polynésie après délibération du conseil des ministres, celui de l'assemblée locale en exécution d'une délibération de cette dernière ¹⁶⁴⁹, par le Premier ministre, par le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, constate qu'une loi nationale postérieure à février 2004 est intervenue dans une des matières attribuées à la Polynésie, elle peut être modifiée ou abrogée par l'assemblée de la collectivité » ¹⁶⁵⁰. Ce dispositif n'est pas sans rappeler la procédure de délégalisation prévue à l'article 37 de la Constitution ; son application à la Polynésie française fournit encore une fois une illustration du processus de constitutionnalisation exogène à l'œuvre dans l'organisation des institutions territoriales par l'État. L'ensemble de ces mécanismes se rapproche sensiblement des dispositifs fédéraux d'articulation des pouvoirs ; l'autonomie matérielle de la Polynésie française, si elle n'est pas autant protégée que celle d'un État fédéré ou d'une Communauté autonome, jouit tout de même d'une réelle possibilité d'être défendue. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un dispositif constitutionnalisé, ses fondements sont en effet inscrits dans la Constitution. Les lois organiques sont de plus intégrées au bloc de constitutionnalité quand le juge constitutionnel applique le mécanisme de déclassement. L'outre-mer paraît ainsi ouvrir la voie d'une pleine admission de la puissance territoriale, en ce sens que la constitutionnalisation conduit bien à la reconnaissance d'une réserve de puissance effective.

La répartition matérielle des compétences n'est toutefois prévue que pour les collectivités d'outre-mer, dont l'éloignement géographique justifie l'acceptation d'une plus ample autonomie. La doctrine qualifie même ces évolutions de « fédéralisation » de la République ¹⁶⁵¹. Le mode de répartition des compétences retenu dans le statut polynésien de 1996 « [rapprocherait ainsi] la technique de la décentralisation de celle du fédéralisme » ¹⁶⁵². Si l'on s'accorde avec ce constat en ce qu'il révèle que l'organisation verticale du pouvoir est un problème de nature identique quelque soit l'État, il semble difficile de partager l'idée d'une fédéralisation de la République. Outre que ce phénomène reste limité, les mécanismes de protection sont encore imparfaits et inégaux et les

¹⁶⁴⁸ Compétences de souveraineté ; garantie des libertés publiques, de la monnaie et des marchés financiers ; administration communale et contrôle administratif et financier des communes et de leurs établissements publics ; liaisons aériennes, audiovisuel ; enseignement supérieur et recherche.

¹⁶⁴⁹ « Contrairement aux autorités nationales, les autorités de la collectivité doivent [donc] être spécialement habilitées en ce sens par délibération soit du conseil des ministres, soit de l'assemblée, selon le cas », GOHIN (O.), JOYAU (M.), « L'évolution institutionnelle... », *op. cit.*, p. 1245.

¹⁶⁵⁰ LE MESTRE (R.), *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 267.

¹⁶⁵¹ À propos de la Nouvelle-Calédonie, MM. BOURDON, PONTIER et RICCI s'interrogent ainsi sur le possible passage de la République du statut de « fédération qui s'ignore » à celui de « fédération consciente » (*Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 690).

¹⁶⁵² *Ibid.*, p. 689.

Collectivités considérées ne jouissent pas d'une compétence constitutionnelle autonome comme tout État fédéré. Il semble dès lors plus juste de constater que la République se régionalise par ses marges, admettant, sur le modèle portugais ¹⁶⁵³, une différenciation organique et autonome en faveur des collectivités ultramarines. Aucune disposition de ce type n'est en revanche prévue pour les collectivités territoriales de métropole.

La révision constitutionnelle de 2003 a toutefois introduit plusieurs mécanismes formels d'articulation des compétences entre l'État et les collectivités territoriales. S'ils peuvent donner l'impression d'une avancée vers une véritable organisation constitutionnelle de la séparation verticale des pouvoirs, ils s'avèrent *in fine* plutôt décevants et ne constituent pas une véritable protection de la puissance territoriale.

B. Le choix de mécanismes formels de répartition des compétences : la puissance territoriale est une modalité seconde de l'action publique

Outre les apports déjà mentionnés, les dispositions relatives à la libre administration des collectivités territoriales ont été complétées, en 2003, par l'affirmation de principes devant guider la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales, mais également les rapports des collectivités territoriales entre elles. Le pouvoir constituant dérivé promeut ainsi une « méthodologie de la répartition des compétences » ¹⁶⁵⁴, plus que la répartition elle-même, conformément en cela au caractère unitaire de l'État. Il s'agit de simples principes, selon une logique formelle, et non de dispositions organisant matériellement ces rapports.

La répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales devra ainsi satisfaire à une exigence adaptée du principe de subsidiarité, sans que le sens véritable de cette disposition puisse être évalué. Néanmoins, celle-ci régira dorénavant l'articulation des compétences entre l'État et les collectivités territoriales ; son caractère exclusivement formel incline toutefois au pessimisme. Elle devrait renforcer la primauté de la puissance d'État sur la puissance territoriale (1.).

Les rapports entre collectivités territoriales font quant à eux l'objet d'une autre disposition. L'affirmation dans un même alinéa de l'interdiction de la tutelle et du mécanisme de la collectivité chef de file semble ouvrir plus d'interrogations qu'elle n'en résout. La conception égalitaire à l'œuvre devrait elle aussi contribuer au renforcement de la puissance d'État plutôt que de la puissance territoriale (2.).

1. L'ARTICULATION DES COMPÉTENCES ENTRE L'ÉTAT ET LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES : LA PRIMAUTÉ DE LA PUISSANCE D'ÉTAT SUR LA PUISSANCE

¹⁶⁵³ L'article 6 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976 admet que, malgré le caractère unitaire de l'État, « les archipels des Açores et de Madère constituent des régions autonomes dotées de statuts politiques et administratifs et d'organes de gouvernement qui leur sont propres ». Le Titre VII de ce texte détaille le régime des régions autonomes (art. 225 à 234), en recourant notamment à une détermination matérielle des compétences (art. 227 et 228).

¹⁶⁵⁴ LEMOYNE DE FORGES (J.-M.), « Subsidiarité et chef de file : une nouvelle répartition des compétences ? », in GAUDEMET (Y.), GOHIN (O.) (Sous la direction), *La République décentralisée*, *op. cit.*, p. 48.

TERRITORIALE

Le principe de subsidiarité a été connu du grand public, à la suite du Traité de Maastricht, qui en fait le principe de référence dans la répartition des compétences au sein de l'Union européenne. Il est toutefois antérieur à cette percée médiatique et plonge ses racines dans l'organisation de l'Église catholique. Il est porté, ainsi que le relève M^{me} MILLON-DELSOL, par trois idées complémentaires. L'autorité est *seconde*, en ce qu'elle ne tire sa nécessité que du besoin d'une autre instance. Elle n'a pas de finalité propre et n'existe pas pour elle-même ; elle concourt au développement social. L'autorité n'est donc qu'un *moyen* ; elle est principalement *supplétive* parce qu'elle a pour premier rôle de pallier les insuffisances de la société, sans œuvrer à sa place dans les domaines où elle se suffit. Elle joue enfin un rôle *subsidaire* au sens de secours positif, qui peut aller au-delà des strictes insuffisances. Si cette fonction est très largement controversée, on peut y voir la garantie par l'autorité de l'intérêt général contre les effets négatifs des intérêts individuels¹⁶⁵⁵. À l'origine, le principe de subsidiarité implique ainsi un État qui accompagne le développement de la société civile, non pas qui s'y substitue. Il correspond « à l'idée selon laquelle la puissance publique ne doit intervenir, notamment dans l'économie, que lorsque les mécanismes "naturels" de la société et du marché produisent des résultats négatifs »¹⁶⁵⁶. L'application communautaire conduit de son côté à une adaptation de ce principe puisqu'il n'organise plus alors le rapport entre le pouvoir et la société civile, mais participe de l'articulation de différents niveaux de pouvoirs. Il prend de ce fait une signification nouvelle : l'Union européenne « ne doit agir que lorsqu'un objectif peut être mieux réalisé au niveau communautaire qu'au niveau des États membres »¹⁶⁵⁷. Le principe de subsidiarité est ainsi « un *principe régulateur de l'exercice des compétences* et non un principe d'attribution des compétences, dont on pourrait déduire une liste des compétences nationales et/ou des compétences communautaires »¹⁶⁵⁸ ; sa mise en œuvre « pose [alors] au moins autant de problèmes qu'elle vise à en résoudre »¹⁶⁵⁹. Cette idée est finalement le plus petit commun dénominateur aux diverses expériences d'application de ce principe ; elle vaut également dans le cas français.

La loi constitutionnelle de mars 2003 procède à la constitutionnalisation d'une variante française du principe de subsidiarité. « Les collectivités territoriales ont vocation à

¹⁶⁵⁵ Pour une présentation générale sur la formation du principe de subsidiarité, v. MILLON-DELSOL (C.), *L'État subsidiaire*, Paris, P.U.F., « Léviathan », 1992, 233 p., plus part. l'introduction pp. 5-13.

¹⁶⁵⁶ AUBY (J.-B.), « Subsidiarité et droit administratif », *DA*, janvier 2005, Repère n° 1, p. 3.

¹⁶⁵⁷ ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, « U », 2001, 8^e éd. (1^{ère} éd. 1983), p. 46.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.* Nous soulignons. Les auteurs complètent leur description en remarquant que ce principe « ne trace pas une frontière rigide entre les compétences des États membres et celles de la Communauté, mais permet d'organiser, *pour chaque domaine de compétence concurrente*, un partage, qui peut varier dans le temps, suivant les circonstances et les nécessités des objectifs visés », *ibid.* Nous soulignons.

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*

prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon »¹⁶⁶⁰. Sa portée s'avère, de prime abord, assez floue ; « la grille de lecture proposée par l'article 72 de la Constitution modifiée reste [... en effet] 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'État qui n'a plus vocation à les absorber toutes »¹⁶⁶¹.

La dynamique du principe est ainsi inversée par rapport à la variante communautaire ; d'une logique de type « *bottom – up* », on passe à une dynamique de type « *top – down* ». Ce changement de perspective peut s'expliquer par la situation de l'État. Dans les deux cas, c'est lui, en effet, qui est à l'origine du processus : il se déleste vers le haut au sein de l'Union européenne, et vers le bas en direction des collectivités territoriales. Dans le cadre français, l'intervention des collectivités territoriales est néanmoins postulée comme secondaire : les compétences sont normalement exercées par l'État, sauf s'il est plus efficace de les transférer aux collectivités territoriales. Principe de régulation des compétences, il est donc contingent de l'application qui en est faite, sans contenu préalable déterminé, sauf à considérer, avec une partie de la doctrine et alors que rien dans les travaux du Constituant ne va en ce sens, que l'expression « ensemble des compétences », figurant dans cette disposition, correspond à une application de la technique des blocs de compétences¹⁶⁶². La constitutionnalisation de ce principe ne paraît ainsi pas en mesure ni de participer à la clarification de la répartition des compétences, ni de renforcer la dimension matérielle de la puissance territoriale face à l'État ; « degré zéro de la politique »¹⁶⁶³, ce principe n'est ainsi d'aucun secours dans la clarification (pourtant nécessaire) de l'agencement vertical du pouvoir. Le juge constitutionnel s'en tient d'ailleurs à une conception stricte, en considérant « qu'il résulte de la généralité des termes retenus par le Constituant que le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'État plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause, sur le fondement de cette disposition, *que s'il était manifeste qu'en égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés*, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale »¹⁶⁶⁴. Le juge de la rue Montpensier réalise ainsi un contrôle *in concreto* de la disposition en cause, laissant une marge d'appréciation très

¹⁶⁶⁰ Art. 72, al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹⁶⁶¹ BRISSON (J.-F.), « Les nouvelles clefs constitutionnelles... », *op. cit.*, p. 530.

¹⁶⁶² En ce sens, LEMOYNE DE FORGES (J.-M.), « Subsidiarité et chef de file : une nouvelle répartition des compétences ? », *op. cit.*, p. 52.

¹⁶⁶³ TENZER (N.), « L'État – garant ou l'impensé de la décentralisation », *Pouvoirs locaux*, 2003, n° 59, p. 80.

importante au législateur. « Son choix ne saurait être remis en cause par le Conseil constitutionnel qu'en cas d'erreur manifeste »¹⁶⁶⁵. Si l'on a pu en conclure qu'en adoptant cette position, le « Conseil constitutionnel n'a fait que respecter la volonté du constituant »¹⁶⁶⁶, il faut toutefois constater que la position du juge de la rue Montpensier, si elle confirme la portée normative de cette disposition, n'en permet pas une réelle application. Celle-ci restera donc, là encore, largement virtuelle, alors que la ratification de la Charte européenne de l'autonomie régionale par la France, en cours, encourageait sans doute à une conception plus compréhensive de ce principe.

La constitutionnalisation de ce principe ne règlera donc pas la question de la clarification de la répartition des compétences, ni n'assurera la protection des moyens matériels de la puissance territoriale, faute, pour l'État, d'avoir présenté et défendu une véritable politique de répartition des compétences. Or, « la condition d'un plus grand pouvoir des collectivités tient à la capacité de l'État à exercer son pouvoir plus rigoureusement. Promue par un État – Pilate, la décentralisation ne donnera rien. Non seulement elle n'aidera pas l'État à mieux agir, mais elle ne permettra pas aux collectivités de tirer le meilleur d'elles-mêmes et renforcera l'impression d'une stérilité du jeu politique local qui a, à sa façon, contribué au 21 avril [2002]. *La décentralisation ne sera pas une politique de l'État tant que l'État n'en aura pas* »¹⁶⁶⁷. Aussi, la subsidiarité, mécanisme général, exemplaire de la carence d'un dessein politique et institutionnel clair, n'apporte-t-elle rien d'autre à la puissance territoriale qu'une définition formelle de la logique qui doit être à l'origine de ses compétences, sans la protéger aucunement contre la puissance d'État, ni permettre son renforcement. De ce point de vue, la révision de 2003 devrait être une révision pour rien.

2. L'ARTICULATION DES COMPÉTENCES ENTRE COLLECTIVITÉS TERRITORIALES : LA CONCEPTION ÉGALITAIRE DE LA PUISSANCE TERRITORIALE RENFORCE LA PRÉDOMINANCE DE LA PUISSANCE D'ÉTAT

« 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 »¹⁶⁶⁸. La révision de mars 2003 réalise ainsi dans le même alinéa la constitutionnalisation de l'interdiction de la tutelle entre collectivités territoriales et celle du mécanisme du *chef de filat*. L'interdiction de la tutelle

¹⁶⁶⁴ CC, déc. n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005 (*Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*), *JORF*, 14 juillet 2005, p. 11 589 ; *AJDA* 2005(27).1487, brève BRONDEL ; *DA* 2005 n° 114, note FRAISSE. Considérant n° 12. Nous soulignons.

¹⁶⁶⁵ FRAISSE (R.), « Quelle est la portée du "principe de subsidiarité" ? », *DA*, août-septembre 2005, comm. n° 114, p. 21.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 22.

¹⁶⁶⁷ TENZER (N.), « L'État – garant ou l'impensé de la décentralisation », *op. cit.*, p. 82. Nous soulignons.

¹⁶⁶⁸ Art. 72, al. 5 de la Constitution du 4 octobre 1958.

d'une collectivité territoriale sur une autre est un principe constant, affirmé dans la loi du 2 mars 1982. On le retrouve tant dans la jurisprudence constitutionnelle que dans la jurisprudence administrative. Le juge constitutionnel vérifie ainsi dans les décisions n° 2001-454 DC et n° 2004-490 DC que les compétences attribuées à la Collectivité territoriale de Corse et à la Polynésie française respectent les compétences des communes se trouvant sur leur territoire. Une telle exigence semble de plus sous-jacente à la censure du mécanisme de la collectivité chef de file dans la décision n° 94-358 DC, même si le juge ne s'y réfère pas expressément. Le juge administratif a, de son côté, très tôt fait appliquer l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre. Dès 1983, le Tribunal administratif de Montpellier censurait la procédure d'octroi de subventions par le conseil régional de Languedoc-Roussillon aux communes de son territoire, au motif que cette procédure « institue une forme de tutelle contraire à la volonté du législateur »¹⁶⁶⁹. Une affaire plus récente a révélé la difficulté d'apprécier la mise en œuvre ou non d'une tutelle entre collectivités territoriales. Le Tribunal administratif de Pau a ainsi censuré la délibération du conseil général des Landes qui modulait les subventions accordées aux communes en fonction du mode de gestion du service public de l'eau retenu¹⁶⁷⁰. Bien que confirmée en appel¹⁶⁷¹, cette décision a été cassée par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État, qui a estimé que la modulation par un conseil général des aides qu'il accorde aux communes ou à leurs groupements, selon que les services d'adduction d'eau ou d'assainissement sont assurés par voie de régie directe ou, au contraire, d'affermage, ne viole ni le principe de prohibition de la tutelle, ni le principe d'égalité, ni la libre administration des communes¹⁶⁷². L'appréciation du juge administratif paraît dépendre de la conciliation opérée entre liberté d'un côté et respect de l'égalité de l'autre. On peut toutefois définir la tutelle comme le résultat d'une extension de la liberté d'administration d'une collectivité territoriale à un tel point qu'elle limite et porte atteinte à la liberté équivalente d'une autre collectivité territoriale. L'égalité qui doit ainsi être respectée est une égalité de jouissance des droits au sein d'une même catégorie, mais également entre catégories. Il ressort de ceci l'impossibilité de hiérarchiser les collectivités territoriales, sauf dans le cadre fonctionnel de la collectivité chef de file.

Le chef de filat quant à lui n'est pas inédit au moment de sa constitutionnalisation. Le législateur avait en effet déjà envisagé la formule dans l'article 65 de la loi du 4 février 1995. Cette disposition a été censurée par le juge constitutionnel, qui a estimé que le renvoi opéré par législateur de 1995 à une autre loi pour fixer « les conditions dans lesquelles une collectivité pourra assurer le rôle de chef de file pour l'exercice d'une

¹⁶⁶⁹ TA Montpellier, 20 juin 1983, *Commune de Narbonne c/ Région de Languedoc-Roussillon*, préc.

¹⁶⁷⁰ TA Pau, 13 mars 1997, *Préfet des Landes c/ Département des Landes*, préc.

¹⁶⁷¹ CAA Bordeaux, 31 mai 2001, *Département des Landes*, préc.

¹⁶⁷² CE, Ass., 12 décembre 2003, *Département des Landes*, *Leb.* p. 502 ; *Collectivités territoriales – Intercommunalité*, 2004, n° 39 et 40, notes MOREAU et ERSTEIN ; *AJDA* 2004.195, chron. DONNAT, CASAS ; *JCP Administrations et Collectivités territoriales* 2004.1360, note ROUAULT ; *RFDA* 2004.518, concl. SÉNERS et 525, note DOUENCE ; *BJCL* 2004(2).97, concl. SÉNERS ; *CJEG* 2004(606).86.

compétence ou d'un groupe de compétences relevant de plusieurs collectivités territoriales »¹⁶⁷³ n'emportait aucune conséquence juridique et ne limitait pas le droit d'initiative du Gouvernement et des membres du Parlement. En sus de cette interprétation neutralisante, le juge de la rue Montpensier censure la disposition selon laquelle « jusqu'à la date d'entrée en vigueur de cette loi, les collectivités territoriales pourront par convention, désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant de plusieurs collectivités territoriales »¹⁶⁷⁴, en ce qu'elle constitue une incompétence négative du législateur, qui peut seul mettre en œuvre le principe de libre administration des collectivités territoriales. Il ne peut donc pas « renvoyer à une convention conclue entre des collectivités territoriales le soin de désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant des autres sans définir les pouvoirs et les responsabilités afférents à cette fonction »¹⁶⁷⁵. Le mécanisme transitoire adopté par le législateur de 1995 pouvait en effet ouvrir la voie à une hiérarchisation des collectivités territoriales à travers les compétences transférées. Une telle pratique aurait ainsi pu aboutir à une certaine différenciation des situations ; c'est cette remise en cause du principe d'égalité qui a sans doute effrayé le juge constitutionnel.

Le Constituant de 2003 s'est appuyé sur la décision n° 94-358 DC pour fixer la nouvelle disposition constitutionnelle. Il ressort en effet du texte précité que seule la loi peut désigner des chefs de file et doit fixer le cadre normatif. Le mécanisme est ainsi constitutionnellement cohérent. Il n'empêche que l'on peut estimer que les effets du chef de filat aboutiront tout de même à la hiérarchisation des collectivités territoriales. Un tel mécanisme devra en effet être utilisé pour des opérations, des matières relevant de l'intérêt des différentes catégories de collectivités territoriales. On peut dès lors envisager que la région, dotée de compétences cadres, fera dans la plupart des cas un chef de file naturel. La loi du 13 août 2004 invite d'ailleurs à aller dans ce sens puisqu'elle semble avoir procédé à une application, qui ne dit pas son nom, de cette disposition¹⁶⁷⁶. Elle prévoit ainsi que les régions peuvent demander, à titre expérimental, la charge de la réalisation des schémas régionaux de développement économique¹⁶⁷⁷. Or, cette « compétence [n']est devenue expérimentale [que] sur demande du Sénat en seconde lecture. Ce changement s'explique par les craintes, manifestées par les élus locaux, d'une tutelle possible de la région. En effet, par ce schéma c'est bien un rôle de "collectivité chef de file", quoique l'expression ne soit pas utilisée, qui est confié à la région »¹⁶⁷⁸. Cette

¹⁶⁷³ CC, déc. n° 94-358 DC, préc., considérant n° 56.

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*, considérant n° 57.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*

¹⁶⁷⁶ En ce sens, v. PONTIER (J.-M.), « Les nouvelles compétences de la région », *AJDA*, 2004, p. 1974 et BENOIT (L.), « Décentralisation et développement économique : la nouvelle répartition des compétences », *AJDA*, 2005, pp. 1879-1882.

¹⁶⁷⁷ Art. L. 1511-1 (CGCT).

¹⁶⁷⁸ PONTIER (J.-M.), « Les nouvelles compétences de la région », *op. cit.*, p. 1974.

disposition, en ce qu'elle s'inscrit dans la continuité de la loi de février 2002, paraît confirmer le rôle de chef de file de la région. Cette qualité est néanmoins tempérée par le caractère non contraignant du schéma de développement économique établi par le conseil régional. C'est pourquoi la région fait davantage figure de « coordinatrice du développement économique »¹⁶⁷⁹ que de véritable chef de file. En cela, l'appréhension d'une tutelle de la région sur les départements et communes prédomine dans les considérations des élus (locaux et sénateurs principalement), freinant l'application du chef de filat. Outre les tutelles directes, le risque de la création de tutelles indirectes est également réel : « être chef de file, pour une collectivité, peut être [ainsi] interprété comme une "valeur ajoutée" permettant à son représentant de mieux asseoir son autorité. Les tutelles indirectes, loin d'être absentes des relations des collectivités locales, risquent d'en être renforcées »¹⁶⁸⁰. Cela semble confirmer les difficultés éprouvées par le système politico-administratif pour parvenir au nouvel équilibre de la décentralisation française.

Les premières applications sont ainsi marquées du sceau de la crainte ; il y a pourtant dans cette disposition le moyen d'une évolution positive de la puissance territoriale, en ce que la hiérarchisation, même limitée à une opération particulière, pourrait rééquilibrer les rapports entre l'État et les collectivités territoriales. C'est en tout cas ce qui ressort de deux des trois scénarios d'application de cette mesure envisagés par Yves MADIOT. À moins que le législateur, multipliant les chefs de file, dessine une décentralisation « kaléidoscopique »¹⁶⁸¹, il peut, dans un premier temps, résulter de l'application rationnelle du chef de filat une décentralisation « territorialisée », dans laquelle le législateur laisse le soin aux collectivités territoriales de s'organiser. On aboutirait de ce fait à une *territorialisation* des compétences¹⁶⁸². Dans une seconde perspective, la concentration de la qualité de chef de file sur la collectivité la plus importante peut dessiner une décentralisation dans laquelle les régions émergent progressivement en tant que chef de file, au moins dans les compétences essentielles ; « elles peuvent alors devenir, face à l'État, des collectivités dotées d'une puissance qui pourrait nous conduire à d'autres formes de décentralisation [que le modèle français actuel] »¹⁶⁸³. Les premières applications invitent néanmoins à la prudence si ce n'est au

¹⁶⁷⁹ BENOIT (L.), « Décentralisation et développement économique... », *op. cit.*, p. 1880. L'auteur confirme ce point en qualifiant la région de « chef de file en trompe l'œil du développement économique » (p. 1879).

¹⁶⁸⁰ MADIOT (Y.), « Les techniques de correction... », *op. cit.*, p. 971.

¹⁶⁸¹ Ce scénario apparaît peu probable car il repose sur une dynamique exactement inverse à celle qui anime le recours à ce type de dispositif. Cela reviendrait en effet à réifier l'éclatement des compétences des collectivités territoriales alors que le législateur n'a de cesse de tenter de rationaliser leur exercice.

¹⁶⁸² Sur cette notion, v. MADIOT (Y.), « Vers une territorialisation du droit », *RFDA*, 1995, pp. 946-960. V. également PONTIER (J.-M.), « Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique », *AJDA*, 1997, p. 723, CAILLOSSE (J.), « Remarques sur la juridicité du territoire », *Pouvoirs locaux*, 1999, n° 43, p. 119 et AUBY (J.-B.), « Réflexions sur la territorialisation du droit », in *La profondeur du droit...*, pp. 1-15.

¹⁶⁸³ MADIOT (Y.), « Les techniques de correction ... », *op. cit.*, p. 972. Les expressions précédentes entre guillemets sont de l'auteur.

pessimisme quant à un éventuel affermissement de la puissance territoriale, face à la puissance d'État. Celui-ci constitue pourtant une des conditions essentielles du renforcement de l'efficacité démocratique et de l'action publique.

Il ressort de l'analyse de la dimension matérielle des dispositions constitutionnelles relatives à la puissance territoriale deux éléments principaux. L'étude des moyens normatif et financier dont bénéficient les collectivités territoriales confirme tout d'abord l'unité du pouvoir dans l'État. La constitutionnalisation apparaît ainsi comme le moyen de matérialiser le fondement commun du pouvoir et de confirmer la place des collectivités territoriales au sein de l'expression du pouvoir originaire dans l'État. L'étude des dispositions constitutionnelles relatives aux mécanismes de répartition des compétences révèle en revanche parallèlement le caractère toujours subordonné de la puissance territoriale, et partant, la faiblesse de la traduction de l'expression pluraliste de ce même pouvoir. L'autonomie locale, loin d'être un levier d'action par lequel le pluralisme sociologique pourrait s'exprimer, selon la logique de la démocratie globale, est au contraire réduite à un ensemble de principes dont la portée reste incertaine. La technique française qui consiste à poser les fondements de la décentralisation dans la Constitution, mais à en faire assurer la mise en œuvre par le législateur, trouve ici ses limites : la puissance d'État, pouvoir dominant, s'ingénie à conserver sous sa coupe la puissance territoriale, alors qu'elle devrait participer à son émancipation¹⁶⁸⁴.

Il faudrait donc envisager des moyens pour garantir à la puissance territoriale la jouissance de ses droits ; le processus de constitutionnalisation ne prend en effet son sens que s'il existe des moyens pour le faire respecter contre la puissance d'État.

Section II. La constitutionnalisation des moyens de protection de la puissance territoriale : l'inachèvement de l'État constitutionnel en France

« Le juge est le seul garant possible d'une liberté ».

HAURIOU, « Note sous CE, 20 mars 1901, *Casanova* », S. 1901, III, p. 73.

Le Constituant de 1946, en inscrivant la liberté locale dans la Constitution, entendit assurer sa protection contre la puissance d'État. Son œuvre, reprise en 1958, vise ainsi à garantir aux collectivités territoriales qu'elles jouiront d'une capacité d'action réelle contre l'État. À cette fin, plusieurs mécanismes entrent en jeu, sans, d'ailleurs, qu'ils aient tous été prévus dès l'origine. Deux procédés retiendront plus particulièrement notre attention : les procédures de définition de la puissance territoriale, puis celles assurant sa protection juridictionnelle.

Les premières renvoient alors à l'articulation choisie entre les différents niveaux normatifs de la libre administration des collectivités territoriales dans l'État constitutionnel français (fondement constitutionnel, mise en œuvre législative). Si le choix du législateur comme organe compétent pour concrétiser les dispositions constitutionnelles relatives à l'organisation territoriale a été largement interprété comme une garantie en faveur des

¹⁶⁸⁴ Le Général de Gaulle en avait, d'ailleurs, déjà admis l'idée, en déclarant le 24 mai 1968, dans un discours prononcé à Lyon, que « l'effort multiséculaire de centralisation, qui fut longtemps nécessaire à notre pays pour réaliser et maintenir son unité, ne s'impose plus désormais ».

collectivités territoriales, celles-ci ne participent toutefois ni à l'établissement, ni à la révision des dispositions constitutionnelles qui leur sont relatives. Les composantes de la puissance territoriale ne maîtrisent donc pas les fondements de leur pouvoir et n'interviennent que fort marginalement dans les normes prévalentes de mise en œuvre. La protection de la puissance territoriale à raison des organes compétents à sa concrétisation apparaît ainsi largement hétéronome, consacrant sa précarité face à la puissance d'État (**Paragraphe 1.**).

La protection de la puissance territoriale passe, également, par le recours au levier juridictionnel, c'est-à-dire, plus précisément, par les interventions des juges constitutionnel et administratif. Bien que relevant plus largement de la faculté des collectivités territoriales (elle devrait donc être un élément favorable à l'autonomie des structures territoriales), cette protection juridictionnelle rencontre des limites importantes, allant de l'impossible saisine du Conseil constitutionnel par les collectivités territoriales à l'adoption par la jurisprudence administrative d'une conception essentiellement fonctionnelle de l'administration territoriale ; l'organisation verticale du pouvoir en France demeure incomplète tant que la puissance territoriale, bien que constitutionnalisée, ne jouit pas d'une protection satisfaisante face à la puissance d'État (**Paragraphe 2.**).

Paragraphe 1. La protection hétéronome de la puissance territoriale à raison des organes compétents à sa définition : le caractère secondaire des collectivités territoriales au sein de l'État constitutionnel

La puissance territoriale jouissant depuis 1946 de fondements constitutionnels, l'éventuelle participation des collectivités territoriales à l'élaboration et/ou à la seule modification¹⁶⁸⁵ des dispositions qui leur sont relatives assurerait une protection réelle du pouvoir local, en ce que le pouvoir constituant serait tempéré par la puissance territoriale. Le Titre XVI de la Constitution ne prévoit néanmoins rien de tel, réservant l'exclusivité de cette compétence au pouvoir souverain. Les collectivités territoriales, quant à elles, sont au mieux consultées lors des révisions constitutionnelles relatives aux dispositions qui leur sont relatives, sans que cela emporte aucune conséquence juridique (**A.**).

La Constitution du 4 octobre 1958, si elle fonde la liberté locale, donne compétence au législateur pour en préciser les modalités de mise en œuvre. La compétence législative a été analysée par une partie de la doctrine comme la substitution de l'« État légal » à l'« État de droit », assurant ainsi la protection des collectivités territoriales contre le pouvoir exécutif. Si ce constat est fondé, force est toutefois de constater que l'« État constitutionnel » a supplanté l'« État légal », appelant une nécessaire précision du constat précédent. De ce point de vue, si la compétence législative garantit toujours l'absence de subordination des structures territoriales à l'exécutif, elle marque également la subordination de la puissance territoriale à la puissance d'État dans sa mise en œuvre, au détriment de l'autonomie locale. L'hétéronomie du législateur par rapport aux collectivités

¹⁶⁸⁵ On peut voir dans ce tempérament l'adaptation aux collectivités territoriales du constat, établi par le maître de Strasbourg à propos des États fédérés, selon lequel « le trait distinctif de l'auto organisation doit être recherché moins dans l'origine première de la Constitution de l'État inférieur que dans le fait que cet État est *actuellement maître de sa Constitution* », CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution...*, t. 1, *op. cit.*, p. 160. Nous soulignons.

territoriales ne garantit ainsi qu'une faible protection de la puissance territoriale (B.).

A. L'inexistante protection de la puissance territoriale dans l'élaboration de ses fondements : la compétence exclusive du pouvoir souverain

Les modalités de révision de la Constitution du 4 octobre 1958 figurent dans son article 89. L'initiative en appartient concurremment au président de la République sur proposition du Premier ministre et aux parlementaires. Le projet (ou la proposition) doit ensuite être adopté(e) dans les mêmes termes par les deux Chambres. Une fois adopté, le texte est soumis au référendum s'il s'agit d'une proposition. S'il s'agit d'un projet, le texte peut être soumis au Congrès ou au référendum. C'est le président de la République qui le détermine discrétionnairement. Si la procédure du Congrès est choisie, la révision est adoptée si elle réunit 3/5^e des suffrages exprimés. Cette procédure ne peut être engagée lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire (art. 89, alinéa 4) et ne peut pas porter atteinte à la forme républicaine du gouvernement (art. 89, alinéa 5). Cette procédure générale de révision des modalités d'expression de la puissance d'État ne prévoit l'intervention que des trois principaux organes de l'État (président, gouvernement et Parlement), aucun aménagement de la procédure en fonction de la matière n'étant prévu. La libre administration ne fait d'ailleurs pas l'objet d'une mention en tant que disposition dont la révision est impossible au même titre, par exemple, que la forme républicaine de gouvernement. La perspective de la démocratie globale aurait pourtant pu encourager le Constituant à aller dans cette direction, comme c'est le cas dans certains États où l'autonomie locale est mieux acceptée. L'article 288 de la Constitution portugaise du 2 décembre 1976 inclut, par exemple, « l'autonomie des collectivités locales » et « l'autonomie politique et administrative des archipels des Açores et de Madère » dans l'énumération des limites matérielles de la révision¹⁶⁸⁶. Il n'en est toutefois rien en France. Les collectivités territoriales ne sont donc ni associées à la procédure de révision des dispositions constitutionnelles, y compris celles les concernant, ni leur autonomie n'est protégée par une clause de non-révisabilité.

Deux voies sont toutefois explorées pour permettre aux collectivités territoriales de se prononcer lors d'une procédure de révision ; la première est informelle, alors que la seconde s'appuie sur des dispositions constitutionnelles. La révision constitutionnelle de mars 2003 a ainsi été précédée au second semestre 2002 et au début 2003¹⁶⁸⁷ par des « Assises des libertés locales ». « Destinées à ouvrir un débat national sur l'évolution des missions des collectivités et du rôle de l'État, les assises des libertés locales concernent non seulement les élus mais aussi les acteurs économiques et sociaux et l'ensemble des citoyens »¹⁶⁸⁸. Réunissant au final environ 55 000 personnes, d'après les chiffres du

¹⁶⁸⁶ Paragraphes « n » et « o » de l'article 288 de la Constitution du 2 décembre 1976.

¹⁶⁸⁷ Les Assises des libertés locales ont débuté le 18 octobre 2002 dans les Pays de la Loire et se sont terminées le 28 février 2003 à Rouen, lors de la synthèse nationale.

¹⁶⁸⁸ Disponible sur le site du ministère de l'Intérieur, http://www.interieur.gouv.fr/rubriques/c/c6_collectivites_locales/c611_assises/modalites.

ministère de l'Intérieur, elles furent l'occasion pour les acteurs d'échanger et de proposer des pistes pour la future révision de la Constitution et pour l'élaboration de la nouvelle loi de répartition des compétences annoncée par le gouvernement. Les travaux de ces différentes réunions se caractérisent par leur faiblesse polémique et idéologique, le consensus s'opérant autour de thèmes fédérateurs comme la demande de davantage de responsabilités, d'une plus grande autonomie financière, de davantage de simplicité et d'une plus grande solidarité¹⁶⁸⁹. Si elles ont pu influencer le travail du gouvernement, dans la préparation du projet, la simultanéité de ces Assises et de la procédure parlementaire¹⁶⁹⁰ rend sceptique quant à leur portée réelle¹⁶⁹¹. Il ne s'agit, de plus, que de réunions publiques, dont la portée est uniquement consultative. Elles ne sont d'ailleurs pas restreintes aux membres des organes locaux. Si l'on peut estimer que cette ouverture à l'ensemble des citoyens est un pas dans la direction de la démocratie globale, elle atténue en retour la place (et le poids) des collectivités territoriales, en tant que telles, dans la procédure. Au final, bien qu'allant dans la direction de l'association des structures territoriales *lato sensu* à la procédure de révision, les conditions de mise en œuvre sont telles que l'on ne peut y voir un moyen garantissant la participation des collectivités territoriales à la procédure de révision des dispositions constitutionnelles les concernant.

Dans un second temps, il figure dans la Constitution, depuis la révision constitutionnelle de mars 2003, deux dispositions qui pourraient renforcer l'influence des collectivités territoriales sur les modifications des dispositions les concernant. L'article 39 de la Constitution dispose ainsi que « les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales [...] sont soumis en premier lieu au Sénat ». On peut logiquement déduire de ce texte que les projets de loi constitutionnelle relatifs aux collectivités territoriales devraient être déposés et débattus en premier lieu au Sénat. L'attitude du gouvernement RAFFARIN invite à cette interprétation, puisque, voulant respecter la logique de la réforme, la navette parlementaire a débuté au Palais du Luxembourg. Si l'on peut politiquement estimer que le Sénat assure une représentation particulière des collectivités territoriales, en ce sens qu'il accorde une attention particulière à la problématique territoriale¹⁶⁹², la portée juridique de cette novation reste plus incertaine. Il a été montré que le Sénat n'assure pas une représentation des collectivités territoriales en tant que telles, contrairement à une Chambre fédérale, mais la représentation de la Nation à travers un prisme particulier. On ne peut dès lors déduire de la place privilégiée réservée à la Chambre haute une quelconque incidence quant à la

¹⁶⁸⁹ Pour une présentation synthétique de ces Assises, v. REYNIÉ (D.), « L'apport des Assises des libertés locales », *ACL 2004. Réforme de la décentralisation, réforme de l'État. Régions et villes en Europe*, Paris, CNRS Édition, 2004, pp. 25-36.

¹⁶⁹⁰ Les premières séances ont lieu dès le 5 novembre 2002 au Sénat.

¹⁶⁹¹ Leur apport est sans doute plus réel dans le cadre de la préparation de la loi du 13 août 2004, les acteurs pouvant à cette occasion présenter et défendre leurs points de vue. Les thèmes abordés relèvent d'ailleurs davantage d'une loi de répartition de compétences que de l'agencement constitutionnel ; ce qui confirme le constat précédent.

¹⁶⁹² DELCAMP (A.), *Le Sénat et la décentralisation*, Paris, Economica, 1991 (Avant-propos d'A. POHER ; Préface de G. DUPUIS), 791 p. V. plus particulièrement l'introduction, pp. 15-24.

participation des collectivités territoriales à la révision des dispositions les concernant. Il n'existe donc pas, par ce biais, une association véritable des collectivités territoriales ; la seule influence qui puisse jouer ne réside alors que dans le cumul des mandats, qui n'est pas une caractéristique exclusive au Sénat ¹⁶⁹³. On ne peut donc pas la prendre en compte.

La seconde innovation de la révision de mars 2003 ouvre la possibilité, « lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation, [...] de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées » ¹⁶⁹⁴. Bien qu'il ne s'agisse que d'une procédure consultative ¹⁶⁹⁵, la collectivité est associée au changement de son statut, ainsi que l'étaient déjà les territoires d'outre-mer aux termes de l'ancien article 74 de la Constitution ¹⁶⁹⁶. Il s'agit donc moins d'une rupture nette que de l'adaptation d'un dispositif à la nouvelle réalité territoriale, née de la révision de 2003. Cette procédure est alors mise en œuvre à l'occasion de la sortie de la collectivité des dispositions de droit commun, c'est-à-dire au moment où elle s'apprête à bénéficier d'une autonomie plus importante. Si le gouvernement n'est juridiquement pas tenu de suivre l'avis de la population, il s'est néanmoins senti, dans tous les cas d'application, lié politiquement. Le refus de la population en Corse a par exemple conduit à l'abandon du projet de statut particulier. Il ne s'agit toutefois que d'une capacité de réponse reconnue à la collectivité, qui, même si elle s'apparente à un quasi droit de veto politique, ne crée pas en faveur de la collectivité une capacité d'initiative de la révision.

Malgré ces timides avancées, il n'existe donc aucune autonomie statutaire des collectivités territoriales dans la Constitution de 1958. La puissance territoriale ne peut défendre ses modalités d'expression face à la puissance souveraine. Plus exactement, la puissance territoriale est un pouvoir constitutionnalisé qui ne s'impose à la puissance d'État qu'au niveau législatif ; elle ne jouit en revanche d'aucune protection au niveau constitutionnel. Il faut déduire, de cela, que la puissance territoriale est une modalité seconde d'expression du pouvoir dans l'État, puisque sa mise en œuvre dépend largement d'organes qui lui sont extérieurs. Il s'établit ainsi une hiérarchie : le pouvoir

¹⁶⁹³ Au 1^{er} novembre 2003, 91 % des députés et 81 % des sénateurs cumulaient leur mandat de parlementaire avec au moins un mandat local (pour des précisions, v. MARREL (G.), *L'élu et son double...*, *op. cit.*). On ne peut-on que partager la conclusion de François ROBBE selon laquelle, « dans de telles conditions, les députés sont naturellement conduits à prendre la défense des collectivités territoriales », ROBBE (F.), *La représentation des collectivités territoriales...*, *op. cit.*, p. 518.

