

LE POUVOIR REGLEMENTAIRE AUTONOME LOCAL : REELLE OU VIRTUELLE CONSTITUTIONNALISATION ?

par Hiam Mouannès,
maître de conférences à l'Université
des sciences sociales de Toulouse

La décentralisation, fondement de l'expression de la démocratie locale (Tocqueville), elle est aussi l'*Oxygène de la République*¹. Amorcée, en France, sous la Monarchie de juillet (instaurée au lendemain de la Révolution et vite disparue sous la convention²) et ensuite depuis la IIIe République, elle est de nouveau relancée par les lois Defferre en 1982 et 1983. Cette technique d'organisation de l'administration a permis l'expression des initiatives locales ou pour être plus exacte, la reconnaissance d'« affaires *publiques* locales »³ devant être gérées au niveau « local ». Aujourd'hui « essoufflée », si l'on croit les motifs de la loi constitutionnelle (exposés par le Sénat dans sa séance du 3 août 2002), elle retrouve un second souffle inspiré par une finalité bien précise fixée par le chef de l'Etat, Jacques Chirac : « lancer la révolution de la démocratie locale »⁴.

Sur l'impulsion du président de la République, le gouvernement de Jean-Pierre Raffarin, appuyé par sa majorité à l'Assemblée nationale et au Sénat a voulu donner « corps et âme » à la décentralisation. La finalité est double. Elle est d'abord humaine et sociale « les inquiétudes suscitées par l'inéluctable mondialisation exacerbent notre besoin d'enracinement »⁵. Elle répond ensuite à un enjeu économique mis déjà en évidence par le général de Gaulle en

¹ Voir les motifs du projet de loi constitutionnelle, relatif à l'organisation décentralisée de la République, exposés par le Sénat (session extraordinaire 2001-2002, séance du 3 août 2002, n° 402).

² L'apparition du terme « décentralisation » date de 1820.

³ Notamment aux départements et aux communes. La collectivité régionale n'est créée qu'en 1982 (Loi du 2 mars) et consacrée en tant que telle, à l'instar des départements et des communes, par l'article 72 de la constitution (depuis LC du 28 mars 2003).

⁴ Cf., les motifs du PLC relatif à l'organisation de la République, exposés par le Sénat lors de sa session extraordinaire (2001-2002), séance du 3 août 2002, n° 402.

⁵ Cf. les motifs du PLC relatif à l'organisation décentralisée de la République, exposés par le Sénat, *op. cit.*

1968, « ce sont les activités régionales qui apparaissent comme les ressorts de la puissance économique »¹.

Par ses conséquences, la décentralisation redessinée en 2003 se veut plutôt « émancipatrice » de la volonté locale². A cet égard, certains observateurs autorisés ont pu y remarquer –à juste titre– l'émergence de l'idée de « l'être » mettant en avant la « notion plurielle de la liberté », au détriment de celle de la « citoyenneté » qui, elle, privilégie la « notion unitaire de souveraineté »³.

L'expression de la décentralisation nous paraît intimement liée à la « libre administration » octroyée et reconnue aux collectivités territoriales. Or, cette libre administration, inscrite certes dans la constitution, se voulait (avant LC 2003) strictement encadrée par le législateur. C'est ce dernier qui, effectivement, délimitait son étendue (sous réserves de l'interprétation faite de cette compétence législative par le Conseil constitutionnel, v. *infra*).

La décentralisation relancée en 2003 sur de nouvelles bases, se veut instaurer une véritable « République des proximités »⁴ donnant tout son sens à la démocratie locale, donc à la « libre administration ».

Si la décentralisation fait nécessairement appel à la notion de libre administration et si cette dernière ne peut être effective sans l'exercice d'un *certain* pouvoir réglementaire, un des vecteurs fondamentaux de cette décentralisation poussée, aboutie par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, est révélée par la consécration constitutionnelle d'un pouvoir réglementaire *général, local et autonome*.

Or, l'on peut légitimement se demander si, en réalité, la LC du 28 mars 2003 n'a fait que mettre en adéquation le *fait* et le *droit* face à la « constitutionnalisation croissante de l'ordre administratif »⁵. En effet,

¹ Discours du général de GAULLE à Lyon le 24 mars 1968 (Cf. *La Déconcentration. L'Administration territoriale dans la réforme de l'Etat*, Jean-Benoît ALBERTINI, Economica, p. 32).

² Voir notre contribution : « la nouvelle décentralisation, un régionalisme émancipateur », *Droit écrit*, n° 3.2002.115.

³ C'est nous qui soulignons. Voir sur cette idée les différents travaux présentés lors de la journée d'études sur *L'actualité de l'article 1^{er} de la constitution* (organisée par l'IDET.COM, le 17 novembre 2003 à l'Université des sciences sociales de Toulouse 1, publié en 2005) notamment celui du professeur Gérard MARCOU, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris I (p.11 à 27).

⁴ Expression du chef de l'Etat, reprise par l'exposé des motifs du PLC par le Sénat. Cf. *idem*, séance du 3 août 2002.

⁵ Y. JEGOUZO et M.-C. de MONTECLER, *AJDA*, 1.2004.1.

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

L'exercice d'un certain pouvoir réglementaire par les collectivités territoriales de la République, permettant à celles-ci de jouir de la libre administration, elle-même nécessairement liée à la jouissance d'un minimum d'autonomie, est un *fait* et mieux un *principe* à valeur constitutionnelle (CC n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Fonction publique territoriale* et CC n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Statut de la Corse*)¹, le constituant dérivé se contentant de l'inscrire noir sur blanc dans notre Loi fondamentale.

Cependant, il nous semble intéressant d'observer l'indéniable mutation de notre organisation administrative (via cette nouvelle étape de l'évolution de la décentralisation) sous l'angle de la rhétorique, assez complexe par ailleurs, mais susceptible de « divulguer » la volonté du gouvernement. Avant la réforme de 2003, la notion de « libre administration » se comprenait comme seulement *attribuant* aux collectivités *locales* des compétences liées à la simple « administration » des affaires quotidiennes de la collectivité. Il s'agissait « d'agir » librement. Ce qui révèle certes l'existence ancienne d'un pouvoir réglementaire local, mais bien limité aussi bien par sa nature que par son objet. C'est d'ailleurs dans ce sens que les professeurs L. Favoreu et A. Roux soulignaient que la libre administration ne signifiait « à l'évidence ni libre réglementation, ni libre gouvernement »².

¹ Le Conseil constitutionnel a même reconnu au législateur la possibilité d'attribuer des compétences réglementaires aux collectivités territoriales sans toutefois préjudicier au pouvoir réglementaire national du Premier ministre reconnu à l'article 21 de la constitution. Dans sa décision, le CC impose une exception relative au domaine des droits et libertés. Ce que fait le constituant en 2003. Cf., Conseil constitutionnel n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *statut de la Corse* ; voir aussi, *AJDA* 2002.100, note SCHOETTL et *RFDA* 2002.459, note M.VERPEAUX et p. 469, note Faure. La limite imposée par le juge constitutionnel concernant les droits et libertés publiques, se justifie par le principe d'unicité des conditions d'exercice des libertés publiques. Ainsi, la libre administration (avant, comme depuis 2003) ne peut conduire à ce que les conditions d'exercice d'une liberté publique puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire (Décision n° 84-185 DC du 18 janvier 1985 et décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 relative à la LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française).

