

LE RÔLE DU JUGE
CONSTITUTIONNEL DANS
L'ÉLABORATION DU DROIT
DES COLLECTIVITÉS LOCALES

LES RÉFÉRENCES AUX COLLECTIVITÉS LOCALES que les anciennes 117
Constitutions pouvaient introduire dans notre droit n'ont pas
totalement fait défaut. La Constitution du 27 octobre 1946 contenait déjà
le principe de libre administration des collectivités et même des textes
antérieurs s'adressaient, directement ou indirectement, à elles en visant
les « corps administratifs et municipaux » (Constitution de l'an I et de
l'an III) et « l'administration intérieure » (Constitution de 1848). Il n'en
reste pas moins que ces références demeuraient limitées, peu précises par
elles-mêmes et, d'expérience, inaptes à limiter la toute-puissance de la
loi pour régir le statut des collectivités. La Constitution du 4 octobre
1958 aurait pu s'inscrire dans cette continuité, si le Conseil constitu-
tionnel n'avait pris sa place dans nos institutions. Désormais, en
confiant les dispositions constitutionnelles à la garde d'un juge chargé
de les appliquer et de les interpréter, le développement du droit des col-
lectivités locales change d'allure.

Nous nous en tiendrons strictement au juge du Conseil constitu-
tionnel, bien que le juge administratif puisse tirer du texte fondamental
la norme juridictionnelle efficace à la résolution d'un litige. Le recours
au principe de libre administration lui a ainsi permis, lorsque l'écran de
la loi ne s'y opposait pas, de censurer les initiatives du gouvernement se
substituant au législateur pour déterminer les garanties des collectivités,
comme ce fut le cas pour fixer les délais de convocation des conseillers
municipaux¹ ou pour restreindre la liberté contractuelle des collectivités².

1. CE, 3-6-1983, « Dame Vincent », *AJDA*, 1983, p. 480, note Jérôme Chapuisat.

2. CE, 14-5-1971, « Sieur Fasquelle », *Rec.*, p. 360 ; 6-7-1977, « Syndicat national des
ingénieurs et techniciens agréés », *Rec.*, p. 306.

Le Conseil d'État s'était ainsi institué en gardien du domaine législatif mais, toutefois, sans pouvoir contrôler les entreprises indûment réalisées sur ce domaine.

On ne se propose pas non plus de retracer l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle édifiant la matière parce que la tâche serait immense et ferait double emploi avec les études plus approfondies. Nous n'aborderons pas davantage le problème des enchaînements normatifs qui relie ce droit constitutionnel nouveau au droit administratif classique des collectivités locales et les possibles tournants qu'il infligerait à celui-ci. Excepté des chapitres particuliers comme le contrôle de légalité des actes des autorités décentralisées, les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales dessinent des lignes de crêtes et permettent au droit administratif un développement sans grande rupture³.

118 Nous souhaiterions plutôt nous demander dans quelle mesure en développant le texte constitutionnel, le juge le conditionne. Quelles sont ses prises de position et leurs incidences sur la matière ? L'hypothèse est que l'intégration des collectivités locales à l'achèvement de l'État de droit qu'est la soumission de la loi à la règle constitutionnelle suit un sens, respecte des méthodes juridictionnelles. Il ne s'agit pas, en effet, que d'un perfectionnement formel du droit : les bases constitutionnelles convoquées à l'élaboration du droit des collectivités locales ne sont pas détachables du système politico-administratif de notre État unitaire décentralisé dont pouvait déjà s'inspirer la jurisprudence administrative, et que la jurisprudence constitutionnelle continue de faire vivre au niveau supérieur du contrôle des lois. En essayant de ne pas porter d'appréciations trop sommaires, trois propositions tenteront de rendre compte de la manière dont se manifeste la liberté d'interprétation du juge constitutionnel : la mise en ordre du droit des collectivités locales par l'égalité et l'indivisibilité républicaines, la mise en scène du principe de libre administration et la mise en pièce du droit de l'outre-mer.

LA MISE EN ORDRE PAR L'ÉGALITÉ ET L'INDIVISIBILITÉ RÉPUBLICAINES

Au fil de la jurisprudence constitutionnelle, il est devenu évident que le Titre XII de la Constitution relatif au statut des collectivités territoriales était loin de renfermer toutes les sources applicables à la matière et que

3. Bertrand Faure, « La constitutionnalisation du droit des collectivités locales », *Le Droit des collectivités locales demain*, LPA, 15 avril 1999, n° 75, p. 12.

celles-ci se recrutaient, de façon plus considérable, en ordre dispersé, tout au long du bloc de constitutionnalité. Sans doute, ces sources extérieures ne sont pas exclusives au droit des collectivités locales et, même, le gros d'entre elles constituent les bases de l'ensemble de l'appareil administratif dont les collectivités sont une pièce (égalité entre les administrés, droit de grève, continuité du service public...).

Toutefois, un certain nombre d'énoncés majeurs se trouvent plus particulièrement au sein des premiers articles de la Constitution. Ils expriment des valeurs, une assise éthique qui sous-tend la nature et la cohésion de notre État et dans lequel les collectivités locales doivent accepter de trouver leur place : indivisibilité de la République, notion de peuple français et langue française, égalité des citoyens. Pour autant, toutes ces formules juridiques peuvent-elles revendiquer le statut de règles de droit, de directives qui, renfermant un minimum de précision, peuvent servir de référence dans le contentieux constitutionnel ? Ou bien, n'expriment-elles qu'une déclaration de philosophie politique ne jouant qu'un rôle platonique dans la construction du droit constitutionnel, quand bien même traduisent-elles un vœu d'appartenance à une collectivité qui ne peut aller sans conséquences concrètes ?