¹⁶⁹⁴ Art. 72-1, alinéa 3 de la Constitution du 4 octobre 1958. V. *supra* pour une présentation détaillée.

¹⁶⁹⁵ Nous ne mentionnons ici que la procédure applicable à l'ensemble des collectivités territoriales. Pour les collectivités d'outre-mer, il faut également se reporter à la consultation prévue à l'article 72-4 de la Constitution, qui organise non plus une simple consultation des populations, mais leur possible veto. Sur ce point, v. *supra*.

¹⁶⁹⁶ L'ancien article 74, alinéas 2 et 3 de la Constitution disposait que « les statuts des territoires d'outre-mer sont fixés par des lois organiques qui définissent, notamment, les compétences de leurs institutions propres, et modifiés, dans la même forme, *après consultation de l'assemblée territoriale intéressée*. Les autres modalités de leur organisation particulière sont définies et modifiées par la loi *après consultation de l'assemblée territoriale intéressée* ». Nous soulignons.

constituant, expression du pouvoir souverain, s'impose tant à la puissance d'État qu'à la puissance territoriale. L'identité des organes de la puissance constituante et de la puissance d'État permet ensuite à cette dernière de s'auto organiser, car si ces deux pouvoirs se distinguent *génétiquement*, ils ne se confondent pas moins *fonctionnellement*, exprimant à eux deux l'intégralité du pouvoir de l'État. Tel n'est, en revanche, pas le cas de la puissance territoriale, dont les liens avec la puissance constituante sont politiquement ténus et juridiquement inexistantes. Dans ce cadre, elle est soumise au pouvoir de l'État ; ce dont rend compte l'absence d'autonomie statutaire. Un tel constat n'est *in fine* guère surprenant. L'État unitaire se caractérise par un seul niveau constitutionnel maîtrisé par l'État. Cela ne signifie d'ailleurs pas que la constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales perde de sa capacité protectrice. Simplement, celle-ci ne joue pas par rapport à l'organisation constitutionnelle de l'État, le pouvoir souverain conservant une puissance absolue sur son territoire.

B. La faible protection de la puissance territoriale dans sa mise en œuvre : la prévalence de la compétence du législateur contre les pouvoirs réglementaires

Selon le principe français de répartition des compétences entre pouvoir constitutionnel et pouvoir législatif en matière de collectivités territoriales, il appartient au second de mettre en œuvre les principes déterminés dans la norme fondamentale. Les fondements de la puissance territoriale, bien que constitutionnalisés, dépendent, pour leur concrétisation, de l'intervention du législateur. C'est donc lui, principal organe d'expression de la puissance d'État, qui a la compétence pour mettre en œuvre la libre administration des collectivités territoriales (1.).

Cette prééminence du législateur est confirmée par le contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel de l'épuisement de sa compétence (2.).

1. LE LÉGISLATEUR A LE MONOPOLE DE LA COMPÉTENCE DE MISE EN ŒUVRE DE LA PUISSANCE TERRITORIALE

Les articles 34 et 72 de la Constitution de 1958 donnent compétence au législateur pour définir les conditions de mise en œuvre de la libre administration des collectivités territoriales. Le dixième alinéa de l'article 34 dispose en effet que la loi détermine les principes fondamentaux « de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources », tandis que selon les termes de l'article 72, les collectivités territoriales de la République s'administrent librement « dans les conditions prévues par la loi ». Le Constituant de 1958 avait toutefois, dans un souci de rationalisation des rapports entre loi et règlement, cherché à accroître le domaine de ce dernier dans les matières locales¹⁶⁹⁷ : il ne s'agissait donc en aucune façon pour le Constituant d'écarter complètement le pouvoir réglementaire de la matière locale. Il semble, au contraire, que l'on envisageait une compétence étendue du pouvoir

¹⁶⁹⁷ Sur ce point, v. BACOYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration...*, op. cit., pp. 237-239, § 435-439.

réglementaire pour mener à bien les réformes avortées sous les régimes précédents¹⁶⁹⁸. Le Conseil constitutionnel a néanmoins proposé une lecture plus souple des dispositions constitutionnelles que ce qu'envisageait le Constituant ; sa jurisprudence est ainsi venue rétablir la primauté de la loi en procédant à une lecture extensive de l'expression « principes fondamentaux » figurant à l'article 34 de la Constitution. Il a également procédé à un élargissement du domaine de la loi, en estimant que le domaine législatif est « déterminé non seulement par l'article 34 mais aussi par d'autres dispositions de la Constitution, notamment ses articles 72 et 74 »¹⁶⁹⁹. C'est donc au législateur qu'il revient de mettre en œuvre la libre administration des collectivités territoriales, ainsi que l'affirme clairement le Conseil constitutionnel dans la décision n° 90-274 DC¹⁷⁰⁰. Le pouvoir réglementaire est alors cantonné à un simple rôle d'exécution des dispositions législatives¹⁷⁰¹ ; ce qui paraît annihiler toute intervention du pouvoir réglementaire autonome. Le juge administratif s'est également rangé à cette conception. « Après quelques réserves initiales, le Conseil d'État a, lui aussi, adopté une interprétation extensive des "principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources" »¹⁷⁰². Dès 1972, le juge du Palais Royal estime ainsi que les conditions de détermination des effectifs des différents emplois par les conseils municipaux relèvent du domaine de la loi ; elles ne peuvent donc être déterminées par un décret¹⁷⁰³. Plus récemment, la Haute juridiction administrative a considéré, dans la décision *Dame VINCENT*, que tant la durée du délai de convocation des conseils municipaux que son caractère franc constituaient des éléments de la libre administration des collectivités territoriales ; un décret ne pouvait dès lors, légalement, les supprimer¹⁷⁰⁴. Le législateur bénéficie ainsi d'une primauté, qui ressemble fort à un quasi monopole dans la mise en œuvre des principes de la libre administration des collectivités

¹⁶⁹⁸ « Je crois, par conséquent, que cette différence de rédaction prouve d'une manière générale, exception faite de la répartition des compétences [entre l'État et les collectivités territoriales], que désormais les domaines municipal et départemental entrent dans le domaine du gouvernement », M. MASPÉTIOL, Séances de la Commission constitutionnelle des 25 et 26 août 1958, *Documents pour servir...*, vol. III, *op. cit.*, p. 112.

¹⁶⁹⁹ CC, déc. n° 65-34 L, 2 juillet 1965, *Rec.* p. 75 ; *RJC* p. II-20 ; *D.* 1967.Jurisp.613, note HAMON ; *Penant* 1966.347, note LAMPUE.

¹⁷⁰⁰ « Considérant que si, en vertu de l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales "s'administrent librement par des conseils élus", chacune d'elles le fait "dans les conditions prévues par la loi" », CC, déc. n° 90-274 DC, préc. Considérant (de principe) n° 12. On retrouve l'exacte formulation dans la décision n° 90-277 DC.

¹⁷⁰¹ À titre d'exemple, v. le considérant n° 24 de la décision n° 90-274 DC (préc.) : « Considérant que sur le fondement de ces dispositions il appartient au législateur de déterminer les cas dans lesquels le droit de préemption est susceptible ou non d'être exercé ainsi que les catégories de personnes et notamment les collectivités territoriales qui peuvent être titulaires de l'exercice de ce droit ; qu'en revanche, la fixation des modalités de mise en œuvre des principes posés par la loi relève de la compétence du pouvoir réglementaire »

¹⁷⁰² BACOYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration...*, *op. cit.*, p. 250, § 453.

¹⁷⁰³ CE, 21 juillet 1972, *Saignery*, *Leb.* p. 554.

territoriales.

La doctrine a, de son côté, vu d'un bon œil ce rétablissement de la répartition des compétences en faveur du législateur, seul à même de protéger la liberté locale contre le gouvernement. Jacques MOREAU estime ainsi que « ce qui demeure le rempart de [l']autonomie des collectivités locales et donc la traduction concrète de la "libre administration", c'est que seule la loi – sous le contrôle du juge constitutionnel – régit ce domaine »¹⁷⁰⁵ alors que pour Louis FAVOREU, « l'essentiel est que le Conseil constitutionnel interdit au pouvoir réglementaire toute décision importante en ce domaine de l'administration locale et qu'ainsi il contribue à mettre les libertés et l'autonomie communales à l'abri de toute tentative de réduction de ces libertés par le pouvoir central [sic] »¹⁷⁰⁶. Le législateur est donc perçu comme un rempart contre la centralisation administrative que pourrait opérer le gouvernement (au nom de l'efficacité de l'action administrative). Gardien de la démocratie locale, le législateur est de ce fait garant du caractère politique des collectivités territoriales, leur autonomie étant une part importante de l'épanouissement de la démocratie globale. La liberté dont jouissent les collectivités territoriales trouve ainsi confirmation de sa dimension politique, dans sa préservation par le législateur ; la dimension démocratique prime alors sur la recherche d'une stricte rationalité administrative. Il n'appartient donc pas au gouvernement, bien qu'il dispose de l'administration¹⁷⁰⁷, de déterminer les conditions de l'autonomie locale.

Le rétablissement de la primauté de la loi en matière d'administration locale se traduit dans les différentes matières que le juge constitutionnel a expressément attribuées à la compétence du législateur. Il lui revient ainsi de définir les compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales¹⁷⁰⁸, de déterminer les ressources des collectivités territoriales¹⁷⁰⁹, de déterminer « l'étendue [des] obligations à la charge des collectivités territoriales concernant, par exemple, [...] le statut de leur personnel¹⁷¹⁰ »¹⁷¹¹ et, sans prétendre à l'exhaustivité, de déterminer le domaine de la tutelle s'exerçant sur les collectivités territoriales et leurs établissements publics. « C'est ainsi, au gré des lois, et des décisions du Conseil, que le principe [de libre administration des collectivités territoriales] peut être "nourri" de manière concrète, et ne pas être seulement une sorte de

¹⁷⁰⁴ CE, 3 juin 1983, *Dame VINCENT*, préc.

¹⁷⁰⁵ MOREAU (J.), *Droit administratif*, Paris, P.U.F., « Droit fondamental », 1989, n° 49, pp. 78-79.

¹⁷⁰⁶ FAVOREU (L.), « Jurisprudence et législation », *Cahiers du CFPC*, sept. 1977, p. 107.

¹⁷⁰⁷ Art. 20, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹⁷⁰⁸ CC, déc. n° 90-274 DC, préc. Considérant n° 12.

¹⁷⁰⁹ CC, déc. n° 90-277 DC, préc. Considérant n° 13.

¹⁷¹⁰ CC, déc. n° 83-168 DC, préc. Considérants n° 11 à 15.

¹⁷¹¹ LE MESTRE (R.), *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 249.

"proclamation de principe", à l'apparence libérale mais au contenu vide. Si l'existence précède l'essence, l'intervention du législateur donne petit à petit un sens à la disposition constitutionnelle trop abstraite »¹⁷¹².

Si la répartition des compétences, largement favorable à l'intervention du législateur est une garantie contre une recentralisation du pouvoir par le gouvernement, elle est également un facteur qui limite l'autonomie des collectivités territoriales puisque les éléments d'application de la liberté d'administration sont fixés par une autorité qui leur est extérieure, même plus, par un organe de la puissance d'État. Il est stupéfiant que jamais, dans aucune des contributions doctrinales, il ne soit conçu que la libre administration des collectivités territoriales puisse dépendre des collectivités territoriales. C. BACUYANNIS rapporte d'ailleurs que le Constituant, après avoir songé à retirer la référence aux conditions légales de la libre administration des collectivités territoriales, l'a finalement maintenue pour ne pas donner l'impression d'une mise en œuvre directe par les collectivités territoriales¹⁷¹³. La mise en œuvre de la puissance territoriale apparaît ainsi *hétéroconditionnée*, la place des collectivités territoriales étant sur ce plan institutionnellement réduite. Cette impression est confirmée par le fait que le juge constitutionnel exige que le législateur épuise sa compétence.

2. LE LÉGISLATEUR DOIT ÉPUISER SA COMPÉTENCE : L'INCOMPÉTENCE NÉGATIVE ANNIHILE L'AUTONOMISATION DE LA PUISSANCE TERRITORIALE

Le législateur jouit, nous l'avons vu, du monopole de la mise en œuvre de la liberté d'administration des collectivités territoriales. Le Conseil constitutionnel vérifie, dans ce cadre, que le Parlement a épuisé sa compétence. À cette fin, le juge de la rue Montpensier a développé la technique des incompétences négatives. « La loi est entachée d'incompétence négative lorsque le législateur a méconnu l'étendue constitutionnelle de ses attributions, en déléguant une compétence à une autre autorité alors que c'est lui qui aurait dû l'exercer »¹⁷¹⁴. Cette position jurisprudentielle confirme la lecture extensive du domaine de la loi, opérée par le juge constitutionnel, puisqu'elle force le législateur à préciser ce qu'il entend pour éviter une éventuelle censure. « La jurisprudence de l'incompétence négative s'inscrit ainsi dans une logique de préservation des compétences du pouvoir législatif qui tend à réserver un domaine précis, un champ de compétence du législateur et à sanctionner par la voie juridictionnelle tout abandon de compétence par celui-ci ou toute immixtion du pouvoir réglementaire dans le domaine législatif »¹⁷¹⁵. « L'intérêt de cette jurisprudence réside [alors] dans le véritable appel

¹⁷¹² VERPEAUX (M.), « La notion de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle », in INSTITUT DE LA DECENTRALISATION, *La gestion locale face à l'insécurité juridique. Diagnostic – Analyse – Proposition*, Paris, L'Harmattan, 1997 (Préface de J.-J. HYEST ; Introduction de H. PORTELLI), p. 51.

¹⁷¹³ BACUYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration...*, op. cit., p. 238, § 437.

¹⁷¹⁴ FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 712.

¹⁷¹⁵ DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, Paris, P.U.F., « Thémis », 2006, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1998), p. 323, § 354.

lancé au Parlement pour qu'il assume et exerce ses responsabilités politiques »¹⁷¹⁶. L'épuisement de sa compétence par le législateur est particulièrement valable pour les matières locales ; il s'applique de façon identique à un renvoi au pouvoir réglementaire national ou à un renvoi aux autorités locales. Dans la décision n° 83-168 DC, le juge de la rue Montpensier a ainsi censuré le renvoi à un décret le soin de préciser les modalités de recrutement des collaborateurs de cabinet dans les communes. Le juge constitutionnel a en effet jugé que le législateur « ne pouvait, sans méconnaître l'article 72 de la Constitution, permettre à l'autorité réglementaire de subordonner le recrutement d'un collaborateur, même unique, à l'appartenance de la commune à une catégorie pour laquelle l'autorité réglementaire estimerait un tel recrutement justifié »¹⁷¹⁷. Le recrutement du cabinet, partie de la liberté d'administration des collectivités territoriales, doit être déterminé directement par le législateur. Selon la même logique, le législateur ne peut renvoyer directement ni aux collectivités territoriales le soin de préciser des dispositions législatives que le Conseil constitutionnel estimerait insuffisamment précises, ni à une convention le soin de déterminer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales¹⁷¹⁸. De même, en matière fiscale, le législateur « s'il peut, lorsqu'il s'agit d'une imposition perçue au profit d'une collectivité locale, confier à cette dernière la tâche d'assurer ce recouvrement, il doit en déterminer les règles avec une précision suffisante »¹⁷¹⁹.

La censure d'une incompétence négative en faveur du gouvernement s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence développée par le juge de la rue Montpensier, visant à garantir que le gouvernement ne puisse pas procéder à une centralisation de l'administration locale. La censure des incompétences négatives en faveur des collectivités territoriales peut en revanche paraître, dans la perspective de l'accroissement de l'autonomie territoriale, plus contestable. Dans les deux exemples cités, il y avait en effet la possibilité pour elles d'acquérir une plus grande marge de liberté, dans des matières aussi importantes que sont l'aménagement du territoire et la fiscalité ; ce qui aurait contribué à renforcer la liberté locale. La position du juge éclaire nettement le fait que l'autonomie locale est conditionnée par les principes de valeur identique à celui de libre administration des collectivités territoriales. Dans le cadre de la décision n° 94-358 DC, le Conseil constitutionnel censure le renvoi à la convention, car la situation créée présente un risque pour le respect de l'égalité entre collectivités territoriales. Elle peut virtuellement engendrer une tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre. On peut toutefois opposer au raisonnement du juge constitutionnel qu'être libre, c'est aussi choisir ses aliénations¹⁷²⁰. Il estimait, à ce propos, que la liberté d'un conseil général n'était pas réduite tant que celui-ci disposait de la possibilité de refuser de signer une convention fiscale avec l'État¹⁷²¹. Le mécanisme aurait été identique, et l'on perçoit mal comment un

¹⁷¹⁶ ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 137.

¹⁷¹⁷ CC, déc. n° 83-168 DC, préc. Considérant n° 19.

¹⁷¹⁸ CC, déc. n° 94-358 DC, préc.

¹⁷¹⁹ CC, déc. n° 98-405 DC, préc. Considérant n° 59.

facteur, garant de la liberté dans un cas, devient liberticide dans l'autre. Une atteinte au principe d'égalité est également sous-jacente à la censure de la décision n° 98-405 DC. Si le législateur n'a pas épuisé le principe de la légalité fiscale, la conséquence première en est que les conditions de recouvrement vont différer d'une commune à l'autre. Il s'agit en l'espèce d'une taxe communale, et l'on peut s'étonner que le juge constitutionnel soit autant effrayé par une conséquence logique du pluralisme institutionnel. La rupture du principe d'égalité n'a en effet rien de substantiel. On serait donc en droit d'attendre du juge du pavillon Montpensier une conciliation des principes plus favorable à l'autonomie locale, ainsi que l'y incite, d'ailleurs, la nouvelle rédaction du Titre XII de la Constitution.

Si l'on estime toutefois, à la suite de la doctrine majoritaire, que l'effort jurisprudentiel du Conseil constitutionnel, visant à s'assurer que le législateur épuise sa compétence, est une composante essentielle de la protection de la libre administration des collectivités territoriales, il est alors possible, sur le modèle portugais, d'inscrire dans la Constitution un mécanisme coercitif, dont l'objet serait de garantir que les dispositions constitutionnelles ne resteront pas lettre morte. Face aux risques que les dispositions de la Norme suprême soient méconnues « à raison de l'inertie des autorités normatives qui ne prennent pas les mesures nécessaires à l'exécution des dispositions de la Constitution »¹⁷²², l'article 283 de la Loi fondamentale du Portugal prévoit en effet un mécanisme de sanction des « inconstitutionnalités par omission »¹⁷²³. Dépassant le cadre, plus strict, de la sanction des incompétences négatives par le Conseil constitutionnel français, qui reste tributaire de la saisine du juge, ce dispositif permet d'obtenir la sanction d'une autorité inerte alors qu'elle est chargée de mettre en œuvre la norme constitutionnelle. Le juge ne peut certes pas, à cette occasion, se faire législateur et doit se borner à constater l'omission inconstitutionnelle¹⁷²⁴; mais le constat par une juridiction de la carence d'une autorité normative peut, selon la logique démocratique, permettre un véritable contrôle de la part de la population. Un tel dispositif aurait d'ailleurs sans doute permis au Conseil constitutionnel de censurer la loi de finances 2004, faute pour le législateur d'avoir, à l'époque, adopté la loi organique relative aux finances locales¹⁷²⁵. Bien que minime, ce

¹⁷²⁰ « Dans un État, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir », MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, op. cit., t. 1, Livre XI, chap. III, p. 162.

¹⁷²¹ CC, déc. n° 90-274 DC, préc.

¹⁷²² BON (P.), « Présentation générale », in BON (P.) (Sous la direction), *La justice constitutionnelle au Portugal*, Paris, Economica, « Droit public positif », 1989, p. 149.

¹⁷²³ « À la demande du Président de la République, du *Provedor de Justiça* ou des présidents des assemblées législatives régionales qui invoquent la violation des droits des régions autonomes, le Tribunal Constitutionnel apprécie et constate l'inobservation de la Constitution par omission des mesures législatives nécessaires à l'application de normes constitutionnelles ».

¹⁷²⁴ Sur ce point, v. BON (P.), « Présentation générale », op. cit., pp. 152-155.

¹⁷²⁵ CC, déc. n° 2003-489 DC, préc.

changement appellerait certainement une modification des autorités de saisine du juge constitutionnel, afin de l'ouvrir aux autorités locales. L'ouverture de la saisine à l'opposition parlementaire (ainsi que le cumul des mandats électifs) pourrait toutefois dans un premier temps inciter le pouvoir constituant au *statu quo*. La densification du Titre XII, ainsi que le développement des statuts des collectivités ultramarines (Polynésie et Nouvelle Calédonie) offriraient d'ailleurs à ce mécanisme des débouchés potentiellement importants. Rééquilibrant l'économie institutionnelle, ce dispositif marquerait enfin l'émancipation de la puissance territoriale, face à la puissance d'État, sans pour autant substantiellement remettre en question l'équilibre général de la décentralisation française.

Quoiqu'il en soit des évolutions futures, il faut bien constater que les dispositions constitutionnelles relatives aux collectivités territoriales sont mises en œuvre par le pouvoir législatif de la puissance d'État. Les diverses tentatives (par omission) du législateur pour permettre aux collectivités territoriales de plus amples marges de manœuvre se soldèrent toutes par une censure du juge constitutionnel, garant d'une application uniforme du principe d'égalité ; seule la décision n° 98-407 DC s'inscrit dans une dynamique inverse¹⁷²⁶, ce qui est au final bien peu. L'économie de la protection de la puissance territoriale à raison des organes compétents pour sa définition, si elle se justifiait dans le cadre de l'État légal, apparaît bien pauvre à l'ère de l'État constitutionnel. Le refus de la République française de s'aligner sur le modèle de l'État régional, lui préférant une décentralisation certes constitutionnalisée, mais uniquement d'un point de vue formel tandis que la mise en œuvre dépend de la loi, touche ici ses limites. L'organisation verticale du pouvoir dans l'État constitutionnel français se révèle ainsi dans son caractère incomplet. Celui-ci est confirmé par l'analyse des procédés juridictionnels de protection de la puissance territoriale.

Paragraphe 2. La protection autonome de la puissance territoriale par les juridictions constitutionnelle et administrative : entre incomplétude et déséquilibres de l'État constitutionnel

Dans le cadre constitué, la puissance d'État s'exprime à travers deux types de normes : la loi et le règlement, chacune étant justiciable devant un ordre de juridiction particulier. Aussi, la protection de la puissance territoriale passe-t-elle par le recours aux juges constitutionnel et administratif¹⁷²⁷. Bien qu'articulées différemment par rapport à la puissance territoriale, les jurisprudences administrative et constitutionnelle présentent de nombreuses similarités : elles entendent toutes les deux la libre administration des collectivités territoriales de façon restrictive. Il existe toutefois des différences assez substantielles : le juge constitutionnel ne peut ainsi pas être saisi directement par les collectivités territoriales. Aussi, même s'il encadre le travail du législateur et protège la libre administration des collectivités territoriales, celles-ci ne peuvent-elles pas l'actionner unilatéralement. La constitutionnalisation de la puissance territoriale présente donc une faiblesse importante, qui limite sensiblement la protection assurée par le juge

¹⁷²⁶ V. *supra*, Partie II, Titre II, Chap. I, Section I, Paragraphe 1, A.

¹⁷²⁷ Sur ce point, v. FAURE (B.), « Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration... », *op. cit.*, pp. 117-118.

constitutionnel **(A.)**.

De son côté, le juge administratif peut être directement saisi par les collectivités territoriales, lorsqu'elles entendent défendre leur liberté d'administration. Bien que les nouveaux outils développés dans le cadre du contentieux administratif, tels que les procédures de référé, constituent de éléments favorables à la protection de la puissance territoriale, la jurisprudence administrative s'avère inégalement protectrice de la liberté locale. Le juge du Palais-Royal privilégie bien souvent le point de vue de l'État, adoptant une conception fonctionnelle des collectivités territoriales. Sa position est cependant plus nuancée quand il s'agit d'un conflit opposant deux structures territoriales : la Haute juridiction administrative sait alors tirer toutes les conséquences de la valeur constitutionnelle du principe de libre administration. La protection des collectivités territoriales par la Haute juridiction administrative, marquée par un fort tropisme administratif, est donc plutôt inégale et compense mal les déséquilibres de l'organisation verticale du pouvoir **(B.)**.

A. Le Conseil constitutionnel assure une protection limitée de la puissance territoriale face au législateur

L'attitude du Conseil constitutionnel à l'égard de la puissance territoriale est simple : il protège la collectivité territoriale – cadre de la démocratie politique, tandis qu'il adopte une conception restrictive de la libre administration des collectivités territoriales, comme capacité de faire. Il procède ce faisant à une conciliation restrictive des incidences de la liberté locale, faisant prévaloir les principes unitaires de l'État **(1.)**.

À cette jurisprudence stricte, s'ajoute l'hétéronomie de la saisine du juge constitutionnel. Les collectivités territoriales ne figurent pas parmi les autorités de saisine du juge constitutionnel ; on ne peut dès lors que constater que la constitutionnalisation de l'organisation verticale du pouvoir est incomplète, puisqu'elle fait naître des droits en faveur des collectivités territoriales sans leur donner les moyens de les protéger. Une réforme peut donc être envisagée si l'on entend parachever le processus de constitutionnalisation débuté en 1946 **(2.)**.

1. LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE RELATIVE À LA LIBRE ADMINISTRATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES FAIT PRÉVALOIR LA PUISSANCE D'ÉTAT SUR LA PUISSANCE TERRITORIALE

Le juge constitutionnel adopte une conception stricte du principe de libre administration des collectivités territoriales ; ce point apparaît particulièrement nettement en deux occasions. La définition du contrôle de l'État sur les collectivités territoriales révèle tout d'abord que le juge du Pavillon Montpensier ne conçoit l'exercice de la liberté d'administration des collectivités territoriales que dans le respect du caractère unitaire de l'État **(a.)**.

Dans ce cadre, le juge, lorsque le principe de libre administration des collectivités territoriales se trouve en contradiction avec d'autres principes constitutionnellement garantis, concilie toujours négativement la liberté des collectivités territoriales, en en proposant une lecture rigide **(b.)**.

Le contrôle administratif de légalité dans la jurisprudence constitutionnelle : la consécration d'un tempérament substantiel à la libre administration des collectivités territoriales

Le texte constitutionnel organise le contrôle des collectivités territoriales par l'État, proposant ainsi le principe d'une articulation entre puissance d'État et puissance territoriale. Ce contrôle est d'ailleurs analysé comme une composante de la libre administration des collectivités territoriales par certains auteurs¹⁷²⁸ et il apparaît d'une façon générale comme une partie intégrante du processus de décentralisation¹⁷²⁹. L'article 72 alinéa 3 (ancienne rédaction) disposait ainsi que « dans les départements et les territoires, le délégué du gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois » tandis que le nouvel alinéa 5 de l'article 72 énonce que « dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ». La variation sémantique¹⁷³⁰ n'induit pas, du point de vue retenu pour l'analyse, de différences substantielles. L'étude des différents travaux parlementaires tant en 1946 et 1958 qu'en 2003 confirme cette conviction. Dans les trois cas, le contrôle apparaît comme une conséquence du caractère unitaire de l'État et doit permettre une certaine liberté d'action des collectivités territoriales. La différence de rédaction entre le texte de 1958 et la Constitution modifiée par la loi constitutionnelle de 2003 ne relève pas du rapport entre l'État et les collectivités territoriales, mais renvoie à l'organisation interne de l'État et entend harmoniser l'organisation de ses services déconcentrés¹⁷³¹. Aussi, l'interprétation développée par le juge constitutionnel de l'ancienne disposition de la Constitution ne paraît pas altérée par la révision de 2003. Elle conserve donc tout son intérêt dans l'analyse des rapports entre les puissances d'État et territoriale. La position du juge de la rue Montpensier a évolué, se précisant progressivement au fil des années ; les modalités d'articulation entre la puissance d'État et la puissance territoriale apparaissent ainsi progressivement de façon plus nette, laissant émerger la prévalence de la première sur l'expression territoriale du pouvoir.

Le Conseil constitutionnel se prononce pour la première fois sur le contrôle administratif de légalité en 1982 ; il est alors saisi de la future loi du 2 mars 1982, l'opposition parlementaire concentrant ses griefs sur les nouvelles modalités de ce

¹⁷²⁸ V. notamment FAVOREU (L.), « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1280.

¹⁷²⁹ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 92, note n° 26. Le Doyen de Toulouse renvoie à cette occasion à une décision du Conseil d'État en date du 4 janvier 1928, *Kneipp et Hirth (Leb. p. 1)*. Pour une confirmation contemporaine de ce point, v. notamment DEBBASCH (C.), *Institutions et droit administratifs. Tome 1 Les structures administratives*, Paris, P.U.F., « Thémis », 1999, 5^e éd. (1^{ère} éd. 1976), p. 185 et BRAIBANT (G.), STIRN (B.), *Le droit administratif français, op. cit.*, p. 96.

¹⁷³⁰ Pour une critique acérée de cette modification, GAUDEMET (Y.), « Le représentant de l'État », in GAUDEMET (Y.), GOHIN (O.) (Sous la direction), *La République décentralisée, op. cit.*, pp. 87-90.

¹⁷³¹ En ce sens, v. la présentation de la disposition par Dominique PERBEN, Garde des Sceaux au Sénat, séance du 5 novembre 2002, *JORF Sénat débats*, n° 52, 6 novembre 2002, p. 3426.

contrôle. Celles-ci prévoyaient que les actes des collectivités territoriales, s'ils devaient être transmis au représentant de l'État, étaient néanmoins immédiatement exécutoires sans que leur transmission soit une condition de ce caractère. Le juge constitutionnel censure alors ce dispositif, développant un raisonnement en deux temps. Il précise tout d'abord le sens qu'il donne à l'alinéa 3 de l'article 72 (ancienne rédaction), et les implications qu'il en déduit. Il considère ainsi que la mise en œuvre de la libre administration des collectivités territoriales par le législateur doit respecter les prérogatives de l'État, dont celles figurant à l'article 72 alinéa 3. « Ces prérogatives ne peuvent être ni restreintes ni privées d'effet, même temporairement ; l'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72, alinéa 3, permette 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 »¹⁷³². Aussi, « en déclarant ces actes exécutoires de plein droit avant même leur transmission au représentant de l'État, c'est-à-dire alors qu'il n'en connaît pas la teneur et n'est donc pas en mesure de saisir la juridiction administrative d'un recours assorti d'une demande éventuelle de sursis à exécution, les articles 2 (alinéa 1^{er}), 45 et 69, paragraphe I (alinéa 1^{er}), de la loi privent l'État, fût-ce temporairement, du moyen d'exercer les prérogatives qui lui sont réservées par l'article 72 (alinéa 3) de la Constitution »¹⁷³³ ; le dispositif est dès lors censuré. Le juge constitutionnel valide toutefois la transformation de la tutelle *a priori* en une simple « faculté » de saisir le juge administratif¹⁷³⁴. Ce faisant, il accepte une conception *réduite* du contrôle de l'État sur les collectivités territoriales semblant promouvoir la continuité du système de régulation croisée¹⁷³⁵ plutôt que la rupture juridique¹⁷³⁶. La position du juge constitutionnel est pourtant critiquée par une partie de la doctrine. Louis FAVOREU estime par exemple qu'elle « est évidemment assez surprenant[e], et témoigne de ce que la grande rigueur que l'on a reprochée au Conseil constitutionnel d'observer à l'égard des grandes lois de réforme de la nouvelle majorité est pour le moins absente. Car même sans la loi, le représentant de l'État aurait pu avoir cette "faculté" ; par ailleurs, dans un État fédéral, le représentant de l'autorité centrale n'a pas moins de pouvoirs que le représentant de l'État désormais en France car il peut lui aussi déférer les actes des autorités locales aux tribunaux »¹⁷³⁷. Le point de vue de L. FAVOREU semble excessif, tant le nouveau système paraît davantage une rupture de papier qu'un bouleversement

¹⁷³² CC, déc. n° 82-137 DC, préc. Considérant n° 4.

¹⁷³³ *Ibid.*, considérant n° 6.

¹⁷³⁴ « En donnant au représentant de l'État la *faculté* de soumettre au contrôle juridictionnel tous les actes dont il s'agit, les articles 3, 46 et 69 de la loi n'ont pas restreint la portée de l'article 72 (alinéa 3) de la Constitution », *ibid.*, considérant n° 5. Nous soulignons.

¹⁷³⁵ Sur ce point, v. WORMS (J.-P.), « Le préfet et ses notables », *Sociologie du travail*, 1966, pp. 249-275 et GRÉMION (P.), *Le pouvoir périphérique*, Paris, Seuil, 1976, 477 p.

¹⁷³⁶ Serge REGOURD défend ainsi l'idée de la continuité en développant l'idée d'absence de suppression de la tutelle. V. REGOURD (S.), « La prétendue suppression de la tutelle », *RA*, 1982, pp. 613-619.

des rapports entre l'État et les collectivités territoriales. Si révolution il y a, il s'agira bien vite de l'acception copernicienne plutôt qu'insurrectionnelle, ainsi que le confirmera la jurisprudence administrative¹⁷³⁸. Le contrôle de l'État est ainsi caractérisé par deux composantes : il s'agit d'une faculté, qui doit pouvoir être mise en œuvre par le représentant de l'État.

Alors que le Conseil d'État précise tout au long des années quatre-vingts les modalités pratiques de mise en œuvre du contrôle administratif de légalité, le Conseil constitutionnel ne se prononce à nouveau sur cette question qu'en 1993 à l'occasion du contrôle de la loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction¹⁷³⁹. Les parlementaires saisissent en effet l'occasion offerte par ce texte pour mettre fin à la jurisprudence adoptée par le Conseil d'État en matière de déféré sur recours. Dans une décision de sa Section du contentieux, la Haute juridiction administrative avait considéré que la demande adressée au préfet par un administré de déférer un acte d'une collectivité territoriale, si elle est faite dans le délai du recours contentieux, a « pour effet de proroger ce délai jusqu'à l'intervention de la décision explicite ou implicite par laquelle le préfet se prononce sur ladite demande »¹⁷⁴⁰. Arguant de l'insécurité juridique que ferait naître cette décision, le législateur envisage d'y mettre un terme dans l'article 10 de la loi soumis au contrôle. Le juge constitutionnel censure cette disposition, en estimant qu'elle ne peut être regardée comme ayant un lien avec le texte du projet de loi en discussion, puisqu'elle « modifie l'équilibre général sur lequel repose le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales que le représentant de l'État *est tenu* d'assurer en vertu du troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution »¹⁷⁴¹. Le juge du Pavillon Montpensier modifie alors substantiellement sa conception du contrôle opéré par le représentant de l'État.

« Par cet *obiter dictum* le Conseil constitutionnel apporte une précision importante par rapport à la décision *Décentralisation* du 25 février 1982 dans laquelle il avait considéré que le déféré ne constituait qu'une simple *faculté* pour le préfet. Ici, prenant en considération l'évolution sensible du principe de libre administration des collectivités

¹⁷³⁷ FAVOREU (L.), « Décentralisation et Constitution », *op. cit.*, p. 1281.

¹⁷³⁸ V. *infra*.

¹⁷³⁹ Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, *JORF* « Lois et décrets », n° 34, 10 février 1994, p. 2271.

¹⁷⁴⁰ CE, Sect., 25 janvier 1991, *M. Brasseur*, *Rec.* p. 23 ; *RFDA* 1991.587, concl. STRIN ; *RFDA* 1991.594, note DOUENCE ; *AJDA* 1991.351, chron. SCHWARTZ, MAUGÜÉ ; *LPA* 28 janvier 1991.31, note DOUMBÉ-BILLÉ ; *Quotidien juridique* 16 février 1991.2, note ROUAULT ; *RDP* 1992.1149, observ. SEILLER ; *JCP* 1991.II.21654, obs. MOREAU ; *GADD* 2 éd. n° 37.

¹⁷⁴¹ CC, déc. n° 93-335 DC, 21 janvier 1994 (*Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*), *Rec.* p. 40 ; *RJC* p. I-576 ; *JORF* 26 janvier 1994, p. 1382 ; *LPA* 1994(54).15, note LAMORLETTE ; *RA* 1994.75, comm. MORAND-DEVILLER ; *RFDC* 1994.364, chron. MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; *Pouvoirs* 1994(70).205, chron. AVRIL, GICQUEL ; *LPA* 1995(39).6, chron. MATHIEU, VERPEAUX ; *RFDA* 1995.7, comm. HOCREITIÈRE ; *D.* 1995.294, somm. OLIVA. Considérant n° 21. Nous soulignons.

locales, marquée notamment par la décision du 13 janvier 1994, il considère que le contrôle administratif constitue une *obligation* pour le représentant de l'État »¹⁷⁴². Contrairement à la définition libérale et procédurale adoptée en 1982, le Conseil constitutionnel paraît privilégier une conception beaucoup plus défensive du contrôle. Il est vrai que cette décision est prise à un moment de doutes importants portant sur sa pratique née de la réforme. On constate en effet rapidement la faiblesse (quantitative) des déférés préfectoraux, laissant une place importante à la négociation entre le représentant de l'État et les édiles locaux. Cette décision peut dès lors être comprise comme un rappel de la prégnance de la puissance d'État sur la puissance territoriale, contre la tentation d'une co-administration qui paraît postuler une certaine égalité des intérêts en jeu. La décision n° 93-335 DC marque ainsi une volonté de la part du juge constitutionnel de renforcer et de densifier le contrôle exercé par le représentant de l'État. Ce rapprochement entre la position du juge constitutionnel et « le souci des autorités étatiques de renforcer le contrôle de légalité »¹⁷⁴³ transparait d'ailleurs dans certains textes réglementaires. « La circulaire du 29 juillet 1993 du ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire s'adressant aux préfets leur rappelle [ainsi] qu'"il est de leur devoir de déférer un acte dès qu'il existe un doute assez sérieux sur sa légalité, et ce, pour autant bien sûr, que la collectivité n'ait pas reconsidéré sa position" »¹⁷⁴⁴. Elle précise en outre que "ce contrôle n'a évidemment de sens que s'il est exercé sans faille et de manière systématique dès qu'est en cause le respect de la légalité" »¹⁷⁴⁵¹⁷⁴⁶.

La position à laquelle aboutit la décision n° 93-335 DC paraît toutefois abusive, en ce qu'elle atténue considérablement la marge de manœuvre du représentant de l'État, réduisant la politique du déféré à une peau de chagrin. Aussi le juge constitutionnel revient-il à une position plus nuancée, opérant la synthèse des positions adoptées en 1982 et 1994 dans la décision n° 96-373 DC. Dans le cadre du contrôle du nouveau statut de la Polynésie française, le juge constitutionnel doit vérifier la compatibilité des « arrangements administratifs » que peut signer le président du gouvernement du territoire de Polynésie avec l'article 72, alinéa 3 de la Constitution. Le juge de la rue Montpensier considère alors « qu'en subordonnant leur entrée en vigueur à leur transmission au représentant de l'État, ces dispositions assurent à ce dernier la possibilité de mettre en oeuvre sans délai les attributions qu'il doit exercer en vertu de l'article 72 de la Constitution »¹⁷⁴⁷. Cette formulation éclaire l'équilibre auquel parvient la jurisprudence constitutionnelle, conciliant la dimension libérale et la nécessité pour le représentant de l'État d'assurer ses fonctions. Il ressort en effet du considérant précité que la compétence du préfet n'est pas une compétence liée mais une compétence discrétionnaire qu'il doit

¹⁷⁴² MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Chronique sous déc. 93-335 DC », *RFDC*, 1994, p. 367. L'auteur souligne.

¹⁷⁴³ MARCEAU (A.), *Les règles et principes constitutionnels relatifs au contrôle des collectivités territoriales...*, *op. cit.*, p. 382.

¹⁷⁴⁴ Circulaire du 29 juillet 1993 du ministre de l'Intérieur, *RFDA* 1994, p. 67.

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*

¹⁷⁴⁶ MARCEAU (A.), *Les règles et principes constitutionnels relatifs au contrôle des collectivités territoriales...*, *op. cit.*, p. 382.

mettre en œuvre quand sont en jeu des intérêts de l'État, faute de quoi, dans les deux cas, il ne respecte pas les dispositions constitutionnelles.