² L. FAVOREU et A. ROUX, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? ».

Hiam Mouannès

Avec la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, il s'agit –pour les collectivités territoriales– plutôt « d'être » libre. Cette notion de liberté ressort en effet au premier abord et justifie par suite, la constitutionnalisation d'« un pouvoir réglementaire » – nécessairement local– mais surtout *général* puisque, inhérent à l'exercice de « l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre » à l'échelon de chaque collectivité *territoriale*. Libre réglementation ? la question peut légitimement être posée d'autant que ce pouvoir réglementaire ainsi constitutionnalisé se trouve doublé de la possibilité de déroger aux lois et règlements nationaux.

Cependant, la réforme, quelle que ambitieuse qu'elle paraît, préserve le caractère unitaire et indivisible de la République à un point d'entretenir des ambiguïtés quant à son côté téléologique¹. L'ère de la centralisation a-t-il vécu ? rien n'est moins sûr.

Ainsi, afin de mieux éclairer (si l'on peut oser l'expression) le débat sur ce nouvel objet constitutionnel (la naissance et la constitutionnalisation d'un pouvoir réglementaire général, local et autonome), faudrait-il –dans l'axe de la « libre administration »– faire une double lecture de l'article 72 (plus particulièrement son troisième alinéa) de la constitution². La première devrait se faire sous l'angle des articles 72 et suivants modifiés et/ou insérés par la LC de 2003, montrant la volonté du constituant dérivé de *reconnaître* une réelle et effective « liberté » d'administration et de réglementation aux collectivités territoriales. La seconde, à la lumière des articles 13, 21 et 34 de la constitution, manifeste la limitation de cette liberté à la simple faculté d'« administration » *attribuée* à ces mêmes collectivités, préservant ainsi le caractère unitaire et indivisible de la République. D'ailleurs, les résultats des élections régionales des 21 et 28 mars 2004 risqueraient bien de faire pencher la balance vers cette seconde lecture plutôt favorable au pouvoir central qui se trouve jusqu'aux échéances

¹ A cet égard, J. RIVERO notait en 1960 : « la diversité des politiques suivies à l'égard des collectivités locales par les gouvernements a eu pour fond de tableau, la continuité de la tendance centralisatrice de l'administration » : Cf. *Droit administratif*, 1960, 272.

² L'alinéa 3 de l'article 72 modifié précise : « Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ».

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

électorales prochaines en situation de cohabitation d'un genre nouveau avec le pouvoir local¹.

Tout en respectant cette double lecture qui ne peut être écartée du centre du débat, au risque de fausser l'exacte couleur de nos institutions, nous nous proposons de construire cette réflexion sur les éléments intrinsèques au pouvoir réglementaire local désormais constitutionnalisés. Ainsi nous centrerons notre contribution d'une part sur la volonté manifeste du gouvernement de renforcer la libre administration locale (I). Et, d'autre part, sur l'étendue de cette liberté qui va jusqu'à greffer à cet objet constitutionnel principal –comme pour mieux le renforcer– un nouveau socle juridique (autre nouvel objet constitutionnel) accessoire certes, mais aux conséquences ô combien redoutables, la possibilité de déroger aux normes nationales (aussi bien réglementaires que législatives) (II).

I – La volonté de renforcer la libre administration locale (principe de subsidiarité)

Le concept de « subsidiarité » bien connu au niveau des institutions européennes est aussi une règle instituée par la loi d'orientation du 6 février et le décret du 1^{er} juillet 1992, portant charte de la déconcentration. En effet, la déconcentration renforcée dix ans après les lois Defferre consiste à confier les missions de l'Etat aux services déconcentrés, à l'exception de celles « qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu d'une loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial »².

Le principe de subsidiarité dans le cadre de la décentralisation existait également. Le législateur reconnaît aux assemblées délibératives la compétence de régler les affaires de leurs collectivités.

¹ Lire la déclaration de politique générale de J.-P. RAFFARIN du 5 avril 2004 (gouvernement Raffarin III), dans laquelle l'on peut aisément remarquer un changement de ton dans la mesure où la décentralisation est à peine évoquée. Lire cependant l'intervention de Jean-Pierre RAFFARIN in *Les échos* du 20 avril 2004 « Décentralisation : le courage de moderniser la France ». Le Premier ministre affirme qu'il a « trop de respect pour le fait régional pour varier [...] au motif que la majorité des conseils régionaux serait maintenant passée à gauche ». Lire également « Au fil de la semaine, Questions à... » M. VERPEAUX. Dans cette entrevue, le professeur VERPEAUX parle des régions comme d'« une sorte de force d'opposition, avec des compétences étendues » (*AJDA*.13.2004.684).

² Voir la circulaire du 31 mars 1992 relative à l'application de la loi du 6 février 1992 ; voir aussi, *RFDA*, 1003, p. 1 et 223.

Hiam Mouannès

Pour cela, elles disposaient et disposent toujours d'une « clause générale de compétence ».

Désormais inscrit dans la constitution (art. 72 alinéa 2), ce principe prend aujourd'hui une autre ampleur. La liberté de « décider » de tout ce qui peut être décidé au niveau territorial devient une règle constitutionnelle. Pourrions-nous même en tirer une première conséquence institutionnelle, celle de considérer que la *réglementation* locale devient la règle, le pouvoir réglementaire nationale, l'exception.

La réflexion s'inscrit ici dans le cadre de la signification de cette avancée constitutionnelle qui est celle –pour les collectivités territoriales– de « pouvoir décider d'une manière autonome » soit directement (A) soit par voie référendaire (B).

A - Un nouveau pouvoir réglementaire exercé par les conseils élus par la CT

Aux termes des articles 34 et 72/2 C il appartenait et appartient (72/3) toujours au législateur de poser les conditions de la libre administration. Avant la LC du 28 mars 2003, il appartenait au seul législateur de décider de cette libre administration, en l'occurrence de fixer les *domaines* (le champ matériel) dans lesquels les collectivités territoriales pouvaient intervenir. La constitution ne lui posait, à cet égard, pas de limites particulières.

En réalité, aussi bien le juge administratif (CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise* et CE 11 juin 1997, *Département de l'Oise*¹) que le juge constitutionnel (DC 20 janvier 1984, *Fonction publique territoriale*²) se sont toujours efforcé à garantir l'*effectivité* du principe de libre administration, le considérant comme un *droit fondamental*³ dont les collectivités sont les sujets (DC des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*). Un contrôle maximum de la nécessité et de la proportionnalité des restrictions apportées à cette libre administration a donc toujours

¹ Cf, « Les grands arrêts du droit de la décentralisation », respectivement n° 1 et 4 ; v. aussi *AJDA*, 1985.271, note J. MOREAU et *RFDA*, 1985.367, note DOUENCE et observations L. FAVOREU ; *RFDA*, 1997.948, concl. L. TOUVET ; *JCP*, 1997.IV.2127.