119

À examiner la jurisprudence, la normativité de ces énoncés se laisse plutôt voir dans leur mise en œuvre, dans leur enchaînement à des règles de droit plus précises pouvant être interprétées plus concrètement. Ainsi, par une cascade de déductions successives, il est permis d'analyser l'égalité admissibilité à l'électorat, aux fonctions électives, voire aux emplois publics par exemple, comme une conséquence de l'égalité entre les citoyens, elle-même conséquence de l'appartenance au peuple français.

Sans développer outre mesure le détail de cette jurisprudence en plein essor, tentons de la résumer dans ses grandes lignes en formulant les propositions qui s'en dégagent. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel s'attache à développer et à faire respecter un statut de la citoyenneté. En tant que les citoyens exercent une fonction constitutionnelle première en formant un corps électoral s'exprimant par le suffrage universel, ils doivent être considérés comme les titulaires de droits, de garanties institutionnelles, établissant leur égalité et leur pouvoir de choisir leurs représentants qui ne sauraient être restreints. Ainsi, tous les nationaux français et seulement eux peuvent prendre part aux élections politiques exprimant la souveraineté nationale. On se souvient que, après que les élections municipales eurent reçu une telle qualification par le Conseil constitutionnel (92-146 DC, 18-11-1982, « Quotas par sexes », *Rec.*, p. 66), la révision de la Constitution a été nécessaire pour

autoriser la participation à de telles élections des ressortissants de la Communauté européenne (92-308 DC, 9-4-1992, « Maastricht I », *Rec.*, p. 55)⁴. La liberté de choix de l'électeur commande également l'indivision du corps des personnes éligibles, et les tentatives pour instituer des quotas de représentation par sexes (82-146 DC, précitée), puis la parité entre hommes et femmes aux élections locales (98-407 DC, 14-1-1999) n'ont abouti que par une révision de la Constitution⁵. On se souvient également que l'institution d'une citoyenneté canaque s'exprimant notamment par un accès privilégié au droit de vote pour certaines élections se justifie par l'affirmation d'un peuple canaque qui la fonde par le pouvoir constituant (art. 188-1, LO, 1999).

120 Ensuite, et de manière plus constructive, le juge constitutionnel s'attache à prolonger sur le plan culturel et social le développement d'un statut unitaire du citoyen, d'abord installé au plan civique et politique. Alors que le droit international actuel va dans le sens de la différenciation des individus à travers la promotion des groupes spécifiques auxquels sont attachés des droits collectifs (droits des cultures minoritaires), le Conseil constitutionnel demande à l'État de régir de façon uniforme les aspects essentiels de la vie des individus. L'identité de peuple français, l'égalité des citoyens, l'indivisibilité de la République jouent le rôle d'un barrage constitutionnel, d'une directive de cohésion nationale, qui appelle à rejeter toute disposition qui porterait le germe d'une discrimination dans les droits ou les garanties des individus. On sait que la France a signé la charte européenne des langues régionales en 1995. Nonobstant la juridiction constitutionnelle, convoquant ces premiers principes constitutionnels dans le droit fil de sa jurisprudence antérieure, a jugé l'incompatibilité de certaines clauses à notre droit, seul le français pouvant être pratiqué dans les relations entre l'administration et les administrés, à l'exclusion des langues régionales (96-373 DC, 9-4-1996, *Rec.*, p. 43 ; 99-412 DC, 15-6-1999). De cette manière, le droit constitutionnel donne corps à la réalisation d'un idéal commun, mais dans la

4. Voir également, à propos de la représentation française au Parlement européen, 76-71 DC, 30-12-1976, « Assemblée européenne », *Rec.*, p. 15 ; CE, ass., 20-10-1989, « Nicolo », *Rec.*, p. 190, concl. Frydman.

5. De même, le législateur ne peut pas créer d'incompatibilités spécifiques à certains mandats locaux, comme ce fut le cas entre les fonctions de membre du gouvernement du Territoire de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie et celles de membre de l'Assemblée européenne (84-177 et 178 DC, 30-8-1984, *Rec.*, p. 66) et entre les fonctions de conseiller général en Corse et de membre de l'Assemblée de Corse (91-290 DC, 9-5-1991, *Rec.*, p. 50). L'indivisibilité de la République s'y oppose dans le premier cas, le principe d'égalité dans le second.

perspective du droit objectif, c'est-à-dire par le développement d'un statut attributif de droits formels. Non pas que des situations d'immunité au profit de minorités culturelles soient constitutionnellement impensables, mais elles sont plutôt consacrées par la voie indirecte et davantage dans l'intérêt de préserver des acquis que d'autoriser de nouvelles avancées. C'est ainsi qu'on peut interpréter la garantie constitutionnelle pour les élèves de manifester leur croyance religieuse dans les écoles sur le fondement de la liberté d'enseignement (*infra*).