La conception du contrôle des collectivités territoriales adoptée par le Conseil constitutionnel valide l'idée qu'il s'agit d'une composante nécessaire de l'État unitaire décentralisé ; elle offre alors une place particulière au préfet puisque c'est lui qui est chargé de l'assurer et d'enclencher le mécanisme juridictionnel afin de sanctionner une éventuelle illégalité. Même s'il ne peut plus déterminer lui-même le caractère illégal de l'acte contrôlé, le représentant de l'État conserve ainsi un pouvoir certain sur les collectivités territoriales, permettant la prévalence de la puissance d'État sur la puissance territoriale. Cette domination est par ailleurs renforcée par l'admission en sa faveur d'un pouvoir de substitution en cas de fonctionnement défaillant des institutions locales¹⁷⁴⁸, confirmant la protection du caractère unitaire de l'État¹⁷⁴⁹ et l'acceptation d'une certaine fonctionnalisation des collectivités territoriales par le juge constitutionnel. Le contrôle ne doit néanmoins pas manifestement porter atteinte à la liberté locale. Le juge constitutionnel a ainsi censuré, en soulevant d'office ce moyen, la disposition qui prévoyait la suspension automatique (pour une durée pouvant aller jusqu'à trois mois) des actes pris par les collectivités territoriales en matière d'urbanisme, de marchés et de conventions de délégation de service public, dans l'hypothèse où le préfet saisit le juge administratif d'une demande de sursis à exécution contre ces actes¹⁷⁵⁰. Le mécanisme censuré présentait le double inconvénient de substituer le préfet à la juridiction administrative pour décider de la suspension de certains actes locaux et de créer une certaine incertitude juridique quant à ces actes. Le recours, potentiellement tardif, à cette procédure par le préfet pouvait ainsi aboutir à l'interruption de leur mise en œuvre. « Ainsi, même si l'on peut comprendre la volonté du gouvernement de ne pas laisser se créer des situations illégales irréversibles, ce qui peut être parfois le cas eu égard aux délais souvent trop longs au terme desquels sont rendues les décisions de sursis à exécution, le dispositif annulé par le Conseil constitutionnel marquait en réalité un retour en force de la tutelle administrative incompatible avec l'exercice de la libre administration des

¹⁷⁴⁷ CC, déc. n° 96-373 DC, 9 avril 1996 (*Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*), *Rec.* p. 43, *RJC* p. I-660 ; *JORF*, 13 avril 1996, p. 5724 ; *RFDC* 1996.589, chron. ROUX ; *DA* 1997(4).6, chron. BRIAL ; *Cahiers du CC*, 1996(1).13 ; *D.* 1996.147, 153 & 156, somm. ROUX, RENOUX & TRÉMEAU ; *RFDC* 1996.594, chron. RENOUX ; *AJDA* 1996.371, chron. SCHRAMECK ; *RFDC* 1996.587, chron. TRÉMEAU ; *LPA* 1996(146).5, TURPIN ; *RDP* 1996.953, comm. LUCHAIRE ; *RA* 1996.313, chron. PONTIER ; *LPA* 1996(107).6, chron. MATHIEU, VERPEAUX ; *LPA* 1996(68).18, note GRUBER ; *D.* 1998.145, somm. CAR. Considérant n° 14.

¹⁷⁴⁸ CC, déc. n° 87-241 DC, 19 janvier 1988 (*Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*), *Rec.* p. 31 ; *RJC* p. I-328 ; *JORF* 21 janvier 1988, p. 1025 ; *RDP* 1989.451, chron. FAVOREU ; *AJJC* 1988.415, chron. GENEVOIS ; *LPA* 1988(133).9, note HOUTEER.

¹⁷⁴⁹ FAVOREU (L.), « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *RDP*, 1989, p. 451 et p. 480.

¹⁷⁵⁰ CC, déc. n° 92-316 DC, 20 janvier 1993 (*Délégation de services publics et marchés publics*), *Rec.* p. 14 ; *JO* 22 janvier 1993, p. 1118 ; *D.* 1994 somm. p. 285 ; *Pouvoirs* 1993(66).178, chron. AVRIL, GICQUEL ; *RFDA* 1993.902, comm. POUYAUD ; *RFDC* 1993.375 et 390, chron. FAVOREU, PHILIP, ROUX, RENOUX ; *LPA* 1993(66).4, note VERPEAUX, MATHIEU.

collectivités locales »¹⁷⁵¹. Le caractère déséquilibré du dispositif envisagé par le gouvernement est d'ailleurs d'autant plus patent que le juge constitutionnel validera le mécanisme du sursis à exécution des actes des collectivités territoriales en janvier 1995 par le juge administratif¹⁷⁵². Ce procédé est donc compatible avec la libre administration des collectivités territoriales, s'il est prononcé par un juge et ne dépend pas d'une autorité administrative. La puissance d'État ne peut dès lors pas interférer unilatéralement sur l'action de la puissance territoriale ; bien que le préfet bénéficie d'attributions privilégiées (liées à sa fonction), le juge s'impose comme le *medium* obligatoire pour sanctionner les relations entre l'État et les collectivités territoriales.

In fine, la jurisprudence constitutionnelle relative au contrôle administratif de légalité paraît aboutir à un équilibre difficile, au sein duquel la fonction de représentant de l'État est essentielle. La position du juge constitutionnel reflète bien l'enjeu né de la rencontre entre puissance d'État et puissance territoriale dans la mise en œuvre du principe de libre administration des collectivités territoriales. De ce point de vue, le juge de la rue Montpensier s'assure avant toutes choses de la préservation du caractère unitaire de l'État, seul cadre dans lequel la libre administration des collectivités territoriales peut s'exprimer. Ce cadre est par ailleurs plutôt restreint, comme le confirme l'analyse des conciliations opérées par le Conseil constitutionnel quand la libre administration des collectivités territoriales « rencontre » un autre principe de valeur constitutionnelle.

La conciliation de la libre administration avec les autres principes constitutionnellement définis est défavorable aux collectivités territoriales

Le Conseil constitutionnel est amené à manier le principe de libre administration des collectivités territoriales dans deux situations. Il doit tout d'abord bien souvent en dégager les implications positives. Nous avons vu que dans ces situations, son attitude varie sensiblement. Autant il peut se montrer protecteur en matière institutionnelle, et plus largement, dans toutes celles qui relèvent du fonctionnement politico-démocratique des organes locaux, autant il adopte une conception beaucoup plus restrictive quand entre en jeu la question des moyens de la puissance territoriale. Sa jurisprudence relative à la fiscalité locale est en cela parfaitement exemplaire de la liberté qu'il laisse au législateur au détriment des collectivités territoriales. Sa définition des incompétences négatives de celui-ci renforce l'idée que, loin d'être le défenseur d'une traduction positive de la liberté institutionnelle, le juge constitutionnel adopte une position largement favorable à la puissance d'État.

Les rapports qu'il tisse entre le principe constitutionnel de libre administration et les autres principes de même valeur confirment cette impression d'un juge « jacobin » dont la production est davantage protectrice des principes d'indivisibilité de la République et d'égalité que de la liberté locale¹⁷⁵³. Le principe de libre administration des collectivités territoriales est, le plus souvent, interprété de façon restrictive quand il est confronté à un principe de valeur identique. Il s'incline en effet dès qu'une autre liberté fondamentale est

¹⁷⁵¹ ROUX (A.), « Chronique sous CC, déc. n° 92-316 DC », *RFDC*, 1993, p. 394.

¹⁷⁵² CC, déc. n° 94-358 DC, préc. Le Conseil constitutionnel ne se saisit pas de la disposition qui organise le sursis à exécution (art. 27 de la loi) quand il procède à son contrôle.

en jeu, favorisant un principe d'« unicité des conditions d'exercice des libertés publiques »¹⁷⁵⁴. Le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé, dans la décision n° 84-185 DC, que le principe de libre administration des collectivités territoriales « 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 »¹⁷⁵⁵; il a donc censuré la disposition en cause qui subordonnait la passation de contrats d'association entre l'État et un établissement d'enseignement privé à l'accord de la commune sur laquelle se trouvait cet établissement. Cette position a, d'abord, été confirmée pour la liberté de l'enseignement dans la décision n° 93-329 DC¹⁷⁵⁶, avant d'être élargie à l'ensemble des libertés dans la décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996. À cette occasion, le juge constitutionnel censure une restriction de la compétence de l'État aux seules « garanties fondamentales des libertés publiques ». Il juge en l'espèce que « ni le principe de libre administration des collectivités territoriales ni la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'Outre-mer ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et par suite l'ensemble des garanties que celles-ci comportent, dépendent des décisions de collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République »¹⁷⁵⁷. La position du juge constitutionnel a toujours un double fondement, puisqu'elle trouve son origine dans une lecture combinée des principes d'unité de la République et d'égalité devant la loi. Tous les deux impliquent que les règles soient les mêmes sur l'ensemble du territoire, sans qu'aucune distinction puisse venir altérer cette situation. « Au total le principe de libre administration [...] fait les frais au contentieux, de l'édification d'un statut constitutionnel de l'individu comme si les

¹⁷⁵³ Michel FROMONT élargit ce constat en remarquant que même si l'autonomie des collectivités territoriales est un principe figurant dans la Constitution, « le juge [constitutionnel] ne donne pas de ce principe une interprétation très protectrice de celle-ci », FROMONT (M.), *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 1996, p. 113.

¹⁷⁵⁴ FAURE (B.), « Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration... », *op. cit.*, p. 121.

¹⁷⁵⁵ CC, déc. n° 84-185 DC, 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'Etat et les collectivités territoriales*), *Rec.* p. 36 ; *RJC* p. I-219 ; *JORF* 20 janvier 1985, p. 821 ; *RFDA* 1985.597, HENRY-MEININGER ; *RFDA* 1985.600, FAVOREU ; *RFDA* 1985.624, DELVOLVÉ ; *AJJC* 1985.416, chron. GENEVOIS ; *RDP* 1986.395, chron. FAVOREU.

¹⁷⁵⁶ « Si le principe de libre administration des collectivités locales a valeur constitutionnelle, les dispositions que le législateur édicte ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi relative à l'exercice de la liberté de l'enseignement dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire », CC, déc. n° 93-329 DC, 13 janvier 1994 (*Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*), *Rec.* p. 9 ; *RJC*, p. I-562 ; *JORF*, 15 janvier 1994, p. 829 ; *AJDA* 1994.132, note COSTA ; *LPA* 1994(96).22, note LECLERCQ ; *RDP* 1994.609, comm. LUCHAIRE ; *JCP* 1994.II.22241, note ASHWORTH ; *RFDA* 1994.209, comm. GENEVOIS ; *RFDC* 1994.325, chron. FAVOREU ; *LPA* 1994(53).19, note ASHWORTH ; *Pouvoirs* 1994(70).61, chron. AVRIL, GICQUEL ; *LPA* 1995(38).4, note VERPEAUX ; *D.* 1995.341, somm. MELIN-SOUCRAMANIEN ; *RFDA* 1996.79, note SAVOIE. Considérant n° 26.

¹⁷⁵⁷ CC, déc. n° 96-373 DC, 9 avril 1996, préc. Considérant n° 25.

collectivités, en tant que corps intermédiaires entre l'État et la société, étaient suspectées de vouloir sacrifier les libertés individuelles au développement de leur propres activités »¹⁷⁵⁸. La libre administration des collectivités territoriales a enfin été tempérée (c'est-à-dire conciliée à l'avantage du principe opposé) au profit du principe de continuité des services publics¹⁷⁵⁹ ou encore d'exigences d'intérêt général. Dans cette dernière situation, le juge constitutionnel vérifie toutefois les conditions posées par le législateur¹⁷⁶⁰.

Il apparaît ainsi que le principe de libre administration des collectivités territoriales est, non seulement entendu strictement quand le juge constitutionnel doit en apprécier la portée positive, mais également largement tempéré dès qu'il se confronte à d'autres principes de valeur constitutionnelle¹⁷⁶¹. Pour C. BACUYANNIS, « *il est [...] logique que, dans le cadre d'une conciliation, le principe de libre administration [fasse] souvent plus de concessions que le principe avec lequel il se trouverait confronté*. Le principe de libre administration s'étend à toute la vie locale, et dispose, de cette façon, d'un terrain d'application très large ; ainsi, priver les collectivités territoriales d'une ou de certaines des compétences par l'exercice desquelles se manifeste leur libre administration ne suffit pas toujours pour compromettre gravement la liberté de ces collectivités de maîtriser leur propre vie, tandis que l'exercice de ces compétences par les autorités locales pourrait compromettre gravement un autre principe constitutionnel avec lequel la "libre administration" se confronterait et dont le terrain d'application serait trop étroit pour qu'une mise en cause dépassant une certaine mesure soit facilement tolérable »¹⁷⁶². Nous partageons ce point de vue dans une certaine mesure ; il est vrai que la libre administration des collectivités territoriales est un principe large que l'on peut (sans doute) plus aisément concilier que les autres sans, ce faisant, l'altérer substantiellement. La logique de la jurisprudence constitutionnelle amène néanmoins à restreindre la portée de la conclusion de M. BACUYANNIS, en ce qu'elle se réduit trop souvent à une définition négative de la liberté d'administration¹⁷⁶³. Elle dessine en effet une puissance territoriale

¹⁷⁵⁸ FAURE (B.), « Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration... », *op. cit.*, p. 122.

¹⁷⁵⁹ « Considérant que, selon le dernier alinéa de l'article 72 précité de la Constitution, le délégué du Gouvernement, outre la charge des intérêts nationaux, a celle du contrôle administratif et du respect des lois ; qu'il appartient donc au législateur de prévoir l'intervention du délégué du Gouvernement pour pourvoir, sous le contrôle du juge, à certaines difficultés administratives résultant de l'absence de décision de la part des autorités décentralisées normalement compétentes lorsque cette absence de décision risque de compromettre le fonctionnement des services publics et l'application des lois », CC, déc. n° 82-149 DC, 28 décembre 1982 (*PLM*), *Rec.* p. 76 ; *RJC* p. I-138 ; *JORF*, 29 décembre 1982, p. 3914 ; *RDP* 1983.333, chron. FAVOREU ; *Pouvoirs* 1983(25).185, chron. AVRIL, GICQUEL.

¹⁷⁶⁰ CC, déc. n° 2000-436 DC, préc.

¹⁷⁶¹ Pour illustrer ce point, Bertrand FAURE, après avoir montré que la libre administration n'était qu'exceptionnellement reconnue comme un moyen de protection de leurs prérogatives, concède que « les collectivités s'apparentent à la situation de l'exproprié confronté à la faible probabilité d'annulation de la déclaration d'utilité publique », FAURE (B.), « Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration... », *op. cit.*, p. 127.

¹⁷⁶² BACUYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration...*, pp. 266-267, § 485. Nous soulignons.

libre institutionnellement, s'inscrivant pleinement dans l'expression démocratique du pouvoir dans l'État. Mais dans le même temps, elle refuse, par ses interprétations et conciliations de ce principe, de traduire cette liberté politique en compétence(s), ce qui revient à refuser la concrétisation (au sens de transformation en actes, d'*actualisation*) de la puissance pourtant admise. L'autonomie organique rattache ainsi les collectivités territoriales à la sphère politique cependant que la faible protection des éléments matériels de mise en œuvre de ce pouvoir maintient les collectivités territoriales dans une situation inférieure, voire subordonnée. Il y a, à cette occasion, confusion entre caractère second et caractère subordonné d'un pouvoir. La puissance territoriale est constitutionnellement seconde, elle n'est pas constitutionnellement subordonnée. De ce point de vue, le jacobinisme de la position du Conseil constitutionnel est éminemment critiquable. Il l'est d'autant plus qu'il renforce les déséquilibres du régime constitutionnaliste français. L'impossibilité pour les collectivités territoriales de saisir le juge constitutionnel pour faire respecter leurs prérogatives confirme d'ailleurs les critiques déjà émises à l'encontre de la décentralisation constitutionnelle française.

2. LA SAISINE DU JUGE CONSTITUTIONNEL PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES PARACHÈVERAIT LE PROCESSUS DE CONSTITUTIONNALISATION DE LA PUISSANCE TERRITORIALE

L'organisation verticale du pouvoir par la Constitution paraît impliquer, si l'on se réfère aux États qui ont poussé le plus loin ce type d'organisation, une place particulière à la juridiction constitutionnelle, au cœur des rapports interinstitutionnels¹⁷⁶⁴. « L'idée politique de l'État fédéral n'est [ainsi] pleinement réalisée qu'avec l'institution d'un tribunal constitutionnel »¹⁷⁶⁵, garant objectif du respect de la répartition constitutionnelle des compétences entre l'État fédéral et les composantes fédérées¹⁷⁶⁶. Déjà HAMILTON, JAY et MADISON accordaient une attention particulière au rôle du juge, voyant en lui non seulement un organe de règlement des conflits au sein de la Confédération américaine naissante mais également la garantie de l'exécution des dispositions constitutionnelles¹⁷⁶⁷. Cette fonction prend par ailleurs une ampleur encore plus marquée quand on sait que les auteurs de la Constitution attribuent à ce même juge le contrôle de la conformité

¹⁷⁶³ FAURE (B.), « Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration... », *op. cit.*, p. 122.

¹⁷⁶⁴ Sur le modèle d'ailleurs de la place réservée aux juridictions constitutionnelles dans le cadre de la séparation horizontale des pouvoirs.

¹⁷⁶⁵ KELSEN (H.), « La garantie constitutionnelle... », *op. cit.*, p. 253.

¹⁷⁶⁶ « L'idée d'État fédéral implique que la législation et l'exécution soient partagées entre la Fédération et les *Länder* et que la Fédération comme les *Länder* exercent par leurs organes propres les fonctions qui leur sont transférées », Décision 1030/1928 de la Cour constitutionnelle autrichienne, rapportée par BEAUD (O.), « Hans KELSEN, théoricien... », in HERRERA (C. M.) (Sous la direction), *Actualité de KELSEN en France*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁷⁶⁷ HAMILTON (A.), *Le Fédéraliste*, n° LXXX, 1788, reproduit in HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le Fédéraliste*, *op. cit.*, pp. 660-669, part. p. 661.

des lois à la Constitution ¹⁷⁶⁸. Les tribunaux constitutionnels des États composés occupent ainsi une fonction de régulation entre les niveaux étatique et infraétatique ¹⁷⁶⁹; celle-ci consiste à faire appliquer les dispositions constitutionnelles relatives à l'organisation verticale du pouvoir. Dans cette optique, les collectivités infraétatiques peuvent saisir directement le tribunal constitutionnel. À titre d'exemple, l'article 162 de la Constitution espagnole ouvre cette possibilité aux organes collégiaux exécutifs des communautés autonomes, et le cas échéant, à leurs assemblées. Cette saisine est le moyen de garantir l'application de la Constitution, mais surtout, elle ouvre en faveur des collectivités infraétatiques la possibilité de faire valoir leurs droits constitutionnellement reconnus. « En d'autres termes, puisqu'une exigence constitutionnelle (l'autonomie des collectivités locales) peut être menacée par des actes législatifs (ceux édictés par l'État ou les régions politiques), l'accès des collectivités locales au juge constitutionnel peut paraître justifié » ¹⁷⁷⁰. Elle favorise ainsi « l'échange interinstitutionnel » ¹⁷⁷¹, condition d'un véritable « dialogue démocratique » ¹⁷⁷², en plaçant un organe juridictionnel légitime au cœur de la résolution des conflits interinstitutionnels. L'organisation démocratique constitutionnelle paraît alors plus achevée dans ces États ¹⁷⁷³ que dans le régime français de contrôle de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel français a été créé, non comme une juridiction constitutionnelle, mais comme un « chien de garde » du gouvernement, censé protéger le nouveau domaine du pouvoir réglementaire. Dans ce cadre, les autorités de saisine ont été réduites au président de la République, au Premier ministre et au président de chacune des deux Chambres. La révision de 1974 ¹⁷⁷⁴ ouvre cependant la saisine à 60 députés et/ou 60 sénateurs, confirmant la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel, entamée trois années plus tôt avec la décision du 16 juillet 1971 ¹⁷⁷⁵. Les collectivités territoriales ne figurent donc pas parmi les autorités de saisine; elles ne peuvent pas demander la protection de leurs prérogatives constitutionnelles au juge.

¹⁷⁶⁸ HAMILTON (A.), *Le Fédéraliste*, n° LXXVIII, 1788, reproduit in *ibid.*, pp. 644-654, part. pp. 648-649.

¹⁷⁶⁹ FROMONT (M.), *La justice constitutionnelle...*, *op. cit.*, pp. 66-ss.

¹⁷⁷⁰ BON (P.), « L'accès des collectivités locales au juge constitutionnel », in *La profondeur du droit local...*, *op. cit.* p. 47.

¹⁷⁷¹ FROMONT (M.), *La justice constitutionnelle...*, *op. cit.*, pp. 74-75.

¹⁷⁷² Selon l'expression de Pierre FOUCHER dans son article « Contrôle de constitutionnalité, droits fondamentaux, démocratie : convergences, divergences, tendances », in DELPÉRÉE (F.), FOUCHER (P.), (Sous la direction), *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 51-ss.

¹⁷⁷³ Pierre BON y voit d'ailleurs une des caractéristiques du modèle européen de justice constitutionnelle, in « L'accès des collectivités locales au juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 47.

¹⁷⁷⁴ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 relative au remplacement de l'article 61 de la Constitution (Saisine du Conseil constitutionnel par un certain nombre [sic] de parlementaires), *JORF Complémentaire*, 30 octobre 1974, p. 11 035.

¹⁷⁷⁵ CC, déc. n° 71-44 DC, préc.

La protection formelle de la puissance territoriale assurée par la constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales rencontre dans l'hétéronomie de la saisine du juge constitutionnel sa limite la plus importante. Alors que la Constitution crée l'équivalent de droits subjectifs en faveur des collectivités territoriales, elles ne peuvent pas en demander la protection et le respect à la juridiction constitutionnelle. Or, Odilon BARROT ne faisait-il pas déjà remarquer, au milieu du XIX^e siècle, qu'« en politique, un droit qui n'est pas garanti est une pure abstraction »¹⁷⁷⁶ ? La constitutionnalisation du pouvoir local apparaît bien, ainsi, inachevée. Si elle implique que la puissance d'État ne dispose plus d'une puissance illimitée sur son territoire, elle ne prendrait toutefois tout son sens qu'en reconnaissant aux organes territoriaux la capacité de défendre leur pouvoir (entendu, là encore, au sens de capacité d'actualiser leur puissance). Une telle admission ne constituerait d'ailleurs en rien une atteinte au principe d'unité de l'État, puisque la puissance territoriale est une modalité d'expression du pouvoir souverain *dans* l'État (inscrite dans le régime constitutionnel de ce dernier). Cela permettrait en revanche de rééquilibrer les rapports entre puissance d'État et puissance territoriale, voire de rendre à la puissance territoriale une certaine marge de manœuvre. Cela contribuerait sans doute à modifier la fonction du juge constitutionnel, au profit d'une plus grande démocratie. La modification apportée à l'équilibre du pouvoir dans l'État ne serait finalement que la conséquence du choix réalisé en 1946 par un Constituant épris de liberté. Accepter que les collectivités territoriales puissent saisir le juge constitutionnel, c'est donner tout son sens au processus de constitutionnalisation engagé après guerre.

Deux arguments contre ce projet de réforme peuvent, si l'on adopte la perspective classique, être avancés : la représentation des collectivités territoriales par le Sénat en ferait un protecteur naturel de ces structures et leur caractère « administratif »¹⁷⁷⁷. Il est tout d'abord impossible d'invoquer la représentation des collectivités territoriales par le Sénat, pour refuser d'ouvrir la saisine du juge constitutionnel aux collectivités territoriales. Il a été vu que la représentation sénatoriale n'est en rien de type institutionnel ; la Haute assemblée ne peut donc être conçue comme un organe pouvant se substituer aux structures territoriales puisque la représentation qu'elle assure est, comme celle de l'Assemblée nationale, une représentation de la population. L'article 24 de la Constitution ne constitue donc qu'un fondement fragile à l'opposition de l'ouverture de la saisine du juge constitutionnel aux collectivités territoriales. Faire du Sénat l'incarnation de ces structures au sein de la puissance d'État contribuerait de plus à renforcer la subordination de la puissance territoriale : la saisine du juge constitutionnel serait alors cantonnée à un organe de la puissance d'État, censé l'incarner ; ce qui n'est guère satisfaisant, puisque cela reviendrait à transformer un mouvement centrifuge pluraliste en une dynamique centripète unifiante.

Il est également impossible d'opposer le caractère administratif des collectivités

¹⁷⁷⁶ BARROT (O.), *De la centralisation...*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁷⁷⁷ « Alors que la décentralisation politique implique que l'État et ses éléments composants dotés de l'autonomie politique accèdent au juge constitutionnel, la décentralisation administrative imposerait seulement que les entités administratives qui constituent l'organisation territoriale de l'État puissent accéder au juge ordinaire. Une telle approche est toutefois largement réductrice », BON (P.), « L'accès des collectivités locales au juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 46.

PARTIE II. LA MISE EN ŒUVRE DU POUVOIR LOCAL, D'UNE LIBERTÉ TOLÉRÉE À UNE RÉSERVE DE PUISSANCE, MODALITÉ SECONDE DE L'ACTION PUBLIQUE

territoriales ; la constitutionnalisation les a, volontairement, fait basculer dans la sphère de la démocratie politique. Ouvrir la saisine du juge constitutionnel permettrait de mettre fin à l'horrible confusion entre modalité seconde d'expression du pouvoir dans l'État et caractère subordonné d'un pouvoir. Le pouvoir administratif est un pouvoir second et subordonné, c'est-à-dire soumis hiérarchiquement à un pouvoir politique. La puissance territoriale est un pouvoir originaire, modalité seconde d'expression du pouvoir dans l'État, mais nullement subordonnée à la puissance d'État. Elle est dépendante de cette dernière pour sa mise en œuvre, mais jouit d'une liberté qui reste, malgré les constats précédents, réelle¹⁷⁷⁸. Admettre la saisine du juge constitutionnel par les autorités locales parachèverait ainsi l'édifice démocratique de la République en terminant l'organisation verticale du pouvoir.

Cette solution n'est pas inédite dans les États unitaires ayant procédé à la constitutionnalisation des dispositions relatives à l'autonomie locale. Si l'on excepte l'Espagne et l'Italie dont les libertés locales sont beaucoup plus importantes qu'en France, le Portugal, dont l'organisation n'est pas sans point commun avec la République française¹⁷⁷⁹, admet que les régions puissent saisir le juge constitutionnel dans le cadre du contrôle abstrait de constitutionnalité¹⁷⁸⁰. De son côté, la République camerounaise est également allée en ce sens il y a peu, en créant, *sur le modèle français*, un Conseil constitutionnel. Le Constituant lui a toutefois adjoint un certain nombre de prérogatives, afin d'en faire une véritable juridiction. Le juge constitutionnel de Yaoundé est ainsi compétent pour régler les conflits d'attribution entre les institutions de l'État, entre l'État et les régions et les régions entre elles¹⁷⁸¹. Cette innovation a été interprétée comme étant un facteur de développement de la constitutionnalisation du droit, mais également comme un éventuel risque de fédéralisation de l'État, ce qui n'est pas dans la volonté du Constituant. Il est, pour l'heure trop tôt pour apprécier la véritable portée de cette extension de la saisine par rapport au modèle copié¹⁷⁸². Il n'empêche que l'on tente, ce

¹⁷⁷⁸ Puisque la vocation générale des collectivités territoriales est consacrée dans la clause générale de compétence et dans la notion de « compétence propre » développée par le Conseil constitutionnel ; v. *supra*.

¹⁷⁷⁹ Le Portugal ne connaît pas contrairement à l'Espagne de phénomènes communautaires forts, desquels résulterait une revendication autonomiste. Au contraire, la population y est homogène et les collectivités territoriales, y compris régionales, résultent d'un processus initié par l'État. Les collectivités les plus autonomes sont, de plus, comme en France, caractérisées par une situation géographique particulière (l'insularité et l'éloignement de la métropole) ; ce qui légitime pour le juge constitutionnel les particularités dont elles bénéficient (déc. n° 42/85 du 12 mars 1985 (*Diário da República* 6 avril 1985, n° 80, p. 952), cité par MODERNE (F.), « Les régions autonomes dans la jurisprudence constitutionnelle du Portugal (Contribution à une étude du régionalisme politique en Europe occidentale) », in BON (P.) (Sous la direction), *La justice constitutionnelle au Portugal, op. cit.*, p. 328, en note).

¹⁷⁸⁰ Art. 281, 2 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976.

¹⁷⁸¹ Article 47, alinéa 1^{er} de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996.

¹⁷⁸² ATANGANA AMOUGOU (J.-L.), « La constitutionnalisation du droit en Afrique : l'exemple de la création du Conseil constitutionnel camerounais », *AJJC*, t. XIX, Paris, Economica – P.U.A.M., 2003, pp. 59-60.

faisant, de concilier l'unité de l'État et le pluralisme territorial de façon beaucoup plus prononcée (et imaginative !) qu'en France.

L'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel aux collectivités territoriales nécessite une révision de la Constitution. À cette fin, deux modalités sont principalement envisageables : rattachées à la fonction de contrôle des normes du juge constitutionnel, la première est plutôt restreinte tandis que la seconde constitue un véritable basculement de l'économie décentralisatrice républicaine¹⁷⁸³. La première voie de révision peut reposer sur la seule modification, au sein de l'article 61 de la Constitution, de la liste des autorités de saisine en y ajoutant les collectivités territoriales. Afin de ne pas surcharger la juridiction constitutionnelle, il faudrait certainement déterminer un seuil minimal de collectivités territoriales à atteindre, sur le modèle des 60 députés et/ou 60 sénateurs. Ce seuil devrait alors prendre en compte l'importance démographique des collectivités territoriales. Il apparaît *a priori* difficile de déterminer un seuil global, tant les collectivités territoriales sont hétérogènes ; une différenciation par catégorie semble s'imposer. Le seuil de saisine pourrait alors être fixé à un tiers des collectivités de la catégorie concernée. Le cas des communes prête à discussion et sans doute faudrait-il doubler le critère du nombre par celui de la démographie, sur le modèle des seuils retenus en matière de coopération intercommunale¹⁷⁸⁴, même si l'on court alors le risque de marginaliser un peu plus les très petites communes. On le voit, malgré la faible ampleur de la révision proposée, cette voie n'est pas forcément aisée, en ce qu'elle nécessite l'établissement de seuils toujours difficiles à fixer dans cette matière. Elle présente néanmoins l'intérêt de ne pas modifier les traits caractéristiques de la décentralisation française, en conservant l'égalité et l'identité juridique et politique des trois catégories de collectivités territoriales de droit commun. Une telle réforme a d'ailleurs été envisagée en Italie à la fin des années quatre-vingt-dix : une commission a étudié l'ouverture de la saisine de la Cour constitutionnelle aux communes et provinces afin qu'elles puissent recourir « contre les lois nationales et régionales qui porteraient atteinte à leur autonomie désormais clairement garantie par la Constitution », cette proposition n'étant finalement pas retenue par le Constituant italien. Si elle confirme l'idée selon laquelle la saisine du juge constitutionnel est le corollaire de la reconnaissance constitutionnelle de droits en

¹⁷⁸³ Nous n'envisagerons pas ici de réforme tenant aux trois autres fonctions du juge constitutionnel, qu'il s'agisse du contentieux de la défense de l'ordre constitutionnel, de celui de la répartition des compétences ou de la protection des droits constitutionnels. Aucune des trois n'a en effet de fondements véritables dans l'économie actuelle du régime de l'État constitutionnel français. Néanmoins, l'ouverture du prétoire constitutionnel aux individus, s'il devait être à nouveau envisagé, fournirait peut-être une troisième voie de réforme. Dans les États où il est pratiqué, il a en effet permis aux collectivités territoriales de défendre leurs prérogatives constitutionnellement définies et l'on pourrait sans difficulté imaginer que les collectivités territoriales saisissent le juge pour protéger leur liberté d'administration. C'est d'ailleurs cette voie de recours qui semble la plus conforme à la conception française de la décentralisation : la Constitution créant des droits subjectifs en faveur des populations territorialisées, il apparaîtrait logique qu'elles puissent les défendre. Pour une présentation des États où ce type de recours est possible (Allemagne et Autriche), v. BON (P.), « L'accès des collectivités locales au juge constitutionnel », *op. cit.*, pp 52-56.

¹⁷⁸⁴ On peut imaginer un seuil du type un tiers des communes représentant la moitié de la population nationale ou la moitié des communes, représentant un tiers de la population nationale. Il ne s'agit que d'exemples, car ces seuils seraient alors élevés et difficilement atteignables.

faveur des structures territoriales, cette réforme est également éclairante pour les raisons de son échec : la proposition aboutissait à ouvrir la saisine de la Cour à huit milles requérants supplémentaires ; ce qui a fait craindre un étouffement du juge¹⁷⁸⁵. Il convient donc de relativiser la première voie de révision envisagée, les mêmes causes devant certainement engendrer les mêmes conséquences. Elle n'apparaît donc guère praticable.

A contrario, une deuxième modalité peut être envisagée mais elle est beaucoup plus « révolutionnaire ». Il pourrait en effet être profité de cette révision pour procéder à une réorientation de la République française sur la voie de l'État régional, en réservant la saisine du juge constitutionnel aux seules régions, qui s'affirmeraient alors comme les interlocuteurs territoriaux principaux de l'État. Afin de compléter et de renforcer cet infléchissement, on pourrait également envisager d'élargir aux collectivités régionales le recours à la détermination matérielle des compétences dans la Constitution. Une première étape en ce sens a déjà été réalisée avec le recours à des mécanismes formels de répartition des compétences et l'admission de dispositifs de type matériel dans les statuts de la Polynésie et de la Nouvelle-Calédonie¹⁷⁸⁶ ; il ne s'agirait donc que d'une généralisation de ce procédé. Il faut toutefois admettre que cette deuxième voie conduirait certainement à une modification substantielle de l'économie décentralisatrice française, en rompant les fondements de l'identité catégorielle. C'est pourquoi la première piste semble, malgré les tempéraments mentionnés, la plus facilement empruntable pour parachever la constitutionnalisation de l'organisation verticale du pouvoir ; elle ne fait en effet que tirer jusqu'à leur terme les prémices déjà contenues dans le corpus constitutionnel. À défaut d'une telle évolution, on resterait, en France, dans ce droit constitutionnel emprunt d'illusion et de virtualité que dénonçait Bertrand FAURE¹⁷⁸⁷ à l'occasion de la révision constitutionnelle de 2003. Il faut néanmoins conclure avec Pierre BON que cette éventualité ne paraît guère envisagée pour l'instant en France, le faible nombre de saisine dans les États où ces recours se pratiquent ne devant pas, par ailleurs, inciter le législateur à se saisir de cette question¹⁷⁸⁸.

De son côté, le juge administratif a développé une protection de la libre administration contre les empiètements du pouvoir réglementaire ; si sa jurisprudence s'aligne sur celle du juge constitutionnel en termes de conciliation de ce principe avec les normes de valeur inférieure (principalement réglementaire), il a en revanche reconnu le caractère fondamental de la liberté d'administration des collectivités territoriales. Celles-ci peuvent ainsi le saisir pour défendre le fondement constitutionnel de leurs prérogatives.

B. Le juge administratif protège inégalement la puissance territoriale face au pouvoir réglementaire

¹⁷⁸⁵ Pour une présentation de cette réforme, v. BON (P.), « L'accès des collectivités locales au juge constitutionnel », *op. cit.*, pp. 51-52.

¹⁷⁸⁶ V. *supra*.

¹⁷⁸⁷ FAURE (B.), « Réforme constitutionnelle et décentralisation... », *op. cit.*

¹⁷⁸⁸ BON (P.), « L'accès des collectivités locales au juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 61.

La liberté d'administration des collectivités territoriales qui transparaît de la jurisprudence administrative est pour le moins ambivalente. Le juge administratif assure une protection réelle du fonctionnement autonome des organes locaux tandis qu'il tempère les implications de la liberté territoriale dès qu'elle entre en contradiction avec des impératifs étatiques. Il adopte ainsi une conception stricte de la libre administration des collectivités territoriales face aux prérogatives de l'État. Ce point trouve une illustration topique à deux occasions : le contrôle de légalité et l'intégration forcée des communes dans les établissements publics de coopération intercommunale. À chaque fois, adoptant une perspective téléologique, le dessein de l'État l'emporte sur la liberté locale **(1.)**.

Pourtant, le juge administratif a admis que la liberté d'administration constituait une liberté fondamentale. Il paraît alors adopter une conception plus solide de cette notion dans la défense par les collectivités territoriales de leurs prérogatives contre les autres structures territoriales **(2.)**.

1. LE JUGE ADMINISTRATIF ADOPTE UNE CONCEPTION STRICTE DE LA LIBRE ADMINISTRATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES FACE AUX PRÉROGATIVES DE L'ÉTAT

La position du Conseil d'État à l'égard de la liberté locale est assez symétrique à celle du Conseil constitutionnel. Deux exemples illustrent parfaitement ce fait. Le juge du Palais-Royal a ainsi organisé le contrôle administratif de légalité de telle sorte que la juridictionnalisation envisagée en 1982 a fait long feu. Ce faisant, il a contribué à perpétuer le mécanisme de régulation croisée, réifiant la domination de la puissance d'État sur la puissance territoriale **(a.)**.

Dans un second temps, il fait largement primer les intérêts étatiques sur la liberté locale, en allant parfois à l'encontre de la hiérarchie des normes. La liberté d'administration des collectivités territoriales apparaît là encore comme un principe théorique dont il éprouve beaucoup de difficultés à déduire des implications pratiques **(b.)**.

Le contrôle administratif de légalité dans la jurisprudence administrative : la consécration de la phase administrative au détriment de la juridictionnalisation du contrôle

La loi du 2 mars 1982, complétée par celle du 22 juillet 1982¹⁷⁸⁹, organise le passage de la tutelle administrative *a priori* au contrôle administratif de légalité *a posteriori* dans le cadre duquel le représentant de l'État dans le département doit, s'il constate l'illégalité d'un acte d'une collectivité territoriale, saisir le juge administratif compétent afin qu'il l'annule¹⁷⁹⁰. Le préfet ne peut donc plus ni contrôler l'opportunité des décisions locales, ni les censurer unilatéralement ; le dispositif imaginé en 1982 paraît ainsi promouvoir une juridictionnalisation du contrôle. La pratique a toutefois apporté un

¹⁷⁸⁹ Loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 modifiant et complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et précisant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales, *JORF « Lois et décrets »*, 23 juillet 1982, p. 2347.

¹⁷⁹⁰ Nous ne traiterons pas ici de la tutelle et du dispositif en vigueur avant 1982. Sur ce point, v. REGOURD (S.), *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de droit public », t. 142, 1982 (Préface de J.-A. MAZÈRES), 539 p.

cinglant démenti à cette conception *a priori*, en favorisant la phase administrative de négociation entre l'autorité locale et le représentant de l'État au détriment de la régulation juridictionnelle des différends.

Contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, le juge administratif est l'un des acteurs les plus dynamiques à son propre dessaisissement, en ce qu'il favorise la prise en compte de la dimension « politique » du contrôle administratif. Si la jurisprudence a connu des hésitations au cours des premières années d'application, sa tendance générale apparaît rapidement : elle favorise alors le développement et l'organisation juridique de la phase administrative du contrôle, pourtant non prévue par la loi. « Hormis l'obligation – juridiquement non sanctionnée ¹⁷⁹¹ – d'information, la loi n'organise [en effet] nullement une phase administrative du contrôle de légalité. Sans doute n'est-elle pas exclue de l'intention du législateur, mais elle n'est ni reconnue ni aménagée par la loi du 22 juillet 1982 (ni par aucun texte ultérieur), alors qu'il eût été parfaitement aisé de prévoir une autre rédaction » ¹⁷⁹². Le Conseil d'État favorise ainsi le dialogue entre le représentant de l'État et les autorités territoriales ; non seulement il autorise le préfet à former un recours gracieux auprès des autorités locales ¹⁷⁹³, mais il assimile également les observations sur la légalité faite par le représentant de l'État aux autorités locales à ce type de recours ¹⁷⁹⁴ ; dans les deux cas, cela a pour effet de proroger le délai du déféré. La Haute juridiction administrative accorde également un délai supplémentaire au préfet pour obtenir les documents nécessaires à son contrôle ¹⁷⁹⁵. Dans le même sens, le juge administratif laisse une très grande liberté au préfet. Le représentant de l'État est ainsi libre de retirer son recours, le juge administratif refusant de connaître des raisons de ce désistement ¹⁷⁹⁶. Le fait que le déféré résulte de la demande d'un administré n'a aucune incidence sur la liberté préfectorale ¹⁷⁹⁷, le retrait en cours d'instance n'ayant pas pour effet de proroger au bénéfice du tiers lésé le délai de recours contentieux dont il dispose ¹⁷⁹⁸. Le juge administratif apparaît ainsi extrêmement sensible à la fonction politique du représentant de l'État ; de ce point de vue, « le contrôle de légalité est [bien] un des instruments de la politique du représentant de l'État dans le département » ¹⁷⁹⁹. La circulaire du 17 janvier 2006 conforte d'ailleurs l'analyse en ce sens, puisque le ministre

¹⁷⁹¹ CE, 24 avril 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, T. p. 522 ; RFDA 1985.527, concl. LATOURNERIE ; AJDA 1985.378, note MOREAU.

¹⁷⁹² HÉLIN (J.-C.), « La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit », RFDA, 1987, p. 768.

¹⁷⁹³ CE, 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, Leb. p. 433 ; AJDA 1997.185, concl. MAUGÜÉ ; DA 1997, comm. n° 27, note C. M.

¹⁷⁹⁴ CE, 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, Leb. p. 658 ; RFDA 1987.206, concl. ROUX.

¹⁷⁹⁵ CE, Sect., 13 janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, Leb. p. 7, concl. ROUX ; AJDA 1988.142, chron. AZIBERT, BOISDEFFRE ;

¹⁷⁹⁶ CE, 16 juin 1989, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Belcodène*, Leb. p. 855 ; RFDA 1989.941, note F. M.

¹⁷⁹⁷ CE, Sect., 25 avril 1991, M. BRASSEUR, préc.

de l'Intérieur demande, à cette occasion, aux préfets d'établir une « stratégie locale de contrôle », qui prend « la forme d'un programme annuel de contrôle établissant des critères de priorité et déterminant les catégories d'actes les plus sensibles faisant l'objet d'un contrôle plus approfondi »¹⁸⁰⁰. Le ministre mentionne alors aux préfets la possibilité qui leur est ouverte de se faire communiquer tout document, y compris les actes non transmissibles, afin d'étayer leur contrôle, révélant que l'État a pris toute la mesure de la marge de manœuvre admise en sa faveur ; le contrôle répond ainsi à une orientation politique (la garantie de l'ordre public¹⁸⁰¹) et perd de son caractère objectif.