² Voir également, décision CC n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse* ; et décision CC n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*.

³ Un « droit fondamental » ne signifie pas ici nécessairement une « liberté fondamentale » mais plutôt un « principe d'organisation ». Ainsi, les CT doivent pouvoir seulement « agir » librement dans le cadre de la loi.

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

été exercé. Le juge s'est toujours attaché à garantir un seuil minimal de compétences, de moyens juridiques et même de ressources aux collectivités décentralisées. Ainsi, dans une décision n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, il n'hésitait pas à considérer que les mesures prises par le législateur ne doivent pas avoir pour effet de restreindre les ressources des collectivités au point d'entraver leur libre administration¹.

Ceci dit, l'intervention du juge ne permettait aucunement d'empêcher le législateur mais de l'accompagner. Ainsi, sur le plan de la gestion locale, le Conseil d'Etat mettait en évidence la distinction entre d'une part la notion restrictive d'« affaires locales » et celle extensive « d'intérêt public local » pour privilégier, le plus souvent la seconde². En effet, la première suppose –comme le note Laurent Touvet– une « approche finaliste » traduisant davantage des « objectifs » que des « domaines » et, de ce fait, est susceptible de faire une lecture extrêmement large des compétences des collectivités territoriales³.

Or, les dispositions du second alinéa de l'article 72 modifié fixent désormais le/un cadre général d'intervention des collectivités territoriales donnant un sens constitutionnel beaucoup plus large à la « libre administration » qui va au-delà de la simple « gestion » des affaires quotidiennes⁴ pour atteindre la « réglementation » locale, voire, la « libre réglementation » locale.

Les juges constitutionnel et administratif habitués –dans le silence ou l'ambiguïté du texte⁵– à statuer plutôt de façon pragmatique et

¹ Voir sur cette décision du Conseil constitutionnel, « Les garanties constitutionnelles du pouvoir financier local », L. PHILIP, *RFDA*, mars-avril 1992.

² L'article L. 2121-29 CGCT, issu de la loi du 5 avril 1884, précise « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune/ [...] / Le conseil municipal émet des vœux sur tous les objets d'intérêt local ». Voir sur ce point la note de Laurent TOUVET, ss. CE 11 juin 1997, *Département de l'Oise* ; lire aussi ses conclusions ss. ce même arrêt in *RFDA*, 1997.948.

³ Même source, Laurent TOUVET, ss. CE 11 juin 1997, *Département de l'Oise*.

⁴ Lire L. FAVOREU et A. ROUX, « La libre administration des CT est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du CC*, n° 12.

⁵ Voir notre contribution relative à la « contestation de la loi par et devant le CE », in *Revue de la Recherche Juridique*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, n° 3-2003.

équilibriste dans le but de favoriser une « bonne administration du territoire » sont désormais, sur ce point, tenus de prendre en considération le second alinéa de l'article 72 de la constitution modifiée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. De ce fait, aussi bien le législateur que le juge devraient respecter ce nouveau cadre d'intervention et par suite, procéder sous l'angle téléologique pour privilégier nécessairement la seconde notion à la première. La distinction serait ainsi d'ores et déjà effectuée –non entre « affaires locales » et « intérêt public local»– mais plutôt entre affaires publiques « par nature d'intérêt local » qui peuvent, de ce fait, être mieux gérées à l'échelon local (donc compétences locales) et « fonctions régaliennes » qui demeurent dans le cadre des compétences de l'Etat¹.

Ceci est d'autant plus sûr que le constituant n'a pas hésité à constitutionnaliser au profit des collectivités territoriales la notion de « pouvoir réglementaire » local tout à la fois général et autonome (art. 72/3). De quoi s'agit-il réellement ? A notre sens il ne s'agit certainement pas d'une tautologie quelconque qui se veut insister sur la libre administration. Certes s'agit-il pour le constituant dérivé de préserver la possibilité –pour les collectivités territoriales– de prendre des décisions de nature administrative, voire réglementaire. Mais ce principe existait déjà (ancien art. 72/2). Ce qui est significatif dans cette réforme, c'est la constitutionnalisation d'une compétence générale de *décider* librement de la réglementation à l'échelon (la Cité) local (art. 72/2).

Il serait ici intéressant de relire la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984² pour remarquer de pair, certes la continuité dans l'action institutionnelle par l'existence déjà ancienne d'un pouvoir réglementaire local, mais aussi la mutation dans la nature de ce nouveau pouvoir attribué aux collectivités territoriales.

En effet, le pouvoir réglementaire existant *de facto* avant la loi constitutionnelle 2003 n'avait pas –il me semble– la même nature que celui reconnu par l'article n° 72/3. Le pouvoir réglementaire que les

¹ Le Premier ministre considère à juste titre que la décentralisation ainsi réformée rendra l'Etat « *plus fort sur ses missions principales* » et renforce « *l'efficacité de l'action publique sur le terrain* » (Cf. J.-P. RAFFARIN, « Décentralisation : le courage de moderniser la France », *Les échos* du 20 avril 2004, p. 17).

² Conseil constitutionnel, décision n° 83-168, DC du 20 janvier 1984, *Fonction publique territoriale* (Cf. *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*) ; v. aussi, *RDP*, 1984.687, chron. L. FAVOREU.

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

juges administratif et constitutionnel s'efforçaient à protéger s'entendait comme un pouvoir *résiduel* intrinsèquement lié à la nécessité de « s'administrer » librement et qui était nécessairement de nature « attributive »¹. De ce point de vue il est évident que dès lors que la constitution reconnaissait aux collectivités territoriales le pouvoir de « s'administrer librement », elle leur laissait *ipso facto* la possibilité d'exercer un certain pouvoir réglementaire inhérent à cette administration sans préjudicier au pouvoir réglementaire national du Premier ministre reconnu à l'article 21 de la constitution. De ce fait, ce pouvoir – nécessairement local et permettant *a fortiori* au règlement étatique d'intervenir dans le cadre de la mise en œuvre des principes posés par la loi – ne pouvait en aucun cas être ni général ni autonome (CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*²).

Dans sa décision du 17 janvier 2002, relative au *statut de la Corse*³, le Conseil constitutionnel rappelle le lien de cause à effet entre d'une part, les dispositions de l'article 72 selon lesquelles « les collectivités territoriales de la République [...] s'administrent librement [...] » et, d'autre part, la possibilité pour le 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 » (Cons. 12). Il s'agit sans le moindre doute d'un pouvoir réglementaire certes, mais strictement attributif et maîtrisé par le législateur.