Cette orientation jurisprudentielle s'affirme, de façon particulièrement évidente, dans l'émergence d'un principe d'« unicité des conditions d'exercice des libertés publiques ». Introuvable dans le texte constitutionnel, ce principe doit son existence à la volonté du juge constitutionnel de l'imposer et son ressort à un souci d'égalité, chaque citoyen devant profiter également des possibilités qu'offre chaque liberté. Ce principe a d'abord eu l'occasion de s'exprimer au profit de la liberté de l'enseignement : subordonner le financement de l'école privée à la décision de chaque département reviendrait à ne pas assurer également la liberté d'enseignement sur l'ensemble du territoire (84-185 DC, 18-1-1985, *Rec.*, p. 36 ; 93-329 DC, 13-1-1994, *Rec.*, p. 9). Il est remarquable de constater que cette exigence d'uniformité prévaut jusqu'au sein des territoires d'outre-mer où, pourtant, le domaine de la loi peut être rendu accessible au pouvoir de décision des autorités territoriales en vertu de leur organisation particulière (96-173 DC, 9-4-1996, *Rec.*, p. 43 à propos du pouvoir de moduler le régime de la répression pénale et l'exercice de la liberté individuelle. Également, CE, Ass., 29-4-1994, « Haut Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie », *Rec.*, p. 205, à propos des conditions d'exercice de la liberté d'association). Mieux, à l'occasion de l'institution légale de la prestation dépendance, le Conseil constitutionnel subordonne la constitutionnalité de son versement par les départements à la condition que le législateur fixe des critères uniformes d'attribution (conditions d'âge, de ressource, de dépendance) au nom d'une « exigence de solidarité nationale ». Il faut bien analyser la solution comme une extension de la jurisprudence sur la plénitude des droits constitutionnels à l'octroi d'une prestation sociale (96-387 DC, 21-1-1997, *JO*, 25 janvier 1997, p. 1285)⁶, dont les titulaires ne sauraient partiellement se priver en raison de leur implantation géographique.

121

6. Voir, sur cette jurisprudence, Hubert-Gérald Hubrecht, « Quarante ans après, un État garant de la cohésion nationale », *RDJ*, 1998, p. 1363 ; Dominique Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *RDJ*, 1998, p. 69-70.

Mais c'est au total le principe de libre administration (art. 72 C) qui fait les frais, au contentieux, de l'édification d'un statut constitutionnel de l'individu comme si les collectivités, en tant que corps intermédiaires entre l'État et la société, étaient suspectées de vouloir sacrifier les libertés individuelles au développement de leurs propres activités. C'est pourquoi le principe de libre administration ne règne pas sur le droit constitutionnel local. De façon plus aléatoire, celui-ci s'élabore dans la combinaison d'un ensemble d'exigences constitutionnelles pas forcément favorables à l'autonomie des collectivités. On en vient alors naturellement à l'idée d'un ordre public local, c'est-à-dire à un ensemble de règles qui expriment les intérêts supérieurs de la société et auxquels on ne peut finalement pas déroger dans la construction du droit des collectivités locales sous peine de mettre en cause le fondement même de l'ordre constitutionnel général.

Sans doute, faut-il reculer devant l'idée d'une règle du jeu constitutionnelle implicite conduisant à affirmer la primauté de normes constitutionnelles intransgressibles sur d'autres, ce qui introduirait une hiérarchie matérielle au sein de la Constitution. À tout le moins, il semble que la notion constitutionnelle de libre administration, il est vrai peu verrouillable par elle-même sur un sens ou une technique d'interprétation précise, se définisse, le plus souvent, en négatif, en creux, à partir de la place laissée vacante par les autres notions constitutionnelles (*infra*).

Sur le plan matériel, cet ordre public local est tourné vers la sauvegarde de l'individu dont la jurisprudence assure progressivement le perfectionnement de la condition juridique face à la différenciation des réglementations des collectivités aujourd'hui de plus en plus appelées à développer leurs interventions. Mais en maintenant aux étages supérieurs de la hiérarchie des normes la dynamique d'adaptation du droit, la jurisprudence se fait gardienne de la centralisation normative plus encore que de l'indivisibilité des sources normatives.

Sur le plan de l'organisation institutionnelle des collectivités, cette mise en pratique du culte de l'uniformité se retrouve dans la jurisprudence sur les catégories de collectivités locales. C'est en attachant une sanction à l'article 72 alinéa 1, dont l'énoncé avait pourtant valeur déclarative dans sa première phrase⁷, que le juge constitutionnel garantit la même organisation à toutes les collectivités d'une même catégorie.

7. Article 72 alinéa 1 : « Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les territoires d'outre-mer. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi. »

L'identification d'une collectivité à une catégorie passe ainsi par le respect de règles constituant le droit commun de la catégorie (mode de scrutin de l'assemblée délibérante, par exemple) et auxquelles le législateur ne saurait déroger sans violer cette obligation constitutionnelle d'appartenance. C'est la raison pour laquelle une assemblée unique élue à la représentation proportionnelle pour représenter les régions monodépartementales outre-mer n'avait pas pu constitutionnellement être instituée en ce qu'elle privait le département du principe de représentation qui l'authentifiait (scrutin cantonal) (82-147 DC, 2-12-1982, « Statut des DOM », *RJC*, I, p. 135). Il est vrai que cette jurisprudence manifeste de réels assouplissements, d'abord en ce qu'elle autorise des mesures d'adaptation pour une collectivité rattachée à une catégorie créée par la loi (région), mais surtout en ce qu'elle permet l'institution de catégories nouvelles, parfois d'une seule collectivité, dans l'intérêt d'adapter des régimes spécifiques à des cas politiquement sensibles (statut corse du 13 mai 1991). Elle apparaît même en partie fictive, si on songe à la diversité des modèles pratiqués par le droit communal. Il reste que la jurisprudence sur « l'unité catégorielle » renferme une directive générale d'uniformité institutionnelle qui contrarie toute évolution différenciée entre les collectivités d'une même famille et justifie, en cela, qu'elle s'incorpore à l'idée d'ordre public local.