Le maintien de la faute lourde pour engager la responsabilité de l'État en cas de dysfonctionnement du contrôle de légalité confirme la volonté du Conseil d'État de protéger la phase de négociation. Alors que la Cour administrative d'appel de Marseille avait estimé que, bien que l'abstention du représentant de l'État « ne saurait, en elle-même, engagé la responsabilité de l'État [...], l'abstention prolongée du préfet de ne pas déférer au Tribunal administratif des décisions importantes et aux illégalités aisément décelables [constitue] une faute de nature à engager la responsabilité de l'État »¹⁸⁰², le Conseil d'État¹⁸⁰³ considère quant à lui que l'abstention du préfet n'est fautive que « lorsque l'acte est ostensiblement illégal, le représentant de l'État doit [alors] le déférer sous peine de commettre une faute lourde engageant la responsabilité de l'État car, dans cette hypothèse, des intérêts généraux substantiels doivent être préservés »¹⁸⁰⁴. Alors que l'exigence d'une faute simple aurait abouti à lier la compétence du préfet, le maintien de la faute lourde a pour conséquence de préserver sa liberté d'action, en lui laissant « "le

¹⁷⁹⁸ Position affirmée d'abord par la Cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris, 10 mars 1998, *Département de Seine-et-Marne*, T. p. 761 ; D. 1998.Jurisp.629, note SEILLER ; AJDA 1998.1025, note HAÏM) ; puis confirmée par le Conseil d'État (CE, 6 décembre 1999, *Société Aubettes SA*, Leb. p. 412 ; CJEG 2000.158, concl. SAVOIE ; RFDA 2000.1242, note SEILLER).

¹⁷⁹⁹ LÉVY (M.), « Le désistement du commissaire de la République », AJDA, 1985, p. 140.

¹⁸⁰⁰ Circulaire du 17 janvier 2006 relative au contrôle de légalité, NOR MCTB0600004C. Disponible sur le site de la DGCL. Les trois thèmes retenus sont l'intercommunalité, la commande publique et l'urbanisme.

¹⁸⁰¹ OLLIVIER (M.), *Condition et compétences préfectorales. Permanence et évolutions*, Thèse, Lyon II, 2005 (dactylo), pp. 450-451.

¹⁸⁰² CAA Marseille, 21 janvier 1999, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Florent et autres*, Leb. p. ; AJDA 1999.224, chron. L.B. ; Gaz. Communes 10 mai 1999, note ROLL, BRECQ.

¹⁸⁰³ CE, 6 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Florent et autres*, Leb. p. 395 ; DA 2000, comm. n° 243 ; AJDA 2001.201, note CLIQUENNOIS ; RFDA 2001.152, note BON ; JCP éd. Générale 2001.II.10516, note ROUAULT ; RDP 2000.1257, concl. TOUVET. Cet arrêt avait été précédé de quelques mois d'une autre décision dans laquelle le Conseil d'État avait également estimé qu'une « faute lourde, [est] seule de nature à engager [...] la responsabilité de l'État envers la commune », CE, 21 juin 2000, *Ministre de l'Équipement, des transports et du logement c/ Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, Rec. p. 236 ; RFDA 2000.1096, note BON.

¹⁸⁰⁴ LACHAUME (J.-F.), « Contrôle administratif de légalité. Objets et effets », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, fasc. n° 912, 2004 (Refondu par E. AUBIN), p. 16, § 67.

choix des armes" dans le contrôle administratif de légalité qui implique l'existence d'un pouvoir d'appréciation justifié par la nécessité d'éviter que ce contrôle dégénère "en un contrôle tatillon, paralysant et inutile"¹⁸⁰⁵ »¹⁸⁰⁶. Cette position consacre ainsi la particularité et la difficulté du déféré¹⁸⁰⁷, mission d'arbitrage entre les différents intérêts général et local, dans le cadre de laquelle l'application orthodoxe de la légalité ne constitue pas, ainsi que le constate la doctrine¹⁸⁰⁸, une fin en soi. La position du juge administratif aboutit ainsi à mettre en évidence la fonction politique de régulation du représentant de l'État au détriment de la régulation juridique assurée par les juridictions administratives.

La phase administrative apparaît en effet survalorisée tandis que la régulation juridictionnelle n'a, quant à elle, lieu qu'à la marge ; elle est opérée principalement par défaut, par la négative comme une menace ultime faite à l'autorité locale récalcitrante. « On peut [ainsi] affirmer que la pratique du contrôle administratif de légalité met en évidence une déjuridictionnalisation substantielle de ce contrôle qui a pour effet d'écartier le juge du débat »¹⁸⁰⁹. Alors que la régulation juridictionnelle est extrêmement développée dans les États composés (notamment mais non exclusivement dans son pan constitutionnel), la tentative de greffe de ce modèle a été rejetée par le système territorial français, au profit d'une version actualisée, ou mise à jour si l'on reprend le vocabulaire de l'ère numérique, du modèle de régulation croisée. De ce point de vue, l'alignement du régime du déféré sur celui du recours pour excès de pouvoir¹⁸¹⁰ montre bien la tendance générale à l'unification du régime des recours juridictionnels et, partant, la diminution de la spécificité contentieuse du représentant de l'État malgré non seulement les différences procédurales¹⁸¹¹, mais également (si ce n'est principalement) son fondement constitutionnel¹⁸¹². La véritable spécificité de l'intervention préfectorale réside alors dans sa faculté de négocier avec les autorités locales avant d'engager une action contentieuse.

La conception adoptée par le juge administratif renvoie ainsi parfaitement à

¹⁸⁰⁵ J.-C. DOUENCE, *Collectivités locales [contrôle de légalité des actes]*, n° 160.

¹⁸⁰⁶ LACHAUME (J.-F.), « Contrôle administratif de légalité. Objets et effets », *op. cit.*, p. 16, § 67. L'auteur souligne.

¹⁸⁰⁷ Selon les termes employés par Laurent TOUVET dans ses conclusions sur CE, 6 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Florent et autres*, in *RDP* 2000, p. 1263.

¹⁸⁰⁸ « L'illégalité d'un acte ne constitue pas, pour le représentant de l'État, le critère impératif de déclenchement du contrôle », ROUYÈRE (A.), « Le droit public transformé par la décentralisation ? », in *Gestion et droit des collectivités locales. Nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982*, Actes du colloque de Bordeaux, 19 et 20 septembre 2002, *Gaz. Communes*, cahier détaché, 5 mai 2003, p. 242. Dans le même sens, TOUVET (L.), « Conclusion sur CE, 6 octobre 2001... », *op. cit.*, p. 1264.

¹⁸⁰⁹ LACHAUME (J.-F.), « Contrôle administratif de légalité. Introduction générale et personnes morales concernées », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, fasc. n° 910, 2004 (Refondu par E. AUBIN), p. 7, § 22.

¹⁸¹⁰ CE, 27 février 1987, *Commune Grand-Bourg de Marie Galante c/ PISTOL* (*Leb.* p. 80 ; *RFDA* 1987.212, concl. STIRN ; *RFDA* 1987.777, note DOUENCE ; *AJDA* 1987.418, note PRÉTOT) et CE Sect., 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie* (*Leb.* p. 30 ; *AJDA* 1991.693, chron. MAUGÜÉ, SCHWARTZ).

l'articulation verticale du pouvoir, propre à un État unitaire. Alors qu'une régulation de type juridictionnel peut être interprétée comme la rencontre entre deux pouvoirs de force équivalente (puisque seul un organe – tiers peut arbitrer et trancher le différend qui les oppose), la primauté de la « régulation administrative »¹⁸¹³ dans le dispositif de contrôle des actes des collectivités territoriales témoigne au contraire de la confrontation de deux pouvoirs de force inégale, la puissance d'État dominant les intérêts territoriaux. De ce point de vue, l'absence de tout mécanisme de défense de la légalité de leurs actes par les collectivités territoriales dans la procédure de déféré illustre bien le déséquilibre (favorable à l'État) au cœur même du mécanisme de contrôle. Ce constat *a priori* peut toutefois être sensiblement tempéré par un constat empirique : certaines illégalités minimales sont tolérées. Aussi, la substitution de considérations strictement juridiques au contrôle d'opportunité peut-elle jouer en faveur des collectivités territoriales, puisque la question qui se pose désormais au représentant de l'État, face à une illégalité minimale, est désormais « est-il opportun de déférer ? ». Ce dernier point ne joue toutefois qu'à la marge puisque dans ce cas de figure, le préfet engagera certainement une négociation directement avec l'autorité locale afin qu'elle mette fin à l'illégalité. Le représentant de l'État reste dès lors en position de force face aux collectivités territoriales.

On ne peut, en concluant ce point, que constater la consécration du caractère second du pouvoir des collectivités territoriales (et partant leur précarité) dans la jurisprudence administrative. Même si la situation s'est améliorée avec la suppression de la tutelle *a priori*, l'importance réservée, par le juge lui-même, à la phase administrative illustre sa volonté de maintenir une certaine continuité dans la mise en œuvre du contrôle des

¹⁸¹¹ Le déféré préfectoral conserve toujours, malgré cette tendance jurisprudentielle, des caractéristiques propres : le déféré n'est pas soumis à la procédure du contradictoire ; le préfet peut former un déféré à l'encontre d'un contrat ; il existe dans le cadre du déféré un régime particulier de suspension automatique applicable aux actes pris en matière d'urbanisme, de marchés et de conventions de délégation de service public (art. L. 554-2 CJA) ; enfin, le déféré vise à protéger « le » droit et non « les » droits du requérant. Sur l'ensemble de ces points, v. LACHAUME (J.-F.), « Contrôle administratif de légalité. Introduction générale et personnes morales concernées », *op. cit.*, p. 6, § 19.

¹⁸¹² Le Conseil d'État considère ainsi « qu'en prévoyant à l'article 3 de la loi [...] du 2 mars 1982 modifiée par la loi du 22 juillet 1982 que le représentant de l'État dans le département défère au Tribunal administratif les actes mentionnés à l'article 2-II de ladite loi qu'il estime contraires à la légalité, le législateur n'a pas entendu limiter la faculté qu'a le préfet, investi dans le département, en vertu du troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution de la "charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois", de former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de tous les actes des collectivités territoriales », CE Sect., 28 février 1997, *Commune du Port*, *Leb.* p. 61 ; *RFDA* 1997.1190, concl. STAHL ; *RFDA* 1997.1198, note DOUENCE ; *AJDA* 1997.476, chron. CHAUVAUX, GIRARDOT ; *JCP* 1997.II.22897, note DUPONT-MARILLA ; *D.* 1998.409, chron. MARCEAU, VERPEAUX ; *DA* 1997, n° 197 ; *GADD* 2^e éd., n° 36. F.-B. BÉNOIT a, *a contrario*, essayé de démontrer que cette décision maintenait la distinction entre déféré préfectoral et recours pour excès de pouvoir (*Répertoire Dalloz des collectivités locales*, fasc. n° 4573, 2000, § 19-27). La position adoptée par cet éminent auteur ne résiste cependant pas à l'analyse, en ce qu'elle propose une interprétation de l'article 72, al. 3 de la Constitution en contradiction avec la jurisprudence constitutionnelle. Sur ce point, VERPEAUX (M.), « Constitution, déféré préfectoral et recours pour excès de pouvoir ou *Commune du Port*, encore... », in *Les collectivités locales. Mélanges Jacques MOREAU*, *op. cit.*, pp. 467-480.

¹⁸¹³ HÉLIN (J.-C.), « La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit », *op. cit.*

collectivités territoriales par l'État alors qu'il aurait pu saisir l'occasion de la suppression de la tutelle pour s'affirmer comme un véritable organe de régulation. Cette impression de fragilité des collectivités territoriales dans la jurisprudence administrative est confortée si l'on envisage l'exemple de l'intégration forcée des communes dans les établissements publics de coopération intercommunale. À cette occasion également, l'intérêt de l'État prime allègrement sur la liberté locale.

L'intégration forcée des communes dans les établissements publics de coopération intercommunale confirme la prévalence des desseins étatiques sur la liberté locale

Le Conseil d'État a fait sienne la position jurisprudentielle du Conseil constitutionnel en matière de conciliation de la libre administration avec d'autres principes de valeur constitutionnelle. Pour lui également, dans le cadre de l'exercice des libertés publiques, le principe d'égalité prévaut systématiquement sur celui de libre administration des collectivités territoriales, y compris pour les territoires d'outre-mer dotés d'une organisation particulière¹⁸¹⁴. La Haute juridiction administrative applique ainsi, strictement, les principes dégagés dans la jurisprudence constitutionnelle. Il n'y a de ce point de vue aucun apport nouveau par rapport à la position du Conseil constitutionnel : la libre administration des collectivités territoriales cède devant l'unité et l'indivisibilité de l'État. Il est en revanche une conciliation plus surprenante, puisque le principe constitutionnel de libre administration s'incline régulièrement face à la compétence du représentant de l'État dans le département, pourtant définie par des normes de rang inférieur à la Constitution. Le Conseil d'État a ainsi estimé que forcer une commune à intégrer un établissement public de coopération intercommunale ne portait pas atteinte à sa liberté d'administration.

Dans une décision en date du 2 octobre 1996, la Haute juridiction administrative confirme le jugement du Tribunal administratif de Poitiers, rejetant le recours intenté devant lui par trois communes contre deux arrêtés préfectoraux, l'un définissant la liste des communes concernées par la création de la communauté de communes de Jarnac et l'autre créant cet établissement public de coopération intercommunale. Le raisonnement du Conseil d'État repose sur trois séries de considérations. Dans un premier temps, il estime que les arrêtés ont pu passer outre l'opposition manifestée par certaines communes à la création d'une structure intercommunale. Il s'appuie pour cela sur le dispositif légal alors en vigueur : il appartenait bien au préfet, au terme d'une procédure dont il a vérifié la validité, de déterminer la liste des communes concernées¹⁸¹⁵ ; le droit d'opposition à leur adhésion par les communes ne peut en effet jouer que dans le cas très précis de la création d'un établissement public de coopération intercommunale dans le cadre de la mise en œuvre d'un schéma départemental de coopération intercommunale. Ce qui n'est pas le cas, en l'espèce. Dans un second temps, le juge ne retient pas l'erreur manifeste d'appréciation du préfet au regard des objectifs fixés par la loi. La Haute

¹⁸¹⁴ CE, Ass., 29 avril 1994, *Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, *Leb.* p. 205 ; *AJDA* 1994.499, chron. MAUGÜÉ, TOUVET ; *RFDA* 1994.947, concl. DENIS-LINTON.

¹⁸¹⁵ Art. L. 167-1 du Code des communes. Sur le renforcement souhaité du rôle du préfet, v. JÉRÔME (B.), « Le gouvernement veut freiner les dérives de l'intercommunalité », *Le Monde*, 8 octobre 2005, p. 13.

juridiction écarte enfin le moyen tiré de la violation du principe de libre administration des collectivités territoriales, en jugeant que « les communes requérantes ne peuvent utilement se prévaloir de l'article 72 de la Constitution à l'appui de leurs conclusions dirigées contre l'arrêté litigieux, intervenu conformément aux dispositions de la loi du 6 février 1992. Les moyens tirés de ce que l'arrêté du 15 juillet 1993 méconnaîtrait les dispositions de l'article 66 de la loi du 6 février 1992, qui dispose que "le progrès de la coopération intercommunale se fonde sur la libre volonté des communes d'élaborer des projets communs de développement au sein de périmètres de solidarité" et de ce que cet arrêté violerait la règle interdisant l'exercice d'une tutelle d'une collectivité locale sur une autre fixée à l'article 2 de la loi du 7 janvier 1983 ne peuvent [de plus] qu'être écartés dès lors que l'arrêté attaqué est légalement intervenu en application de l'article L. 167-1 du *Code des communes* »¹⁸¹⁶. La Haute juridiction oppose donc l'écran législatif au troisième moyen soulevé devant elle, ainsi que l'y incitait son commissaire du gouvernement¹⁸¹⁷.

Le recours à cette technique jurisprudentielle se fonde sur la présomption de légalité de la procédure de création de la communauté de communes, qui n'est pourtant pas forcément évidente. Deux éléments peuvent en effet lui être opposés. D'une manière générale, le recours à l'écran législatif pour écarter l'application de l'article 72 de la Constitution apparaît en l'espèce discutable, car si la loi fonde la compétence du préfet, elle lui ouvre une compétence générale pour mener à bien la politique de développement de l'intercommunalité. Or, dans ce cas, l'écran législatif, devenu « écran transparent », ne devrait pas jouer, faute d'une disposition de fond suffisamment précise¹⁸¹⁸. Cette dernière théorie « s'applique [en effet] à une loi qui tout en renvoyant à l'autorité réglementaire le soin de définir certaines règles, ne contient en elle-même aucune règle de *fond* de nature à faire obstacle à ce que soient critiquées les dispositions réglementaires adoptées au regard des règles de fond de niveau supra-législatif, qu'elles soient constitutionnelles ou internationales »¹⁸¹⁹. Or, tel est bien le cas de la définition de la compétence du préfet par la loi, qui ne procède pas alors à une définition substantielle de ses marges d'action. On ne peut ainsi pas intercaler la loi entre l'acte administratif contesté et la disposition constitutionnelle invoquée. Le juge administratif aurait donc du

¹⁸¹⁶ CE, 2 octobre 1996, *Communes de Bourg-Charente, de Mainxe et de Gondeville*, *Leb.* p. 361 ; *AJDA* 1996.1022, concl. TOUVET ; *RFDA* 1997.1209, note CAMMARATA, GAÏA ; *D.A.* 1996, n° 516 ; *Quot. Jur.* 1997, n° 10 ; *ACL* 1997, n° 19 ; *GADD* 2^e éd., comm. n° 28.

¹⁸¹⁷ « Vous ne pouvez pas apprécier la conformité de l'article L. 167-1 du code des communes ou de la loi de 1983 au regard de l'article 72 de la Constitution », TOUVET (L.), « Conclusions sur CE, 2 octobre 1996, *Communes de Bourg-Charente, de Mainxe et de Gondeville* », *AJDA*, 1996, p. 1024.

¹⁸¹⁸ « Pour savoir si une loi constitue une loi-écran [...], il faut se préoccuper non seulement de sa nature (loi fixant des règles de fond ou loi portant délégation de compétence) mais aussi de son objet ; et donc considérer cette loi dans son articulation ou sur son fondement, mais aussi dans son rapport avec le [texte supra-législatif] dont la violation est invoquée », AZIBERT (M.), BOISDEFRE (M. de), « Chronique sous CE, 19 novembre 1986, *Société Smanor* », *AJDA*, 1986, p. 684.

¹⁸¹⁹ ABRAHAM (R.), « Conclusions sur CE, 17 mai 1991, *QUINTIN* », *RDP*, 1991, p. 1431.

se saisir de l'article 72 de la Constitution, et vérifier la compatibilité des arrêtés préfectoraux avec cette disposition.

Un autre argument vient s'opposer à la position du juge administratif, même si l'on ne s'accorde pas avec l'application de la théorie de « l'écran transparent ». Celui-là assimile en effet les deux premières opérations de la procédure de création des établissements publics de coopération intercommunale ; ce qui s'avère en fait éminemment contestable. Dans leur note de jurisprudence, MM. CAMMARATA et GAÏA s'opposent d'ailleurs à cette assimilation ; ils estiment ainsi que le préfet et le commissaire du gouvernement commettent une erreur en ne distinguant pas l'initiative de la création de la structure intercommunale par les communes, la détermination du périmètre après consultation des communes intéressées, puis la création proprement dite de la structure intercommunale. Les autorités administrative et juridictionnelle assimilent en effet les phases de détermination du périmètre et de création de la structure, ce qui les conduit à interpréter la notion de communes intéressées de façon extensive comme recouvrant l'ensemble des communes consultées (et ce, indépendamment du résultat de la consultation). La lecture proposée en doctrine présente le mérite, semble-t-il, de rendre son intérêt à la consultation des communes. Si le préfet est libre d'intégrer toutes les communes intéressées, sans considération pour le résultat de la consultation, on peut en effet s'interroger sur l'intérêt de cette phase de la procédure. D'autant plus que prévoir la consultation des organes communaux permet de répondre à une exigence née de la dimension organique de la libre administration des collectivités territoriales ; elle ouvre ainsi la possibilité pour les collectivités concernées de défendre les implications fonctionnelles de leur liberté. L'opposition de l'écran de la loi « parvient [en effet *a contrario*] à ce résultat paradoxal que le titulaire d'une liberté ne saurait efficacement s'en prévaloir devant le juge auquel il a accès – le juge administratif à défaut du juge constitutionnel »¹⁸²⁰. En l'espèce, la procédure paraît bien illégale ; l'argument de la libre administration « loin d'être inopérant, devait être reconnu comme parfaitement opérant – et sans doute était-il au-delà incontestablement fondé »¹⁸²¹.

Tel ne fut pas néanmoins la position du juge administratif. Il maintient d'ailleurs sa jurisprudence intacte depuis, en jugeant que l'intégration forcée d'une commune n'est pas contraire au principe de libre administration des collectivités territoriales. Cette tendance jurisprudentielle a été confirmée par la lettre de la loi du 12 juillet 1999¹⁸²², qui renforce les pouvoirs du préfet dans la création et l'extension des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre. Aux termes de l'article L. 5211-1, II du *Code général des collectivités territoriales*, « la création de l'établissement public de coopération intercommunale peut être décidée par arrêté du ou des représentants de l'État dans le ou les départements concernés après accord des conseils municipaux des

¹⁸²⁰ FAURE (B.), « L'hypothèse des bases constitutionnelles... », *op. cit.*, p. 161.

¹⁸²¹ CAMMARATA (C.), GAÏA (P.), « Note sous CE, 2 octobre 1996, *Communes de Bourg-Charente, de Mainxe et de Gondeville* », *RFDA*, 1997, p. 1213.

¹⁸²² Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, *JORF*, 13 juillet 1999, p. 10361.

communes intéressées par l'arrêté dressant la liste des communes. Cet accord doit être exprimé par deux tiers au moins des conseils municipaux des communes intéressées représentant plus de la moitié de la population totale de celles-ci, ou par la moitié au moins des conseils municipaux des communes représentant les deux tiers de la population ». L'intégration d'une commune récalcitrante est ainsi validée par le législateur¹⁸²³, sans que le juge constitutionnel ait été saisi. Un tel exemple illustre le déséquilibre de la constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales. Face au consensus (mou) politique, qui voit dans la coopération intercommunale une manière de résoudre le problème de l'émiettement communal, les collectivités territoriales ne disposent d'aucun moyen pour faire valoir leurs droits.

La doctrine s'est d'ailleurs interrogée sur les conséquences de ce texte sur le principe de libre administration des collectivités territoriales¹⁸²⁴. Ainsi que le relève M^{me} MONTAIN-DOMENACH, le Conseil constitutionnel n'ayant pas été saisi, il revient au Conseil d'État de trancher les futurs litiges ; ce qui est loin d'être satisfaisant. « Confronté au pouvoir discrétionnaire du représentant de l'État, le juge ne peut mettre en œuvre qu'un contrôle minimum, et laisser dans l'incertitude la portée du principe de "libre administration", en application de la théorie dite de la "loi écran" »¹⁸²⁵. Si le dispositif institué par la loi Chevènement est « légal », sa constitutionnalité reste néanmoins sujette à débats (au moins en doctrine). D'ailleurs, le Conseil d'État a fait un pas en ce sens en jugeant que l'intégration forcée d'une commune à une communauté d'agglomération *pouvait* porter atteinte à sa liberté d'administration¹⁸²⁶. Il ne faut cependant pas trop élargir la portée de cette décision, prise par le juge des référés. Elle demande à être confirmée par le juge du fond, ce qui, à notre connaissance, n'est pas encore arrivé. D'autant plus que l'interprétation étroite du principe de libre administration des collectivités territoriales face à l'État a été confirmée par l'application stricte du « droit de sortie » d'un établissement public de coopération intercommunale pour en intégrer un autre à fiscalité propre reconnu aux communes¹⁸²⁷. Les premières décisions du Conseil d'État sont jusqu'à présent toujours défavorables à la commune qui argue de sa liberté d'administration, contre le changement forcé d'établissement public de coopération intercommunale¹⁸²⁸. Les impératifs de la gestion de son territoire par l'État¹⁸²⁹ l'emportent alors sur la faculté autonome admise en faveur des collectivités territoriales

¹⁸²³ Pour une application jurisprudentielle de ce texte, CAA Bordeaux, 31 juillet 2003, *Communauté de communes Plaine de Courance*, req. n° 02BX00159 ; *AJDA* 2003.2093, note DEGOTTE.

¹⁸²⁴ Outre l'article de J. MONTAIN-DOMENACH (v. note suivante), on peut citer celui de Jean-Louis PERU, « La loi Chevènement méconnaît-elle le principe de libre administration des collectivités territoriales ? », *Gaz. Communes*, 3 juillet 2000, n° 1557, pp. 48-54.

¹⁸²⁵ MONTAIN-DOMENACH (J.), « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, 2002, p. 120.

¹⁸²⁶ CE ord. réf., 24 janvier 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer*, T. p. 873 ; *LPA* 14 mars 2002, p. 17, observ. KATTINEH.

¹⁸²⁷ Celle-ci a été admise temporairement par l'article 173-1 de la loi du 13 août 2004, codifié à l'article L. 5216-7-2 (CGCT).

de la République ¹⁸³⁰, puisque « le Conseil d'État admet, dans la limite d'une ordonnance de référé, que, s'agissant de cette procédure particulière [de sortie d'un établissement public de coopération intercommunale], le représentant de l'État dans le département est mieux à même que les autorités municipales d'apprécier l'intérêt communal » ¹⁸³¹. La fonctionnalisation du cadre territorial prime sur la volonté du « peuple » local, conformément en cela à la primauté de l'intérêt général national sur les intérêts particuliers. L'impossibilité d'arguer et de défendre un droit constitutionnellement reconnu contre un acte réglementaire ne laisse néanmoins pas de surprendre l'analyste, l'écran législatif révélant alors rapidement ses limites (tant juridiques que politiques d'ailleurs).

Les limites du contrôle juridictionnel administratif dans la mise en œuvre du principe de libre administration face aux impératifs étatiques apparaissent ainsi nettement. Il en va différemment quand il s'agit d'articuler la liberté d'administration des collectivités territoriales entre elles ; le Conseil d'État développe alors une jurisprudence plus souple dans laquelle la protection de ce principe est plus efficace.

2. LE JUGE ADMINISTRATIF ADOPTE UNE CONCEPTION PLUS SOLIDE DE LA LIBRE ADMINISTRATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES POUR DÉFENDRE LE FONDEMENT DE LEURS PRÉROGATIVES CONTRE LES AUTRES STRUCTURES TERRITORIALES

S'il est fortement atténué dans les rapports entre l'État et les collectivités territoriales, le principe de libre administration des collectivités territoriales trouve une application plus large dans les litiges nés des rapports horizontaux qu'entretiennent les collectivités territoriales (et/ou leurs établissements publics) entre elles. Si les questions de tutelle entre collectivités territoriales éclairent ce point pour les rapports entre départements et communes (le juge se livrant alors à une interprétation *in concreto* cherchant à concilier la liberté des différentes structures territoriales ¹⁸³²), c'est, une fois encore, la coopération intercommunale et ses implications qui vont être le terrain sur lequel le juge administratif va s'avancer le plus loin, en qualifiant la libre administration de liberté fondamentale.

Intégrée contre son gré à la communauté d'agglomération du pays d'Aix-en-Provence, suite à la loi du 12 juillet 1999, la commune de Venelles connaît des difficultés pour désigner son représentant. Le maire ayant été mis en minorité « à propos

¹⁸²⁸ CE ord. réf., 24 janvier 2005, *Commune de Wissous*, req. n° 276493 ; CE, ord. réf. du juge des référés 2 mars 2005, *Commune de Vedène*, req. n° 278123 ; *RLCT* juin 2005(3).38, note GLASER.

¹⁸²⁹ Ainsi que le confirme par ailleurs la prévalence de la règle de la continuité territoriale et de l'absence d'enclave d'un établissement public de coopération intercommunale sur le droit de retrait admis en faveur d'une commune, CE, ord. réf., 28 décembre 2005, *Commune de Poigny*, req. n° 281849 ; *JCP Administrations et collectivités territoriales* 2006(4).124 concl. GLASER ; *JCP Collectivités territoriales – Intercommunalité* 2006(3).26, note ERSTEIN.

¹⁸³⁰ FAURE (B.), « L'hypothèse des bases constitutionnelles... », *op. cit.*, p. 162.

¹⁸³¹ GLASER (E.), « Note sous CE, ord. réf., 2 mars 2005, *Commune de Vedène* », *RLCT*, juin 2005, p. 38

¹⁸³² Sur ce point, v. *supra* nos développements précédents.

de l'adhésion à la communauté d'agglomération, une majorité de conseillers municipaux ayant refusé de voir la commune représentée par son maire au sein du conseil de communauté »¹⁸³³, dix conseillers municipaux lui demandent d'inscrire à l'ordre du jour d'un prochain conseil municipal une nouvelle désignation des représentants au sein de l'organe intercommunal. Face au refus de l'exécutif communal, le juge des référés est saisi. Le président du Tribunal administratif enjoint alors le maire de la commune de convoquer le conseil municipal pour une séance destinée à désigner les représentants communaux à la communauté d'agglomération avant la date de la prochaine réunion du conseil communautaire. Le maire conteste cette injonction devant le Conseil d'État. La Haute juridiction, si elle qualifie la libre administration de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du *Code de justice administrative*, estime néanmoins que la protection particulière accordée par le législateur à ces libertés ne s'applique pas aux rapports internes à une collectivité territoriale¹⁸³⁴. Par cette décision, le Conseil d'État ouvre néanmoins une perspective importante pour les structures territoriales ; il n'était en effet pas certain que la libre administration des collectivités territoriales, même entendue comme une prérogative des collectivités publiques, puisse se voir appliquer la qualification de « liberté fondamentale ». Il s'agit en effet, dans la jurisprudence administrative, davantage d'un principe d'organisation verticale du pouvoir que d'une liberté au sens où l'on entend ce terme en faveur des personnes physiques¹⁸³⁵.

Il faut alors déterminer à l'égard de qui cette qualification peut-elle valoir puisqu'il semble en effet entendu, dans la décision *Commune de Venelles*, qu'il ne peut s'agir d'un principe invocable en cas de conflits entre les organes d'une même collectivité. Si cette position peut surprendre, elle « s'éclaire de la lecture de l'ensemble de la décision : si les difficultés liées aux relations internes des organes d'une collectivité locale ne peuvent trouver leur solution dans l'intervention du juge du référé liberté, c'est parce que les seuls droits dignes d'être pris en considération et protégés comme constituant des libertés fondamentales, à savoir le libre exercice de leur mandat par les élus locaux [...], le droit d'expression de la démocratie locale, le droit de vote et de représentation [...] se trouvent déjà directement protégés par l'article L. 521-2 du *Code de justice administrative* »¹⁸³⁶. La libre administration n'apporte alors aucune garantie supplémentaire. Il est ainsi de

¹⁸³³ VERPEAUX (M.), « Note sous CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles c/ M. MORBELLI* », *RFDA*, 2001, p. 682.

¹⁸³⁴ CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles c/ M. MORBELLI*, *Leb.* p. 18 ; *RFDA* 2001.378, concl. TOUVET ; *CJEG* 2001.681 ; *AJDA* 2001.153, chron. GUYOMAR, COLLIN ; *RFDA* 2001.681, note VERPEAUX ; *DA* 2001, n° 155, note L. T. ; *GAJA* 14^e éd., n° 113.

¹⁸³⁵ Michel VERPEAUX développe cet aspect de la question dans la première partie de sa note sous la décision *Commune de Venelles* en adoptant une attitude plutôt favorable à la construction jurisprudentielle (« Note sous CE, Sect., 18 janvier 2001... », *op. cit.*, pp. 683-685). En revanche, une partie de la doctrine réfute l'existence de telles libertés pour les personnes morales. En ce sens, v. PICARD (E.), « La liberté contractuelle des personnes publiques est-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, p. 651. V. également sur ce thème l'article de synthèse de L. FAVOREU et A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, 2002, pp. 88-92.

¹⁸³⁶ HAÏM (V.), « Référé liberté et administration des collectivités territoriales », *AJDA*, 2005, p. 811.

jurisprudence constante que le Conseil d'État refuse l'intervention du référé pour les questions relevant de l'organisation interne d'une collectivité territoriale¹⁸³⁷.

Le Conseil d'État tire en revanche les conséquences de cette qualification en tant que liberté fondamentale dans les affaires relatives à la coopération intercommunale. Il l'a fait dans deux cas de figure. Il a tout d'abord estimé que le fait d'être intégré à une structure intercommunale pour une commune sans qu'elle ait donné son accord pouvait porter atteinte à sa liberté d'administration¹⁸³⁸. Le juge administratif a également considéré que l'application anticipée de l'arrêté préfectoral portant transformation d'un établissement public de coopération intercommunale porte une atteinte grave et manifestement illégale au principe de libre administration des collectivités territoriales¹⁸³⁹. « L'analyse devrait être la même dans le cas d'une impossibilité pour une commune de se retirer d'un établissement public de coopération »¹⁸⁴⁰. La jurisprudence la plus récente ne donne pour l'instant pas raison à cette position, sans que l'on sache s'il s'agit d'un retour à une position plus rigide de la part de Haute juridiction, ou d'un épiphénomène. Cette matière constitue toutefois un terrain fertile pour la précision de la portée de la qualification de la libre administration en tant que liberté fondamentale.

Si l'on quitte les aléas du contentieux pour une tentative de systématisation, on peut considérer que la reconnaissance du caractère fondamental de la libre administration des collectivités territoriales, comme double garantie du respect de sa volonté par une collectivité et d'une réserve de compétence dont elle ne peut être dépouillée illégalement, se rattache à l'esprit de la constitutionnalisation de ce principe en 1946. Il s'agit bien dans les deux cas d'assurer aux structures infraétatiques le respect du pouvoir qui leur est reconnu. La logique libérale y est alors identiquement à l'œuvre. De ce point de vue, le refus du Conseil d'État d'appliquer cet outil en cas de conflit interne va dans le même sens. La liberté reconnue est celle du groupement, non pas celle d'un de ses organes. Le règlement des conflits internes doit, comme dans toute structure relevant de la démocratie politique, être tranché par un mécanisme interne. On peut alors regretter que la parlementarisation des assemblées locales ne soient pas parvenues à son terme. Quoiqu'il en soit de ce dernier thème, la jurisprudence administrative paraît disposer d'outils performants pour protéger les collectivités territoriales contre les empiètements des autres structures territoriales. Le rapport à l'État est quant à lui plus problématique. Comme dans la jurisprudence constitutionnelle, et selon la conception française de l'indivisibilité de la République, les intérêts étatiques l'emportent le plus souvent¹⁸⁴¹. Cela reste acceptable

¹⁸³⁷ Qu'il s'agisse du fonctionnement irrégulier d'un établissement public de coopération intercommunale du fait de la vacance du poste de président (CE ord. réf., 8 mars 2002, *Région Languedoc-Roussillon*, req. n° 236587), du refus du maire de communiquer à un conseiller municipal la liste électorale et les tableaux rectificatifs de façon distincte pour chaque bureau de vote (CE ord. réf., 7 février 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*, T. p. 1126). Pour d'autres exemples, v. HAÏM (V.), « Référé liberté... », *op. cit.*, p. 651.

¹⁸³⁸ CE ord. réf., 24 janvier 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer*, préc.

¹⁸³⁹ CE, 12 juin 2002, *Communes de Fauillet, Montpouillon et Sainte-Marthe c/ Communauté d'agglomération Val-de-Garonne*, *Leb.* p. 215 ; *AJDA* 2002.590, chron. DONNAT, CASAS.

¹⁸⁴⁰ HAÏM (V.), « Référé liberté... », *op. cit.*, p. 651.

tant que cela ne conduit pas à vider la puissance territoriale de sa substance ; ce qui est loin d'être toujours le cas.

Conclusion du Chapitre II.

Si la dimension institutionnelle de la libre administration est valorisée, il en va tout différemment de ses éléments matériels. Malgré la constitutionnalisation récente de leur pouvoir normatif et de leur pouvoir fiscal, les collectivités territoriales ne jouissent guère d'une autonomie de faire. L'inscription dans la Constitution de principes de répartition des compétences ne change rien à cela, puisque le pouvoir constituant dérivé recourt uniquement à des mécanismes formels, jamais à des dispositifs matériels. Il est une explication à ce déséquilibre de la libre administration des collectivités territoriales. Celle-ci a longtemps été considérée, conformément à la conception française de la décentralisation, comme devant uniquement permettre un renforcement de l'expression démocratique du pouvoir, selon la conception des collectivités territoriales – cadres politiques. Elle ne signifiait pas, en revanche, la mise en œuvre autonome par les collectivités territoriales de politiques propres, la liberté reconnue s'épuisant dans la seule désignation des organes locaux¹⁸⁴². De ce point de vue, l'approche fonctionnelle des collectivités territoriales continue de prévaloir dans une mesure certaine. La nouvelle rédaction de la Constitution ne modifie pas substantiellement cet équilibre. Il faut donc en conclure que l'originarité de la puissance territoriale, ainsi que son inscription dans le champ politique, ne trouvent pas de traduction équivalente dans la capacité de faire des collectivités territoriales, qui reste largement limitée. La puissance territoriale ne jouit en effet que d'une réserve de puissance extrêmement ténue. L'unité de l'État signifie donc toujours simultanément refus de la décentralisation politique et uniformité de l'action publique, et ce, contre la logique des prémices constitutionnelles.

Les modalités de protection de la puissance territoriale confirment le constat précédent. Alors que les États constitutionnels pratiquant la décentralisation politique ont prévu dans leur Constitution les moyens pour les collectivités territoriales de défendre leurs prérogatives, il n'en est rien en France. Les collectivités infraétatiques ne peuvent ainsi toujours pas saisir le juge constitutionnel. La protection de la puissance territoriale contre le législateur est donc largement hétéronome, puisqu'elle dépend d'une saisine sur laquelle les organes de la puissance territoriale ne peuvent influencer. L'État constitutionnel français apparaît ainsi déséquilibré et incomplet alors que l'ouverture d'une telle possibilité en faveur des collectivités territoriales, sans bouleverser l'économie du pouvoir dans l'État, parachèverait, au contraire, le processus de constitutionnalisation débuté en 1946. À défaut, c'est devant le Conseil d'État que les collectivités territoriales tentent de faire

¹⁸⁴¹ Pour expliquer ce fait, Jean-Marie PONTIER argue que « le Conseil d'État est d'abord un instrument de l'État, chargé de protéger les intérêts de l'État », in « La décentralisation territoriale... », *op. cit.*, p. 93.

¹⁸⁴² On retrouve ici l'héritage de la conception française de la décentralisation développée depuis HAURIOU, qui repose sur la prédominance du critère électif. Cette conception admise dès l'ère de la décentralisation légale et reproduite sans véritable débat lors du passage à la décentralisation constitutionnelle, conduit ainsi à réduire l'autonomie locale à l'autonomie organique, développant une conception *idéaliste* dans laquelle la dimension matérielle n'a guère de place.

valoir leurs droits. Or, le juge administratif, traditionnellement défenseur de l'État, développe une jurisprudence plutôt restrictive et très compréhensive à l'égard des impératifs invoqués par le pouvoir central. Le principe de libre administration ne joue en fait véritablement devant le juge administratif que lorsque sont en conflit deux structures territoriales (collectivités et/ou établissements publics).

Aussi, tant les modalités de protection que la politique jurisprudentielle des deux juridictions suprêmes confirment-elles la difficulté de l'organisation territoriale de la France, pourtant constitutionnalisée, à basculer véritablement dans le champ de la décentralisation politique.

Conclusion du Titre II.

La libre administration des collectivités territoriales correspond à la constitutionnalisation d'une liberté locale, conformément à la logique libérale sous-jacente à l'idée décentralisatrice. Elle s'inscrit en cela dans la lignée de la conception légale, adoptée à partir de la Révolution française. Une différence apparaît toutefois : la libre administration des collectivités territoriales, liberté constitutionnalisée, est alors protégée face à la puissance d'État. Ceci constitue alors une garantie pour les collectivités territoriales, puisqu'elle leur assure une *réserve de puissance* qui ne peut être annihilée. La rupture est donc nette par rapport à la définition légale.

Cette protection se résume toutefois davantage à une conception défensive qu'à une logique positive (qui reviendrait à affirmer le contenu de la liberté contre les autres pouvoirs). L'équilibre interne de la notion de libre administration des collectivités territoriales renvoie ainsi plus à une liberté politique qu'à une capacité de faire. Le fondement originaire du pouvoir local n'a donc pas de conséquence concrète. La dualité d'expression du pouvoir dans l'État n'implique pas en effet l'acceptation de manières de faire véritablement différenciées, ainsi que le confirment les jurisprudences constitutionnelle et administrative. La puissance territoriale reconnue ne se transforme ainsi guère en actes, conformément à la conception organique de l'autonomie locale prédominante dans la doctrine française depuis le XIX^e siècle. La révision constitutionnelle de mars 2003 marque cependant un premier pas en direction d'une définition constitutionnelle expresse des éléments composant la liberté locale, mais tout cela demeure à l'état embryonnaire.