En revanche, si le pouvoir réglementaire constitutionnalisé en 2003 garde le même « objet » dans la mesure où il permet aux collectivités territoriales de « s'administrer librement », il n'a plus la même « nature ». Il se veut une vocation plus large et n'est d'ailleurs – encore une fois – que la cause et l'effet des compétences désormais élargies des collectivités territoriales. En effet, dans la mesure où le constituant

¹ Soit que les collectivités agissent en tant que « chef de service », soit que le législateur les autorise à prendre les mesures d'application de la loi sous réserve de respecter les critères fixés par la norme législative concernée (CE Ass, 2 décembre 1994, *Cne de Cuers*, Cf., *RFDA*, 1996.105, note FAURE) soit enfin que la loi ne renvoie pas à un décret le soin de préciser les modalités » (CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*).

² Cf. *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*, n° 1.9 et *AJDA*, 1985.271, note J. MOREAU.

³ Décision du CC n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative au statut de la Corse*.

Hiam Mouannès

attribue une compétence générale aux collectivités territoriales leur permettant de décider de « l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à l'échelon local », il était naturel que cette « clause générale de compétence » soit accompagnée d'un « moyen » institutionnel approprié. Il s'est donc nécessairement agi d'un véritable pouvoir réglementaire non *résiduel* mais *général* et lié aux compétences qui sont désormais dévolues aux collectivités –non par la loi– mais par la constitution. Par suite, le législateur ne pourra rester en-deçà de ce que le constituant a octroyé aux collectivités territoriales.

Si nous osons la comparaison, nous dirions qu'à l'instar du gouvernement qui dispose, depuis 1958 (art. 34 et 37 C) de la possibilité d'intervenir dans toutes les matières qui n'ont pas un caractère législatif (parce que ne faisant pas partie des domaines précisés à l'article 34 C), et dispose, de ce fait, et pour ce faire, d'un *pouvoir réglementaire national autonome* ; nous pourrions de même considérer –les mêmes causes entraînant les mêmes effets– que chaque collectivité territoriale bénéficie de la compétence réglementaire dans toutes les matières qui n'ont pas un caractère national et/ou qui ne touchent pas au cadre des compétences des autres collectivités. Par suite, chaque collectivité dispose désormais, et de par la constitution, d'un *pouvoir réglementaire* non attributif mais *général* et *autonome* bien que seulement *local*, sous réserve des fonctions « régaliennes » et des conditions d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti qui demeurent exclusivement dans le cadre des compétences de l'Etat¹.

¹ Il y aurait à partir de cette répartition par domaine (les « *compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre* » à l'échelon local) une autre répartition, par échelon celle-ci. Ainsi, en vertu de l'article 72/5 modifié de la constitution, qui prévoit une nouvelle notion de « chef de file », il existerait un échelon « mieux placé » pour intervenir dans tel ou tel domaine. En effet, évoquant le projet de loi relatif aux libertés et responsabilités locales, le professeur VERPEAUX montre que la répartition des compétences se fait par niveau : « aux régions les compétences d'orientation, aux départements les politiques de solidarité et aux communes les politiques de proximité », sachant que, aux termes de l'article 99 A du projet, la commune a vocation « à assurer, à égalité de droits avec la région et le département, les responsabilités qui sont exercées localement » (Cf. *AJDA*, 13.2004.685, *op. cit.*).

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

B - Ou directement par les électeurs locaux : le référendum local décisionnel

Les « collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon » (72/2). Or, ces mêmes collectivités, et aux termes de l'article L. 1111-2 CGCT, « constituent le cadre institutionnel de la *participation des citoyens à la vie locale* et garantissent l'*expression de la diversité* ». Ainsi, le référendum local décisionnel nouvellement établi et également constitutionnalisé, constitue le pendant, voire un des fondements de la légitimation du pouvoir réglementaire local susceptible d'être, depuis cette réforme constitutionnelle, « l'expression de la volonté générale » des citoyens locaux.

Il serait d'emblée intéressant de souligner le sens de la consultation référendaire prévue au nouvel article 72-1 de la constitution. Celui-ci se trouve profondément transformé dans la mesure où cette nouvelle technique de démocratie directe se veut impliquer réellement les électeurs locaux dans la vie de leur collectivité, aussi bien la région, le département ou la commune (cette dernière garde par ailleurs la possibilité de demander leur avis aux électeurs sur une question faisant partie des compétences de l'assemblée délibérante).

En effet, le référendum local institué par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 ne consiste pas à simplement *solliciter l'avis* des électeurs de la collectivité territoriale (libre ensuite aux autorités de suivre ou de ne pas suivre cet avis, qui n'est donné qu'à titre *consultatif*, quelque soit le résultat de la consultation) mais à *soumettre à la décision*, donc à l'approbation des « électeurs de la collectivité » concernée « tout projet de délibération tendant à régler une affaire de la compétence de cette collectivité » (LO.1112-1 CGCT).

La loi organique du 1^{er} août 2003¹, reprise par le CGCT précise les modalités d'organisation de ce référendum. L'assemblée délibérante peut soumettre à référendum les projets de délibération *-que* les projets de délibération mais *tout projet* de délibération- tendant à régler une affaire de la compétence de cette collectivité (art. LO.1112-1 CGCT), sans toutefois empiéter sur les compétences ni de l'exécutif de la collectivité ni des autorités locales ou nationales.

¹ LO n° 2003-705 du 1^{er} août 2003 relatif au référendum local, reprise par l'article LO. 1112-1 à LO. 1112-7 CGCT et décret n° 2004-194 du 24 février 2004 (*JO* 2 mars 2004, p. 4232).

Hiam Mouannès

Cette attribution n'est cependant pas exclusive des conseils élus au suffrage universel direct. Le référendum local décisionnel peut être initié aussi bien par l'autorité exécutive locale que par les électeurs eux-mêmes¹. En effet, l'exécutif local peut, seul, proposer à l'assemblée délibérante de la collectivité concernée de soumettre à référendum local *les* projets d'acte relevant de ses attributions, à l'exclusion des attributions qu'il exerce au nom de l'Etat et ceux qui ont un caractère individuel². Les électeurs peuvent aussi « demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante » d'une question relevant de la compétence de leur collectivité³.

Ainsi, tout en octroyant aux collectivités territoriales un pouvoir réglementaire local et autonome inhérent à l'exercice de leurs compétences, le nouvel article 72-1 y associe les électeurs de celles-là. Les électeurs locaux peuvent, d'une part et par l'exercice du droit de pétition, « demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante [...] d'une question relevant de sa compétence », et, d'autre part, être invités par les élus de leur collectivité à se prononcer sur un projet de délibération ou d'acte relevant de la compétence de celle-ci.

¹ La consultation des électeurs locaux peut également –aux termes de l'article 73 de la constitution– être décidée par le président de la République. Voir sur l'application de la consultation locale à l'OM : CE, 4 décembre 2003, *M. Feler*, note M. VERPEAUX, *AJDA*, 11.2004.594.

² Article LO.1112-2 CGCT.