123

LA MISE EN SCÈNE DE LA LIBRE ADMINISTRATION DES COLLECTIVITÉS LOCALES

La jurisprudence la plus récente du Conseil d'État donne à la protection des collectivités locales une nouvelle actualité. L'institution d'une procédure de référé permettant au juge administratif d'ordonner dans l'urgence « toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale » a trouvé, assez soudainement, à s'appliquer au bénéfice de la libre administration des collectivités⁸ en dépit d'une solution de rejet, le refus du maire de convoquer le conseil municipal ne concernant, aux yeux du juge administratif, que les rapports internes au sein de la

8. Il s'agit du « référé-liberté » de l'article L.521-2 du Code de la justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

commune⁹. À coup sûr, l'expérience jurisprudentielle installera mieux les éléments de la garantie restant à préciser, comme l'aptitude à se prévaloir de la libre administration (collectivité, voire contribuable local), son contenu matériel (l'arrêt exclut le fonctionnement interne de la collectivité) et le débiteur de la protection (État, voire autre collectivité locale). Mais, l'avancée réside incontestablement dans l'élargissement des possibilités contentieuses du principe de libre administration dans la jurisprudence administrative. Alors qu'elle y était mise en œuvre uniquement comme une règle de compétence législative s'imposant aux interventions réglementaires, elle s'élève désormais pleinement et explicitement à la dignité de liberté fondamentale à laquelle est assortie une protection matérielle d'organisation et de fonctionnement des collectivités. Cette avancée remobilisera les efforts de la doctrine sur la notion

124 de liberté fondamentale dans la mesure où seule une conception extensive de celle-ci peut bénéficier à une personne morale qui, en dépit de son inscription dans la Constitution, fonctionne à base de prérogatives de puissance publique.

Nonobstant, ce progrès se faisait déjà voir dans la jurisprudence constitutionnelle appliquant et définissant l'article 72 alinéa 2¹⁰. Certainement le gros de cette jurisprudence justifie qu'on analyse le principe de libre administration comme une règle de répartition des sources législative et réglementaire propres à la matière. Pour autant, il apparaît aujourd'hui réducteur de résumer à cela la libre administration en en déduisant qu'elle n'a d'autre rôle qu'une base platonique inapte à déterminer le fond du droit. Non pas qu'on puisse lui attacher une consistance tangible, une règle efficace à donner par elle-même la solution jurisprudentielle (partage matériel des compétences entre l'État et les collectivités par exemple). Mais la garantie qui lui est attachée repose, non moins concrètement, sur le même appareil de mise en œuvre, sur les mêmes méthodes du juge lorsqu'il statue, que celles destinées à protéger les autres droits fondamentaux plus classiques ; quand bien même ceux-ci seraient plus accessibles à la compréhension par leur énoncé (droit de grève, liberté syndicale, liberté d'aller et venir...). Alors, dès l'instant où le juge constitutionnel assure une protection des collectivités locales selon les mêmes techniques que celles applicables aux autres

9. CE, 18-1-2001, « Commune de Venelles », *AJDA*, 2001 p. 153, chron. Mattias Guyomar et Pierre Collin.

10. Article 72 alinéa 2 de la Constitution : les collectivités territoriales « s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi ».

droits fondamentaux, pourquoi ne pas identifier rigoureusement la libre administration à un tel droit¹¹ ?

Le premier mécanisme repose sur une garantie de compétence¹² : en sanctionnant les incompétences négatives du législateur lorsque celui-ci abandonne ses décisions au gouvernement pour disposer à l'égard des collectivités, la jurisprudence constitutionnelle tend à rendre impossible une restriction de la libre administration au plan réglementaire. À lire celle-ci, seul le Parlement est constitutionnellement habilité à mettre une obligation à la charge des collectivités à défaut du gouvernement. C'est donc une référence préalable à l'indépendance d'action des collectivités qui donne son critère à la répartition des compétences législative et réglementaire et fonde l'inconstitutionnalité d'une habilitation législative. Et si l'activité réglementaire du gouvernement s'avère nécessaire à l'exécution des lois, celle-ci doit néanmoins s'interpréter strictement.

125

Le deuxième mécanisme consiste en une garantie de proportionnalité : en tant que centres d'intérêts protégés, les collectivités ne peuvent se voir opposer des restrictions législatives à leur liberté de s'administrer qui ne soient pas utiles ou proportionnées. Un contrôle maximum est donc mis en œuvre comme s'il s'agissait de préserver les droits des personnes privées face aux exigences de l'intérêt général. On semble ainsi aller vers un droit constitutionnel commun des personnes, fût-ce de manière encore embryonnaire, à partir d'un certain nombre de garanties constitutionnelles reconnues indifféremment aux personnes physiques et morales, de droit privé et public (égalité, droit de propriété, liberté contractuelle¹³...). L'examen des « limitations nécessaires » a particulièrement l'occasion de s'exprimer dans le domaine des finances locales où les politiques restrictives de l'État passent au crible des garanties d'intérêt général (baisse de la fiscalité, stabilité des prix), de ressources

11. Nous résumerons ici notre démonstration tentée en 1996 : « Existe-t-il un pouvoir local en droit constitutionnel français ? », *RDJ*, 1996, p. 1539.