La protection juridictionnelle de la puissance territoriale est, quant à elle, également défailante. Les collectivités territoriales ne peuvent pas saisir le Conseil constitutionnel, laissant leurs prérogatives sans défense contre le législateur. De son côté, le Conseil d'État est très compréhensif à l'égard des impératifs de l'État, cantonnant la libre administration des collectivités territoriales à un rôle second, même contre des règles de valeur inférieure. Tout ceci confirme le caractère second de la puissance territoriale dans la mise en œuvre de l'action publique. La protection de la puissance territoriale reste ainsi essentiellement formelle et doit progresser afin de renforcer son effectivité.

Conclusion de la Partie II.

Selon une perspective téléologique, le pouvoir local peut être conçu comme une liberté de gérer les affaires de son intérêt grâce à l'élection, par la population, des organes de la collectivité. Il est ainsi admis, dès l'origine, en faveur des collectivités territoriales une faculté générale de se saisir des affaires d'intérêt local. Bien que concrétisée en droit dans la clause générale de compétence, cette capacité n'est qu'une *tolérance* du législateur, qu'il aménage comme bon lui semble, sans que les collectivités territoriales puissent s'y opposer. Pour preuve, il peut, concurremment à la clause générale de compétence, développer un ensemble de législations d'attribution, jusqu'à pratiquement la vider de son contenu. La vocation générale, bien que fondement de la liberté d'action des collectivités territoriales, reste ainsi trop fragile pour être source d'une véritable garantie d'autonomie.

La constitutionnalisation du principe de libre administration des collectivités territoriales limite alors la marge de manœuvre du législateur ; il ne peut plus annihiler l'autonomie locale, sous peine de porter atteinte à ce principe et d'être censuré par le juge constitutionnel ; ce qui semble être un gage en faveur des structures locales. Le contenu de la liberté d'administration n'est toutefois défini qu'*a minima*. Il s'agit davantage d'une liberté (organique) d'être que d'une capacité de faire. De ce point de vue, cette notion est marquée du sceau des conditions de sa naissance. La révision de mars 2003, bien qu'elle densifie la liberté d'administration des collectivités territoriales en précisant certains éléments, ne modifie d'ailleurs pas l'impression générale : la réserve de puissance reconnue au profit des collectivités territoriales est *in fine* assez mince. D'autant plus que les collectivités territoriales ne peuvent demander ni l'application, ni le respect des dispositions constitutionnelles contre le législateur, faute de pouvoir saisir le juge constitutionnel. Seul le juge administratif peut être saisi, mais sa jurisprudence, hétérogène, n'est pas très favorable aux collectivités territoriales.

La mise en œuvre de la puissance territoriale laisse ainsi apparaître les lacunes de la constitutionnalisation de l'expression verticale du pouvoir dans l'État unitaire français. Plus tout à fait administrative, la mise en œuvre de la décentralisation constitutionnelle française n'en est pas encore pour autant complètement politique.

Conclusion générale

L'évolution des dispositions relatives à l'organisation verticale de l'État conduit à une modification des fondements du pouvoir local. Ils passent ainsi d'une définition légale à un statut constitutionnel, en ce que les dispositions fondatrices ne figurent plus dans la loi ordinaire, mais dans la Loi fondamentale. Cette inscription constitutionnelle ne suscite pas de modification substantielle de son essence ; le pouvoir local continue d'être conçu comme une liberté principalement organique. L'intérêt des législateurs constituant et ordinaire se porte en effet principalement sur le fonctionnement des organes locaux ; la décentralisation (définie dans la loi) d'abord, la liberté d'administration (par essence constitutionnelle) ensuite, renvoient ainsi davantage à une liberté d'être qu'à une capacité de faire des collectivités territoriales. De ce point de vue, la structure du pouvoir local ne change pas malgré son inscription constitutionnelle, puis sa progressive constitutionnalisation : son dualisme est préservé, voire renforcé, par le passage de la loi à la Constitution. Une première dimension renvoie ainsi à la sphère de la démocratie politique. Le pouvoir local, et son support l'élection locale, sont en effet traditionnellement rattachés à la promotion de la démocratie. Les collectivités territoriales font alors figure de cadres politiques, sans que le lien établi entre elles et le pouvoir démocratique soit véritablement précisé, notamment sous l'empire de la décentralisation légale. De son côté, la seconde dimension renvoie à une conception fonctionnelle des collectivités territoriales ; il s'agit alors de la mise en œuvre du pouvoir local, c'est-à-dire de la faculté de faire admise en faveur des structures territoriales. Celle-ci s'avère, malgré sa constitutionnalisation croissante, fortement tempérée, la puissance d'État cantonnant largement la puissance territoriale à un rôle second. Les nouveaux équilibres, nés de la

constitutionnalisation des collectivités territoriales, ne permettent donc toujours pas l'affirmation d'une décentralisation de type politique en France.

La dualité structurale de la notion de pouvoir local soulève plusieurs interrogations : il semble en effet y avoir un décalage marqué entre l'importance accordée aux collectivités territoriales en tant que cadres de la démocratie politique et la faiblesse qui les caractérise dès qu'il s'agit de définir positivement (c'est-à-dire en termes d'attributions) les conséquences de leur liberté. Ce constat n'est pas altéré par le processus de constitutionnalisation initié depuis 1946. Il paraît au contraire consolidé : l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales les renforce dans leur rôle démocratique, provoquant de ce fait une modification de la définition juridique du pouvoir local. La constitutionnalisation n'a, en revanche, jusqu'à présent qu'une portée très limitée sur la capacité de faire des collectivités territoriales. Elle ne fait de la puissance territoriale qu'une fragile réserve de pouvoir au bénéfice des institutions territoriales. L'organisation verticale du pouvoir dans l'État français reste en cela incomplète.

* * *

La première reconnaissance juridique du pouvoir local, dans l'ère moderne, constitue une réponse du législateur révolutionnaire à ce qu'il considère comme un impératif métajuridique : il existe des données sociologiques naturelles qu'il lui faut prendre en compte dans l'organisation territoriale du Royaume. Le pouvoir local est, dans cette optique, généré directement et exclusivement par la communauté locale. Emprunte d'institutionnalisme, cette conception admet une originalité sociologique du pouvoir local, sans que celle-ci trouve aucune consécration en droit puisque le législateur jouit de l'intégralité du pouvoir dans l'État. Le pouvoir local fait alors figure de pouvoir naturel *toléré* ; sa reconnaissance ne crée aucune garantie pour les collectivités territoriales quant à son effectivité.

De ce point de vue, l'inscription constitutionnelle des dispositions relatives aux collectivités territoriales marque une rupture. Le Constituant, dépassant les particularismes locaux, adopte en effet une conception holiste des collectivités territoriales, comme cadres démocratiques. Il développe alors une réflexion en termes étatiques et structurels. La consécration juridique de l'intégration des collectivités territoriales à la démocratie doit permettre une meilleure expression de la souveraineté du peuple. Le Constituant développe ici une conception globale de la démocratie politique, reposant sur l'idée que ce régime ne s'articule pas uniquement horizontalement mais également verticalement. Dans ce cadre, *le pouvoir local devient une expression territoriale du pouvoir souverain dans l'État, sous la forme d'une liberté organique admise au bénéfice des collectivités territoriales*. Ce rattachement du pouvoir local à la sphère démocratique conduit à ce qu'il acquiert *de jure* un caractère originaire. La constitutionnalisation protège de plus la liberté locale contre la puissance d'État, faisant de cette nouvelle modalité d'expression du pouvoir une véritable puissance (territoriale). L'économie institutionnelle initiée en 1946 est largement reproduite dans la Constitution du 4 octobre 1958 ; ce qui fait de cette dualité des modalités d'expression du pouvoir dans l'État une donnée constante du constitutionnalisme français contemporain.

La constitutionnalisation des collectivités territoriales conduit ainsi à juridiciser

l'organisation verticale du pouvoir. Alors que dans le cadre de la décentralisation légale, les deux niveaux (territorial et étatique) sont pensés de façon différenciée et hiérarchisée, la décentralisation constitutionnelle établit *de jure* leur rattachement et, ce faisant, leur identité. Le pouvoir local, compris comme une puissance territoriale, est alors lié non seulement à l'exercice de la souveraineté du peuple, mais également à celui de la souveraineté nationale. Il est donc un pouvoir *politique* : les collectivités territoriales s'affirment ainsi comme un « Quatrième organe » politique, l'organisation verticale du pouvoir complétant la classique séparation horizontale. Le procès de constitutionnalisation aboutit ainsi à admettre la dualité de l'expression du pouvoir dans l'État ; ce qui n'est en rien contraire à l'unité de la souveraineté, ni à son indivisibilité. Ces deux caractéristiques sont préservées en amont dans l'unité constitutionnelle, seule l'expression étant plurielle. De ce point de vue, des innovations comme l'expérimentation législative locale prennent une dimension plus juste. Loin de constituer des atteintes « intolérables » à la souveraineté, elles s'inscrivent plutôt dans la logique générale de l'édifice constitutionnel républicain contemporain. L'unité est préservée à la source, cependant que l'expression (normative, y compris législative) peut être différenciée, sans aucune altération du caractère unitaire de la République.

Envisager l'impact de la constitutionnalisation des dispositions relatives aux collectivités territoriales aboutit ainsi à admettre que les fondements de la décentralisation constitutionnelle française la rapprochent d'une forme politique de décentralisation (comprise au sens classique). De ce point de vue, la constitutionnalisation de l'expression verticale du pouvoir a les mêmes conséquences dans l'ensemble des États, unitaires et/ou composés. Elle est l'élément commun qui permet de soutenir que la différence entre un État unitaire et un État fédéral n'est pas une différence de nature, mais simplement de degré. Il faut alors préciser que cette différence de degré s'entend comme la différence du niveau (ou degré) de précision des dispositions constitutionnalisées. Le triomphe du constitutionnalisme conduit ainsi à une homogénéisation de l'organisation des États, reposant sur l'importance de la norme constitutionnelle pour se saisir de l'ensemble des questions organisationnelles. Les différences proviennent alors du fait que les États tirent plus ou moins les conséquences de l'inscription constitutionnelle du pouvoir territorialisé ; ce n'est d'ailleurs qu'en mesurant l'ampleur de l'autonomie accordée aux institutions territoriales que l'on prend la pleine mesure de la réalité politique de la décentralisation.

L'organisation verticale de la République française est, à cette aune, encore incomplète : si la Constitution fonde les canaux d'expression du pouvoir dans l'État, c'est au législateur qu'il appartient de les mettre en œuvre, c'est-à-dire d'en assurer la traduction concrète. Les collectivités territoriales en sont donc largement écartées, la Constitution ne servant guère de fondement direct à leur action. Or, dans le cadre de sa compétence, le législateur développe une conception fonctionnelle de ces collectivités, qu'il utilise pour gérer le territoire de l'État. Ce point est vérifié aussi bien sous le régime de la décentralisation légale que sous celui de la décentralisation constitutionnelle. Dans ce dernier cas, la constitutionnalisation de la libre administration lui impose néanmoins de respecter la réserve de puissance reconnue en faveur des structures territoriales. L'inscription constitutionnelle d'une liberté équivaut en effet à admettre une réserve d'action en faveur de son bénéficiaire. Ceci correspond alors à la reconnaissance d'une

réserve de puissance (entendu au sens de pouvoir latent non transformé en actes) en faveur des collectivités territoriales, qui s'impose à la puissance d'État, suite à son inscription constitutionnelle. La liberté d'administration équivaut ainsi à l'acceptation d'une certaine différenciation du pouvoir ; elle est, dans notre cas, une base autonome qui donne sens et portée au diptyque puissance d'État/puissance territoriale. En cela, admettre qu'il existe une liberté locale d'administration revient à reconnaître l'existence d'une autonomie locale, reposant sur la pluralité d'expression du pouvoir souverain dans l'État, c'est-à-dire à admettre que les collectivités territoriales jouissent de marges d'action effectives pour concrétiser le pouvoir latent que la Constitution leur reconnaît.

Selon la dimension organique privilégiée dès l'origine, il apparaît rétrospectivement que la libre administration des collectivités territoriales est principalement une *liberté d'être*. En la concevant essentiellement comme la libre possibilité de désigner les organes de la collectivité, le Constituant, puis le Conseil constitutionnel, en protégeant avant tout la dimension organique, comme l'illustre la politique jurisprudentielle en matière de règlement intérieur des assemblées locales ou celle relative aux modes de scrutin. En cela, les collectivités territoriales se trouvent confirmées en tant que cadres démocratiques tandis que la réserve de puissance est limitée d'autant : elle paraît s'épuiser dans l'élection des organes locaux. En ce sens, la faculté de faire est beaucoup plus timorée ; inexistante à l'origine dans le corps de la Constitution, elle trouve progressivement un contenu dans la jurisprudence constitutionnelle sans que le juge lui donne d'autre définition que négativement. Il censure ainsi les atteintes à ce principe sans jamais préciser de manière positive ce qu'implique sa position pour le contenu de la libre administration des collectivités territoriales. Si la révision constitutionnelle de mars 2003 est venue densifier cette notion, en détaillant certaines composantes de la libre administration dans le corps même de la Constitution et que cela confère un contenu positif à la puissance territoriale, les interrogations quant aux effets pratiques de ces novations restent nombreuses. D'autant plus que le Conseil constitutionnel paraît en adopter une conception stricte, loin de favoriser l'élargissement de l'autonomie d'action des collectivités territoriales françaises.

L'impression de fragilité de la puissance territoriale est, par ailleurs, renforcée par le fait que les collectivités territoriales ne peuvent qu'imparfaitement défendre leurs prérogatives contre le législateur. Il leur est en effet impossible de saisir le Conseil constitutionnel. Or, l'achèvement de la décentralisation constitutionnelle passe nécessairement par la saisine du tribunal constitutionnel par les composantes territoriales de l'État. Dès lors que la Constitution ouvre des droits en faveur des collectivités territoriales, il apparaît en effet logique qu'elles puissent les défendre. Mieux, ces normes ne prennent toute leur portée que si elles peuvent être défendues par leurs bénéficiaires, ainsi que le révèle la différence de postérité du principe de libre administration dans les Constitutions de 1946 et 1958. Le Conseil constitutionnel est ainsi un acteur essentiel du processus de constitutionnalisation du droit des collectivités territoriales, en ce que sa jurisprudence précise le principe de libre administration des collectivités territoriales, face à la puissance d'État. Même si l'on peut regretter qu'il n'aille parfois pas suffisamment loin, il faut tout de même reconnaître le rôle central que le juge de la rue Montpensier a joué dans l'affirmation de la puissance territoriale. Ce qui rend d'ailleurs d'autant plus

regrettable l'impossibilité des collectivités territoriales de le saisir quand est en jeu un élément de leur liberté.

L'impossibilité de saisir le juge constitutionnel pour les collectivités territoriales apparaît de ce point de vue comme un reliquat de l'ère de la décentralisation légale, à l'époque où la puissance d'État était absolue sur son territoire. Mais dès lors que l'on accepte, *via* l'organisation constitutionnelle de l'expression verticale du pouvoir, l'existence de prérogatives propres aux collectivités territoriales (et donc, le caractère relatif de la puissance d'État), il faut admettre dans le même mouvement que les collectivités territoriales puissent défendre leurs attributions. Conformément à l'organisation des États composés (dont la particularité par rapport aux États unitaires *stricto sensu* est bien l'inscription constitutionnelle de l'organisation verticale du pouvoir), la constitutionnalisation de la décentralisation dans un État unitaire paraît nécessairement impliquer l'ouverture de la saisine du juge constitutionnel aux composantes territoriales.

Axiome de base du constitutionnalisme, une telle réforme doit donc être envisagée ; déjà réalisée par d'autres États, elle parachèverait doublement l'édifice démocratique, en faisant du Conseil constitutionnel une véritable *juridiction* constitutionnelle et en donnant à l'organisation verticale du pouvoir toute sa dimension, puisqu'elle favoriserait plus particulièrement la constitutionnalisation du droit des collectivités territoriales. L'adoption de cette réforme permettrait d'ailleurs que la démocratie globale, imaginée aux sortirs de la Guerre par des hommes qui avaient souffert de sa perte, devienne enfin réalité. À défaut, la puissance territoriale continuera de souffrir d'une infirmité par rapport à la puissance d'État, en restant une réserve de puissance, dont l'actualisation est trop rare pour qu'elle soit efficace, non seulement démocratiquement mais également en termes d'action publique.

À l'heure où les polémiques relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales enflent, il serait bon que leurs querelles trouvent une sanction devant le juge plutôt que dans les médias. La réponse à la crise de la démocratie politique, d'ailleurs à l'origine de la relance du procès décentralisateur, passe aussi par là.

Villeurbanne, Parc du Centre, le 20 avril 2006

BIBLIOGRAPHIE

Manuels et ouvrages de droit constitutionnel, de droit administratif et d'institutions administratives

AUTIN (J.-L.), RIBOT (C.) - *Droit administratif*, Paris, Litec, « Objectif droit », 2005, 4^e éd. (1^{ère} éd. 1999), 385 p.

AVRIL (P.), GICQUEL (J.) - *Lexique. Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1995, 6^e éd. (1^{ère} éd. 1986), 141 p.

BÉNOIT (F.-P.) - *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, 897 p.

BLACHÈRE (P.) - *Droit constitutionnel*, Paris, Hachette Supérieur, « HU », 2005, 320 p.

BRAIBANT (G.), STIRN (B.) - *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences Po – Dalloz, « Amphi », 2002, 6^e éd. (1^{ère} éd. 1984), 641 p.

CAPITANT (R.) - *Cours de principes du droit public rédigé d'après la sténotypie du cours*, Paris, Les cours de droit, D.E.S. de droit public, 1953-1954, 344 p.

- *Écrits constitutionnels*, Paris, Éd. du C.N.R.S., 1982 (Préface de Marcel WALINE), 485 p.

- CHAPUS (R.)** - *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, 2001, 15^e éd. (1^{ère} éd. 1985), 1427 p.
- CHEVALLIER (J.)** - *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, « Clefs politique », 1999, 3^e éd. (1^{ère} éd. 1992), 160 p.
- COHENDET (M.-A.)** - *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, « Focus droit », 2002, 2^e éd. (1^{ère} éd. 2000), 406 p.
- DEBBASCH (C.), PONTIER (J.-M.)** - *Les Constitutions de la France*, Paris, Dalloz, 1996, 3^e éd. (1^{ère} éd. 1983), 469 p.
- DEMICHEL (A.)** - *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, Paris, L.G.D.J., 1978, 220 p.
- DRAGO (G.)** - *Contentieux constitutionnel français*, Paris, P.U.F., « Thémis », 2006, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1998), 759 p.
- DUGUIT (L.)** - *Les transformations du droit public*, Paris, Éd. La Mémoire du droit, 1999 (1^{ère} éd. 1913), 285 p.
- *Leçons de droit public général*, Paris, Éd. La Mémoire du droit, 2000 (1^{ère} éd. 1926), 340 p.
 - *Souveraineté et liberté*, Paris, Éd. La Mémoire du droit, 2002 (1^{ère} éd. 1921), 208 p.
 - *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2003 (1^{ère} éd. 1901) (Préface de Franck MODERNE), 623 p.
 - *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2005 (1^{ère} éd. 1903) (Préface de Franck MODERNE), XV-774 p.
- EISENMANN (C.)** - *Cours de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1982, t. 1, 787 p.
- *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éditions Panthéon Assas, « Les introuvables », 2002 (Textes réunis par Charles LEBEN), 668 p.
- ESMEIN (A.)** - *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éditions Panthéon – Assas, « Les introuvables », 2001 (Avant-propos de D. CHAGNOLLAUD), 1^{ère} éd. 1914, 1246 p.
- FABRE (M.-H.)** - *Principes républicains de droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1984, 4^e éd. (1^{ère} éd. 1970), 515 p.
- FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.)** - *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, « Précis », 2005, 8^e éd. (1^{ère} éd. 1998), XIX-941 p.
- FAVOREU (L.), PHILIP (L.)** - *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, « Grands arrêts », 2005, 13^e éd. (1^{ère} éd. 1975), XXXV-1065 p.
- GOHIN (O.)** - *Institutions administratives*, Paris, L.G.D.J., « Manuel », 2002, 4^e éd. (1^{ère} éd. 1992), 782 p.
- GREWE (C.), RUIZ FABRI (H.)** - *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., « Droit fondamental », 1995, 661 p.
- GRUBER (A.)** - *La décentralisation et les institutions administratives*, Paris, Armand Colin, « U », 1996, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1986), 620 p.
- GUETTIER (C.)** - *Institutions administratives*, Paris, Dalloz, « Cours », 2005, 3^e éd.

ère éd. 1999), VIII-647 p.

HAMON (F.), TROPER (M.) - *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., « Manuel », 2005, 29^e éd. (1^{ère} éd. 1942), 896 p.

HAURIOU (M.) - *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, 448 p.

- *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2^e éd., 759 p.

- *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 12^e éd. (1^{ère} éd. 1933), 2002 (Avant-propos de P. DELVOLVÉ et F. MODERNE, Préfaces d'A. HAURIOU et M. HAURIOU), 1150 p.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.), GENEVOIS (B.) - *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 1996, 11^e éd. (1^{ère} éd. 1956), 894 p.

MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) - *Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., « Droit fondamental », 2004, 874 p.

MAURER (H.) - *Droit administratif allemand*, Paris, L.G.D.J., 1994 (Trad. M. FROMONT), 421 p.

MERCUZOT (B.) - *Organisation administrative. Les institutions administratives françaises*, Paris, Éd. ESKA, 2001, 288 p.

MORAND-DEVILLER (J.) - *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1997, 5^e éd. (1^{ère} éd. 1989), 847 p.

PACTET (P.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.) - *Institutions politiques Droit constitutionnel*, Paris, Armand Colin, « U », 2005, 24^e éd. (1^{ère} éd. 1969), 639 p.

PRÉLOT (M.) - *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1950, 606 p.

- *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, « Précis », 1972, 925 p.

RIVÉRO (J.), WALINE (M.) - *Droit administratif*, Paris, Dalloz, « Précis », 2004, 20^e éd. (1^{ère} éd. 1962), 623 p.

ROUSSEAU (D.) - *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, « Domat droit public », 2001, 6^e éd. (1^{ère} éd. 1990), 536 p.

UYTTENDAELE (M.) - *Précis de droit constitutionnel belge. Regard sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2001 (Préface de P. MARTENS), 986 p.

VEDEL (G.) - *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002 (Réédition présentée par G. CARCASSONNE et O. DUHAMEL, 1^{ère} éd. 1949), 616 p.

VEDEL (G.), DELVOLVÉ (P.) - *Droit administratif*, Paris, P.U.F., « Thémis », 1992, 12^e éd. (1^{ère} éd. 1958), 2 vol., 416 et 812 p.

Manuels de droit de la décentralisation et de droit des collectivités territoriales

- AUBY (J.-B.), AUBY (J.-F.), NOGUELLOU (R.)** - *Droit des collectivités locales*, Paris, P.U.F., « Thémis Droit public », 2004, 3^e éd. (1^{ère} éd. 1990), XVII-361 p.
- BLANC (J.), RÉMOND (B.)** - *Les collectivités locales*, Paris, Presses de Sciences Po & Dalloz, 1994, 700 p.
- BOURDON (J.), PONTIER (J.-M.), RICCI (J.-C.)** - *Droit des collectivités locales*, Paris, P.U.F., « Thémis », 2^e éd., 1998 (1^{ère} éd. 1987), 708 p.
- BOURJOL (M.), BODARD (S.)** - *Droit et libertés des collectivités territoriales*, Paris, Masson, « Droit de l'administration locale », 1984, 356 p.
- GÉLARD (P.)** - *Lexique des collectivités locales*, Paris, P.U.F., 1995, 128 p.
- INSTITUT DE LA DÉCENTRALISATION** - *La décentralisation en France*, Paris, La Découverte, 1996 (Préface de D. HOEFFEL), 440 p.
- LE MESTRE (R.)** - *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Gualino éditeur, « Manuels », 2004, 560 p.
- LUCHAIRE (F.), LUCHAIRE (Y.)** - *Le droit de la décentralisation*, P.U.F., « Thémis », 1983, 511 p.
- MONTAIN-DOMENACH (J.)** - *Droit des collectivités territoriales*, Grenoble, P.U.G., « Le droit en plus », 1997, 204 p.
- MOREAU (J.)** - *Administration régionale, départementale et municipale*, Paris, Dalloz, « Mémentos », 2002, 13^e éd. (1^{ère} éd. 1972), 311 p.
- ROUX (A.)** - *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, « Droit poche », 1995, 112 p.
- TOUVET (L.), FERSTENBERT (J.), CORNET (C.)** - *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*, Paris, Dalloz, « Grands arrêts », 2001 (Préface de R. DENOIX DE SAINT MARC), 2^e éd. (1^{ère} éd. 1999), XIII-673 p.
- TURPIN (D.)** - *Droit de la décentralisation*, Paris, Gualino éditeur, « Mémentos », 1998, 238 p.

Manuels d'histoire des institutions

- ELLUL (J.)** - *Histoire des institutions. Tome 1-2. L'Antiquité*, Paris, P.U.F., « Thémis », 1992, 8^e éd. (1^{ère} éd. 1961), 629 p.
- *Histoire des institutions. Tome 3. Le Moyen-Âge*, Paris, P.U.F., « Thémis », 1993, 12^e éd. (1^{ère} éd. 1956), 396 p.
- ESMEIN (A.)** - *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, Paris, Sirey, 1912, 11^e éd. (1^{ère} éd. 1892), 902 p.
- LEGENDRE (P.)** - *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, P.U.F., « Thémis », 1968, 580 p.
- MESTRE (J.-L.)**
- *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, P.U.F., « Droit

fondamental », 1985, 294 p.

OLIVIER-MARTIN (F.) - *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, CNRS éditions, 1995, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1988), 763 p.

SAUTEL (G.) - *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Paris, Dalloz, « Précis », 1997, 8^e éd. (1^{ère} éd. 1969), 522 p.

Autres Manuels et ouvrages juridiques généraux

ADAM (F.), FERRAND (O.), RIOUX (R.) - *Finances publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, « Amphi », 2003, 494 p.

AUBY (J.-B.), AUBY (J.-M.), DIDIER (J.-P.), TAILLEFAIT (A.) - *Droit de la fonction publique (État, collectivités locales, Hôpitaux)*, Paris, Dalloz, « Précis », 2005, 5^e éd. (1^{ère} éd. 1991), XV-758 p.

AVRIL (P.), GICQUEL (J.), - *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, 1996, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1988), 346 p.

CAMBY (J.-P.), SERVENT (P.) - *Le travail parlementaire sous la Cinquième République*, Paris, Montchrestien, « Clefs », 2004, 4^e éd. (1^{ère} éd. 1992), 158 p.

FROMONT (M.) - *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 1996, 140 p.

LUCHAIRE (F.) - *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, Economica, 1987, 501 p.

MASCLET (J.-C.) - *Droit électoral*, Paris, P.U.F., « Droit fondamental », 1989, 445 p.

MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) - (Sous la direction), *La République en droit français*, Paris, Economica, « Droit public positif », 1996, 360 p.

- *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., « Manuel », 2002, 791 p.

MÉNY (Y.), SUREL (Y.) - *Politique comparée*, Paris, Montchrestien, 2001, 6^e éd. (1^{ère} éd. 1987), 491 p.

PIERRE (E.) - *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, Paris, Éditions Loysel, 1989 (1^{ère} éd. 1893), 2 t., 1440 p.

PHILIP (L.) - *Les fondements constitutionnels des finances publiques*, Paris, Economica, 1995, 112 p.

Théorie du droit et de l'État

BACOT (G.) - CARRÉ DE MALBERG et l'origine de la distinction entre souveraineté

du peuple et souveraineté nationale, Paris, CNRS Éditions, 1985, 200 p.

BÖCKENFÖRDE (E.-W.) - Le droit, l'État et la communauté démocratique, Paris, L.G.D.J., « La pensée juridique », 2000 (Trad. et présentation par O. JOUANJAN), 318 p.

CARRÉ DE MALBERG (R.) - Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation, Paris, Sirey, 1933, 174 p.

- La loi, expression de la volonté générale, Paris, Economica, 1984 (1^{ère} éd. 1931), Préface de G. BURDEAU, 228 p.

- Contribution à la théorie générale de l'État, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2004 (1^{ère} éd. 1920 et 1922), Préface d'E. MAULIN, 2 t., 837 & 638 p.

FERAL (F.) - Approche dialectique du droit de l'organisation administrative, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2000 (Préface de F.-P. BÉNOIT), 352 p.

GOJOSSO (E.) - Le concept de République en France (XVI^e-XVIII^e siècle), Aix-en-Provence, P.U.A.M., « Histoires des Idées Politiques », 1998, 543 p.

GREWE (C.), JOUANJAN (O.), MAULIN (E.), WACHSMANN (P.)(Sous la direction) - La notion de « justice constitutionnelle », Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, 188 p.

HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.) - Le Fédéraliste, Paris, Economica, 1988 (Trad. Gaston JÉZE ; Préface d'André TUNC), 788 p.

HAURIOU (M.) - Principes de droit public à l'usage des étudiants de licence (3^e année) et en doctorat ès sciences politiques, Paris, Sirey, 1910, 734 p.

- Principes de droit public à l'usage des étudiants de licence (3^e année) et en doctorat ès sciences politiques, Paris, Sirey, 1916, 2^e éd., 828 p.

JELLINEK (G.) - L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État, Paris, Éditions Panthéon – Assas, « Les Introuvables », 2005 (1^{ère} éd. 1913), 593 p.

KELSEN (H.) - Théorie pure du droit, Paris, L.G.D.J., « La pensée juridique », 1999 (1^{ère} éd. 1962), (Trad. de C. EISENMANN), 367 p.

MAULIN (E.) - La théorie de l'État de CARRÉ DE MALBERG, Paris, P.U.F., « Léviathan », 2003, 344 p.

MICHOUD (L.) - La théorie de la personnalité morale et son application au droit français. Première Partie. Notion de personnalité morale, Classification et création des personnes morales, Paris, L.G.D.J., 2^e éd. (Mise à jour par L. TROTABAS, 1^{ère} éd. 1906), 1924, 513 p.

- La théorie de la personnalité morale et son application au droit français. Deuxième partie. La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences, Paris, L.G.D.J., 3^e éd. (Mise à jour par L. TROTABAS, 1^{ère} éd. 1909), 1932, 540 p.

MILLON-DELSOL (C.) - L'État subsidiaire, Paris, P.U.F., « Léviathan », 1992, 233 p.

PERELMAN (C.), VANDER ELST (R.)(Sous la direction) - Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, Bruylant, 1984, 377 p.

SCHMITT (C.) - Théorie de la Constitution, Paris, P.U.F., « Léviathan », 1993 (Préface

d'O. BEAUD), 576 p.

TROPER (M.) - Pour une théorie juridique de l'État, Paris, P.U.F., « Léviathan », 1994, 358 p.

- La théorie du droit, le droit, l'État, Paris, P.U.F., « Léviathan », 2001, 334 p.

Science et philosophie politiques

ALLIÈS (P.) - *L'invention du territoire*, Grenoble, P.U.G., « Critique du droit », 1980, 188 p.

ARENDT (H.) - *Condition de l'homme moderne*, Paris, Pocket, « Agora », 1983 (1^{ère} Trad. franç. 1961), Préface de P. RICOEUR, 406 p.

ARON (R.) - *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, « Tel », 1967, 663 p.

- *Essai sur les libertés*, Paris, Hachette Littératures, « Pluriel », 1998 (1^{ère} éd. 1965), 251 p.

ASSOCIATION FRANCAISE DES HISTORIENS DES IDÉES POLITIQUES - *Le concept de représentation dans la pensée politique (Actes du Colloque d'Aix-en-Provence, mai 2002)*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2003, 493 p.

BEAUMANOIR (P. de) - *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, Salmon A., 1970 (1^{ère} éd. 1283), 2 vol. 513 et 554 p.

BURDEAU (G.) - *Traité de science politique, t. II L'État*, Paris, L.G.D.J., 1979, 3^e éd. (1^{ère} éd. 1949), 733 p.

CARBONNIER (J.) - *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., « Quadrige », 2004, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1978), 416 p.

CONSTANT (B.) - *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France (1815)*, in CONSTANT (B.), *De la liberté chez les modernes. Écrits politiques*, Paris, Hachette, « Pluriel », 1980 (Présenté par Marcel GAUCHET), pp. 263-427.

DABIN (J.) - *L'État ou le politique*, Paris, Dalloz, « Philosophie du droit », 1957, 304 p.

DAVID (M.) - *La souveraineté du peuple*, Paris, P.U.F., « Questions », 1996, 337 p.

FREUND (J.) - *L'Essence du politique*, Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2004 (Postface de P.-A. TAGUIEFF), 1^{ère} éd. 1965, 867 p.

GLEIZAL (J.-J.) - *Le droit politique de l'État. Essai sur la production historique du droit administratif*, Paris, P.U.F., 1980, 176 p.

GUELLEC (L.) - *TOCQUEVILLE. L'Apprentissage de la Liberté*, Paris, Michalon, « Le Bien commun », 1996, 121 p.

HAURIOU (M.) - *La science sociale traditionnelle*, Paris, Larose et Félix Alcan, 1896, 432 p.

MACAREL (L. A.) - *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, Librairie de la Cour de

cassation, 1833, 516 p.

MAIRET (G.) - *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, « Folio essais », 1997, 313 p.

MANIN (B.) - *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, « Champs », 1996, 319 p.

MÉNY (Y.) (Sous la direction) - *Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, « Logiques politiques », 1993, 285 p.

MONTESQUIEU - *De l'esprit des lois*, Paris, Éd. Garnier Frères, 2 vol., 1949 (Annoté par G. TRUC), 378 et 437 p.

PRÉLOT (M.) - *Sociologie politique*, Paris, Dalloz, « Précis », 1973, 711 p.

SIEYÈS (E.) - *Écrits politiques*, Paris, Éd. des archives contemporaines, « Réimpression », Choix et présentation R. ZAPPERI, 1985, 277 p.

- *Qu'est-ce que le Tiers-État ? (1789)*, Paris, P.U.F., « Quadrige », 1989, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1982), Préface de J. TULARD, 95 p.

TOCQUEVILLE (A. de) - *Œuvres complètes. Tome I. De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, « NRF », 1961 (1^{ère} éd. 1830), 2 vol., 461 et 422 p.

- *Œuvres. Tome III. L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, « NRF-La Pléiade », Textes présentés par F. FURET et F. MÉLONIO, 2004 (1^{ère} éd. 1856), LXXVII-1294 p.

Ouvrages généraux relatifs à la décentralisation et aux collectivités territoriales

AUBY (J.-B.), FAURE (B.) (Sous la direction) - *Les collectivités locales et le droit. Les mutations actuelles*, Paris, Dalloz, « Actes », 2001, 285 p.

BIAREZ (S.) - *Le pouvoir local*, Paris, Economica, « La Vie Politique », 1989 (Préface de F. D'ARCY), 309 p.

BOURJOL (M.) - *Les institutions régionales de 1789 à nos jours*, Paris, Berger-Levrault, « L'administration nouvelle », 1969 (Préface de L. MEHL), 368 p.

- *La réforme municipale. Bilan et perspectives*, Paris, Berger-Levrault, « L'administration nouvelle », 1975, 426 p.

- (Sous la direction), *La commune, l'État et le droit*, Paris, L.G.D.J., « Décentralisation et développement local », 1990 (Postface de M. TROPER), 358 p.

BOYER (A.) - *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'État unitaire. Contribution à l'étude des articles 74, 75, 76 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, Economica – P.U.A.M., « Droit public positif », 1998 (Préface d'A. ROUX), 301 p.

CAISSE DES DÉPÔTS ET CONSIGNATIONS - *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, Paris, L'aube Territoire, 1999, 424 p.

-
- COLLECTIF** - *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques MOREAU*, Paris, Economica, 2002, 491 p.
- COLLECTIF** - *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Paris, Dalloz, 2006, 501 p.
- C.U.R.A.P.P.** - *Le pouvoir régional*, Paris, P.U.F., « G.R.A.L. », 1982, 189 p.
- *L'institution régionale*, Paris, P.U.F., 1984, 223 p.
- DUPUIS (G.)** - *Le centre et la périphérie en France. Essai historique et juridique*, Paris, L.G.D.J., « Systèmes », 2000 (Préface de G. TIMSIT), 138 p.
- EISENMANN (C.)** - *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, Paris, L.G.D.J., 1948, 330 p.
- ESCUDIER (A.), VIDOT (M.-H.)** - *Le conseil général et le département à l'heure de la décentralisation*, Paris, Berger-Levrault, 1985, 496 p.
- FABERON (J.-Y.)**(Sous la direction) - *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La documentation française, « Études de la documentation française », 2004, 224 p.
- GARDE (F.)** - *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, « Mondes océaniques », 2001 (Préface de Jean-Jack QUEYRANNE), 351 p.
- GAUDEMET (Y.), GOHIN (O.)** (Sous la direction) - *La République décentralisée*, Paris, L.G.D.J. – Éditions Panthéon – Assas, « Colloques », 2004, 170 p.
- GREFFE (X.)** - *La décentralisation*, Paris, La Découverte, « Repères », 2005, 122 p.
- LACHAUME (J.-F.)** - *L'administration communale*, Paris, L.G.D.J., « Administration locale », 1994, 249 p.
- LE POURHIET (A.-M.)** (Sous la direction) - *Droit constitutionnel local « Égalité et liberté locale dans la Constitution »*, Paris, Economica – P.U.A.M., « Droit public positif », 1999 (Préface de L. FAVOREU), 426 p.
- LUCHAIRE (Y.), LUCHAIRE (F.)** - *Décentralisation et Constitution. Commentaire de la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Paris, Economica, 2003, 68 p.
- MOREAU (J.), DARCY (G.)** (Sous la direction) - *La libre administration des collectivités locales. Réflexion sur la décentralisation*, Paris, Economica – P.U.A.M., 1984, 468 p.
- RÉMOND (B.)** - *La région : une unité politique d'avenir*, Paris, Montchrestien, « Clefs », 1999, 3^e éd. (1^{ère} éd. 1993), 157 p.
- RIVÉRO (J.)** - *Fédéralisme et décentralisation dans la structure de l'État moderne*, Cours photocopié de l'ENA, 1949, 329 p.
- VERPEAUX (M.)** - *Les collectivités territoriales en France*, Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 2006, 3^e éd. (1^{ère} éd. 2002), 174 p.
- ZELLER (A.)** - *La France enfin forte de ses régions Glossaire engagé de la décentralisation*, Paris, Gualino éditeur, 2002 (Préface de R. BARRE), 296 p.

Histoire de la décentralisation et des collectivités

territoriales

- AUCOC (L.)** - Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des Ponts et Chaussées, t. 1, Organisation et attributions des pouvoirs publics, Paris, Éd. Dunod, 1878, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1869), 702 p.
- BARANTE (A. de)** - Des communes et de l'aristocratie, Paris, Librairie française de LADVOCAT, 1821, 256 p.
- BARROT (O.)** - De la centralisation et de ses effets, Paris, H. DUMINERAY Éditeurs, « Études contemporaines », 1861, 248 p.
- BASDEVANT-GAUDEMET (B.)** - La commission de décentralisation de 1870. Contribution à l'étude de la décentralisation en France au XIX^e siècle, Paris, P.U.F., 1973 (Préface de G. SAUTEL), 162 p.
- BURDEAU (F.)** - Liberté Libertés Locales Chéries, Paris, Éd. Cujas, 1983 (Préface de M. DEBRÉ), 280 p.
- DEBBASCH (R.)** - Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République, Paris, Economica – P.U.A.M., 1988 (Préface de M. DEBRÉ), 481 p.
- DEYON (P.)** - L'État face au pouvoir local, Paris, Éditions locales de France, 1996 (Préface d'E. LE ROY-LADURIE), 251 p.
- FLORY (T.)** - Le mouvement régionaliste français. Sources et développement, Paris, P.U.F., 1966 (Préface de M. PRÉLOT), 131 p.
- FOUGÈRE (L.), MACHELON (J.-P.), MONNIER (F.)** (Sous la direction) - Les communes et le pouvoir de 1789 à nos jours, Paris, P.U.F., 2002, 662 p.
- GARCIA DE ENTERRIA (E.)** - Révolution française et administration contemporaine, Paris, Economica, « Droit public positif », 1993, 119 p.
- HENRION DE PANSEY (J.-B.)** - Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes, Paris, Th. BARROIS Père, 1824, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1820), 355 p.
- MOREAU (J.), VERPEAUX (M.)** (Sous la direction) - Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789, Paris, Economica, « Droit public positif », 1992, 266 p.
- OHNET (J.-M.)** - Histoire de la décentralisation française, Paris, Le livre de poche, 1996, 351 p.
- PETIT-DUTAILLIS (C.)** - Les communes françaises. Caractères et évolution des origines au XVIII^e siècle, Paris, Albin Michel, 1970, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1947), 379 p.

Démocratie locale

- ALBERT (J.-L.), JOURNÈS (C.)** (Sous la direction) - *Le gouvernement des régions*, Lyon, P.U.L., 1998, 121 p.
- BAGUENARD (J.), BECET (J.-M.)** - *La démocratie locale*, Paris, P.U.F., « QSJ », 1995, 128 p.
- BÉNOIT (F.-P.)** - *Le conseil municipal*, Paris, Dalloz, Extrait du *Répertoire des collectivités locales* sous la direction de F.-P. BÉNOIT, 1989, 162 p.
- C.U.R.A.P.P., C.R.A.P.S.** - *La démocratie locale. Représentation, participation et espace public*, Paris, P.U.F., 1999, 424 p.
- LACAÏLE (P.)** - *Le statut de l'élu local*, Paris, Berger-Levrault, « Administration locale », 1996, 255 p.
- LORACH (J.-M.)** - *Le nouveau régime de l'élu local*, Paris, Éd. du Puits Fleuri, « Le conseiller juridique pour tous », n° 145, 2003, 364 p.
- MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR** - *La démocratie locale*, Paris, Les éditions des Journaux Officiels, « Législation et réglementation », 1998, 171 p.
- MULLER-QUOY (I.)** - *Le droit des assemblées locales*, Paris, L.G.D.J., « Systèmes collectivités locales », 2001, 188 p.
- RASÉRA (M.)** - *La démocratie locale*, Paris, L.G.D.J., « Systèmes collectivités locales », 2002, 186 p.