³ Nous aurions pu évoquer ici le premier référendum d'initiative populaire qui vient d'être organisé (le 25 avril 2004) dans la commune de Saint-Rémy-de-Provence. Sauf que, d'une part, il s'agit d'un référendum consultatif intervenu en application de la loi de février 1995, et, d'autre part, c'est le maire sortant, Hervé CHERUBINI, qui a dû tirer toutes les sonnettes du village pour obtenir la signature d'au moins 20 % des électeurs inscrits dans la commune. Le maire de cette commune, Lucien PALIX souhaitait détruire l'école primaire existante pour en reconstruire une nouvelle, la population locale, elle, désirait réhabiliter l'école sans la détruire. 75,7 % des 50,2 % des électeurs qui se sont déplacés ont repoussé le projet du maire. Cf. *France Info* du 25 avril 2004, *Libération* du 26 avril et *Le Monde* du 27 avril de la même année. Ce qui est intéressant dans cet événement qui n'a apparemment pas assez intéressé les médias, c'est le fait que, sans être juridiquement tenu par les résultats de ce scrutin, le maire est allé encore plus loin dans l'interprétation de la volonté des électeurs de sa collectivité, en présentant sa démission, le 29 avril.

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

La signification de ces dispositions législatives et constitutionnelles est double. D'une part elles impliquent le « citoyen national » dans le processus décisionnel relatif à l'administration de sa collectivité et dans la gestion des affaires qui le concernent directement et au plus près de sa « paroisse ». De l'autre, et par voie de conséquence, elles « réveillent » en lui une nouvelle « citoyenneté », d'ordre local celle-ci, qui se superpose, sans l'entacher¹, à la citoyenneté nationale. Nous aurions pu inverser l'ordre de cette prise de conscience. Sauf que la forte participation des électeurs aux dernières élections régionales de mars 2004 (plus de 60 %) nous a confirmé dans notre idée. En effet, les électeurs « régionaux » n'ont pas cherché à exercer un quelconque devoir civique *régional*². Ils ont voulu réagir contre l'action/inaction (selon) du pouvoir *central*. Pour l'électeur régional il s'agissait avant tout d'un enjeu national. La pratique ultérieure du pouvoir local ferait-elle le reste³.

En tout état de cause nous osons considérer qu'il s'agit probablement d'une (voire de la plus) significative avancée de la décentralisation en France. En effet, aussi bien la « clause générale de compétence » que le pouvoir réglementaire local général et autonome dont disposent les collectivités territoriales, se trouvent ainsi naturellement assortis et, par suite, renforcés (au moins théoriquement) par la possibilité de faire appel aux premiers intéressés, les électeurs de la collectivité⁴.

Or, inviter les électeurs locaux à être aussi impliqués, c'est en réalité donner un sens concret et fort au pouvoir réglementaire local ainsi légitimé. La constitutionnalisation de ce dernier serait de ce point de vue, à la fois un moyen et une finalité. Un moyen d'armer

¹ Madame le professeur Anne-Marie Le POURHIET émet de sérieuses réserves sur ce qu'elle appelle la citoyenneté « entièrement à part » dans les DOM TOM et ce, par opposition à la citoyenneté « à part entière ». Cf. A.-M. Le POURHIET, « DOM, l'assimilation en questions », in *Cahier du Conseil constitutionnel* n° 12.

² A l'exception notable des électeurs de la région Poitou-Charente où la candidate (et actuelle autorité exécutive) Ségolène ROYALE a mené une campagne intégralement locale.

³ L'exemple du premier référendum local d'origine populaire organisé, le dimanche 25 avril 2004, dans la commune de Saint-Rémy-de-Provence, ne peut être invoqué ici pour les raisons que nous avons évoquées *supra*.

⁴ Nouvel article 72-1 de la constitution. Voir aussi, LO n° 2003-705 du 1^{er} août 2003, *op. cit.*

Hiam Mouannès

tout en le légitimant le nouveau pouvoir des collectivités territoriales, et une finalité consistant à favoriser la maturation et des collectivités territoriales et des citoyens locaux¹ en les chargeant d'une part non négligeable des responsabilités locales.

Ceci étant, le caractère unitaire de l'Etat demeure –jusqu'à nouvel ordre– préservé et ce, dans la mesure où la décision de la collectivité territoriale d'organiser un scrutin par lequel les électeurs locaux sont invités à prendre des décisions de nature réglementaire doit préalablement être transmise au représentant de l'Etat qui peut, le cas échéant, et s'il estime la délibération illégale, la déférer au TA. Il peut même assortir son recours d'une demande de suspension (art. LO.1112-3 CGCT et L.521-1 CJA). Ainsi, le droit de regard exercé à travers le contrôle administratif de légalité se veut éviter tout éventuel empiètement sur les compétences de l'Etat ou de son représentant² et, en l'occurrence, tout risque de dérapage et de réquisition de la souveraineté par « une section du peuple »³.

¹ Dans sa contribution « le référendum local et la constitution » (*Cahier du CC*, n° 12), le professeur Michel VERPEAUX précise néanmoins qu'une « lecture stricte de l'article 72 semble interdire que les électeurs [...] aient une quelconque attribution directe dans la libre administration des collectivités territoriales ». Comparant l'article 72 à l'article 3 C, il précise que si le constituant l'avait souhaité, il aurait pu rédiger ainsi l'article 72 : les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus « *et directement par les électeurs* ». M. GUILLAUME-HOFNUNG (cité par M. VERPEAUX) précise quant à lui que l'article 72 n'exclut pas la compétence des électeurs mais pose la *compétence de principe* des élus.

² Voir sur ce point mais relativement au référendum consultatif : CAA Lyon, 13 mai 1988, *Commune de Charvieu-Chavagneu* (AJDA.11.1998.940) et TA Grenoble, 16 août 2001, *Préfet de la Haute-Savoie*.

³ A cet égard faut-il préciser que la LO.1112-7 CGCT exige un taux de participation minimale de 50 % des électeurs inscrits pour valider le référendum local. Donc, outre l'obtention d'une majorité des suffrages exprimés, cet article fait obligation que cette consultation référendaire mobilise au moins la moitié des électeurs inscrits. Cette disposition auquel le Sénat tenait particulièrement a fait l'objet d'un large débat à l'AN. Le Sénat avait imposé d'emblée ce taux de participation de 50%, dans une logique de primauté accordée aux élus, c'est-à-dire une démocratie locale essentiellement de nature représentative : « tout projet de référendum doit respecter le pouvoir de décision, qui ne doit appartenir qu'aux élus » (Cf., Daniel HOEFFEL, rapport sur le PLO relatif au référendum local, séance du 4 juin 2003 ; Cf. AJDA.35.2003.1865). Par ailleurs les collectivités

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

L'étendue de la liberté d'administration locale va jusqu'à greffer au pouvoir réglementaire local –comme pour mieux le renforcer– la possibilité de déroger aux normes nationales (aussi bien réglementaires que législatives). Celle-ci serait-elle en quelque sorte le corollaire de l'autonomie locale réglementaire. Elle se veut –comme le préconisait le chef de l'Etat– « lancer la révolution de la démocratie locale »¹.

II – Est accompagnée d'un pouvoir de déroger aux normes nationales

La souveraineté nationale appartient *au peuple* qui l'exerce –non seulement par ses représentants mais aussi– par voie référendaire. Or, le peuple visé à l'article 3 de la constitution est compris dans son sens abstrait, il s'agit du peuple en tant qu'entité collective et indivisible. D'ailleurs, le second alinéa de ce même article précise clairement qu'« aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».