12. Cette garantie est doublement posée par la Constitution, tout d'abord à l'article 34 alinéas 5 et 10 : « La loi fixe les règles concernant le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales » et « détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources », ensuite, par l'article 72 alinéa 2 : « Ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi ». À lire la jurisprudence, ces deux titres de compétences sont interchangeable, dans les deux cas, il faut admettre la compétence législative la plus large.

13. Sur la reconnaissance de la liberté contractuelle des collectivités locales par le juge constitutionnel : 92-316 DC, 20-1-1993, *RFDA*, p. 902, note Dominique Pouyaud ; *JCP*, 1993-I, p. 3670, chron. Étienne Picard ; *LPA*, 2 juin 1993, note Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux ; 94-358 DC, 26-1-1995, *Rec.*, p. 183.

(compensation financière par l'État), de limitation de durée (blocage des prix pour un an) requises pour leur constitutionnalité (90-277 DC, 25-7-1990 ; 91-291 DC, 6-5-1991 ; 91-298 DC, 24-7-1991 ; 83-166 DC, 29-12-1983, *Rec.*, p. 77 ; 98-405 DC, 29-12-1998, loi de finances pour 1999 ; 2000-432 DC, 12-7-2000, loi de finances rectificative).

Une troisième garantie de substance veut que, au-dessus des lois, le juge constitutionnel définisse un contenu minimum de compétences et de ressources sans lequel les collectivités seraient dépourvues d'existence suffisante. Le Conseil a ainsi censuré le législateur en l'informant que c'est sans contrainte excessive que les collectivités doivent décider de la création et de la suppression des emplois locaux¹⁴, de la durée et du renouvellement de leurs contrats même passés pour la délégation de leurs services publics¹⁵. Et, seul le règlement intérieur des assemblées
126 locales peut décider du caractère public ou non des séances, la loi étant incompétente à imposer un tel principe de publicité¹⁶. Dans les deux garanties premières, l'application contentieuse du principe de libre administration s'analysait comme une garantie défensive opposant au législateur une résistance à la recentralisation (non-ingérence du gouvernement, contrôle strict des limitations législatives). À présent, elle se transforme en garantie positive à partir d'un travail de conciliation avec d'autres principes à valeur constitutionnelle ou motifs d'intérêt général. Alors, le juge constitutionnel est amené à faire émerger la part de libre administration qui ne peut être sacrifiée à l'épanouissement des autres droits. Sur un plan quantitatif cette fois, il a été jugé que la poursuite de l'ordre public ne peut amener le législateur à renoncer à l'institution de « conseils élus dotés d'attributions effectives », norme de protection sur laquelle, toutefois, le juge ne s'avance pas à préciser le contenu ni les retombées pratiques¹⁷.

Il existe donc des domaines juridiques locaux privilégiés, bénéficiant d'une pleine protection constitutionnelle. On semble, en effet, se trouver en face d'un statut constitutionnel d'immunité dissociant les fonctions générales d'administration des collectivités de leurs fonctions plus personnelles répondant probablement à l'idée de « compétence propre », avancée par la décision du 29 mai 1990 sur le droit au loge-

14. 83-168 DC, 20-1-1984, *Rec.*, p. 38 ; *RDP*, 1984, p. 687, chron. Louis Favoreu.

15. 92-316 DC, 20-1-1993, précitée.

16. 98-407 DC, 14-1-1999, *JO*, 20 janvier 1999, tout au moins en a-t-il été jugé ainsi pour les commissions permanentes des conseils régionaux.

17. 85-6196 DC, 8-8-1985, *Rec.*, p. 63 ; 87-240 DC, 19-1-1988, *Rec.*, p. 28 ; 91-290 DC, 9-5-1991, *RFDC*, 1991, p. 424.

ment¹⁸. Au total, le droit constitutionnel façonne ainsi un pouvoir local offrant aux collectivités de s'administrer non plus seulement « dans les conditions prévues par la loi » mais aussi contre la loi.

Pour autant, la libre administration a-t-elle l'efficacité que ses techniques de mise en œuvre permettraient de lui prêter ? L'inventaire des solutions jurisprudentielles montre que l'atteinte à la libre administration, (trop) souvent invoquée, est exceptionnellement reconnue et que les collectivités locales trouvent rarement, dans le juge constitutionnel, rempart de leur cause. La liberté, l'égalité des citoyens jouent, en droit des collectivités locales, le rôle d'une *lex fundamentalis* vis-à-vis de laquelle la libre administration doit toujours s'interpréter strictement (*supra*, jurisprudence sur l'unicité des conditions d'exercice des libertés publiques), au point qu'on n'a jamais vu, au contentieux, une liberté individuelle faire des concessions à la libre administration. Et, de façon plus générale, le juge semble s'en remettre aux appréciations du législateur pour encadrer la liberté des collectivités au gré des préoccupations d'intérêt général de sa politique par lesquelles il en justifie les limites. Si le juge n'est pas obstinément attaché à l'uniformité républicaine, les trois décisions évoquées où il a fait droit à la libre administration font néanmoins figure d'îlots de résistance. Les collectivités s'apparentent à la situation de l'exproprié confronté à la faible probabilité d'annulation de la déclaration d'utilité publique. Est-ce que l'organisation d'un contrôle approfondi ne dissimule pas une attitude de retrait du juge constitutionnel se tenant plutôt à un contrôle de « disproportion manifeste », seul le caractère exagérément abusif d'une atteinte à la libre administration important son inconstitutionnalité ?