Les moyens de la puissance territoriale (Pouvoir réglementaire, Finances publiques, Compétences...)

- ASTIER (F.)** - Finances publiques. Droit budgétaire. Le budget des collectivités locales, Paris, Ellipses, 1996, 157 p.
- BAUDIN-CILLIÈRE (F.)** - Principe de subsidiarité et administration locale, Paris, L.G.D.J., 1995 (Préface de J.-M. LEMOYNE DE FORGES), 120 p.
- BERNOT (J.)** - La répartition des compétences, Paris, L.G.D.J., « Politiques locales », 1996, 99 p.
- BÉRARD (F.)** - Les dotations de l'État aux collectivités locales, Paris, L.G.D.J. – Dexia, « Politiques locales », 2001, 115 p.
- BLANC (J.)** - Les péréquations dans les finances locales, Paris, L.G.D.J., « Systèmes collectivités locales », 1996, 136 p.
- Finances locales comparées, Paris, L.G.D.J., « Systèmes », 2002, 149 p.
- BOUVIER (M.)** - Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt, Paris, L.G.D.J., « Systèmes Fiscalité », 2005, 7^e éd. (1^{ère} éd. 1996), 239 p.
- Les finances locales, Paris, L.G.D.J., « Systèmes », 2005, 10^e éd. (1^{ère} éd. 1992), 219 p.
- CLERGERIE (J.-L.)** - Le principe de subsidiarité, Paris, Ellipses, « Le droit en

questions », 1997, 128 p.

CLUZEL (J.) - Finances publiques et pouvoir local, Paris, L.G.D.J., 1980 (Préface d'A. POHER), 206 p.

C.U.R.A.P.P. - Le financement du développement local, Paris, P.U.F., 1995, 208 p.

DONZELOT (J.), ESTÈBE (P.) - L'État animateur. Essai sur la politique de la ville, Paris, Éd. Esprit, 1994, 239 p.

KOUÉVI (A.-G.) - Le droit des interventions économiques des collectivités locales, Paris, L.G.D.J. – Déxia éd., 2003, 334 p.

LEMMET (J.-F.), CREIGNOU (C.) - La fonction publique locale, Paris, L.G.D.J., « Politiques locales », 2002, 117 p.

MARCOU (G.), RANGEON (F.), THIÉBAULT (J.-L.) (Sous la direction) - La coopération contractuelle et le gouvernement des villes, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1997, 428 p.

NOTAIRES DE FRANCE - Les collectivités locales. Le nouveau contractuel (97^e Congrès des Notaires de France. Montpellier 20-23 mai 2001), Paris, ANCF, 2001, 1271 p.

PONTIER (J.-M.) - Les contrats de plan entre l'État et les régions, Paris, P.U.F., « QSJ », 1998, 128 p.

SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL - Les collectivités territoriales non – étatiques dans le système juridique international, Paris, Pedone, 2002, 208 p.

Droit comparé de la décentralisation et des collectivités territoriales

BIDÉGARAY (C.) (Sous la direction) - *L'État autonome : forme nouvelle ou transitoire en Europe ?*, Paris, Economica, 1994, 204 p.

BREUILLARD (M.) - *L'administration locale en Grande-Bretagne entre centralisation et régionalisation*, Paris, L'Harmattan, 2000 (Préface de G. MARCOU), 428 p.

D'ARCY (F.), BAENA DEL ALCAZAR (M.) - *Décentralisation en France et en Espagne*, Paris, Economica, « Politique comparée », 1986, 183 p.

DELCAMP (A.), LOUGHIN (J.) - *La décentralisation dans les États de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, « Études », 2002, 334 p.

DEYON (P.) - *Régionalismes et régions dans l'Europe des quinze*, Paris, Éditions locales de France, 1997 (Préface de R. RÉMOND), 158 p.

LE GALÈS (P.), LEQUESNE (C.) (Sous la direction) - *Les paradoxes des régions en Europe*, Paris, La Découverte, 1997, 302 p.

MODERNE (F.), BON (P.) - *Les autonomies régionales dans la Constitution espagnole*, Paris, Economica, « Études juridiques comparatives », 1981 (Préface de E. G. de ENTERRIA), 169 p.

- (Sous la direction), *L'Espagne aujourd'hui. Dix années de gouvernement socialiste (1982-1992)*, Paris, La Documentation française, 1993, 188 p.

TERRAZONI (A.) - *L'administration territoriale en Europe*, Paris, L.G.D.J., « Systèmes », 1992, 150 p.

VANDELLI (L.) - *Pouvoirs locaux*, Paris, Economica, « Politique comparée », 1991 (Préface de Y. MÉNY), 225 p.

ZILLER (J.) - *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, Paris, Montchrestien, « Domat droit public », 1993, 511 p.

Ouvrages de science politique relatifs aux collectivités territoriales et à la décentralisation

BARAIZE (F.), NÉGRIER (É.) (Sous la direction) - *L'invention politique de l'agglomération*, Paris, L'Harmattan, « Logiques politiques », 2001, 310 p.

DUPOIRIER (E.) (Sous la direction) - *Régions, la croisée des chemins. Perspectives françaises et enjeux européens*, Paris, Presses de Sciences Po, 1998, 381 p.

JOUBE (B.), SPENLEHAUER (V.), WARIN (P.) (Sous la direction) - *La région, laboratoire politique. Une radioscopie de Rhône-Alpes*, Paris, La Découverte, 2001 (Préface de J.-L. QUERMONNE), 379 p.

LE SAOUT (R.) (Sous la direction) - *L'intercommunalité. Logiques nationales et enjeux locaux*, Rennes, P.U.R., 1997, 235 p.

MABILEAU (A.) - *Le système local en France*, Paris, Montchrestien, « Clefs Politique », 1994, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1991), 157 p.

MOQUAY (P.) - *Coopération intercommunale et société locale*, Paris, L'Harmattan, « Logiques politiques », 1998, 308 p.

NAY (O.) - *La région, une institution*, Paris, L'Harmattan, « Logiques politiques », 1997 (Préface de J. LAGROYE), 377 p.

RONDIN (J.) - *Le sacre des notables (La France en décentralisation)*, Paris, Fayard, 1985, 335 p.

SADRAN (P.) - *Le système administratif français*, Paris, Montchrestien, « Clefs », 1992, 157 p.

Thèses et mémoires

AXENTE (M. T.) - *La nature juridique de la représentation populaire vue sous l'angle des rapports entre électeurs et élus*, Paris, M. LAVERGNE Éd., 1940, 254 p.

BACUYANNIS (C.) - Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, Paris, Economica – P.U.A.M., 1993 (Préface de L. FAVOREU), 319 p.

BAGHESTANI (L.) - Le titulaire de la souveraineté nationale et son exercice dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Thèse, Dijon, 1996 (dactylo), 427 p.

BARTHET (F.) - Constitutions et département. Contribution à l'étude de l'expression constitutionnelle du département, Thèse, Lyon II, 2000 (dactylo), 476 p.

BEAUD (O.) - La puissance de l'État, Paris, P.U.F., « Léviathan », 1994, 512 p.

BÉNOIT (J.) - Théorie juridique de la décentralisation administrative en France, Thèse, Paris II, 1990 (dactylo), 2 t., 758 p.

BLACHÈRE (P.) - Contrôle de constitutionnalité et volonté générale, Paris, P.U.F., « Les grandes thèses du droit français », 2001, 246 p.

BLANC (A.) - De quelques moyens de gouvernement direct en matière municipale et spécialement du référendum communal, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1904, 111 p.

BRUNET (P.) - Le concept de représentation dans la théorie de l'État, Thèse, Paris X, 1997 (dactylo), 2 vol., 558 p.

- Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État, Paris, Bruxelles, L.G.D.J. – Bruylant, « La pensée juridique », 2004 (Préface de Michel TROPER), 396 p.

CACHOUX (P.) - Le droit politique en France sous la V^e République, Thèse, Aix-Marseille III, 1997 (dactylo), 875 p.

CASTANIÉ (S.) - La parlementarisation des assemblées délibérantes des collectivités territoriales, Thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2002 (dactylo), 2 t., 538 p.

CHABROT (C.) - La centralisation territoriale. Fondement et continuités en Droit public français, Thèse, Montpellier I, 1997 (dactylo), 554 p.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) - Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques, Paris, Economica – P.U.A.M., « Collection Droit public positif », 2001 (Préface de Michel TROPER), 306 p.

CHAPUISAT (L.-J.) - La notion d'affaires locales en droit administratif français, Thèse, Paris II, 1972 (dactylo), 545 p.

CHEVILLEY-HIVER (C.) - La participation directe des citoyens aux décisions locales, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, « Thèse à la carte », 2001, 637 p.

CONSTANS (L.) - Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français, Paris, Dalloz, 1966 (Préface de J.-M. AUBY), 264 p.

DELCAMP (A.) - Le Sénat et la décentralisation, Paris, Economica, 1991 (Avant-propos d'A. POHER ; Préface de G. DUPUIS), 791 p.

DENIZEAU (C.) - Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?, Paris, L.G.D.J., 1997, 152 p.

DENQUIN (J.-M.) - Référendum et plébiscite, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. LI, 1976 (Préface de D. LEVY), 353 p.

-
- DESCHAMPS (E.)** - Le droit public et la ségrégation urbaine (1943-1997), Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. CCIII, 1998 (Préface de J.-M. DELARUE), 529 p.
- DOAT (M.)** - Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de droit public », t. 230, 2003, 317 p.
- DOUENCE (J.-C.)** - Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. LXXXI, 1968 (Préface de J.-M. AUBY), 534 p.
- DUSCHESNE (G.)** - Les éléments constitutifs de l'individualité administrative de la commune (Territoire – Chef-lieu – nom), Paris, V. GIARD & E. BRIÈRE, 1905, 114 p.
- FAURE (B.)** - Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. 200, 1998 (Préface de J.-C. DOUENCE), 239 p.
- FERRAND (J.-P.)** - Le pouvoir fiscal des autorités locales, Thèse, Aix-Marseille, 1992 (dactylo), 387 p.
- FLOGAÏTIS (S.)** - La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public » t. 133, 1979 (Avant-propos de M. S. GIANNINI, Préface de J. RIVÉRO), 281 p.
- FOURNIÉ (F.)** - Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice HAURIOU, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de droit public », t. 245, 2005, 629 p.
- GUGLIELMI (G.-J.)** - La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889), Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. 157, 1991 (Préface de G. DUPUIS), 378 p.
- HAQUET (A.)** - Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français, Paris, P.U.F., « Les grandes thèses du droit français », 2004, 333 p.
- HENROT-COLLOMP (V.)** - Élections locales et démocratie représentative, Thèse, Université de Toulon et du Var, 1995 (dactylo), 555 p.
- HEUSCHLING (L.)** - État de droit, Rechtsstaat, Rule of law, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2002, XII-739 p.
- HOUTEER (C.)** - Recherches sur les bases constitutionnelles de la décentralisation territoriale, Thèse, Toulouse I, 1987 (dactylo), 2 t., 942 p.
- JANICOT (L.)**, - Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales, Thèse, Paris II, 2002 (dactylo), 704 p.
- Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de droit public », t. 238, 2004 (Préface de Michel VERPEAUX), X-619 p.
- JOYAU (M.)** - De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », 1998 (Préface de J.-Y. VINCENT), 362 p.
- LANDBECK (D.)** - Les principes budgétaires locaux, Aix-en-Provence, P.U.A.M., « Collectivités locales », 2001 (Préface de L. SAÏDJ), 505 p.
- LANZA (A.)** - L'expression constitutionnelle de l'administration française, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. CXLVIII, 1984 (Préface de J.
-

BOULOUIS), 936 p.

LE LIDEC (P.) - Les maires dans la République. L'Association des Maires de France, élément constitutif des régimes politiques français depuis 1907, Thèse, Paris I, 2001 (dactylo), 656 p. et annexes

LERON (J.) - Pluralisme et partis politiques en droit public français. Contribution à l'étude de la juridicisation de la vie politique, Lille, A.N.R.T., 2002, 583 p.

LEULLIER (R.) - Du canton considéré comme organe de décentralisation, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, A. ROUSSEAU éd., 1897, 125 p.

LEYLAVERGNE (H.) - Démocratie locale et citoyenneté en droit public français, Thèse, Université Lyon II, 1998 (dactylo), 566 p.

MARCEAU (A.) - Les règles et principes constitutionnels relatifs au contrôle des collectivités territoriales : étude sur l'article 72 alinéa 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958, Lille, ANRT, 2000, 545 p.

MARICHY (J.-P.) - La deuxième chambre dans la vie politique française depuis 1875, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1969 (Préface de P. MONTANÉ DE LA ROQUE), 786 p.

MARREL (G.) - L'élu et son double. Cumul des mandats et construction de l'Etat républicain en France du milieu du XIX^e siècle au milieu du XX^e siècle, Thèse, Grenoble II, 2 t., 798 p.

MASSON (J.-L.), Provinces, départements, régions. L'évolution des circonscriptions administratives de la fin de l'Ancien régime à nos jours, Thèse, Paris II, 1983 (dactylo), 742 p.

MASCLET (J.-C.) - Le rôle du député et ses attaches institutionnelles sous la V^e République, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. LXI, 1979 (Préface de R. E. CHARLIER), 428 p.

MELLA (E.) - Contribution à la théorie de l'acte administratif local – Étude sur les spécificités des actes unilatéraux décentralisés, Thèse, Bordeaux IV, 1999 (dactylo), 425 p.

- Essai sur la nature de la délibération locale, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. 234, 2003 (Préface de J. du BOIS DE GAUDUSSON), 317 p.

MÉNY (Y.) - Centralisation et décentralisation dans le débat politique français (1945-1969), Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. LI, 1974 (Préface de G. DUPUIS), 536 p.

MERLEY (N.) - Conception et administration du territoire en France métropolitaine, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1998 (Préface d'H. OBERDORFF), 710 p.

MORANGE (J.) - L'idée de municipalité de canton de l'An III à nos jours, Mémoire pour le D.E.S. de droit public, Université de Paris, 1968, 175 p.

MOZOL (P.) - La participation du public à la vie municipale, Thèse, Aix-Marseille, 2002 (dactylo), 650 p.

MULLER (I.) - Le juge administratif et l'autonomie des collectivités locales, Thèse, Toulouse, 1994 (dactylo), 434 p.

NÉMERY (J.-C.) - De la liberté des communes dans l'aménagement du territoire, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. CXXI, 1981 (Préface de F.-P. BÉNOIT),

384 p.

- OLLIVIER (M.)** - Conditions et compétences préfectorales. Permanence et évolutions, Thèse, Lyon II, 2005 (dactylo), 552 p.
- PAGE (J.)** - Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux « pays d'outre-mer », Aix-en-Provence, P.U.A.M., « Collectivités locales », 2001 (Préface de J.-M. PONTIER), 626 p.
- PALAZZOLI (C.)** - Les régions italiennes. Contribution à l'étude de la décentralisation politique, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. XX, 1966 (Préface de J.-L. QUERMONNE), 635 p.
- PAOLETTI (M.)** - La démocratie locale et le référendum, Paris, L'Harmattan, « Logiques politiques », 1997 (Préface de J. CHEVALLIER), 238 p.
- PASQUIER (R.)** - La capacité politique des régions. Une comparaison France/Espagne, Rennes, P.U.R., « Res Publica », 2004 (Préface de Y. MÉNY), 227 p.
- PIERRÉ-CAPS (S.)** - Nations et peuples dans les constitutions modernes, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1987 (Préface de F. BORELLA), 2 t., 948 p.
- PONTIER (J.-M.)** - L'État et les collectivités locales, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. CXXVII, 1978 (Préface de C. DEBBASCH), 630 p.
- PROTIÈRE (G.)** - Les stratégies de valorisation territoriale (Bron, Rillieux-la-Pape, Vaulx-en-Velin. 1995-2001), Mémoire pour le DEA Administration publique, Université Lyon II, 2002, 124 p.
- RIALS (S.)** - Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de droit public », t. 135, 1980, 564 p.
- ROBBE (F.)** - La représentation des collectivités territoriales par le Sénat. Étude sur l'article 24 alinéa 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. CI, 2001 (Préface de M. DREYFUS, Avant-propos de M. VERPEAUX), 590 p.
- ROUAULT (M.-C.)** - L'intérêt communal, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1991, 444 p.
- ROUSSILLON (H.)** - Les structures territoriales des communes. Réformes et perspectives d'avenir, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de science administrative », t. VII, 1972 (Préface de P. COUZINET), 491 p.
- ROUX (J.)** - Le principe de souveraineté de l'État dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Thèse, Montpellier, 2 t., 1998, 611 p.
- SAUVAGEOT (F.)** - Les catégories de collectivités territoriales de la République. Contribution à l'étude de l'article 72, alinéa premier de la Constitution française du 4 octobre 1958, Thèse, Université de Bourgogne, 2000 (dactylo), 516 p.
- ~~- Les catégories de collectivités territoriales de la République : contribution à l'étude de l'article 72, alinéa 1, de la Constitution française du 4 octobre 1958, Aix-en-Provence, P.U.A.M., « Collectivités locales », 2004 (Préface de M. VERPEAUX), 472 p.~~
- SFEZ (L.)** - Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français,
-

Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. LXXI, 1966 (Préface de J. RIVÉRO, Avant-propos d'A HAURIOU), 520 p.

SIMON (P.-F.) - La loi de TRÉVENEUC et ses précédents, Paris, V. GIARD & E. BRIÈRE, 1911, 343 p.

SUR (E.) - Contribution à une théorie juridique de la souveraineté nationale, Lille, ANRT, « Thèse à la carte », 2003, 582 p.

VERPEAUX (M.) - La naissance du pouvoir réglementaire, Paris, P.U.F., « Les grandes thèses du droit français », 1991 (Préface de M. FROMONT), 434 p.

VIGNE (N.) - La région et ses départements. Étude des rapports entre deux échelons de décentralisation, Thèse, Lyon II, 1990 (Microfiches), 540 p.

VIOLA (A.) - La notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 105, 2002 (Préface de H. ROUSSILLON), 322 p.

WEBERT (F.) - Unité de l'État et diversité régionale en droit constitutionnel français, Thèse, Nancy II, 1997 (dactylo), 548 p.

Articles juridiques généraux

AGLÉ (M.-J.) - « La souveraineté transfigurée », *R.R.J. – Droit prospectif*, 1995-3, pp. 925-950.

ARDANT (P.) - « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État. Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, Paris, L.G.D.J. Montchrestien, 1988, pp. 55-86.

AUBY (J.-B.) - « La loi du 6 février 1992 et la citoyenneté locale », *RFDA*, 1993, pp. 37-46.

- « Relance de l'action publique et de son droit », *AJDA*, 2003, p. 1633.

AUBY (J.-M.) - « La théorie du pouvoir de suffrage », *Politique*, 1958, pp. 293-310.

AZIMI (V.) - « Souveraineté nationale et conception française de la citoyenneté », in GONOD (P.), DUBOIS (J.-P.) (Sous la direction), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Paris, Dalloz, « Actes », 2003, pp. 21-31.

BADINTER (R.) - « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », in *Libertés, Mélanges J. Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 217-225.

BARBIER (C.) - « La circonscription administrative : réflexion sur un concept équivoque », *AJDA*, 1996, pp. 411-417.

BASTIEN (F.), - « Le juge, le droit et la politique », *RFDC*, 1990, pp. 49-69.

BEAUD (O.) - « La notion d'État », *Archives de philosophie du droit*, t. XXXV, 1990, pp. 119-141.

- « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, pp. 409-424.

-
- « Le souverain », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 33-45.
 - « La souveraineté dans la *Contribution à la théorie générale de l'État* de CARRÉ DE MALBERG », *RDP*, 1994, pp. 1251-1301.
 - « Souveraineté, puissance, pouvoir », in RAYNAUD (P.), RIALS (S.) (Sous la direction), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, P.U.F., 1996, pp. 625-633.
 - « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, 1998, pp. 83-122.
 - « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », in *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, Nouvelle série n° 3, 1999, pp. 7-82.
 - « Hans KELSEN, théoricien constitutionnel de la Fédération », in HERRERA (C. M.) (Sous la direction), *Actualité de KELSEN en France*, Paris – Bruxelles, L.G.D.J. – Bruylant, 2001, pp. 47-84.
 - « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », in GREWE (C.), JOUANJAN (O.), MAULIN (E.), WACHSMANN (P.) (Sous la direction), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 47-72.
- BILLIER-MARYIOLI (A.)** - « La notion de pouvoirs publics », *R.R.J. – Droit prospectif*, 2001, 4, pp. 1623-1660.
- BIZEAU (J.-P.)** - « Pluralisme et démocratie », *RDP*, 1993, pp. 513-542.
- BLACHÈRE (P.)** - « Droit constitutionnel et identité féminine », *RA*, 1996, n° 289, pp. 38-44.
- BOURETZ (P.)** - « Souveraineté », in DUHAMEL (O.), MÉNY (Y.) (Sous la direction), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, pp. 989-993
- BUFFET-TCHAKALOFF (M.-F.)** - « Juges constitutionnels et découpage électoral (Allemagne fédérale, Autriche, Etats-Unis, France, Japon) », *RDP*, 1989, pp. 981-1008.
- BURDEAU (G.)** - « Raymond CARRÉ DE MALBERG, son œuvre, sa doctrine », *RDP*, 1935, pp. 354-381.
- CAILLOSSE (J.)** - « Le savoir juridique à l'épreuve de la décentralisation », in G.R.A.L., *ACL 1988*, Paris, Litec, 1988, pp. 5-31.
- CARRÉ DE MALBERG (R.)** - « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, pp. 144-161.
- « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDP*, 1931, pp. 225-244.
- CHAGNOLLAUD (D.)** - « Sherlock Holmes et l'énigme non résolue : le Conseil constitutionnel et les nouveaux modes de scrutin (Cons. const. 3 avril 2003) », *RDP*, 2003-4, pp. 931-940.
- CHARVIN (R.)** - « Le droit de suffrage, stade suprême de la démocratie ? », in *Pouvoirs et liberté. Études offertes à J. MOURGEON*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 131-151.
-

- CHATELAIN (J.)** - « Titre premier : De la souveraineté, Article 3 », in LUCHAIRE (F.), CONAC (G.), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 1979, pp. 100-120.
- CUBERTAFOND (B.)** - « Souverainetés en crise ? », *RDP*, 1989, pp. 1273-1303.
- DEBBASCH (R.), ROUX (A.)** - « L'indivisibilité de la République », in MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (Sous la direction), *La République en droit français*, Economica, « Droit public positif », 1996, pp. 59-102.
- DEHOUSSE (R.)** - « Le paradoxe de Madison : réflexions sur le rôle des Chambres hautes dans les systèmes fédéraux », *RDP*, 1990, pp. 643-676.
- DELCAMP (M.)** - « La diversification des formes et des structures étatiques », in *Les régimes politiques européens en perspective*, *Cahiers Français*, n° 268, 1994, pp. 73-85.
- DENQUIN (J.-M.)** - « Référendums consultatifs », *Pouvoirs*, 1996, n° 77, pp. 78-93.
- DIONNET (J.-P.)** - « Interrogations sur la portée du mandat représentatif : le destin des députés des territoires perdus par la France entre 1814 et 1962 », *RDP*, 2003, pp. 543-577.
- DOUMBÉ-BILLÉ (S.)** - « L'élection en droit administratif », *RDP*, 1992, pp. 1065-1102.
- DRUESNE (G.)** - « Réflexions sur la notion de pouvoirs publics en droit français », *RDP*, 1976, pp. 1149-1215.
- DUHAMEL (O.)** - « L'écriture de la République. La souveraineté », in MAUS (D.), FAVOREU (L.), PARODI (J.-L.), (Sous la direction), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Paris, Economica – P.U.A.M., 1992, pp. 657-665.
- DUPRAT (J.-P.)** « Représentation territoriale et modération politique : le Sénat français », *Revue Internationale de Politique Comparée*, vol. 6, n° 1, 1999, pp. 81-112.
- EISENMANN (C.)** - « Les fonctions des circonscriptions territoriales dans l'organisation administrative », in *Mélanges en l'honneur de M. WALINE*, Paris, L.G.D.J., 1974, t. 2, pp. 415-428.
- EMERI (C.)** - « Les partis politiques et les institutions constitutionnelles en France », *LPA*, 19 avril 1996, n° 48, pp. 9-14.
- ÉTIEN (R.)** - « Le pluralisme : un objectif de valeur constitutionnelle », *RA*, 1986, pp. 458-462.
- FAURE (B.)** - « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA*, 1998, pp. 547-552.
- FAVOREU (L.)** - « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, 1, pp. 71-89.
- « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en l'hommage de Roland DRAGO*, Paris, Economica, 1996, pp. 25-42.
- « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (Sous la direction), *La République en droit français*, Paris, Economica, « Droit public positif », 1996, pp. 231-240.
- « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles. Observations sous Conseil

constitutionnel, décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République* », *RFDA*, 2003, pp. 792-795.

FAVRET (J.-M.) - « L'intégration européenne et la France : quelques réflexions sur la divisibilité de la souveraineté », *RDP*, 1999, pp. 1741-1764.

FÉVRIER (J.-M.) - « Réflexions sur les fonctions de la souveraineté nationale dans l'histoire constitutionnelle française », *R.R.J. – Droit prospectif*, 2000-1, pp. 159-182.

FITTE-DUVAL (A.) - « Droit et pluralisme dans l'État unitaire », *RPP*, 2000, n° 1008, pp. 52-76.

FOESSEL (M.) - « La souveraineté ou la part de l'irréductible », *Esprit*, 2002, pp. 150-164.

FOUCHER (P.) - « Contrôle de constitutionnalité, droits fondamentaux, démocratie : convergences, divergences, tendances », in DELPÉRÉE (F.), FOUCHER (P.), (Sous la direction), *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 43-70.

GÉLARD (P.) - « Remarques impertinentes sur l'électeur, l'élection et l'élu », in *Mélanges P. AVRIL, La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 67-72.

GENEVOIS (B.) - « Le nouveau rôle du juge électoral », *Pouvoirs*, 1994, n° 70, pp. 69-81.

- « Le droit de vote des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales : un contrôle à quadruple détente ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 98-400 DC du 20 mai 1998 », *RFDA*, 1998, pp. 671-688.

- « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 1998, pp. 909-921.

GREWE (C.) - « L'unité de l'État : entre indivisibilité et pluralisme », *RDP*, 1998, pp. 1349-1360.

GUETTIER (C.) - « Les lois du 5 avril 2000 sur le cumul des mandats électoraux et fonctions électives », *AJDA*, 2000, pp. 427-439.

GURVITCH (G.) - « Les idées maîtresses de Maurice HAURIOU », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1931, n° 1-2, pp. 155-194.

HAMON (F.) - « Les formes d'État : essai de typologie », *RPP*, 2001, n° 103, pp. 28-35.

HAURIOU (M.) - « La souveraineté nationale », *Recueil de législation de Toulouse*, 1912, pp. 1-154.

- « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social), *Cahiers de la nouvelle journée*, Paris, Bloud & Gay, n° 4, 1925, pp. 1-45.

HÉRAUD (G.) - « La conception du pouvoir constituant dans l'œuvre de CARRÉ DE MALBERG », in FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES DE STRASBOURG, *Relations des Journées d'études en l'honneur de CARRÉ DE MALBERG. Annales de la Faculté de Droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg*, Paris, Dalloz, 1966, pp. 78-91.

HERTZOG (R.), - « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification ? », *Mélanges AMSELLEK*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 445-470

- JÉGOUZO (Y.)** - « De la loi Chevènement à la loi de démocratie de proximité », *AJDA*, 2002, pp. 281-282.
- KELSEN (H.)** - « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926 (Trad. C. EISENMANN), pp. 561-651.
- « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 197-257.
- LAQUIÈZE (A.)** - « Le territoire dans la théorie contemporaine de l'État », *RGCT*, numéro spécial, 2002, pp. 10-18.
- LE FUR (J.)** - « La souveraineté et le droit », *RDP*, 1908, pp. 389-422.
- LEMAIRE (F.)** - « Les évolutions du principe d'indivisibilité de la République », *R.R.J. – Droit prospectif*, 2001, pp. 723-762.
- « L'indivisibilité du territoire en question », *RGCT*, numéro spécial, 2002, pp. 70-79.
- LUCHAIRE (F.)** - « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, pp. 1229-1274.
- « La souveraineté », *RFDC*, 43, 2000, pp. 451-461.
- MADIOT (Y.)** - « L'aménagement du territoire et le droit », *RFDA*, 1994, pp. 891-899.
- « Vers une territorialisation du droit », *RFDA*, 1995, pp. 946-960.
- MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ (D.)** - « Proximité et décision », *RGCT*, numéro spécial, 2002, pp. 92-104.
- « Le pouvoir constituant dérivé reste souverain », *RDP*, 2003, pp. 725-739.
- MAMONTOFF (C.)** - « Réflexions sur l'expérimentation du droit », *RDP*, 1998, pp. 351-371.
- MARESCA (S.)** - « Le territoire politique », *RFSP*, 1984, pp. 449-466.
- MARTIN (P.)** - « Modes de scrutin : mythes et réalité », *Commentaire*, n° 73, 1996, pp. 85-92.
- MASCLET (J.-C.)** - « Un remède homéopatique ? Les lois sur le cumul des mandats et des fonctions électifs », *AJDA*, 1986, pp. 214-220.
- MAZÈRES (J.-A.)** - « La théorie de l'institution de Maurice HAURIOU ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoirs et liberté. Études offertes à J. MOURGEON*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 239-293.
- MEINDL (T.)** - « Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent », *RDP*, 2003, pp. 741-765.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.)** - « Le droit à l'expérimentation », in LAVROFF (D.-G.) (Sous la direction), *La République décentralisée*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 265-272.
- MILLARD (E.)** - « HAURIOU et la théorie de l'institution », *Droit et société*, n° 30/31, 1995, pp. 381-412.
- MOREAU (J.)** - « De l'expérimentation », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, n° 3, 28 octobre 2002, 1096, pp. 98-99.
- PERROCHEAU (V.)** - « L'expérimentation, un nouveau mode de création législative », *Revue française des Affaires sociales*, 2000(1), pp. 11-27.
- PISSALOUX (J.-L.)** - « Réflexions sur l'expérimentation normative », *DA*, novembre

2003, chronique n° 19, pp. 12-19.

PRÉLOT (M.) - « Autour de la théorie de l'institution », *Cahiers de la Nouvelle journée*, 1931, n° 19, pp 205-211.

PROTIÈRE (G.) - « La puissance territoriale chez Raymond CARRÉ DE MALBERG », VI^e Congrès français de droit constitutionnel, Montpellier, 9-11 juin 2005, 11 p.

RENARD (G.) - « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », in *Mélanges R. CARRÉ DE MALBERG*, Paris, Librairie E. Duchemin, 1977 (1^{ère} éd. 1933), pp. 483-499.

REVUE INTERNATIONALE DE POLITIQUE COMPARÉE - « Des Sénats », vol. 6, n° 1, 1999, Paris, Bruxelles, De Boeck & Larcier s. a., pp. 7-199.

RIALS (S.) - « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN (C.), VANDER ELST (R.) (Sous la direction), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 39-53.

- « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation », in ASSOCIATION FRANCAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris, Economica – P.U.A.M., 1990, pp. 49-69

RIGAUDIÈRE (A.) - « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs, La souveraineté*, n° 67, 1993, pp. 5-20.

RIVÉRO (J.) - « Apologie pour les "faiseurs de système" », *D.*, 1951, I, XXIII, pp. 99-102.

- « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.*, 1972, chron. XLI, pp. 265-268.

ROBERT (J.) - « Ne manier le référendum qu'avec prudence... », *RDP*, 2003, pp. 915-929.

ROSS (A.) - « Sur les concepts d'"État", d'"organes d'État" en droit constitutionnel », *Droits*, 1996, n° 23, pp. 131-144.

ROUSSEAU (D.) - « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, pp. 5-22.

ROUX (A.) - « Normes nationales et normes locales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.R.J – Droit prospectif*, 1992, n° 1, pp. 73-95.

ROUX (A.), TERNEYRE (P.) - « Principe d'égalité et droit de suffrage. France », *AJJC*, vol. V, 1989, Paris, Economica – P.U.A.M., 1991, pp. 249-293.

SADRAN (P.) - « Porté par une volonté politique, le référendum est sans doute la seule voie de restriction du cumul des mandats », *Pouvoirs locaux*, n° 25, 1995, pp. 66-69.

TANGUY (Y.) - « Manifestation de volonté et capacité de représentation locale », *Pouvoirs locaux*, n° 7, 1990, pp. 31-34.

- « L'institution dans l'œuvre de Maurice HAURIU », *RDP*, 1991, pp. 61-79.

TROPER (M.) - « "La souveraineté nationale appartient au peuple". L'article 3 de la Constitution de 1958 », in TROPER (M.), JAUME (L.) (Sous la direction), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris – Bruxelles, L.G.D.J. – Bruylant, 1994, pp. 249-262.

- TRUYOL SERRA (A.)** - « Souveraineté », *Archives de philosophie du droit*, t. XXXV, 1990, pp. 313-326.
- VEDEL (G.)** - « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, pp. 21-53.
- VERDIER (M.-F.)** - « La représentation des collectivités territoriales au Sénat », in LAVROFF (D.-G.) (Sous la direction), *La République décentralisée*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 223-264.
- VERPEAUX (M.)** - « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois de la République », *LPA*, 14 juillet 1993, n° 84, pp. 9-13.
- VIOLA (A.)** - « Le Conseil constitutionnel et la langue corse », *RFDA*, 2002, pp. 474-478.
- WEBER (A.)** - « Jurisprudence constitutionnelle étrangère. Allemagne : Le droit de vote communal des étrangers (arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale du 31 octobre 1990) », *RFDC*, n° 7, 1991, pp. 553-555.
- ZILLER (J.)** - « L'État composé et son avenir en France », *RPP*, 2001, n° 103, pp. 151-157.

Articles relatifs à la décentralisation et aux collectivités territoriales

- A.F.D.C.L.** - « Gestion et droit des collectivités locales. Nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982 », *Gaz. Communes*, cahier détaché n° 2 – 18/1692, 5 mai 2003, pp. 197-273.
- AKANDJI-KOMBE (J.-F.)** - « À propos de l'autorité des règlements intérieurs des collectivités locales à l'égard des délibérations de leurs assemblées », *LPA*, 1^{er} septembre 1997, n° 105, pp. 11-15.
- ALBERT (J.-L.)** - « Le statut des élus », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, n° 2, 21 octobre 2002, 1042, pp. 49-54.
- ALLOITEAU (S.)** - « La loi sur le fonctionnement des conseils régionaux : le renforcement par défaut de l'institution régionale », *R.R.J. – Droit prospectif*, 1998-4, pp. 1285-1318.
- ARCY (F. d')** - « Élus, fonctionnaires, citoyens : jeux de pouvoir et démocratie », *AJDA*, numéro spécial, 1992, pp. 110-114.
- AUBY (J.-B.)** - « La libre administration des collectivités locales : un principe à repenser ? », *Gaz. Communes*, 1^{er} novembre 1999, n° 1523, pp. 48-54.
- « Le Conseil d'État et l'expérimentation juridique locale », *Gaz. Communes*, n° 1612, 17 septembre 2001, p. 68.
- « Modifier la Constitution pour poursuivre la décentralisation », *Pouvoirs locaux*, n° 49,

-
- 2001, pp. 109-114.
- « Au-delà de la libre administration, quel statut constitutionnel pour les collectivités territoriales demain ? », *Gaz. Communes*, n° 1635, 4 mars 2002, pp. 68-70.
 - « La loi constitutionnelle relative à la décentralisation. Présentation générale », *DA*, avril 2003, pp. 6-10
 - « La décentralisation 2003 : le modèle français en mutation », *Pouvoirs locaux*, n° 59, IV/2003, pp. 37-41.
 - « Décentralisation et pluralisme juridique », in *Mélanges Paul AMSELLEK*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 39-52.
- AUBY (J.-F.)** - « La nouvelle organisation départementale », *AJDA*, 1982, pp. 331-338.
- « La décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ? », *AJDA*, 1984, pp. 412-419.
- AUBY (J.-M.)** - « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984, pp. 468-477.
- « Décentralisation et sources du droit », *AJDA*, numéro spécial *Décentralisation bilan et perspectives*, 1992, pp. 30-34.
- AUBRY (F.-X.), LEPAGE-JESSUA (C.)** - « Les juges administratifs face à la décentralisation », *AJDA*, 1984, pp. 370-377.
- AUXIETTE (J.)** - « La démocratie ne peut se suffire d'un bulletin de vote tous les 6 ans », *Les Cahiers du CNFPT*, 1992, n° 37, pp. 124-126.
- AUCOC (L.)** - « Les controverses sur la décentralisation administrative », *RPP*, t. IV, 1895, pp. 7-34 et pp. 227-254.
- AUTEXIER (C.)** - « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la république », *RDP*, 1981, pp. 581-620.
- BA (A.)** - « L'autonomie financière des collectivités locales et la réforme de la décentralisation », *R.R.J. – Droit prospectif*, 2004-3, pp. 1851-1860.
- BACHELET (F.)** - « Démocratie locale et coopération intercommunale (L'intercommunalité saisie par la compétition électorale) », *ACL*, Paris, C.N.R.S. Éditions, 2001, pp. 9-24.
- BACOT (G.)** - « Administrations locales et élections locales selon la Constituante », *RDP*, 1993, pp. 1017-1042.
- « L'apport de TOCQUEVILLE aux idées décentralisatrices », in GUELLEC (L.) (Textes réunis par), *TOCQUEVILLE et l'esprit démocratique*, Paris, Les Presses de Science Po, « Fait politique », 2005, pp. 203-239.
- BAGHESTANI-PERREY (L.)** - « Le pouvoir d'expérimentation normative locale, une nouvelle conception partagée de la réalisation de l'intérêt général », *LPA*, 17 mars 2004, n° 55, pp. 6-10.
- BAGHESTANI-PERREY (L.), VERPEAUX (M.)** - « Mode d'élection des conseillers régionaux et fonctionnement des conseils régionaux : enfin la réforme vient ? (À propos de la loi n° 99-36 du 19 janvier 1999 et de la décision 98-407 DC du 14 janvier 1999 du Conseil constitutionnel) », *RFDA*, 2000, pp. 109-125.
-

- BARDON (C.)** - « La réforme du fonctionnement des conseils régionaux. La loi n° 98-135 du 7 mars 1998 », *DA*, avril 1998, Chronique n° 8, pp. 7-11.
- BARILARI (A.)** - « La question de l'autonomie fiscale », *RFFP*, n° 80, 2002, pp. 77-83.
- BARTHÉLÉMY (J.)** - « Les tendances de la législation sur l'organisation administrative depuis un quart de siècle », *RDP*, 1909, pp. 114-155.
- BECET (J.-M.)** - « Étude de quelques problèmes posés par le statut de l'élu local », *Les Cahiers du C.F.P.C.*, n° 34, 1984, pp. 3-7.
- « Loi n° 92-125 du 6 février 1992 et démocratie locale », *Les Cahiers du CNFPT*, n° 37, 1992, pp. 83-97.
- « Les garanties accordées aux titulaires de mandats locaux », *RFDA*, 1992, pp. 967-977.
- BELLOUBET-FRIER (N.)** - « Les référendums municipaux », *Pouvoirs*, 1996, n° 77, pp. 163-178.
- BÉLORGEY (G.)** - « Ni République strictement unitaire, ni Fédération de régions : un État composé », *RPP*, 2001, n° 103, pp. 166-171.
- BELTRAN (M.), GENIEYS (W.)** - « État des autonomies et démocratie représentative. Jalons pour une France plus espagnole », *Pouvoirs locaux*, 2003, n° 59, pp. 117-122.
- BENOIT (L.)** - « Décentralisation et développement économique : la nouvelle répartition des compétences », *AJDA*, 2005, pp. 1878-1885.
- BÉNOIT (F.-P.)** - « Vers un renouveau de la décentralisation ? », *RDP*, 1976, pp. 981-984.
- « Les attributions générales », *Encyclopédie Dalloz des collectivités locales*, vol. IV, 1987, pp. 4012.1-4012.36.
- « Les éléments de la collectivité communale », *Encyclopédie Dalloz des collectivités locales*, 1997, pp. 133.5-33.
- « Les actes des collectivités locales », *Encyclopédie Dalloz des collectivités locales*, vol. IV, 1997, pp. 4500.1-4533.52.
- « L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 23-44.
- BÉNOIT (J.)** - « La liberté d'administration locale », *RFDA*, 2002, pp. 1065-1079.
- « La consolidation du statut des élus locaux », *RFDA*, 2003, pp. 270-273.
- BERNARD (P.)** - « Les affaires mixtes ou l'œuvre commune », *AJDA*, 1990, pp. 131-138.
- BEURDELEY (L.)** - « L'utilisation des moyens municipaux par les élus sortants et le principe d'égalité entre les candidats lors des élections municipales », *RFDA*, 1995, pp. 505-521.
- BIAREZ (S.)** - « Théorie du pouvoir local en France », *RISA*, 1988-3, pp. 425-457.
- BLATRIX (C.)** - « Le référendum local, une procédure de démocratie participative ? », in GAXIE (D.) (Sous la direction), *Luttes d'institutions – enjeux et contradictions de l'administration territoriale*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 1995, pp. 233-269.
- BON (P.)** - « Les collectivités territoriales de la République », in FAVOREU (L.), MAUS