La loi « est votée par le Parlement » (art. 34 C) et, aux termes de l'article 21 de la Constitution, seul le Premier ministre « exerce le pouvoir réglementaire » (sous réserve de l'article 13 C).

Ce qui signifie que la loi « expression de la volonté générale » ne peut être l'expression des collectivités territoriales et encore moins celle des électeurs locaux. Le même raisonnement vaut pour le pouvoir réglementaire national qui, exercé par le Premier ministre, est censé s'appliquer sur l'ensemble du territoire national à l'ensemble des citoyens.

Or, la volonté du constituant du 28 mars 2003 de révolutionner la démocratie locale s'exprime au-delà –et à partir– du pouvoir réglementaire local général, par la possibilité désormais reconnue aux collectivités territoriales de déroger aux conditions d'exercice de la souveraineté nationale au profit des aspirations et nécessités locales. Il s'agit, en élargissant ainsi le sens et les effets du pouvoir réglementaire local de permettre aux collectivités –il nous semble– de se « gouverner » librement en fonction des besoins de chacune.

territoriales ne peuvent utiliser la procédure référendaire dans certaines circonstances prévues à l'article LO.1112-6 CGCT, comme par exemple pendant la campagne organisée pour un référendum national (art. 11 et 89 C) ou encore six mois avant le renouvellement de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale concernée.

¹ V. *supra*.

Hiam Mouannès

C'est ce qui a probablement justifié ce nouveau regard sur les conditions d'exercice de la souveraineté nationale qui peuvent désormais être, certes à titre expérimental, déléguées aux représentants –non de la nation– mais de la collectivité territoriale concernée.

L'idée est ici de montrer que la constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local a engendré des moyens propres à la rendre efficace. De ce fait –et sauf lorsque sont en cause « les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti »– habiliter les collectivités territoriales à déroger aux lois ne signifie pas dessaisir le législateur national. Il s'agit simplement de renforcer l'autonomie de la réglementation locale (**B**). De même, qu'habiliter ces mêmes collectivités à déroger à la réglementation nationale ne se veut pas annihilatrice des pouvoirs du Premier ministre mais donner à celles-ci un maximum d'outils nécessaires à l'exercice d'un effectif pouvoir réglementaire local (**A**).

A - Une dérogation à titre expérimental aux dispositions de nature réglementaire

Il est bien évident qu'il ne s'agit pas pour le constituant d'abdiquer ou de déléguer *in abstracto* le pouvoir réglementaire national. La réalité du pouvoir réglementaire demeure toujours entre les mains de l'exécutif, en l'occurrence, le Premier ministre (sous réserve des dispositions de l'article 13 C pour ce qui concerne le pouvoir réglementaire national *autonome*). Ceci ne nous empêche pas de constater l'existence d'une technique de dérogation à cette réglementation qui, par son caractère exorbitant à la tradition juridique (et même jurisprudentielle) française transforme le sens et la nature du pouvoir réglementaire local.

En effet, à chaque fois que le CC –préfigurant en quelque sorte la mutation faite en 2003– a eu l'occasion de reconnaître au législateur *la possibilité de confier « à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi »*¹, autrement dit, d'exercer le pouvoir réglementaire d'application de la loi, il prenait soin de montrer le caractère doublement exceptionnel de cette habilitation. A cet égard il n'a jamais manqué de rappeler d'abord l'identité « du » détenteur du pouvoir réglementaire. C'est bien le seul Premier ministre, sous réserve du pouvoir réglementaire « autonome » que le Premier ministre partage avec le chef de l'Etat.

¹ Décision du CC n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, loi relative au droit d'asile (Considérant 35).

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

Et, ensuite, de préciser que s'il est toujours loisible au législateur de confier le soin de la mise en œuvre d'une loi (c'est-à-dire le soin de prendre des décisions réglementaires d'exécution) à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre, cette délégation ne peut être générale et absolue sous peine d'enfreindre la constitution. Les collectivités territoriales ne pouvaient aller au-delà de ce que le législateur voulait bien leur confier et à condition de ne pas préjudicier au pouvoir réglementaire national reconnu à l'article 21 de la constitution au Premier ministre¹.

La mutation constitutionnelle de 2003 peut être mieux mise en évidence par une lecture plus attentive et de la DC du 17 janvier 2002 et du second alinéa de l'article 72 modifié.

Dans cette décision relative au *statut de la Corse*, le Conseil constitutionnel précise que les dispositions de la loi contestée « se bornent à prévoir la procédure par laquelle l'Assemblée de Corse peut « présenter des propositions » tendant à la modification ou à l'adaptation, par les autorités compétentes de l'Etat, de dispositions réglementaires ». Ce qui signifie qu'il ne s'agit nullement d'autoriser une collectivité territoriale, dans le cas de l'espèce, la Corse, de modifier ou d'adapter elle-même la réglementation nationale relative à l'organisation et au fonctionnement de la cette collectivité. Cette compétence revient aux « autorités compétentes de l'Etat ». Ainsi, pour décider de la conformité des dispositions législatives contestées à la constitution, le Conseil constitutionnel note « que, par suite, elles ne transfèrent, par elles-mêmes, à cette collectivité aucune matière relevant du domaine réglementaire » (Considérant 9).

Ainsi, si les collectivités peuvent demander aux autorités nationales « d'adapter la réglementation nationale », elles ne peuvent, en aucun cas demander une « habilitation réglementaire ». Dans ce

¹ Décision du CC n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, loi relative au droit d'asile (Considérants 34 et 35) ; décision du CC n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, Loi relative au statut de la Corse. Voir aussi, *AJDA*, 2002.100, note SCHOETTL et *RFDA*, 2002.459, note M. VERPEAUX et p. 469, note FAURE. Dans la même décision le CC impose une exception relative au domaine des droits et libertés. Cette limite relative à l'unicité des conditions d'exercice des droits et libertés publiques est reprise par l'alinéa 4 de l'article 72 modifié. Ainsi, la libre administration (avant, comme depuis 2003) ne peut conduire à ce que les conditions d'exercice d'une liberté publique puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire (Voir décision du CC n° 84-185 DC du 18 janvier 1985 et décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 (Cf. ss L. 1111-1 CGCT).

Hiam Mouannès

cas, le Conseil constitutionnel aurait censurer cette délégation qui dépasse –par sa nature même– ce dont une collectivité territoriale a besoin pour « s'administrer » librement.

Toujours dans sa décision du 17 janvier 2002, le Conseil constitutionnel va jusqu'à reconnaître à la collectivité territoriale de Corse la possibilité de « demander à être habilitée par le législateur à définir les modalités d'application d'une loi au cas où il serait nécessaire d'adapter les dispositions réglementaires nationales aux spécificités de l'île ». Si l'habilitation nécessaire à l'adaptation d'une norme nationale aux spécificités locales existait déjà, elle l'était d'une manière ciblée et conditionnée. En tout état de cause elle ne pouvait consister pour le législateur à entraver l'action du titulaire du pouvoir réglementaire national. Le législateur pouvait habilitier une collectivité territoriale à prendre des dispositions réglementaires d'application de la loi (organiquement nationales), mais en considération stricte des dispositions de l'article 21 C.