127

Il ne semble pas que cette jurisprudence se caractérise par son degré de contrôle, mais plutôt par sa pratique qui échappe à toute systématisme. Peut-être n'est-ce pas sans subjectivité que peut s'apprécier l'utilité d'une atteinte à un droit et le seuil au-dessus duquel il y a contradiction. Peut-être également, la libre administration ne peut constituer un cadre normatif qui limite efficacement l'interprétation du juge en ce qu'elle ne lui livre pas grand-chose sur sa teneur et sa portée et libère ainsi son jugement aux choix politiques et aux données circonstancielles. Il apparaît, à tout le moins, que les collectivités ne peuvent espérer d'une jurisprudence de cas d'espèce qu'une sanction aléatoire des lois qui mettent en péril leurs intérêts. Il est particulièrement révélateur

18. 90-274 DC, *RFDC*, 1990, p. 497, *Pouvoirs locaux*, 1990, 7, p. 85, et 1991, 8, p. 16, note Georges Vedel.

de mettre en rapport deux solutions précitées dont la concordance n'est pas évidente. De la première solution ressort l'audace à censurer l'obligation légale de publicité des débats des commissions permanentes, alors qu'était en jeu un principe traditionnel de fonctionnement démocratique des institutions décentralisées qu'il pouvait paraître opportun de ne pas abandonner aux appréciations locales. De la deuxième solution, on constate, au contraire, l'immunité dont bénéficie la loi en substituant aux impôts locaux des dotations étatiques, ce qui n'est pas qu'une simple modification des techniques financières. Dans une certaine mesure, toute la jurisprudence constitutionnelle oscille entre audace et réserve et, ici comme ailleurs, elle « filtre le moustique et laisse passer le chameau ». Après vingt ans de perfectionnement jurisprudentiel, cette remarque n'a pas vieilli, « en grossissant le trait, on pourrait se demander si la protection des libertés par le Conseil ne s'avère pas inversement proportionnelle à la gravité des atteintes que leur porte la loi : efficace contre les éraflures, elle serait impuissante contre les mises en question¹⁹ ». La généralisation et la cohérence d'ensemble des solutions ne sont pas données d'avance et la définition à attendre d'un contenu matériel de la libre administration dépend, dans le respect d'une tradition de centralisation administrative²⁰, du pur produit d'une jurisprudence libre.

LA MISE EN PIÈCE DU DROIT DE L'OUTRE-MER

À la suite de la Constitution de 1946, la V^e République a séparé les collectivités locales ultramarines entre les départements d'outre-mer (art. 73 C) et les territoires d'outre-mer (art. 74 C). Cette dissociation a valeur de droit commun constitutionnel. Elle consiste dans l'organisation, en deux statuts distincts : séparant des populations souhaitant être administrées aussi près que possible du modèle métropolitain dans le cadre d'une intégration maximale à la République (DOM), de celles revendiquant, pour une plus large autonomie, une organisation spécifique (TOM). La jurisprudence constitutionnelle a garanti cette distinction en assignant la compétence législative en matière de DOM au respect du droit des départ-

19. Jean Rivero, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ? », *AJDA*, juin 1981, p. 275, à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 juin 1981.

20. Par exemple, on peut relever l'affirmation du juge constitutionnel selon laquelle le logement des personnes défavorisées répond à une « exigence d'intérêt national », avec les conséquences que cette qualification entraîne sur la répartition des rôles entre personnes publiques dans l'organisation de l'action publique. Voir 90-274 DC, 29-5-1990, précitée.

tements métropolitains dont elle ne peut s'écarter que pour définir de simples mesures d'adaptation qui ne sauraient conférer à ces départements un statut propre. De telle manière, que, en dépit de leur reconnaissance constitutionnelle, les DOM ne peuvent être pris pour une catégorie distincte qui consacrerait une réelle originalité juridique. Autoriser davantage au nom de l'article 73 affecterait l'utilité de l'article 74²¹.

Sans doute, le droit applicable dans les collectivités d'outre-mer n'a-t-il jamais été uniforme en raison de la possibilité d'adapter des régimes juridiques correspondant, malgré tout, aux situations particulières (adaptation des DOM par rapport aux départements métropolitains, possibilité de délégations législatives et principe de spécialité législative pour les TOM autorisant même des spécificités statutaires entre eux). Sans doute, également, un cas original comme l'île de Mayotte manifestait déjà son irréductibilité aux deux statuts. Néanmoins, le droit de l'outre-mer établissait sa cohérence sur cette séparation binaire qui s'efforçait de rendre compte des aspirations politiques contrastées des populations locales.

Aujourd'hui, ce schéma constitutionnel commun ne peut prétendre servir de référence à l'accélération de l'évolution des statuts. Les bouleversements actuels imposent au juge constitutionnel un processus d'éclatement et, finalement, l'obsolescence de cette frontière entre deux modèles opposés sur leurs principes d'organisation.

Après l'apparition de régions monodépartementales en Guadeloupe, Guyane, Martinique et à la Réunion, la récente réforme relative à l'avenir des DOM préfigure une évolution vers des statuts différenciés et dont le contenu devrait moins obéir aux inspirations du législateur métropolitain qu'aux propositions locales (consultation populaire, congrès des élus départementaux et régionaux). Toutefois, l'appartenance à la catégorie départementale jouera son rôle de barrière constitutionnelle. On sait que les régions monodépartementales ne peuvent être administrées par une assemblée unique, absorbant la représentation départementale par son mode de scrutin à la représentation proportionnelle²². Et, pas davantage, aux yeux du juge constitutionnel,

129

21. Ainsi, la volonté d'instituer une assemblée unique à compétence décisive pour représenter le département et la région, élue non pas au scrutin majoritaire dans le cadre du canton comme c'est le cas pour les conseils généraux, mais à la représentation proportionnelle, ne peut s'analyser comme une mesure d'adaptation et se trouve donc contraire à la Constitution : décision 82-147 DC, 2-12-1982, *Rec.*, p. 70.