-
- (D.), PARODI (J.-L.) (Sous la direction), *L'écriture de la Constitution*, Paris, Economica – P.U.A.M., 1992, pp. 623-643.
- « L'accès des collectivités locales au juge constitutionnel », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 45-61.
- BONAN (S.)** - « Les lois dites de "souveraineté" outre-mer », *RFDA*, 1996, pp. 1232-1238.
- BONICHOT (C.), FROMENT (E.)** - « Les compétences des collectivités locales », *LPA*, 14 mai 2001, n° 95, pp. 29-35.
- BOUFFET (M.), PERRIER (L.)** - « Département », in BÉQUET (L.), *Répertoire du droit administratif*, Paris, P. Dupont éd., 1891, p. 500.
- BOULOUIS (J.)** - « La loi n° 82-974 du 19 novembre 1982 », *AJDA*, 1983, pp. 74-80.
- BOULOUIS (J.), MOREAU (J.), AUBY (J.-F.), SADLAN (P.)** - « Une nouvelle conception institutionnelle de l'administration territoriale », *AJDA*, 1982, pp. 903-943.
- BOURDON (J.)** - « Caractère d'une fonction publique locale », *AJDA*, numéro spécial, 1992, pp. 50-54.
- « La formation des élus locaux », *RFDA*, 1992, pp. 959-966.
- BOURGET (B.)** - « La région et ses départements », *Commentaire*, n° 98, Été 2002, pp. 337-339.
- BOURJOL (M.)** - « Libre administration et décentralisation », in *Vertus et limites de la décentralisation*, Colloque des 2 et 3 mai 1985, Clermont-Ferrand, *Les Cahiers du Droit public*, 1985, pp. 61-115.
- « Fascicule n° 20 – Statut constitutionnel, Sources », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, 2000, 16 p.
- « Fascicule n° 21 – Statut constitutionnel, éléments du corps politique de l'État nation », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, 2000.
- « Fascicule n° 23 – Statut constitutionnel, exercice de la libre administration », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, 2002, 32 p.
- « Vers une prétendue subsidiarité », *AJDA*, 2003, p. 201.
- BOURJOL (M.), FAVOREU (L.)** - « Élaboration du statut : compétence exclusive de l'État ou compétence partagée ? », *Cahiers du CFPC*, n° 13, 1983, pp. V-XIV.
- BOUVIER (M.)** - « La loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances », *AJDA*, 2001, pp. 876-886.
- « De l'autonomie financière et de la libre administration des collectivités territoriales », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 28 octobre 2002, n° 1097, pp. 100-102.
- « Autonomie fiscale locale et libre administration des collectivités locales », *RFFP*, n° 81, 2003, pp. 27-41.
- BOUZELY (J.-C.)** - « Les relations entre les collectivités locales », *RA*, 1983, n° 213, pp. 284-287.
- BRARD (Y.)** - « Autonomie interne et sources du droit en Polynésie française », *AJDA*, 1992, pp. 544-561.
-

- BRIANT (V. de)** - « La gouvernance locale : du politique au juridique », *Pouvoirs locaux*, n° 55, 2002, pp. 121-126.
- BRILLIÉ (M.)** - « Les projets sur le référendum local et l'expérimentation adoptés en Conseil des ministres », *AJDA*, 2003, pp. 1020-1021.
- BRISSON (J.-F.)** - « "La France est une République indivisible... son organisation est décentralisée" », *RDP*, 2003, pp. 111-114.
- BROSSET (E.)** - « 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*, 2004, n° 60, pp. 695-739.
- BRUNAZZO (M.), ROUX (C.)** - « La démocratie régionale italienne : un modèle à nuancer », *Pouvoirs locaux*, n° 60, 2004, pp. 108-117.
- BUFFET-TCHAKALOFF (M.-F.)** - « Juges constitutionnels et découpage électoral (Allemagne fédérale, Autriche, Etats-Unis, France, Japon) », *RDP*, 1989, pp. 981-1008.
- BURDEAU (F.)** - « Affaires locales et décentralisation : évolution d'un couple de la fin de l'Ancien régime à la Restauration », in *Mélanges offerts à G. BURDEAU, Le pouvoir*, Paris, L.G.D.J., 1977, pp. 765-788.
- BURDEAU (G.)** - « La conception du pouvoir selon la Constitution française du 4 octobre 1958 », *RFSP*, 1959, pp. 87-100.
- CABANES (X.)** - « Une curiosité jurisprudentielle : les blâmes votés par les conseils municipaux », *RGCT*, n° 14, 2000, pp. 491-502.
- CADOUX (C.)** - « L'avenir de la décentralisation territoriale », *AJDA*, 1963, pp. 268-272.
- CAILLE (P.-O.)** - « Le Conseil d'État et la crise politique en Polynésie française », *RFDA*, 2005, pp. 1117-1128.
- CAILLOSSE (J.)** - « La décentralisation. Mode d'emploi », *RDP*, 1988, pp. 1229-1249.
- « L'expérience française de décentralisation et la question de la démocratie locale aujourd'hui », *Les Cahiers du CNFPT*, n° 37, 1992, pp. 70-82.
- « Contribution à une définition juridique de la décentralisation », *Pouvoirs locaux*, n° 49, 2001, pp. 103-108.
- « Ce que la Constitution française donne à voir de la démocratie locale » in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de J. MOREAU*, Paris, Economica, 2003, pp. 43-57.
- « La décentralisation, Acte moins deux », *Pouvoirs locaux*, n° 57, II/2003, pp. 7-14.
- CAMILLERI (G.), GALIAY (C.)** - « Le statut d'autonomie de la Catalogne », *RFSP*, 1980, pp. 1012-1047.
- CASTELNAU (R. de), FAY (P. de)** - « Le nouveau régime des interventions économiques des collectivités territoriales », *AJDA*, 2005, pp. 121-125.
- CHABROT (C.)** - « Démocratie et décentralisation : un couple platonique ? », *Civitas Europa*, n° 11, 2003, pp. 1-23.
- CHAGNOLLAUD (D.), MAUS (D.)** - « Réforme constitutionnelle : quel cadre pour la décentralisation ? », *La Gazette des communes, des départements et des régions*, n°

1649, 10 juin 2002, pp. 20-22.

- CHANDERNAGOR (R.)** - « Des lois municipales aux lois de décentralisation : un siècle de maires », *Pouvoirs locaux*, n° 25, 1995, pp. 60-62.
- CHAPUISAT (J.)** - « Les affaires communales », *AJDA*, 1976, pp. 470-478.
- « Libertés locales et libertés publiques », *AJDA*, 1982, pp. 349-356.
- « Autonomie territoriale et régionalisation politique », *AJDA*, 1983, pp. 60-64.
- « Chiffres d'affaire », *AJDA*, 1984, p. 577.
- CHAUMONT (C.)** - « Étude juridique sur la dissolution des conseils municipaux par le pouvoir exécutif », *RDP*, 1939, pp. 38-64.
- CHEVÈNEMENT (J.-P.)** - « Oui à la décentralisation dans la République », *RPP*, 2001, pp. 26-27.
- CHICOT (P.-Y.)** - « Les départements – régions d'outre-mer dans la révision constitutionnelle », *DA*, Chronique n° 20, décembre 2003, pp. 6-13.
- CLINCHAMPS (N.)** - « Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question », *Pouvoirs*, 2005, n° 113, pp. 73-93.
- CONNÉTABLE (F.)** - « Acte II de la décentralisation, scène 3(1) : le référendum local », *R.R.J. – Droit prospectif*, 2004, pp. 1861-1875.
- COTTEN (M.)** - « Les relations entre collectivités locales en France à l'heure de la décentralisation », *RFDA*, 1985, pp. 45-52.
- COTTERET (J.-M.)** - « Sens et non-sens de la représentation proportionnelle », in *Droit, institutions et systèmes politiques. Mélanges en hommage à Maurice DUVERGER*, Paris, P.U.F., 1987, pp. 277-282.
- COUDEVILLE (A.)** - « Plaidoyer en faveur du référendum communal », *RA*, 1978, pp. 495-506.
- COURTEJAIRE (J.-P.), VERPEAUX (M.)** - « L'élection des présidents des assemblées locales et le quorum », *AJDA*, 2004, pp. 954-958.
- CRQUI (E.)** - « La véritable nature des élections municipales », *Pouvoirs locaux*, n° 25, 1995, pp. 63-65.
- « Élections cantonales », in PERRINEAU (P.), REYNIÉ (D.) (Sous la direction), *Dictionnaire du vote*, Paris, P.U.F., 2001, pp. 356-358.
- DARNANVILLE (H.-M.)** - « L'autonomie financière et fiscale des collectivités locales passe par une réforme de leur fiscalité », *AJDA*, 2002, pp. 670-678.
- DAUGERON (B.)** - « La loi du 3 janvier 2001 et les bilans de mandat », *AJDA*, 2001, pp. 257-264.
- DELAIGUE (P.)** - « Le principe de l'élection des administrateurs locaux dans les débats de la Constituante (1789-1791) », in CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES D'HISTOIRE DES IDÉES ET DES INSTITUTIONS POLITIQUES, *Le droit et les institutions en Révolution : XVIII^e -XIX^e siècles*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., « Histoire des Institutions et des Idées Politiques », 2005, pp. 35-44.
- DELCAMP (A.)** - « La région, nouvelle collectivité territoriale. Commentaire de la loi n° 86-16 du 6 janvier 1986 relative à l'organisation des régions », *AJDA*, 1986, pp. 195-208.

- « Principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, n° 23, 1995, pp. 609-614.
- « Le modèle français de libre administration face aux autres modèles européens », *ACL* 1997, Paris, C.N.R.S. Éditions, 1997, vol. 17, pp. 73-99.
- DELON-DEMOULIN (C.)** - « Le contrôle du juge administratif sur les règlements intérieurs des assemblées locales délibérantes », *RDP*, 1996, pp. 843-865.
- DELPECH (J.)** - « Du référendum en droit public français et spécialement du référendum municipal », *RDP*, 1905, pp. 372-401.
- DERBOULLES (L.)** - « De la libre formation des élus locaux », *AJDA*, 2000, pp. 773-783.
- DERRIDJ (L.)** - « La double investiture de l'élu local, à la fois membre d'un groupe politique et représentant de sa collectivité », *Gaz. Communes*, 30 août 2004, pp. 48-51.
- DESCAMPS (F.)** - « Démocratie locale : au-delà des isolements », *Les Cahiers du CNFPT*, 1992, n° 37, pp. 122-123.
- DEVEDJIAN (P.), MAUROY (P.)** - « Décentralisation : confrontation des actes I et II », *Gaz. Communes*, n° 1717, 17 novembre 2003, pp. 60-64.
- DIETSCH (F.)** - « À propos du nouveau mode d'élection des présidents de conseil régional », *LPA*, 21 août 1998, n° 100, p. 5.
- DOAT (M.)** - « Vers une conception a-centralisée de l'organisation de la France », *RDP*, 2003, pp. 115-117.
- DOLLAT (P.)** - « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'État unitaire à l'État uni ? », *RFDA*, 2003, pp. 670-677.
- DOMENACH (J.)** - « Les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif au sein des structures intercommunales », *Les Cahiers du CNFPT*, 1995, n° 45, pp. 19-26.
- DOUENCE (J.-C.)** - « La région : collectivité à vocation générale ou spécialisée ? », *RFDA*, 1986, pp. 539-554.
- « Réflexions sur la vocation générale des collectivités locales à agir dans l'intérêt public local », in *CAISSE DES DÉPÔTS ET CONSIGNATIONS, Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, Paris, L'aube Territoire, 1999, pp. 317-342.
- « Des collectivités locales uniformes ou différenciées ? », *AJDA*, 2002, p. 465.
- DOUENCE (J.-C.), FAURE (B.)** - « Y a-t-il deux constitutions ? », *RFDA*, 2000, pp. 746-756.
- DRAGO (G.)** - « La nécessaire consécration constitutionnelle d'un pouvoir fiscal des collectivités territoriales », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de J. MOREAU*, Paris, Economica, 2003, pp. 125-137.
- DUBOIS (J.-P.)** - « Une révolution territoriale silencieuse : vers une nouvelle séparation des pouvoirs », *Esprit*, janvier 2002, pp. 122-136.
- DUPRAT (J.-P.)** - « La prudente avancée du référendum local dans la loi organique du 1^{er} août 2003 », *AJDA*, 2003, pp. 1862-1867.
- DUPOIRIER (H.)** - « Élections régionales et régionalisation : acte deux, scène

deux ? », *Pouvoirs locaux*, n° 61, 2004, pp. 3-5.

DUPUY (M.) - « Aperçu historique sur l'organisation territoriale des départements », *RA*, n° 31, 1953, pp. 9-16.

DUVAL (C.) - « La limitation du cumul des mandats et des fonctions électives », *RGCT*, n° 12, 2000, pp. 299-322.

EMERI (C.), COTTERET (J.-M.) - « Ingénierie institutionnelle et démocratie locale : quelle formule électorale ? », *Pouvoirs locaux*, 2004, n° 62, pp. 40-45.

FABERON (J.-Y.) - « Nouvelle-Calédonie : les difficultés d'un gouvernement constitué à la représentation proportionnelle », *AJDA*, 2002, pp. 113-117.

FATÔME (É.), MOREAU (J.) - « L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », *AJDA*, 1990, pp. 142-147.

FAURE (A.) - « Les petites madeleines de la démocratie différentielle », *Pouvoirs locaux*, 2004, n° 62, pp. 26-29.

FAURE (B.) - « Existe-t-il un "pouvoir local" en droit constitutionnel français ? », *RDP*, 1996, n° 6, pp. 1539-1553.

- « Le statut constitutionnel de l'élu local. Ambiguïtés et lacunes », *DA*, mars 1998, chronique n° 5, pp. 4-5.

- « Le statut constitutionnel de l'élu local », *DA*, 1998, n° 3, pp. 4-5.

- « La constitutionnalisation du droit des collectivités locales », *LPA*, 15 avril 1999, n° 75, pp. 12-13.

- « Le pouvoir réglementaire des collectivités locales », in CAISSE DES DÉPÔTS ET CONSIGNATIONS, *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, Paris, L'aube Territoire, 1999, pp. 343-359.

- « De la détermination des compétences des collectivités locales », *LPA*, 14 mai 2001, n° 95, pp. 36-40.

- « Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration du droit des collectivités locales », *Pouvoirs*, n° 99, 2001, pp. 117-133.

- « La décentralisation normative à l'épreuve du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2002, pp. 469-473.

- « Réforme constitutionnelle et décentralisation : des slogans font loi », *RDP*, 2003, pp. 119-122.

- « L'expérimentation, l'adaptation des normes nationales et les collectivités locales », in « Gestion et droit des collectivités locales. Nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982 », *Gaz. Communes*, cahier détaché n° 2 – 18/1692, 5 mai 2003, pp. 261-262.

- « L'hypothèse des bases constitutionnelles de l'établissement public territorial », *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 155-173.

FAVOREU (L.) - « Le statut des collectivités territoriales de la République et le fonctionnement des pouvoirs constitutionnels : la décision du 23 mai 1979 », *RDP*, 1979, pp. 1694-1704.

- « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, pp. 1252-1287.

- « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in MODERNE (F.) (Sous la direction), *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, 1983, pp. 15-37.
- « Libertés locales et libertés universitaires. Les décisions du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984 », *RDP*, 1984, pp. 687-730.
- « La région au regard du droit constitutionnel », *RFDA*, 1986, pp. 535-538.
- « La problématique constitutionnelle des projets de réforme des collectivités locales », *RFDA*, 1990, pp. 399-405.
- « Le cadre constitutionnel de la démocratie locale », *Les cahiers du CNFPT*, 1995, n° 44, pp. 26-29.
- « Actualité des collectivités locales devant le juge constitutionnel », in AUBY (J.-B.), FAURE (B.) (Sous la direction), *Les collectivités locales et le droit. Les mutations actuelles*, Paris, Dalloz, « Actes », 2001, pp. 41-45.
- (Dossier coordonné par) « Une réforme d'envergure », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, n° 3, 28 octobre 2002, 1094-1098.
- « La loi, le règlement et les collectivités territoriales », *AJDA*, 2002, p. 561.
- « La notion constitutionnelle de collectivité territoriale », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de J. MOREAU*, Paris, Economica, 2003, pp. 155-163
- FAVOREU (L.), ROUX (A.)** - « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, 2002, pp. 88-92.
- FERRARI-BREEUR (C.)** - « La participation du public aux décisions des collectivités », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, n° 4-5, 4-11 novembre 2002, 1110, pp. 132-136.
- FÉVROT (O.)** - « Peut-on transposer le schéma "P.L.M." aux agglomérations ? », *Pouvoirs locaux*, 1999, n° 42, pp. 43-50.
- FIALAIRE (J.)** - « Règles constitutionnelles et différenciation statutaire entre collectivités territoriales », *RA*, 1991, pp. 325-329.
- « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales. Entre classicisme juridique et nouveau droit *managérial* », *Pouvoirs locaux*, 2003, n° 59, pp. 47-52.
- FLAMAND-LÉVY (B.)** - « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'État », *RFDA*, 2004, pp. 59-68.
- FONDRAZ (L.)** - « Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales. Approche comparatiste », *RA*, 1999, n° 307, pp. 56-64.
- FOREY (E.)** - « Le droit de pétition aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales. Réflexions sur l'article 72-1 alinéa 1 de la Constitution », *RDP*, 2005, pp. 151-169.
- FOUGEROUSE (J.)** - « Le pouvoir législatif régional et l'unité de la République en Italie », *RGCT*, numéro spécial, 2002, pp. 80-90.
- FOURRÉ (J.)** - « La région au regard du droit constitutionnel », *RFDA*, 1986, pp. 526-535.
- FRANCOU (J.-P.)** - « Le référendum local. Heurs et malheurs », *DA*, chron. n° 13,

juillet 2000, pp. 4-8.

- FRAISSE (R.)** - « Les modes d'interprétation du Conseil constitutionnel : retour sur le référendum local », *JCP Collectivités territoriales – Intercommunalité*, novembre 2004, pp. 6-7.
- FRIER (P.-L.)** - « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA*, 2003, pp. 559-563.
- FRIMAT (I.)** - « Conseils de quartier : un bilan en demi-teinte », *Gaz. Communes*, n° 1715, 3 novembre 2003, pp. 38-43.
- GALLAND (J.-M.)** - « L'autonomie financière des collectivités locales : l'arlésienne du XXI^e siècle ? », *RFFP*, n° 81, 2003, pp. 73-75.
- GATTEGNO (H.)** - « Élections de mars 2004 : bilan d'une remise en ordre », *RPP*, 2004, n° 1029-1030, pp. 2-7.
- GESLOT (C.)** - « La loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2003, pp. 793-807.
- GLASER (E.)** - « La notion d'intérêt public local », *RLCT*, 2005, n° 2, pp. 20-22.
- GLÉNARD (G.)** - « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du *Code de justice administrative* », *AJDA*, 2003, pp. 2008-2017.
- GOHIN (O.)** - « Sur les collectivités locales : quel nouveau droit constitutionnel des collectivités territoriales ? », *RDP*, 2002, pp. 441-457.
- « L'adoption en termes identiques du projet de réforme constitutionnelle de la décentralisation », *LPA*, 3 janvier 2003, n° 3, pp. 4-8.
- « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État en France », *AJDA*, 2003, pp. 522-528.
- « Pouvoir législatif et collectivités locales », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de J. MOREAU*, Paris, Economica, 2003, pp. 177-193.
- GOHIN (O.), JOYAU (M.)** - « L'évolution institutionnelle de la Polynésie française », *AJDA*, 2004, pp. 1242-1252.
- GROPPI (T.)** - « Le régionalisme italien aujourd'hui : un État régional à tendance municipale », *RFDC*, 2000, n° 43, pp. 481-492.
- GROUD (H.)** - « Questions sur le droit des interventions économiques des collectivités territoriales », *AJDA*, 2005, p. 457.
- GRUBER (A.)** - « La réforme des conseils régionaux », *LPA*, 12 février 1999, n° 31, pp. 9-17.
- GUÉRARD (S.)** - « La démocratie locale en questions », *RDP*, 2004, pp. 1291-1326.
- GUILLAUME (M.)** - « Pouvoir municipal et financement de la vie politique », *Pouvoirs*, 1995, n° 73, pp. 53-67.
- GUILLAUME-HOFNUNG (M.)** - « Fascicule n° 520 – Référendum local », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, août 1994, 13 p.
- GUILLOT (M.)** - « Le gouvernement municipal de Thouret. À propos d'un projet méconnu », in GAILLARD (M.) (Sous la direction), *Institutions et territoire*, Lyon, P.U.L., 1993, pp. 31-60.
- HAÏM (V.)** - « Référé liberté et administration des collectivités territoriales », *AJDA*,

2005, pp. 810-813.

HAQUET (A.) - « Légitimité démocratique et valeur constitutionnelle de la libre administration locale », *R.R.J. – Droit prospectif*, 1998-2, pp. 599-607.

HAURIOU (M.) - « Décentralisation », in *Répertoire du droit administratif Léon BÉQUET*, Paris, P. Dupont, 1882, pp. 471-491.

HÉLIN (J.-C.) - « La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit », *RFDA*, 1987, pp. 765-777.

- « Le contrôle de légalité des actes locaux en France. Entre mise en cause et remise en ordre », *AJDA*, 1999, pp. 767-775.

HERTZOG (R.) - « Décentralisation : de l'organisation, de la gestion ou du pouvoir administratif ? », *AJDA*, 2002, p. 1149.

- « L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales », *AJDA*, 2003, pp. 548-558.

- « L'autonomie fiscale des collectivités territoriales : beaucoup de bruit... pour quoi ? », *AJDA*, 2003, p. 2057.

- « La Constitution financière de l'État décentralisé », *ACL 2004. Réforme de la décentralisation, réforme de l'État*, Paris, CNRS Éditions, 2004, pp. 171-190.

- « La loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales : précisions et complications », *AJDA*, 2004, pp. 2003-2012.

HOEFFEL (D.) - « La coopération entre les régions et les départements », *D.*, 1990, chron. XXXVI, pp. 215-218.

HOURCADE (M.) - « Approche sémiologique de la décentralisation », *RDP*, 1996, pp. 187-201.

HOUTER (C.) - « Révolution et décentralisation : légendes et réalités », *LPA*, n° 12 et 15, 27 janvier et 3 février 1989, pp. 23-27 et 19-26.

I.F.S.A. - « Variations juridiques sur la région », *Cahiers français*, n° 284, janv.-février 1982, pp. 25-28.

JAN (P.) - « Modes de scrutin régional et européen et financement des partis politiques », *AJDA*, 2003, pp. 939-947.

- « Éloge du référendum », *La Lettre du cadre territorial*, n° 267, 15 janvier 2004, p. 3.

JANICOT (L.) - « Réflexions sur la notion de *compétences propres* appliquée aux collectivités territoriales en droit français », *AJDA*, 2004, pp. 1574-1583.

JÉGOUZO (Y.) - « L'amorce d'un statut de l' élu local. Commentaire de la loi n° 92-108 relative aux conditions d'exercice des mandats locaux », *AJDA*, 1992, pp. 427-435.

JÈZE (G.) - « Observations critiques sur les décisions dites souveraines des conseils généraux », *RGA*, 1897, pp. 129-146.

JOYE (J.-F.) - « La notion de "chef de file" en droit des collectivités locales », *JCP Collectivités territoriales – Intercommunalité*, juillet 2003, chronique n° 9, pp. 12-17.

KADA (N.) - « L'Acte II de la décentralisation et le principe d'égalité », *RDP*, 2005, pp. 1273-1302.

KOUBI (G.) - « La délibération, manifestation de volonté dans le droit des collectivités locales », *LPA*, 12 juin 1992, n° 71, pp. 4-10.

-
- « Le "vice propre à la délibération" dans le droit de la décentralisation », *AJDA*, 1992, pp. 779-784.
- KRIEGER (A.)** - « La région et le pouvoir », in *Mélanges offerts à G. BURDEAU, Le pouvoir*, Paris, L.G.D.J., 1977, pp. 825-845.
- LACHAUME (J.-F.)** - « Libre administration ou décentralisation ? », in « Gestion et droit des collectivités locales. Nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982 », *Gaz. Communes*, cahier détaché n° 2 – 18/1692, 5 mai 2003, pp. 200-202.
- « Contrôle administratif de légalité. Introduction générale et personnes morales concernées », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, fasc. n° 910, 2004 (Refondu par E. AUBIN), 19 p.
- « Contrôle administratif de légalité. Différents types de contrôle », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, fasc. n° 911, 2004 (Refondu par E. AUBIN), 32 p.
- « Contrôle administratif de légalité. Objets et effets », *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, fasc. n° 912, 2004 (Refondu par E. AUBIN), 24 p.
- LANDBECK (D.)** - « La mesure de l'intérêt local à l'aune de l'extraterritorialité », *RGCT*, n° 21, janv.-février 2002, pp. 16-24.
- « L'information des assemblées délibérantes locales : enjeux et difficultés », *AJDA*, 2003, pp. 1138-1144.
- LANDEL (P.-A.)** - « Le département et la démocratie locale : la fin des fiefs », *Pouvoirs locaux*, n° 62, 2004, pp. 74-78.
- LANGROD (G.)** - « Le "gouvernement local", fondement ou apprentissage de la démocratie », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1952, pp. 223-235. **LASSALE (J.-P.)** - « Réflexions sur les structures régionales », *D*, 1967, Chronique XIX, pp. 177-182.
- LAUBADÈRE (A. de)** - « Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale. À propos des groupements de collectivités territoriales », in *Mélanges offerts à P. COUZINET*, Toulouse, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1974, pp. 410-447.
- LAYER (F.)** - « Histoire d'une rencontre : décentralisation et Constitution », *R.R.J. – Droit prospectif*, 2003, pp. 1107-1144.
- LE GALL (G.)** - « Régionales et cantonales 2004 : le retour de la gauche deux ans après le 21 avril », *RPP*, 2004, n° 1029-1030, pp. 8-26.
- LE GLOAN (J.)** - « Le règlement intérieur des assemblées délibérantes locales. Bilan des évolutions jurisprudentielles », *R.R.J. – Droit prospectif*, 1999-4, pp. 1311-1323.
- LERIQUE (F.)** - « La loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité. Les petits pas de la décentralisation », *ACL. L'organisation territoriale de la France, demain*, Paris, CNRS Éditions, 2002, pp. 347-362.
- LE MAITRE (D.)** - « Relations de pouvoir et de contrôle du maire et du conseil municipal dans les communes rurales. Une étude sur le terrain », in LE DUFF (R.), RIGAL (J.-J.) (Sous la direction), *Démocratie et management local. V^{es} Rencontres ville – management*, Paris, Dalloz, « Études », 2003, pp. 65-87.
- LE ROUX (M.)** - « Information des élus locaux et participation à la prise de décision. Développements récents », *RGCT*, n° 11, 2000, pp. 203-219.
-

- LE SAOUT (R.)** - « L'intercommunalité, un pouvoir inachevé », *RFSP*, 2000, pp. 439-461.
- « De l'autonomie fonctionnelle à l'autonomie politique. La question de l'élection des délégués des établissements intercommunaux », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2001, n° 140, pp. 73-79.
- L'HÔTE (V.)** - « La "forme républicaine du Gouvernement" à l'épreuve de la révision constitutionnelle de mars 2003 », *RDP*, 2004, pp. 111-138.
- LIGOU (D.)** - « À propos de la Révolution municipale », *Revue d'histoire économique et sociale*, 1960, pp. 146-177.
- LINDITCH (F.)** - « Référendum local et démocratie représentative », *LPA*, 24 avril 1992, n° 50, pp. 3-7.
- LLORENTE (F. R.)** - « Les relations entre le pouvoir central et les pouvoirs territoriaux », *RFDA*, 1986, pp. 1-19.
- LOGÉAT (C.)** - « L'autonomie fiscale des collectivités locales, un combat perdu ? », *LPA*, n° 253, 19 décembre 2002, pp. 4-15.
- LUCHAIRE (F.)** - « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », *RDP*, 1982, pp. 1543-1566.
- « L'émergence d'un droit constitutionnel de la décentralisation », *AJDA*, numéro spécial *Décentralisation bilan et perspectives*, 1992, pp. 25-29.
- « La souveraineté », *RFDC*, 43, 2000, pp. 451-461.
- LUCHAIRE (F.), LUCHAIRE (Y.)**, - « Réflexions sur le principe de libre administration des collectivités territoriales », in *Mélanges ROBERT, Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 165-176.
- MABILEAU (A.)** - « Les institutions locales et les relations centre – périphérie », in GRAWITZ (M.), LECA (J.), *Traité de science politique*, t. 2, Paris, P.U.F., 1985, pp. 553-598.
- « L'élu local : nouveau professionnel de la République », *Pouvoirs*, 1992, n° 60, pp. 67-78.
- « Démocratie locale », in DUHAMEL (O.), MÉNY (Y.) (Sous la direction), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, pp. 291-293.
- « De la monarchie municipale à la Française », *Pouvoirs*, n° 73, 1995, pp. 7-17.
- MABILEAU (A.), SADRAN (P.)**, - « Administration et politique au niveau local », in BAECQUE (F. de), QUERMONNE (J.-L.) (Sous la direction), *Administration et politique sous la V^e République*, Paris, Presses nationales de la F.N.S.P., 1981, pp. 257-287.
- MADIOT (Y.)** - « Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales », *RFDA*, 1996, pp. 964-972
- MALIGNER (B.)** - « Les pouvoirs du juge dans le contentieux des élections locales », *Les Cahiers du CNFPT*, n° 34, 1991, pp. 43-53.
- MARCÈRE (L.-E. de)** - « Lettre sur la décentralisation », *RPP*, 1895, pp. 1-6.
- MARCOU (J.)** - « Décentralisation : le retour du politique. Histoire d'une non réforme électorale », *Les Cahiers du CNFPT*, n° 34, 1991, pp. 21-28.

-
- « L'expérience française de régionalisation (la décentralisation régionale dans l'État unitaire) », *Mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT, L'État de droit*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 505-519.
- « Le principe d'indivisibilité de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2001, pp. 45-59.
- MARREL (G.)** - « Le cumul des mandats contre la démocratie locale ? », *Pouvoirs locaux*, n° 62, 2004, pp. 122-128.
- MASCLET (J.-C.)** - « Le renouvellement des conseils généraux et des conseils régionaux (Loi du 11 décembre 1990. Chron. de législ.) », *AJDA*, 1991, pp. 456-460.
- « Un remède homéopathe ? Les lois sur le cumul des mandats et des fonctions électifs », *AJDA*, 1986, pp. 214-220.
- MAUS (D.)** - « Unité, indivisibilité, uniformité, les piliers de la République », *RPP*, 2001, n° 103, pp. 163-165.
- MAZÈRES (J.-A.)** - « Une dialectique entre l'un et le multiple », *Cahiers français*, n° 284, janv.-février 1982, pp. 7-10.
- « Les collectivités locales et la représentation », *RDP*, 1990, pp. 607-642.
- « Essai d'analyse archéologique de la décentralisation », *Les cahiers du LERASS*, n° 21, 1990, pp. 93-115.
- MÉDARD (J.-F.)** - « Les communautés urbaines : renforcement ou déclin de l'autonomie locale ? », *RDP*, 1968, pp. 737-800.
- MELLA (E.), KISSANGOULA (J.)** - « Le vrai visage de la décentralisation », *RGCT*, n° 23, mai-juin 2002, pp. 179-189.
- MELONI (G.)** - « Le système des pouvoirs régionaux et locaux italiens entre réformes législatives et révisions constitutionnelles », in *ACL, La démocratie locale*, Paris, Éd. du CNRS, 2001, pp. 213-231.
- MÉNY (Y.)** - « Initiative populaire, référendum et *recall* dans les États américains », *Pouvoirs*, 1978, n° 7, pp. 107-113.
- « La République des fiefs », *Pouvoirs*, 1992, n° 60, pp. 17-24.
- MERCIAI (P.), SAINT-OUEN (F.)** - « Sur la notion juridique de région », *RDP*, 1987, pp. 1295-1324.
- MEYER (F.)** - « Les élections régionales de 1998 devant le juge électoral : bilan jurisprudentiel », *LPA*, 6 avril 1999, n° 68, pp. 12-15 et 7 avril 1999, n° 69, pp. 4-10.
- « Quel seuil minimal pour la validité du référendum local ? », *Gaz. Communes*, n° 1697, 9 juin 2003, p. 50.
- « La Corse, un laboratoire pour la décentralisation », *Gaz. Communes*, n° 1700, 30 juin 2003, pp. 22-23.
- « Des bulletins irréguliers peuvent entacher la sincérité du vote », *Gaz. Communes*, 8 novembre 2004, p. 55.
- MICHALON (T.)** - « La République Française, une fédération qui s'ignore ? », *RDP*, 1982, pp. 623-688.
- « La République et sa périphérie. La légitimité par la décentralisation ? », in *La profondeur du droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 329-346.
-

MITTERRAND (F.) - « L'organisation territoriale de la France : histoire et devenir », *RPP*, n° 946, 1990, pp. 4-10.

MODERNE (F.) - « La portée de l'autonomie fiscale des collectivités locales », *AJJC* 1987, vol. III, Paris, Economica – P.U.A.M., 1989, pp. 524-527.

- « Les régions autonomes dans la jurisprudence constitutionnelle du Portugal (Contribution à une étude du régionalisme politique en Europe occidentale », in BON (P.) (Sous la direction), *La justice constitutionnelle au Portugal*, Paris, Economica, « Droit public positif », 1989, pp. 327-377.

MONTAIN-DOMENACH (J.) - « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, 2002, pp. 118-123.

MORAND-DEVILLER (J.) - « Le projet de loi sur le développement des responsabilités des collectivités locales. Pragmatisme et scepticisme face à un " grand dessein" », *JCP*, 1979, I, 2958.

- « La participation ne se décrète pas », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, n° 4-5, 4-11 novembre 2002, pp. 130-131.

MOREAU (J.) - « La commune et la loi du 2 mars 1982 », *AJDA*, 1982, pp. 307-331.

- « Aspects des réformes institutionnelles », *AJDA*, 1987, pp. 163-169.

- « L'état civil des communes, des départements et des régions », in *Études offertes à J.-M. AUBY*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 431-441.

MORENO (A.-M.) - « La « parlementarisation » des communes en Espagne », in *ACL*, Paris, C.N.R.S. Éditions, 2001, pp. 189-194.

MULLER-QUOY (I.) - « Le renouveau de la notion juridique d'agglomération », *AJDA*, 2000, pp. 197-204.

- « L'élu local : nouveau statut, nouveau droit », *AJDA*, 2002, pp. 283-290.

MURSWIECK (A.) - « La représentation comme processus politique. Réflexions sur les institutions et les modalités de la représentation politique en république fédérale d'Allemagne », in ARCY (F. d') (Sous la direction), *La représentation*, Paris, Economica, « Politique comparée », 1985, pp. 163-173.

MUZELLEC (R.) - « Développement local et autonomie de gestion des collectivités locales », *RFFP*, 1986, n° 13, pp. 39-50.

- « Qu'est-ce que l'autonomie financière des collectivités territoriales... », *LPA*, 16 janvier 1991, n° 7, pp. 19-25.

- « Le "49-3 régional" : une procédure extraordinaire mais temporaire », *LPA*, 20 juin 2000, n° 122, pp. 9-19.

- « Le droit financier local précurseur du droit financier national », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de J. MOREAU*, Paris, Economica, 2003, pp. 325-335.

ORSONI (G.) - « Autonomies financières et fiscales. Brèves réflexions à partir des exemples espagnol et italien », *RFFP*, n° 80, 2002, pp. 103-115.

OTSU (H.) - « "État de droit", contrôle juridictionnel de légalité et pouvoir normatif autonome local au Japon », *RFDC*, 2006, pp. 13-35.

-
- PAOLETTI (M.)** - « La démocratie locale figée par le Sénat », *Pouvoirs locaux*, n° 62, 2004, pp. 115-121.
- PAULIAT (H.)** - « La régionalisation demain, question de pouvoir ou de territoire ? », in « Gestion et droit des collectivités locales. Nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982 », *Gaz. Communes*, cahier détaché n° 2 – 18/1692, 5 mai 2003, pp. 208-213.
- PAYRE (R.)** - « La municipalisation du mode de scrutin régional », *VIII^{es} Rencontres juridiques*, Lyon, Préfecture du Rhône, octobre 2004, 5 p. (non publié).
- PEISER (G.)** - « La collectivité départementale », in *Encyclopédie Dalloz des collectivités territoriales*, t. 2, 1999, fasc. 1610, 20 p. (Mise à jour 2002).
- PELLET (R.)** - « Les enjeux politiques de la décentralisation financière », *RDP*, 1991, pp. 1351-1384
- PEREAU (J.-L.)** - « Quelle perspective pour le référendum communal en France après l'adoption de la loi sur l'organisation de l'administration territoriale ? », *LPA*, 21 septembre 1992, n° 114, pp. 9-19.
- PERRIN (B.)** - « La place du département dans la décentralisation : une prééminence contestée », *RA*, 1985, n° 228, pp. 547-561.
- PERU (J.-L.)** - « La loi Chevènement méconnaît-elle le principe de libre administration des collectivités territoriales ? », *Gaz. Communes*, 3 juillet 2000, n° 1557, pp. 48-54.
- PEYRICAL (J.-M.)** - « Réflexions autour de la sphère des compétences particulières des communes », *D.*, 1998, Chron., pp. 341-344.
- PHILIP (O.)** - « Régionalisation : déconcentration et décentralisation », in *Itinéraires, Études en l'honneur de Léo HAMON*, Paris, Economica, « Politique comparée », 1982, pp. 525-536.
- « Les garanties constitutionnelles du pouvoir financier local », *RFDA*, 1992, pp. 453-462.
- « L'autonomie financière des collectivités territoriales », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, 2002, p. 96.
- PIASTRA (R.)** - « Réforme du scrutin régional : quelles conséquences ? », *RPP*, 2003, n° 1024-1025, pp. 61-72.
- PICHON (C.)** - « La loi du 19 janvier 1999 relative aux conseils régionaux », *RGCT*, n° 6, 1999, pp. 303-310.
- POCHARD (M.)** - « La maladie infantile de la décentralisation », *AJDA*, 2002, p. 829.
- PONCELET (C.)** - « La décentralisation, nouvelle frontière de la République », *JCP collectivités territoriales – Intercommunalité*, novembre 2004, p. 3.
- PONTIER (J.-M.)** - « *Semper manet*. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, pp. 1443-1472.
- « Les anamorphoses de la décentralisation », *LPA*, n° 137 13 novembre 1992, pp. 4-8 et n° 139, 18 novembre 1992, pp. 19-23.
- « Libres interrogations sur l'organisation et la libre administration des collectivités territoriales locales », *RA*, 1994, pp. 61-70.
- « La décentralisation territoriale dans les réflexions sur la réforme de l'État », *RA*, n°
-

- 286, 1995, pp. 408-414.
- « La décentralisation territoriale et les modes de scrutin », *RA*, 1996, n° 292, pp. 426-432.
 - « La décentralisation, une construction inachevée », *RA*, 1997, n° 296, pp. 182-190.
 - « La décentralisation souhaitée, un horizon chimérique », *RA*, 1997, n° 297, pp. 310-318.
 - « Où vont les collectivités locales ? », *RA*, 1998, n° 301, pp. 164-178.
 - « Les régions entre souvenirs et avenir », *RA*, 1998, n° 302, pp. 297-307.
 - « Le vote des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales », *RA*, 1998, n° 304, pp. 510-516.
 - « La régionalisation des élections régionales », *RA*, 1999, n° 308, pp. 175-181.
 - « Les réformes du fonctionnement des conseils régionaux », *RA*, 1999, n° 309, pp. 295-303.
 - « Sur d'éventuelles précisions constitutionnelles relatives à la libre administration », *RA*, 2000, n° 316, pp. 385-391.
 - « L'emprunt des techniques du droit constitutionnel par le droit des collectivités territoriales », in AUBY (J.-B.), FAURE (B.) (Sous la direction), *Le droit des collectivités locales. Les mutations actuelles*, Paris, Dalloz, « Actes », 2001, pp. 65-91.
 - « Un chantier repris et toujours inachevé : le statut des élus locaux », *RA*, 2002, n° 323, pp. 504-513.
 - « La démocratie de proximité : les citoyens, les élus et les décisions locales », *RA*, 2002, n° 326, pp. 160-168.
 - « La démocratie de proximité : de la démocratisation appliquée aux élus », *RA*, 2002, n° 327, pp. 280-288.
 - « Pour une reconnaissance de la notion de collectivité chef de file », *RA*, 2002, n° 328, pp. 402-407.
 - « Pourquoi de nouvelles lois de décentralisation », *RA*, 2002, n° 329, pp. 503-512.
 - « L'administration territoriale : le crépuscule de l'uniformité ? », *RA*, 2002, n° 330, pp. 628-638.
 - « La décentralisation territoriale en France au début du XXI^e siècle », *RGCT*, 2002, n° 22, pp. 87-110.
 - « À propos de la loi "démocratie de proximité". Transferts et aménagement de compétences », *JCP Collectivités territoriales – Intercommunalité*, 2002, chron. n° 14, pp. 4-5.
 - « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, pp. 1715-1723.
 - « Actualité, continuité et difficulté des transferts de compétences entre l'État et les collectivités territoriales », *RFDA*, 2003, pp. 35-46.
 - « La République décentralisée de J.-P. RAFFARIN », *RA*, 2003, n° 332, pp. 187-195.
 - « Élections régionales : les nouvelles règles », *RA*, 2003, n° 334, pp. 403-412.