La mutation constitutionnelle se manifeste dans la liberté donnée – non au législateur– mais au gouvernement-même de déléguer au profit de certaines collectivités intéressées, à titre dérogatoire et expérimental certaines de ses compétences, celles que le gouvernement jugerait susceptibles de permettre un meilleur exercice du pouvoir réglementaire *national* au niveau *local*.

Le fondement de cette mutation se trouve dans ce nouvel objet constitutionnel que représente le pouvoir réglementaire local général et autonome.

En effet, dans la mesure où les collectivités territoriales, en vertu du second alinéa de l'article 72 de la constitution « ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon », et pour rendre effective ce principe de subsidiarité, il est désormais loisible au gouvernement de renforcer l'exercice du pouvoir réglementaire local général. Pour ce faire, il peut habilitier une collectivité territoriale à déroger à la réglementation nationale qui régit l'exercice de ses compétences (art. 72, al. 4), sachant toutefois que les effets ne s'imposent que sur le territoire de la collectivité concernée.

Quid du principe de « l'identité réglementaire » qui, à chaque dérogation, cèdera face à un nouveau, celui, de la « spécialité réglementaire » ? Seul l'avenir est clarificateur à cet égard. En tout état de cause, le gouvernement demeure –pour le moment et vu les résultats des élections régionales des 21 et 28 mars 2004– maître de la mise en marche de ce nouveau principe. En réalité, les décisions réglementaires –matériellement nationales et organiquement locales– prises sur le fondement de cette habilitation n'ont qu'un caractère

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

expérimental. De ce fait, elles ne s'imposeraient, au-delà de la durée de l'expérimentation, sur le territoire de celle-ci que par la volonté même du gouvernement.

Et d'ailleurs même pendant la durée de l'expérimentation réglementaire, le pouvoir central demeure omniprésent via son représentant dans le département et/ou dans la région. En effet, en amont, l'expérimentation doit être donnée par le gouvernement (et par lui seul) et, en aval, tous les actes pris dans le cadre expérimental font obligatoirement l'objet d'une « transmission au représentant de l'Etat » (LO.1113-3 CGCT).

B - Mais aussi à la loi « expression de la volonté générale »

Celui qui peut le moins ne peut pas nécessairement le plus. S'il apparaît *a posteriori* naturel que les collectivités territoriales puissent accéder à une maturité réglementaire leur permettant de se prendre réellement en charge, rien ne serait plus étranger à l'idée de leur reconnaître un quelconque embryon d'émancipation à l'égard de la loi censée, seule, exprimer la volonté de la nation dans son unicité et son indivisibilité.

Cependant, l'Etat possédant « la compétence de ses compétences » peut souverainement décider de son avenir organisationnel. Or, si l'objectif de « l'organisation décentralisée de la République » est de favoriser l'émancipation (qui ne veut pas dire autonomie absolue et encore moins souveraineté) des collectivités territoriales et si le moyen principal mis à la disposition de celles-ci se manifeste à travers un pouvoir réglementaire local désormais général et autonome, assorti d'éventuelles habilitations d'exercer un pouvoir réglementaire (matériellement national), rien n'empêche ce même Etat à aller plus loin entamant une démarche autrement plus audacieuse.

Tout est question de finalité¹ mais aussi, voire surtout d'équilibre entre la nécessité de soumettre tout le territoire national à la même loi votée par les représentants de la nation dans son indivisibilité et l'indispensable prise en considération des différences de situations entre les différentes parties du territoire. L'idée consiste à ne plus imposer arbitrairement une loi à l'ensemble du territoire sachant que celle-ci peut être d'un bénéfice certain, voire excellent sur le territoire d'une région et néfaste pour une autre. Il ne s'agit plus non plus de

¹ Osons-nous dire, depuis le 28 mars 2004, question de circonstances. Cependant, il s'agit là, à juste titre, d'un probable frein à l'évolution décentralisatrice puisque le pouvoir central se trouve dans un nouveau cas assez original de cohabitation avec le pouvoir local.

dessiner abstraitement –au niveau national– une politique publique locale (dans les champs économique, social et culturel) mais une pluralité de politiques publiques locales, chacune prenant en considération les besoins réels de chaque collectivité (rurale, urbaine, frontalière, etc.)¹.

Or, la question qui se pose concerne l'identité de ou des autorités les mieux à même d'y répondre. En effet, dès lors qu'il s'agit de considérer les différentes situations pour leur adapter les traitements appropriés, il serait désormais judicieux d'associer les collectivités territoriales au processus législatif. Les élus locaux, enracinés dans leurs collectivités et censés bien connaître les capacités, besoins et aspirations de leurs mandants seraient avec le législateur « de droit commun » bien placés pour participer à la confection de cette pluralité de politiques publiques.

Nous y voilà. Désormais et aux termes du 4^{ème} alinéa de l'article 72 modifié², les collectivités territoriales sont susceptibles d'être habilitées à déroger à la loi nationale et ce, à l'échelon local, à titre expérimental et dans un domaine strictement lié à l'exercice de leurs compétences.

Or, habiliter les collectivités à déroger aux lois ne signifie aucunement dessaisir le législateur national mais donner un nouveau sens au concept de partenariat entre l'Etat (à travers ses représentants dans le département et la région et le contrôle de légalité) et la périphérie mais aussi rendre la réglementation locale plus adaptée aux besoins locaux, donc plus juste.

¹ Dans sa décision du 17 janvier 2002, le CC considère que les compétences attribuées par le législateur au profit de la Corse prenaient en considération les « caractéristiques géographiques et économiques » de cette collectivité. Par suite et dès lors que ces compétences nouvelles n'intéressent pas les « conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques », « les différences de traitement qui résultaient de ces dispositions entre les personnes résidant en Corse et celles résidant dans le reste du territoire national ne seraient pas constitutives d'une atteinte au principe d'égalité » (Cons. 29). Par ailleurs et dans la même décision, le CC précise qu'il n'y a pas non plus rupture d'égalité en faveur des employeurs de main-d'œuvre agricole installés en Corse en raison de la situation « dégradée » des exploitants agricoles en Corse justifiant que le législateur accorde une aide « fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec le but d'intérêt général poursuivi par le législateur ».

² LO n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 reprise par le CGCT, art. LO.1113-1 à LO.1113-7.

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

Il ne s'agit en aucune manière de *transférer* une ou des matières relevant du domaine de la loi au profit des collectivités territoriales. Le Parlement demeure le titulaire unique du pouvoir législatif. D'ailleurs si l'on revient à la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 2002, l'on s'aperçoit de l'attachement de la Haute juridiction constitutionnelle (article 34 oblige) à cet exercice exclusif du pouvoir législatif par les représentants de la nation (au risque de censure pour incompétence négative).