22. Par ailleurs, le juge constitutionnel a estimé que l'article 73 c n'interdisait pas les adaptations spécifiques de l'organisation régionale, la région étant une catégorie de collectivité créée

l'article 73 c ne saurait autoriser ces départements à disposer d'une organisation institutionnelle qui leur soit propre²³.

Aussi, c'est surtout la catégorie des TOM qui se transforme le plus et semble même vouée à passer pour une curiosité historique. Son démantèlement vient de la liberté reconnue au législateur, *a fortiori* au constituant, de s'affranchir des catégories de collectivités préexistantes pour définir des statuts dérogatoires lorsque les circonstances le justifient. Excepté les territoires ayant accédé à l'indépendance, l'article 74 ne fera plus référence qu'aux terres australes et antarctiques françaises et Wallis-et-Futuna lorsque la Polynésie française sera dotée d'une organisation constitutionnelle la rapprochant de celle de la Nouvelle-Calédonie (législation et citoyenneté locales).

130 Nous rencontrons ici un point sur lequel la Constitution accuse son vieillissement. Le moment n'est plus aux vastes plans préconçus, programmant une émancipation graduelle des collectivités d'outre-mer²⁴. Alors, dans quelle mesure les bouleversements en cours peuvent-ils encore être présentés comme la mise en œuvre du droit constitutionnel de l'outre-mer, fût-il permissif ?

C'est en réponse à cette question qu'il faut bien constater que la mise en pièce du droit de l'outre-mer doit tout autant au vieillissement de la Constitution qu'aux efforts du juge constitutionnel, sollicitant le texte fondamental pour tenter de lui donner une lecture d'avenir. Au fil de la jurisprudence, il faut bien convenir que le juge se livre à des constructions juridiques inattendues que ne pouvaient préfigurer ni la lettre ni l'intention des auteurs de la Constitution. Ce fut le cas, après une première période de politique de décolonisation entre 1954 et 1962, de l'utilisation par le Conseil de la « doctrine Capitant » à

par la loi, ce qui implique moins de rigidité statutaire que pour les autres catégories constitutionnelles de collectivités (84-174 DC, 25-7-1984, *Rec.*, p. 48). Mais, voilà qui crée une situation juridique semblable à celle définie expressément à l'article 73 c pour les DOM. Cf. François et Yves Luchaire, *Le Droit de la décentralisation*, PUF, coll. « Thémis », 1989, p. 572 ; François Luchaire, *RDP*, 2001, p. 248.

23. C'est la réserve d'interprétation que fait le Conseil constitutionnel en avertissant, dans sa décision 2000-435 DC du 7 décembre 2000, que les adaptations que le législateur pourrait définir pour les DOM ne sauraient avoir pour effet de les doter d'une « organisation particulière » au sens de l'article 74 c. Cf. François Luchaire, *op. cit.*, p. 247 ; Jean-Éric Schoettl, *AJDA*, 2001, p. 102.

24. Le discours du président de la République le 11 mars 2000 en Martinique marque ces bouleversements : « Les statuts uniformes ont vécu... chaque collectivité d'outre-mer doit pouvoir désormais... évoluer vers un statut différencié, en quelque sorte un statut sur mesure », *Le Monde*, 14 mars 2000.

l'occasion que lui donna la décision du 30 décembre 1975, validant la loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores. Le scrutin d'autodétermination du 22 décembre 1974 se trouvait ainsi constitutionnellement consacré sur le fondement de l'article 53 c dont les dispositions « 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 rattaché²⁵ ». Ainsi, une telle lecture, résolument constructive, de l'article 53 c allait fonder la possibilité d'exercer de façon permanente un droit de libre détermination au profit des TOM. Toutefois, l'innovation jurisprudentielle s'exposait à la critique en ce qu'elle prenait appui sur un titre constitutionnel relatif aux traités ou accords internationaux (Titre VI c), alors que la loi ne mettait en jeu aucune règle de droit international public et que son champ d'application restait sans précision (limité ou non aux TOM).

131

Mais peu importe que la force convaincante de ce travail de réécriture du droit de l'outre-mer soit ou non garantie. Qu'il procède d'intentions louables ou opportunes même sans fondement objectif, on peut toujours en discuter. La difficulté vient plutôt de ce qu'à partir d'un certain nombre de décisions qui engagent l'avenir de la matière, on ne parvienne plus à donner une réponse constitutionnelle aux changements en cours sur la base d'un corpus de références cohérent et stable. Le problème culmine dans la décision 2000-428 DC du 4 mai 2000 relative à la loi organisant une consultation de la population de Mayotte. La question juridique qui s'y posait était d'identifier une base constitutionnelle qui autorise la consultation décidée par le législateur sur le projet de « collectivité départementale de Mayotte ». À la différence d'un référendum d'autodétermination, il ne s'agissait d'obtenir qu'un simple avis populaire sur une question qui n'impliquait aucunement l'accession de Mayotte à l'indépendance. Pourtant, en dépit de son sens et de sa portée limités, le juge constitutionnel consacre la consultation sur le fondement des dispositions du deuxième alinéa du préambule de la Constitution de 1958, comme s'il s'agissait d'une implication évidente