-
- « Les nouvelles compétences de la région », *AJDA*, 2004, pp. 1968-1977.
 - « Le projet de loi sur les responsabilités locales », *RA*, 2004, n° 339, pp. 298-307.
 - « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 365-394.
 - « Le report des élections locales et sénatoriales », *RA*, 2006, n° 349, pp. 70-78.
 - PORTELLI (H.)** - « Élections régionales et structures locales des partis », *Pouvoirs locaux*, 1992, n° 13, pp. 89-91.
 - « Décentraliser en réformant la Constitution », *Commentaires*, n° 98, Été 2002, pp. 321-336.
 - « L'opposition dans les assemblées locales », *Pouvoirs*, 2004, n° 108, pp. 137-143.
 - POTIER (V.)** - « Quelle place pour le citoyen dans la décentralisation ? », *Gaz. Communes*, Cahier détaché n° 2 – 25/1747, 21 juin 2004, 33 p.
 - PRÉLOT (M.)** - « Les « collectivités territoriales » métropolitaines et la Constitution de 1946 », *RA*, 1953, pp. 7-8.
 - PROTIÈRE (G.)** - « Le scrutin départemental : territorialisation versus représentation », in BLACHÈRE (P.) (Sous la direction), *Le canton*, Lyon, L'Hermès, « Actes de colloque », 2004, pp. 151-185.
 - QUILLIEN (P.-J.)** - « Note sous Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et dans représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 12 mai 2003, n° 20, pp. 631-632, 1460.
 - RAMALHO (A.)** - « Étude historique sur le référendum », *Revue générale d'administration*, 1892, t. 3, pp. 129-145 & 287-301.
 - RANNEY (A.)** - « Référendum et démocratie », *Pouvoirs*, 1996, n° 77, pp. 7-19.
 - RAYMOND (P.)** - « L'autonomie financière des collectivités locales et le Conseil constitutionnel », *RFFP*, n° 81, 2003, pp. 43-72.
 - REGOURD (S.)** - « Le modèle français de décentralisation : aspects politico-administratifs », *Annales de l'Université des sciences sociales Toulouse 1*, t. XXXVI, 1988, pp. 85-103.
 - « L'autonomie communale : des vicissitudes de la théorie juridique aux enseignements de l'histoire », *Pouvoirs locaux*, n° 1, 1989, pp. 70-77.
 - « De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie », *RDP*, 1990, pp. 961-987.
 - RÉMOND (B.)** - « Réforme des modes de scrutin : timidités et ambiguïtés », *Pouvoirs locaux*, n° 38, 1998, pp. 16-22.
 - « La décentralisation aujourd'hui, un dessein politique sans dessin institutionnel », *Cahiers français*, 1999, n° 293, pp. 12-18.
 - « La décentralisation, qui permet de vivifier notre système de représentation, constitue une réponse à la crise actuelle... », *Pouvoirs locaux*, n° 3, 1989, pp. 84-93.
 - RIHAL (H.)** - « Le référendum communal, bilan et perspectives », *RFDA*, 1996, pp. 452-459.
-

- « La réforme du fonctionnement des conseils régionaux », *RFAP*, janv.-mars 1998, n° 85, pp. 126-131.
- « Les conséquences de la réforme des modes d'élection et de fonctionnement des conseils régionaux », *RFAP*, 1999, n° 89, pp. 182-188.
- RIVÉRO (J.)** - « Le maire, exécuter des délibérations du conseil municipal », *Revue critique de législation*, 1937, pp. 535-605.
- « Fédéralisme et décentralisation : harmonie ou contradiction ? », in LAUBADÈRE (A. de), MATHIOT (A.), RIVÉRO (J.), VEDEL (G.), *Pages de doctrine*, Paris, L.G.D.J., 1980, t. 1, 610 p.
- ROHR (J.)** - « L'idée de la décentralisation dans la pensée politique française », in *Vertus et limites de la décentralisation*, colloque des 2 et 3 mai 1985, Clermont-Ferrand, *Les Cahiers du Droit public*, 1985, pp. 21-36.
- ROIG (C.)** - « Théorie et réalité de la décentralisation », *RFSP*, 1966, pp. 445-471.
- ROLLAND (L.)** - « La démocratie et la décentralisation en France », *Cahiers de la nouvelle journée*, Paris, Bloud & Gay, n° 4, 1925, pp.128-163.
- ROMI (R.)** - « "Que toutes les îles se ressemblent !" À propos de la loi du 10 juin 2003 organisant une consultation des électeurs en Corse », *AJDA*, 2003, pp. 1340-1342.
- ROSANVALLON (P.), MAZÈRES (J.-A.), MOREAU (J.)** - « Le processus de décentralisation », *AJDA*, numéro spécial *Décentralisation bilan et perspectives*, 1992, pp. 6-18.
- ROUAULT (M.-C.)** - « Réflexion sur les vœux d'intérêt communal », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 6 mars 2006, n° 10, pp. 297-301.
- ROUX (A.)** - « Le découpage des circonscriptions administratives et électorales devant le Conseil d'État », *AJDA*, 1983, pp. 219-231.
- « Le découpage des circonscriptions électorales », *Les Cahiers du CNFPT*, n° 34, 1991, pp. 29-35.
- « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *RFDA* 1992, pp. 435-452.
- « Libre administration locale et principe d'égalité », in MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (Sous la direction), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica – P.U.A.M., « Droit public positif », 1998, pp. 105-116.
- « Le contrôle de l'État : légalité, égalité, liberté », in LE POURHIET (A.-M.), *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica – P.U.A.M., 1999, pp. 73-90.
- « Le pouvoir normatif des collectivités locales, état de la question », in « Gestion et droit des collectivités locales. Nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982 », *Gaz. Communes*, cahier détaché n° 2 – 18/1692, 5 mai 2003, pp. 257-261.
- SADRAN (P.)** - « La région en devenir. Commentaire du Titre III de la loi du 2 mars 1982 », *AJDA*, 1982, pp. 339-343.
- « Les premières élections régionales. Remarques sur une espérance trahie », *AJDA*, 1986, pp. 209-213.
- « La troisième élection régionale : un jeu à somme négative », *RGCT*, n° 1, 1998, pp. 43-51.

-
- « La "République des proximités" contre la démocratie participative », *Pouvoirs locaux*, n° 59, 2003, pp. 52-57.
- « La mise en débat de la démocratie locale », *Pouvoirs locaux*, n° 62, 2004, pp. 30-39.
- SAINT-OUEN (F.)** - « Réflexions sur la démocratie référendaire », *Pouvoirs*, n° 51, 1989, pp. 133-142.
- SAUVAGEOT (F.)** - « Pouvoir exécutif et pouvoir délibérant dans les collectivités territoriales françaises », *ACL*, Paris, C.N.R.S. Éditions, 2001, pp. 25-43.
- SAVARY (G.)** - « La "troisième voie" : une agglomération fédérale ? », *Pouvoirs locaux*, n° 42, 1999, pp. 51-54.
- SORBETS (C.)** - « Est-il légitime de parler d'un présidentialisme municipal ? », *Pouvoirs*, n° 24, 1983, pp. 105-116.
- SOUBELET (P.)** - « Du bon usage des référendums locaux. L'exemple de la commune d'Avrillé », *RA*, 1993, pp. 156-158.
- SUEUR (V.)** - « Sur quelques décisions récentes en matière municipale », *RA*, 1996, n° 276, pp. 569-576.
- TANGUY (Y.)** - « La motion de défiance dans le statut de la Corse. Vers une mise en jeu de la responsabilité des exécutifs devant les assemblées locales ? », *RA*, 1992, pp. 121-125.
- TENZER (N.)** - « L'État garant ou l'impensé de la décentralisation », *Pouvoirs locaux*, n° 59, 2003, pp. 77-82.
- TERNEYRE (R.)** - « Légalité et illégalité des décisions de nature politique des collectivités locales », *RA*, 1989, pp. 538-540.
- TERRAZZONI (A.)** - « Une réforme en trompe l'œil ? », *AJDA*, 1987, pp. 203-209.
- THOENIG (J.-C.)** - « Séparons les pouvoirs exécutif et législatif au sein de la commune », *Pouvoirs locaux*, n° 25, 1995, pp. 70-74.
- TOUVET (L.)** - « Comment procéder à un découpage cantonal ? (À propos des arrêts d'Assemblée du Conseil d'État du 21 janvier 2004, *Guinde et Département des Bouches-du-Rhône, Mme Boulanger*) », *RFDA*, 2004, pp. 506-517.
- TRAORÉ (S.)** - « Feu vert pour les référendums locaux d'initiative populaire en matière d'aménagement (Commentaire du décret n° 96-1128 du 17 décembre 1996) », *LPA*, 7 février 1997, n° 17, pp. 8-12.
- TRÉGUIER (M.-L.)** - « Flux et reflux de la décentralisation », *RFDA*, 1994, pp. 703-711.
- TSIROPINAS (D.-G.)** - « Aspects des problèmes de la centralisation et de l'autonomie administrative », *Mélanges SÉFÉRIADÈS*, 1961, t. 2, pp. 733-772.
- TURPIN (D.)** - « Représentation et démocratie », *Droits*, n° 6, 1987, pp. 79-90.
- « République et décentralisation », *AJDA*, 2003, p. 1577.
- UHALDEBORDE (J.-M.)** - « L'autonomie financière et fiscale des collectivités locales : l'horizon embrumé de la décentralisation », in « Gestion et droit des collectivités locales. Nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982 », *Gaz. Communes*, cahier détaché n° 2 – 18/1692, 5 mai 2003, pp. 217-222.
- VAN CORNEWAL (P.)** - « Les Assises régionales des libertés locales (octobre
-

2002-février 2003) : beaucoup de bruit pour rien », *Hérodote*, 3^e trimestre 2003, n° 110, pp. 89-101.

VAN TUONG (N.) - « Les vertus du scrutin mixte », *RA*, 1991, pp. 497-501.

- « Le report des élections municipales. Loi n° 94-590 du 15 juillet relative à la date du renouvellement des conseillers municipaux », *LPA*, n° 125, 19 octobre 1994, p. 11.

VEDEL (G.) - « Le "droit au logement" et le principe de libre administration des collectivités locales », *Pouvoirs locaux*, 1990, n° 7, pp. 85-89 et 1991, n° 8, pp. 16-18.

VERDIER (M.-F.) - « Le règlement intérieur des assemblées délibérantes des collectivités locales : nouveaux développements », *LPA*, 12 juillet 1995, n° 83, pp. 33-39.

VERPEAUX (M.) - « La loi n° 93-1103 du 11 décembre 1990 organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux : un texte technique, des questions fondamentales », *LPA*, 25 septembre 1991, n° 115, pp. 16-24.

- « Les droits des élus ou le droit des assemblées locales ? (Commentaire du chapitre III du titre II de la loi d'orientation relative à l'administration territoriale de la République.) », *RFDA*, 1993, pp. 20-36.

- « La souveraineté nationale et les élections locales », *LPA*, 28 août 1996, n° 104, pp. 4-10.

- « La durée du mandat des élus locaux. À propos de lois apparemment anodines », *RFDA*, 1996, pp. 734-753.

- « La notion de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle », in INSTITUT DE LA DÉCENTRALISATION, *La gestion locale face à l'insécurité juridique. Diagnostic – Analyse – Proposition*, Paris, L'Harmattan, 1997 (Préface de J.-J. HYEST ; Introduction de H. PORTELLI), pp. 39-52.

- « Le « référendum » communal devant le juge administratif : premier bilan », *RA*, 1996, n° 289, pp. 95-107.

- « Des corps administratifs et municipaux : l'apparente continuité », in BART (J.), CLÈRE (J.-J.), COURVOISIER (C.), VERPEAUX (M.) (Sous la direction), *La Constitution du 24 juin 1793. L'utopie dans le droit public français ?*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, « Publications de l'Université de Bourgogne », t. LXXXVIII, 1997, pp. 269-288.

- « La Constitution et les collectivités territoriales », *RDP*, n° 5/6, 1998, pp. 1379-1404.

- « Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité », in LE POURHIET (A.-M.) (Sous la direction), *Droit constitutionnel local « Égalité et liberté locale dans la Constitution »*, Paris, Economica – P.U.A.M., « Droit public positif », 1999 (Préface de L. FAVOREU), pp. 31-45.

- « La loi du 12 juillet 1999 et la nouvelle intercommunalité : aspects institutionnels », *RGCT*, 2000, n° 10, pp. 139-156.

- « Les actes des collectivités territoriales », *LPA*, 14 mai 2001, n° 95, pp. 17-28.

- « La loi relative à la démocratie de proximité. Dernière scène avant l'acte II ? », *JCP Collectivités territoriales – Intercommunalité*, chronique n° 10, juillet 2002, pp. 4-10.

- « Une République décentralisée, un Sénat renforcé, la région consacrée, la

-
- démocratie directe locale instituée », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, n° 3, 28 octobre 2002, 1095, pp. 96-98.
- « Le droit constitutionnel des collectivités territoriales » (dossier sous la direction), *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, 2002, pp. 86-128.
 - « Constitution, déféré préfectoral et recours pour excès de pouvoir ou *Commune du Port*, encore... » in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de J. MOREAU*, Paris, Economica, 2003, pp. 467-480.
 - « Référendum local, consultations locales et Constitution », *AJDA*, 2003, pp. 540-547.
 - « La loi relative à la démocratie de proximité ou la proximité, une solution pour la démocratie locale ? », *RFDA*, 2003, pp. 261-269.
 - « Libres propos sur des consultations locales récentes et les dérapages de la démocratie locale directe », *AJDA*, 2003, pp. 2249-2252.
 - « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos », *RFDA*, 2003, pp. 661-669.
 - « La loi du 13 août 2004 : le demi-succès de l'acte II de la décentralisation », *AJDA*, 2004, pp. 1960-1968.
 - « La loi organique relative au référendum local », *JCP Éd. Générale*, 3 mars 2004, n° 10, pp. 381-389, I, 114.
- VIGUIER (J.)** - « Premières expériences de « référendum » communal », *RFDA*, 1996, pp. 441-451.
- « De la mauvaise utilisation du terme « référendum » au plan local (La différence de logique entre référendum national et consultation locale) », *LPA*, 25 février 1998, n° 24, pp. 12-20.
 - « La région en quête d'identité », *AJDA*, 2004, p. 513.
- VIOLA (A.)** - « La modification du scrutin des élections régionales : une réforme ... attendue », *LPA*, 4 mars 1999, n° 45, pp. 13-15.
- « Le Sénat, "vigie et veilleur de la décentralisation" », *R.R.J. – Droit prospectif*, 2003-2, pp. 1095-1105.
- VOCHEL (L.)** - « Pratique et prospective de la décentralisation », *Notes et études documentaires*, Paris, La Documentation française, 1984, n° 4722, pp. 109-114.
- WAUQUIER (J.-P.)** - « Les pouvoirs respectifs de l'assemblée délibérante et de l'exécutif en matière de services publics locaux », *Gaz. Communes*, 1999, n° 1488, p. 40.
- WAUQUIER (J.-P.), SIMONNEAU (I.)** - « Les actes réglementaires des collectivités territoriales », *Gaz. Communes*, 2000, n° 1542, pp. 46-51.
- WOLFMANN (M.)** - « La décentralisation en Angleterre, en France et en Allemagne – de la divergence historique à la convergence », *RFAP*, 1999, n° 90, pp. 313-328.
- WOLTON (D.)** - « Le local, la petite madeleine de la démocratie », *Hermès*, n° 26-27, 2000, pp. 89-97.
- ZAVOLI (P.)** - « La démocratie administrative existe-t-elle ? Plaidoyer pour une refonte de l'enquête publique et du référendum local », *RDP*, 2000, pp. 1495-1527.
-

Articles généraux de science politique

- ARON (R.)** - « *Macht, Power, Puissance. Prose démocratique ou poésie démoniaque ?* », in *Études politiques*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des sciences humaines », 1972, pp. 171-194.
- « La définition libérale de la liberté », in *Études politiques*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des sciences humaines », 1972, pp. 195-215.
- AUBRY (F.-X.)** - « Essai sur la représentation de la France profonde », *Journal des communes*, n° 2093, mai 2003, pp. 10-11.
- « Essai sur la représentation de la France profonde (II^e partie) », *Journal des communes*, n° 2094, juin 2003, pp. 10-12.
- AUBY (J.-M.)** - « La théorie du pouvoir de suffrage », *Politique*, 1958, pp. 293-310.
- BURDEAU (G.)** - « La conception du pouvoir selon la Constitution française du 4 octobre 1958 », *RFSP*, 1959, pp. 87-100.
- CAILLOSSE (J.)** - « Note bibliographique. *Le pouvoir local*, S. BIAREZ », *RDP*, 1990, pp. 292-295.
- COTTERET (J.-M.)** - « Sens et non-sens de la représentation proportionnelle », in *Droit, institutions et systèmes politiques. Mélanges en hommage à Maurice DUVERGER*, Paris, P.U.F., 1987, pp. 277-282.
- DENNI (B.)** - « Représenter : gouverner au nom du peuple. La contribution de Maurice HAURIUO à l'analyse de la relation gouvernants – gouvernés », in ARCY (F. d') (Sous la direction), *La représentation*, Paris, Economica, « Politique comparée », 1985, pp. 73-87.
- DUPRAT (J.-P.)** - « Représentation territoriale et modération politique : le Sénat français », *Revue Internationale de Politique Comparée*, vol. 6, n° 1, 1999, pp. 81-112.
- DUVERGER (M.)** - « Esquisse d'une théorie de la représentation politique », in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille MESTRE*, Paris, Sirey, 1956, pp. 211-220.
- GRIGNY (N.)** - « Élections cantonales : vers la politisation ? », *RPP*, 2004, n° 1029-1030, pp. 59-75.
- LOSCHAK (D.)** - « Le droit, discours de pouvoir », in *Itinéraires, Études en l'honneur de Léo HAMON*, Paris, Economica, « Politique comparée », 1982, pp. 429-444.
- MANIN (B.)** - « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, n° 33, 1985, pp. 72-93.
- MÉNY (Y.), SADOUD (M.)** - « Conception de la représentation et représentation proportionnelle », *Pouvoirs*, 1985, n° 32, pp. 5-14.
- MURSWIECK (A.)** - « La représentation comme processus politique. Réflexions sur

les institutions et les modalités de la représentation politique en république fédérale d'Allemagne », in ARCY (F. d') (Sous la direction), *La représentation*, Paris, Economica, « Politique comparée », 1985, pp. 163-173.

PARODI (J.-L.) - « La proportionnalisation du système institutionnel ou les effets pervers d'un système sans contrainte », *Pouvoirs*, 1985, n° 32, pp. 43-49.

QUERMONNE (J.-L.) - « La notion de pouvoir d'État et le pouvoir présidentiel sous la V^e République », in *Itinéraires. Mélanges HAMON*, Paris, Economica, 1982, pp. 549-562.

- « Les politiques institutionnelles. Essai d'interprétation et de typologie », in GRAWITZ (M.), LECA (J.), (Sous la direction), *Traité de science politique*, t. 4, 1985, pp. 61-88.

- « Georges BURDEAU et le pouvoir d'État », in CHANTEBOUT (B.), *Le pouvoir et l'État dans l'œuvre de Georges BURDEAU*, Paris, Economica – PUAM, 1993, pp. 85-97.

ROSANVALLON (P.) - « Les élites françaises, la démocratie et l'État », *Esprit*, 1997, n° 10, pp. 60-72.

- « Le nouveau travail de représentation », *Esprit*, 1998, n° 2, pp. 41-59.

SOULE (C.) - « La notion historique de représentation politique », *Politique*, 1963, pp. 17-32.

Conclusions et notes de jurisprudence

ABRAHAM (R.) - « Le contrôle de constitutionnalité opéré par le juge administratif et la théorie de la "loi – écran". Conclusions sur CE, 17 mai 1991, *QUINTIN* », *RDP*, 1991, pp. 1429-1432.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.) - « L'élection du président du conseil régional. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 9 décembre 1998, *Élections du président et des vice-présidents du conseil régional Rhône-Alpes* », *RFDA*, 1999, pp. 595-604.

AVRIL (P.), GICQUEL (J.) - « Chronique constitutionnelle française (déc. n° 87-227 DC) », *Pouvoirs*, 1988, n° 44, n° 44, pp. 184-185.

- « Chronique sous CC, déc. n° 90-274 DC, 29 mai 1990 (*Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*) », *Pouvoirs*, 1990, n° 55, pp. 209-210.

- « Chronique sous CC, déc. n° 90-274 DC, 29 mai 1990 (*Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*) », *Pouvoirs*, 1990, n° 56, p. 202.

- « Chronique sous CC, déc. n° 91-291 DC, 6 mai 1991 (*Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes*) », *Pouvoirs*, 1991, n° 59, p. 195.

BACHELLERIE (B.), GIRAULT (P.) - « L'intérêt pour agir des membres des assemblées délibérantes (Réflexions sur une jurisprudence restrictive). Note sous TA

Strasbourg, 20 mars 1986, *Maire de la commune de Hatten c./ Conseil municipal de Hatten* », *RFDA*, 1987, pp. 536-540.

BENOIT (L.) - « Note sous CAA Marseille, 20 novembre 1997, *M BERNARDI* », *AJDA*, 1998, pp. 214-216.

BÉZART (A.) - « Note sous CAA Lyon, 13 mai 1998, *Commune de Charvieu-Chavagneux c/ Préfet de l'Isère* », *AJDA*, 1998, p. 884.

BOISSARD (S.) - « Conclusions sur CE, Ass., 17 octobre 2003, *Consultation des électeurs de Corse* », *RFDA*, 2003, pp. 1140-1155.

- « Conclusions sur CE, 21 janvier 2004, *M. GUINDE, Département des Bouches-du-Rhône ; Mme BOULANGER (2 espèces)* », *AJDA*, 2004, pp. 451-461.

BOURRACHOT (J.-C.) - « Conclusions sur CE, 23 juillet 1986, *M. DIVIER c/ Ville de Paris* », *AJDA*, 1986, pp. 585-588.

BRAUD (X.) - « Le juge a-t-il anéanti le référendum local ? Note sous TA Versailles, 23 octobre 2001, *Les amis de la terre du Val d'Ysieux* », *DA*, juillet 2002, commentaire n° 120, p. 15.

- « La commune est-elle tenue d'organiser un référendum – aménagement en cas de demande d'un cinquième des électeurs ? », *DA*, Commentaire n° 3, janvier 2004, pp. 21-23.

BRONDEL (S.) - « Le "oui, mais" du juge constitutionnel au transfert de ressources pour le RMI-RMA », *AJDA*, 2004, p. 7.

- « Note sous CE, 28 janvier 2004, *Commune de Pertuis* », *AJDA*, 2004, p. 932.

CAMMARATA (C.), GAÏA (P.) - « La création des communautés de communes au regard du principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales. Note sous CE, 2 octobre 1996, *Communes de Bourg-Charente, de Mainxe et de Gondeville* », *RFDA*, 1997, pp. 1209-1215.

CÉLÉRIER (T.) - « Note sous CE, Sect., 11 octobre 1991, *M. RIBAUTE, M. BALANCA* », *LPA*, 30 octobre 1991, n° 130, pp. 12-14.

- « Note sous TA Lille, 26 novembre 1998, *M. EYMERY c/ Communauté urbaine de Dunkerque*. », *AJDA*, 1999, pp. 359-360.

CHANTEPY (C.) - « Nature et objet du référendum communal. Conclusions sur CE, Section, 29 décembre 1995, *M. GÉNITEAU* », *RFDA*, 1996, pp. 471-479.

- « Information du conseil municipal et information municipale. Conclusions sur CE, 10 juillet 1996, *M. COISNE* », *RFDA*, 1997, pp. 504-506.

CHAPUISAT (J.) - « Note sous CE, 3 juin 1983, *M^{me} VINCENT* », *AJDA*, 1983, pp. 479-480.

- « Note sous TA Versailles, 7 décembre 1984, *Préfet du Val d'Oise c/ S.C.A.A.N. de Cergy-Pontoise* », *AJDA*, 1985, p. 286.

CHARDENET (M.) - « Conclusions sur CE, 15 janvier 1909, *Commune de Brugnens* », *D.*, 3, pp. 97-99.

COURTIAL (J.) - « Note sous CAA Lyon, 21 juillet 1995, *M. de CAUMONT* », *AJDA*, 1995, pp. 792-793.

DEGOFFE (M.) - « Légalité de l'inclusion d'une commune dans ne communauté

d'agglomération contre son gré. Note sous CAA Bordeaux, 31 juillet 2003, *Communautés de communes Plaine de Courance* », *AJDA*, 2003, pp. 2093-2098.

DOMINGO (L.) - « Chronique sous CC, déc. n° 2001-438 DC, 10 janvier 2001 *Loi organique destinée à améliorer l'équité des élections à l'assemblée de la Polynésie française* », *AIJC*, 2001, XVII, p. 623.

DONNAT (F.) - « Conclusions sur CE, 27 juillet 2005, *Commune de Sainte-Anne* », *RFDA*, 2005, pp. 1137-1140.

DONNAT (F.), CASAS (D.) - « Libre administration des collectivités territoriales et intercommunalité (CE 12 juin 2002, *Commune de Fauillet et autres*) », *AJDA*, 2002, pp. 590-592.

- « Chronique générale de jurisprudence administrative française. Note sous CE, Ass., 12 décembre 2003, *Département des Landes* », *AJDA*, 2004, pp. 195-199.

DOUENCE (J.-C.) - « À propos du pouvoir réglementaire local. Note sous CE, 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise* », *RFDA*, 1985, pp. 367-371.

- « Le fondement constitutionnel du déféré préfectoral. Commentaire de l'arrêt de Section du 28 février 1997 *Commune du Port* », *RFDA*, 1997, pp. 1198-1208.

- « Note sous CE, 12 décembre 2003, *Département des Landes* », *RFDA*, 2004, pp. 525-529.

DRAGO (G.) - « Note sous CC, n° 2003-468 DC, 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide aux partis politiques », *AJDA*, 2003, pp. 948-953

DUGRIP (O.) - « Note sous TA Montpellier, 20 juin 1983, *Commune de Narbonne c./ Région de Languedoc-Roussillon* », *AJDA*, 1983, pp. 678-680.

DUTREUIL (R.) - « Le redécoupage cantonal devant le juge administratif. Conclusion sur CE, 18 décembre 1991, *M. BERTHELOT* », *RFDA*, 1992, pp. 848-854.

ERSTEIN (L.) - « Note sous CE, Ass., 12 décembre 2003, *Département des Landes* », *JCP Collectivités territoriales – Intercommunalité*, mai 2004, n° 40, p. 16.

ETIEN (R.) - « Jurisprudence constitutionnelle. Note sous CC, déc. n° 82-147 DC, 2 décembre 1982 », *RA*, 1982, pp. 620-623.

- « Indivisibilité du peuple français et nouveau statut de la Corse », *RA*, 1991, n° 261, pp. 234-238.

- « Renouvellement des conseillers généraux et des conseillers régionaux (CC, déc. n° 90-290 DC du 6 décembre 1990, *Loi autorisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*) », *RA*, 1990, n° 258, pp. 513-516.

FATIN-ROUGE (M.) - « Chronique sous CC, déc. n° 2000-436 DC », *AIJC*, 2000, vol. XVI, pp. 721-723.

FAVOREU (L.) - « Observations particulières sous CE, 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise* », *RFDA*, 1985, pp. 371-372.

- « Chronique sous CC, déc. n° 90-274 DC, 29 mai 1990 (*Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*) », *RFDC*, 1990, pp. 497-498.

- « Chronique sous CC, déc. n° 90-280 DC, 6 décembre 1990 (*Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*) », *RFDC*, 1991, pp. 129-135.
- « Libre administration des collectivités territoriales. Observation sous CC, déc. n° 2000-436 DC », *D.*, 2001, n° 23, somm., pp. 1840-1841.
- FAVOREU (L.), PHILIP (L.)** - « Chronique sous CC, déc. n° 90-277 DC, 25 juillet 1990 (*Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts locaux*) », *RFDC*, 1990, pp. 729-733.
- FERSTENBERT (J.)** - « Note sous CC, déc. n° 84-174 DC du 25 juillet 1984 », *AJDA*, 1984, pp. 619-624.
- FRANC (M.)** - « Conclusions sur CE, 18 novembre 1977, *Commune de Fontenay-sous-Bois et autres* », *RDP*, 1978, pp. 526-539.
- FRANC (M.), BOYON** - « Chronique générale de jurisprudence administrative française. Note sous CE, Ass., 9 novembre 1973, *Commune de Pointe-à-Pitre* », *AJDA*, 1974, pp. 82-83.
- GAILLETON (M.)** - « Conclusions sur CAA Lyon, 21 juillet 1995, *M. CAUMONT* », *RDP*, 1995, pp. 1641-1651.
- GENEVOIS (B.)** - « De l'égalité de suffrage à l'égalité de représentation. Chronique sous CC déc. n° 85-196 DC », *AJJC 1985*, Paris, *Economica – PUAM*, pp. 423-425.
- « Égalité du suffrage. Chronique sous CC déc. n° 86-208 DC et n° 86-218 DC », *AJJC 1986*, Paris, *Economica – PUAM*, pp. 449-451.
- GESLOT (C.)** - « Note sous CE, Ass., 13 novembre 1998, *M. LE DÉAUT, Commune de Saint-Louis et département de la Réunion, Commune d'Armoy et autres, M. ALMARIC (4 espèces)* », *RDP*, 1999, pp. 1515-1543.
- GILLIG (D.)** - « Note sous CE, 16 novembre 1994, *Commune d'Awala-Yalimapo et CE, 16 décembre 1994, Commune d'Avrillé* », *LPA*, 31 juillet 1995, pp. 22-27.
- GOUNIN (Y.)** - « La Corrèze ou le Zambèze ? Note sous TA Poitiers, 18 novembre 2004, *Jean-Romée CHARBONNEAU c/ Département des Deux-Sèvres* », *AJDA*, 2005, pp. 486-489.
- GUILLAUME (G.)** - « Conclusions sur CE, Ass., 5 mai 1976, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieurs CORLY et BITOUN et Sieur LERAT* », *RDP*, 1976, pp. 1521-1530.
- GUYOMAR (M.), COLLIN (P.)** - « Chronique générale de jurisprudence administrative française. CE, Section, 18 janvier 2001, CE, Section, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles c/ M. MORBELLI* », *AJDA*, 2001, pp. 153-157.
- HAÏM (V.)** - « Conclusions sur CAA Paris, 22 avril 2004, *Territoire de la Polynésie française* », *AJDA*, 2004, pp. 1592-1595.
- HAURIOU (M.)** - « Note sous CE, 22 mars 1912, *Le Moign* », *S.*, 1913, III, p. 105.
- « Note sous CE, 3 mai 1918, *Larrieu et autres* », *S.*, 1920, III, p. 57.
- « Note sous CE, 7 mars 1919, *Commune de Cons la Grandville, Commune de Ruffiac (2 espèces)* », *S.*, 1922, III, p. 9.
- JÉGOUZO (Y.)** - « Note sous CE, 16 décembre 1994, *Commune d'Avrillé* », *AJDA*, 1995, pp. 838-840.

-
- « Note sous CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul* », *AJDA*, 2002, pp. 42-44.
- JULIEN-LAFÉRIÈRE (F.)** - « Note sous CE, 11 octobre 1989, *Commune de Port-Saint-Louis-du-Rhône* », *AJDA*, 1990, pp. 109-111.
- KESSLER (D.)** - « Conclusions sur CE, 25 avril 1994, *Président du conseil général du territoire de Belfort* », *AJDA*, 1994, p. 545-547.
- KOUBI (G.)** - « Note sous CE, 16 décembre 1994, *Commune d'Avrillé* », *LPA*, 31 mai 1995, n° 65, pp. 12-16.
- LABETOULLE (D.)** - « Conclusion sur CE, Sect., 6 mars 1981, *Association de défense des habitants du quartier de chèvre-morte* », *RA*, 1981, pp. 600-603.
- LAMBERT (C.)** - « Conclusions sur CAA Paris, 12 février 1998, *M. TAVERNIER* », *AJDA*, 1998, pp. 724-727.
- LERCHER (A.)** - « Conclusions sur CAA Paris, 22 février 2005, *Association les amis de la terre du val d'Ysieux c/ Commune de Luzarches* », *AJDA*, 2005, pp. 1052-1056.
- MARCHAND (J.-M.)** - « Note sous CC déc. n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 », *JCP*, 1983, *Jurisp.*, n° 19946.
- MAUGÜE (C.)** - « L'élection des présidents de conseils régionaux devant le Conseil d'État. Conclusions sur CE, 25 novembre 1998, *M. REBSAMEN* », *DA*, 1999, n° 2, pp. 4-6.
- MAUGÜE (C.), SCHWARTZ (M.)** - « Chronique de jurisprudence administrative française (CE, Sect., 11 octobre 1991, *M. RIBAUTE et M. BALANCA*) », *AJDA*, 1991, pp. 883-885.
- MOREAU (J.)** - « Note sous CE, 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise* », *AJDA*, 1985, pp. 271-273.
- « Commentaire sous CE, Ass., 12 décembre 2003, *Département des Landes* », *JCP Collectivités territoriales – Intercommunalité*, mai 2004, n° 39, p. 15.
- PAC (H.)** - « Note sous CAA Bordeaux, 31 mai 2001, *Département des Landes* », *AJDA*, 2001, pp. 957-958.
- PÉCRESSE (V.)** - « Conclusions sur CE, Sect., 23 avril 1997, *Ville de Caen c/ M. PAYSANT* », *AJDA*, 1997, pp. 518-523.
- PHILIP (L.)** - « Chronique sous CC, déc. n° 91-291 DC, 6 mai 1991 (*Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Île-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes*) », *RFDC* 1991, pp. 497-501.
- « Chronique sous CC, déc. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991 (*Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*) », *RFDC* 1991, pp. 722-727.
- « Chronique sous CC, déc. n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, (*Loi de finances pour 1999*) », *RFDC*, 1999, pp. 129-137.
- « Chronique sous CC, déc. n° 99-424 DC, 29 décembre 1999 (*Loi de finances pour 2000*) », *RFDC*, 2000, pp. 132-138.
- « Chronique sous CC, déc. n° 2000-432 DC, 12 juillet 2000 (*Loi de finances*
-

- rectificative pour 2000*) », *RFDC*, 2000, pp. 830-831.
- « Chronique sous CC, déc. n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances pour 2001* », *RFDC*, 2001, pp. 137-140.
 - « Chronique sous CC, déc. n° 2001-456 DC, 18 décembre 2001 (*Loi de finances pour 2002*) », *RFDC*, 2002, pp. 190-194.
 - « Chronique sous CC, déc. n° 2002-464 DC, 27 décembre 2002 (*Loi de finances pour 2003*) », *RFDC*, 2003, n° 53, pp. 179-185.
- PHILIPPE (X.)** - « Note sous CC, déc. n° 94-341 DC, 6 juillet 1994, (*Renouvellement des conseils municipaux*) », *RFDC*, 1994, pp. 790-792.
- POCHARD (M.)** - « L'inégalité du découpage cantonal peut-elle être invoquée à l'appui d'un recours électoral ? Conclusions sur CE, Sect., 30 novembre 1990, *Élections cantonales de Chauffailles*, M^{me} ABADIE », *RFDA*, 1991, pp. 580-586.
- RACINE (P. F.)** - « L'incidence de l'éloge d'un candidat par une personnalité politique à la veille d'un scrutin. Conclusions sur CE, Sect., 2 mars 1990, *Élections municipales de Forcalquier (Alpes-de-Haute-Provence)*, M. Raymond FRANJOU et autres », *RFDA*, 1991, pp. 802-807.
- REY (J.-L.)** - « Note sous TA Pau, 13 mars 1997, *Préfet des Landes c/ Département des Landes* », *AJDA*, 1997, pp. 542-543.
- RIHAL (H.)** - « Le référendum communal, bilan et perspectives. À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 16 décembre 1994, *Commune d'Avrillé*, et de l'article 85 de la loi 95-115 du 4 février 1995 », *RFDA*, 1996, pp. 452-459.
- ROMI (R.)** - « Note sous TA Nantes, 8 février 1993, *Commune d'Avrillé* », *D.*, 1993, *Jurisp.*, pp. 557-559.
- ROMIEU (A.)** - « Conclusions sur CE, 13 novembre 1903, *Conseil municipal de Cette* », *S.* 1906, III, pp. 36-37.
- SAVOIE (H.)** - « Le contrôle juridictionnel des règlements intérieurs. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 10 février 1995 (2 espèces) », *RFDA*, 1995, pp. 343-353.
- SCHOETTL (J.-É.)** - « Note sous CC, 6 mars 1998, Décision n° 98-397 DC (*Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux*) », *AJDA*, 1998, pp. 308-309.
- « Note sous CC, 14 janvier 1999 », *AJDA*, 1999, pp. 149-157.
 - « Note sous CC, 12 juillet 2000, décision n° 2000-432 DC (*Loi de finances rectificatives pour 2000*) », *AJDA*, 2000, pp. 739-740.
 - « Le Conseil constitutionnel et la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains », *AJDA*, 2001, pp. 18-26.
 - « Note sous CC, 26 mars 2003, (*Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*) (déc. n° 2000-469 DC) », *LPA*, 8 avril 2003, n° 70, pp. 17-22.
 - « Note sous CC, 18 décembre 2003, (*Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*) », *AJDA*, 2004, pp. 216-223.
- SCHWARTZ (R.)** - « Conclusion sur CE, Sect., 28 juillet 1995, *Commune de Villeneuve-d'Ascq* », *AJDA*, 1995, pp. 834-838.

-
- STAHL (J.-H.)** - « La commission permanente d'un conseil régional doit-elle se réunir publiquement ? Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 18 décembre 1996, *Région Centre* », *RFDA*, 1997, pp. 496-504.
- STAHL (J.-H.), CHAUVAUX (D.)** - « Chronique générale de jurisprudence administrative française. Note sous CE Sect., 29 décembre 1995, *M. GÉNITEAU* », *AJDA*, 1996, pp. 111-115.
- TOUVET (L.)** - « Conclusions sur CE, Ass., 13 novembre 1998, *M. LE DÉAUT, Commune de Saint-Louis et département de la Réunion, Commune d'Armoiy et autres, M. ALMARIC (4 espèces)* », *RFDA*, 1999, pp. 826-839.
- « Conclusions sur CE, Section, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles c/ M. MORBELLI* », *RFDA*, 2001, pp. 378-389 ; *CJEG*, n° 575, avril 2001, pp. 161-173.
 - « Refus de convocation du Conseil municipal. Suspension. Injonction. Conclusions sur CE, 5 mars 2001, *SAEZ* », *JCP Collectivités territoriales – Intercommunalité*, chronique n° 10, juillet 2001, pp. 4-6.
 - « Les trois conditions qui font obligation au Gouvernement de modifier la carte cantonale d'un département. Note sous CE, Ass., 21 janvier 2004, *M^{me} BOULANGER* », *JCP Collectivités territoriales – Intercommunalité*, avril 2004, chron. n° 6, pp. 9-10.
 - « Les conditions de légalité d'un remodelage de la carte cantonale : comment mesurer l'interdiction d'accroître les disparités démographiques. Note sous CE, Ass., 21 janvier 2004, *GUINDE et Département des Bouches-du-Rhône* », *JCP Collectivités territoriales – Intercommunalité*, avril 2004, chron. n° 7, pp. 10-11.
- VERPEAUX (M.)** - « Chronique de jurisprudence constitutionnelle. Décision 94-341 DC du 6 juillet 1994, *Loi relative à la date de renouvellement des conseillers municipaux* », *LPA*, n° 125, 18 octobre 1995, pp. 5-6.
- « Note sous CE Sect., 29 décembre 1995, *M. GÉNITEAU* », *D.*, 1996, jurisprudence, pp. 273-276.
 - « Décision n° 98-397 DC du 6 mars 1998. Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux », *LPA*, 27 novembre 1998, n° 142, pp. 16-19.
 - « Note sous TA Dijon, 22 juin 1999, *MM. PESQUET et BERNARD c/ Région de Bourgogne et M. CORDIER c/ Région de Bourgogne (2 espèces)* », *AJDA*, 2000, pp. 348-352.
 - « La composition des commissions municipales. Note sous TA Nice, 3 février 2000, *BARÉTY et autres* », *RFDA*, 2000, pp. 803-807.
 - « Note sous CE, Section, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles c/ M. MORBELLI* », *RFDA*, 2001, pp. 681-687.
 - « Intérêt local, incompétence communale. Observations sous CE, 21 juin 2000, *Commune de Charvieu-Chavagneux* », *RFDA*, 2001, pp. 1082-1085.
 - « La décision du Conseil constitutionnel n° 2002-454 DC du 17 janvier 2002. Une décision inattendue ? », *RFDA*, 2002, pp. 459-468.
- WALINE (M.)** - « L'information des conseillers municipaux (Conseil d'État, Ass., 9 novembre 1973, *Commune de Pointe-à-Pitre*) », *RDP*, 1974, pp. 1143-1149.
- WEBER (Y.)** - « Note sous CE, Sect., 7 octobre 1977, *Commune de Tomblaine* »,
-

AJDA, 1978, pp. 153-157.