Ce qui est visé à l'article 72 C c'est un nouveau processus d'expérimentation intimement lié –il me semble– à la constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local. Contrairement à l'expérimentation législative locale existante qui, elle, est liée au processus législatif parlementaire.

En effet, l'expérimentation législative en vigueur avant la réforme 2003 n'a pas –par sa nature même– vocation à favoriser l'émancipation des collectivités. Son objectif est de permettre une meilleure adaptation et par suite, une meilleure qualité de la loi « nationale ». Cette expérimentation qui ne peut être exercée que par le législateur lui-même garde un caractère « national ». Elle est susceptible de prendre naissance sur le territoire d'une ou de plusieurs collectivités, mais a vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire national. Lorsque le législateur « de droit commun » décide de déroger aux lois en vigueur sur le territoire d'une ou de plusieurs collectivités dans un objectif expérimental, il cherche nécessairement à tester certaines réformes à l'échelon local avant de les étendre, le cas échéant, sur l'ensemble du territoire (la loi est ainsi la même pour tous)¹.

Dans sa décision du 17 janvier 2002², le Conseil constitutionnel a eu d'ailleurs à se prononcer sur le sens de cette expérimentation « législative » qui n'appartient qu'au Parlement et ne peut, en aucun cas, être confiée à d'autres autorités de l'Etat, en l'occurrence les collectivités territoriales, au risque de méconnaître le principe de la souveraineté nationale au sens des articles 3 et 34 de la constitution. En effet, la loi déferée au Conseil constitutionnel ouvrait au législateur –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 ». Or le législateur ne disposant pas des compétences de ces compétences, ne peut ni

¹ Voir notre contribution « La nouvelle décentralisation : un régionalisme émancipateur », *Droit Ecrit*, n° 3, 2002.115.

² Considérants 18 et 20.

rester en deçà ni aller au-delà des prescriptions constitutionnelles. En l'occurrence, il ne pouvait pas décider de se décharger de ses (ou d'une partie de ses) compétences. Seule la constitution peut l'inviter à effectuer des habilitations de ce genre¹. Chose qu'elle n'avait pas prévu à l'époque des faits et qui a justifié que le CC censure la disposition incriminée.

Le législateur l'a rêvé pour la Corse, le constituant dérivé l'a fait pour toute la France. En effet, la réforme décentralisatrice de 2003 autorise désormais le législateur à déléguer (par voie d'une habilitation limitée) certaines de ses compétences aux collectivités. Il est bien évident que seuls sont visés ici les domaines qui « régissent l'exercice [des] compétences [des CT] » (art. 72, al. 4).

Il est intéressant de souligner qu'ici aussi, il s'agit pour le constituant de donner son plein effet à la « libre administration » c'est-à-dire au pouvoir de réglementation locale désormais constitutionnalisé. Ce dont il s'agit ici c'est d'un véritable pouvoir législatif local, certes *dérogatoire, expérimental et limité dans le temps* et favorisant une effective « libre administration » des collectivités. Mais, à la différence de l'expérimentation législative existante, la nouvelle compétence législative locale expérimentale est exercée par les collectivités elles-mêmes. Certes il ne s'agit naturellement que d'une *dérogation* fondée sur une habilitation du législateur, nécessairement justifiée par des besoins locaux et nécessairement limitée dans le temps. Mais celui qui bénéficie de cette dérogation c'est la collectivité demanderesse, le législateur se retrouvant, de ce fait, dessaisie, pendant toute la durée de la délégation, des matières déléguées.

Faut-il rappeler qu'il ne s'agit pas, pour le législateur nationale de se décharger *in extenso* des compétences que la constitution lui attribue expressément : « *La loi est votée par le Parlement* » (art. 34 C). Le principe demeure que tout *transfert* de la part du législateur d'une ou de plusieurs matières relevant du domaine de la loi est toujours naturellement prohibé. Il ne s'agit que d'une *habilitation*. Et, cette habilitation législative au profit d'une ou des collectivités intéressées ne peut non plus concerner que les « dispositions législatives [...] qui régissent l'exercice de leurs compétences » (art. 72, al. 4).

¹ Aux termes de l'article 38 de la constitution, le gouvernement et lui seul « peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». Malgré la LC du 28 mars 2003, cet état du droit n'a pas été modifié. L'habilitation visée par la décentralisation 2003 concerne l'*expérimentation*.

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

Quid cette fois-ci du principe de « l'identité législative » prévu à l'article 6 de la DDHC 1789 ainsi qu'à l'article 73 de la constitution. La question est d'autant plus légitime que l'expérimentation utilisée par le législateur garde un caractère intégralement « national » à la différence de celle désormais octroyée aux collectivités territoriales dont la finalité est –si non l'émancipation de celles-ci– au moins une meilleure *adaptation locale* de la loi et qui ne peut par sa logique même être étendue –sauf volonté contraire du législateur– sur l'ensemble du territoire. Dans ces conditions, nous sommes en mesure de supposer que –sous réserve des conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques qui doivent être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République– un jour, la loi, par la volonté du législateur et des collectivités territoriales, risque de ne plus être la même pour tous sur tout le territoire.

« Etre » libre, et par voie de conséquence, « s'administrer librement » par la voie d'une réglementation autonome extensible, voici le fondement de ce nouvel objet constitutionnel que représente le pouvoir réglementaire local avec pour corollaire l'expérimentation réglementaire et/ou législative.

En définitive, allant à contre sens de l'idée du professeur Verpeaux¹, nous considérons que le principe constitutionnel de la *libre administration* « conçue comme une forme de séparation verticale des pouvoirs » n'est plus seulement un *moyen* « d'asseoir des droits et libertés », il devient une finalité en soi.

Ceci étant, seules la pratique institutionnelle et les nouvelles données politiques issues des futurs rapports de force sur le terrain, en l'occurrence, au sein du couple Etat-régions sont susceptibles de nous apporter sa véritable signification au pouvoir réglementaire local désormais à valeur constitutionnelle. Ainsi de deux choses l'une, soit il dépassera les espérances de ses auteurs au point de devenir un outil d'impulsion favorisant une effective démocratie de « proximité »².

¹ Le professeur Michel VERPEAUX considère que « la libre administration peut être conçue comme une forme de séparation verticale des pouvoirs ». Il s'agirait pour lui d'un moyen « d'asseoir des droits et libertés » sans pour autant constituer une finalité en soi (tout comme la séparation horizontale des pouvoirs d'ailleurs). Note sous l'arrêt, CE 18 juin 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli*.

² A cet égard faut-il considérer l'hypothèse qu'un jour, le Conseil constitutionnel soit saisi d'une loi restreignant la liberté de réglementation locale telle que prévue à l'article 72 deuxième et troisième alinéa. La haute juridiction ne pourrait dans ce cas –nous semble-t-il– se borner d'une lecture

Hiam Mouannès

Soit il sera neutralisé faute de moyens et d'ambition réels. Dans ce cas nous serions dans une évolution purement virtuelle.

limitant l'action des collectivités territoriales à la simple « administration ».
Attendons !