25. 75-59 DC, 30-12-1975, *Rec.*, p. 26 ; *RDP*, 1976, p. 557, note Jean-Claude Mestre et Louis Favoreu ; *AJDA*, 1976, p. 249, note Claude Franck ; *JDI*, 1976, p. 392, note David Ruzié ; *D*, 1976, p. 537, note Léo Hamon ; *RGDIP*, 1976, p. 1001, note Nguyen Quoc Dinh ; *GP*, 16-17 juillet 1976, note Didier Linotte.

du principe de libre détermination des peuples d'outre-mer²⁶. Ce sont des glissements logiques et des artifices en cascade²⁷ qui permettent ainsi de faire apparaître deux référendums distincts authentifiés par les mêmes dispositions constitutionnelles. En leur donnant une soudaine actualité, en modifiant leur champ d'application, le juge laisse penser qu'il se détermine davantage sur le fondement d'un principe général dont s'inspirerait le texte que sur le texte lui-même, même si, en prenant explicitement appui sur lui, il exclut une telle substitution d'enveloppe juridique. Mais, comme par surcroît, le problème s'élargit : en justifiant implicitement le résultat par l'affirmation d'un peuple mahorais distinct du peuple français (considéranants 9 et 10), la décision ouvre en foule les possibilités de contradictions dans la recherche d'une construction univoque du statut de la citoyenneté et du droit constitutionnel local. Il n'est pas discutable que l'unité du peuple français est une affirmation juridique ; mais celle-ci n'est-elle pas nécessaire, et voulue, pour maintenir une logique d'appartenance au pays (revendiquée par les Mahorais) par-delà les « distinctions d'origine, de race ou de religion », comme le pose l'article 1^{er} de la Constitution ? Or, toute la jurisprudence constitutionnelle sur les collectivités locales sous-entend l'idée d'un ordre public local, d'une éthique de la décentralisation, qui assure la primauté de l'individu sur les collectivités publiques. Comme on l'a vu, ses droits et ses garanties minimales ne peuvent être sacrifiés à l'émancipation et à la différenciation des pouvoirs locaux. Désormais, comment, sur un plan logique et pratique, garantir la mise en cohérence entre les premiers articles de la Constitution dont la lettre et l'esprit s'accordent ? La liaison ne se fait plus avec l'indivisibilité de la République, la souveraineté nationale, l'unité du corps électoral, l'égalité des élus, voire la plénitude des droits et des aides sociales que le Conseil constitutionnel garantit dans l'outre-mer.

Il n'est pas certain que la décision postérieure du 7 mai 2000 (pré-

26. Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, alinéa 2 : « En vertu de ces principes et de celui de libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçue en vue de leur évolution démocratique. »

27. Objet limité du référendum de 2000, application du texte constitutionnel au-delà des territoires d'outre-mer, caractère superfétatoire du fondement constitutionnel, l'article 72 alinéa 2 offrant cette base dans le cadre des solutions de droit commun, obsolescence du fondement. Voir les commentaires critiques qu'il serait trop long de reprendre ici : Olivier Gohin, « L'évolution du statut de Mayotte au sein de la République française : aspects constitutionnels », *RFDA*, 2000, p. 737 ; Jean-Claude Douence et Bertrand Faure : « Y a-t-il deux Constitutions ? », *RFDA*, 2000, p. 746 ; Jean-Yves Faberon, *AJDA*, 2000, p. 561.

citée), à propos de la généralisation du principe de consultation des DOM sur leurs évolutions statutaires, ait donné l'occasion au juge de réviser sa rédaction dans la mesure où, cette fois, les saisissants n'invoquaient pas une atteinte à l'indivisibilité de la République et à l'unité du peuple français²⁸.

Quoi qu'il en soit, on garde le sentiment que si toutes les solutions jurisprudentielles adoptées sont placées sous l'autorité de la Constitution, ce sont elles qui donnent leur véritable contenu au texte. De telle manière que tout se passe comme si la Constitution était toujours susceptible de régler le sort de l'outre-mer, comme si elle était instrumentalisée en tant que caution accordée au législateur pour mettre en œuvre sa politique. Alors a-t-elle réellement un impact sur les évolutions placées sous son égide ?

133

28. En ce qu'elle mentionne que l'alinéa 2 du préambule habilite les autorités compétentes de la République à consulter les « populations d'outre-mer », la décision du 7 décembre 2000 reprend mot pour mot la rédaction du 4 mai 2000 et ne peut donc être prise pour une inflexion de cette dernière en préférant le terme de « population » à celui de « peuple ».

R É S U M É

Pour la première fois, la Constitution de la V^e République attache une sanction juridictionnelle au respect des bases constitutionnelles du droit des collectivités locales. Mais en donnant ce rôle fondamental au Conseil constitutionnel, on peut se demander quelle part et quel sens prend son juge dans l'élaboration de la matière. Il faut observer que si le principe de libre administration des collectivités territoriales émerge de ces bases constitutionnelles, il ne les domine pas. Apte à limiter le pouvoir législatif, il ne peut néanmoins produire ses effets et se définir sans référence à l'ordre constitutionnel général, et l'essor actuel de la jurisprudence sur les conséquences de l'indivisibilité de la République et ses corollaires imposent une certaine uniformité législative et en limitent la portée. Mais jusqu'à quel point l'accélération des évolutions, notamment outre-mer, s'accommode-t-elle de cet ordre général ?