



HAL
open science

Bref exercice de méthodologie juridique pratique : Que dire du principe de “ libre administration ” des collectivités territoriales ?

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. Bref exercice de méthodologie juridique pratique : Que dire du principe de “ libre administration ” des collectivités territoriales ?. Révolution, Constitution, Décentralisation. Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux, Dalloz, 2020, pp.633-643, 2020. hal-02986309

HAL Id: hal-02986309

<https://hal.science/hal-02986309>

Submitted on 2 Nov 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Bref exercice de méthodologie juridique pratique :
Que dire du principe de « libre administration » des collectivités territoriales ?

Xavier Magnon

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Il est, parfois, des évidences premières qui se diluent dans la pratique. Tel est le cas des questions d'ordre méthodologique en droit. Passé le constat de la nécessité d'une méthode, même si, il faut en convenir, ce constat n'est pas partagé par tous¹, le discours sur le droit semble pourtant s'en affranchir dans la pratique. Il n'est pas inutile de rappeler une évidence : pour « faire du droit » ou, plus précisément, pour développer un discours de connaissance sur le droit, il est nécessaire de disposer d'un cadre catégoriel de référence permettant de saisir de manière satisfaisante son objet, ainsi que de concepts de connaissance à l'intérieur de ce cadre pour éclairer les différents sous-objets qui constituent l'objet². Mieux, toute analyse de droit positif, quelle qu'elle soit, est toujours marquée par des présupposés catégoriels, y compris lorsque ceux-ci sont implicites, y compris lorsque celui qui développe un discours sur le droit positif se défendrait de disposer d'un cadre catégoriel ou, pour le dire autrement, d'une épistémologie du droit qui impose, nous en conviendrons ici sans en discuter, une théorie du droit pour identifier son objet et décrire comment il fonctionne en général et une méthode pour développer un discours sur cet objet.

Ce constat peut être mis en lumière à partir d'une analyse des discours sur le droit positif portant sur le « principe de libre administration des collectivités territoriales », le choix de ce principe n'est, ici, évidemment pas neutre. Il s'agira de rappeler l'état de la connaissance sur ce concept pour mettre en lumière toutes les questions d'ordre méthodologiques et conceptuelles que celui-ci révèle.

Nous partirons de 6 propositions³, sur lesquelles un accord doctrinal peut être identifié, qui synthétisent cet état de la connaissance :

- L'indétermination du principe tel qu'il est affirmé dans la Constitution⁴ et la nécessaire et corrélative concrétisation juridictionnelle de celui-ci⁵ (1) ;

¹ Voir, en ce sens, pour une approche critique du caractère scientifique du discours juridique : P. Amssek, « La part de science dans les activités des juristes », *Dalloz*, Chron., 1997, pp. 337-342.

² Il faudra sans doute, un jour, que tous ceux qui réprovent toute exigence méthodologique pour faire du droit nous explique la persistance des facultés de droit comme lieu de formation de juristes, malgré l'accès spontanée, à savoir sans aucune méthode, que chacun peut avoir au droit.

³ Ne sont ici identifiées que des propositions de discours sur le droit qui marquent un apport dans la lecture du droit positif et non pas celles qui ne font que reproduire le contenu de celui-ci. Ainsi, le fait que le législateur soit compétent pour régir le principe de libre administration résulte directement du droit positif et, plus précisément, de l'article 34 de la Constitution, elle n'est pas une construction doctrinale.

⁴ Voir, par exemple, en ce sens : L. Boulouis, *AJDA*, 1982, p. 304 ; L. Favoreu, A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12,

- La libre administration est une liberté de gestion et non pas une liberté de gouvernement⁶ (2) ;
- « Mentionné par l'article 34 Const. (« la loi détermine les principes fondamentaux (...) de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ») ainsi que par l'article 72 Const. (« Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus »), le principe de libre administration a été consacré pour la première fois comme principe à valeur constitutionnelle dans une décision n° 79-104 DC, 23 mai 1979, *Territoire de Nouvelle-Calédonie* »⁷ (3) ;
- Ce principe impose, nous nous contenterons ici de formulations génériques, que les collectivités territoriales soient administrées par des conseils, élus, qu'elles disposent de compétences effectives et d'une capacité de décision dans l'exercice de ces compétences, d'un pouvoir réglementaire, d'une liberté contractuelle et d'une autonomie financière⁸ (4) ;
- Le principe de libre administration est une liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative⁹, et un « droit ou liberté que la Constitution garantit », au sens de l'article 61-1 de la Constitution¹⁰ (5) ;

Dossier : Le droit constitutionnel des collectivités territoriales, 2002 ; M. Verpeaux, « La Constitution de 1958 et les collectivités territoriales », *RDP*, 1998, n° spécial 40 ans de la Constitution, p. 1395.

⁵ Voir en particulier en ce sens : L. Favoreu, A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *précit.* ; A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales : une exception française ? », in *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, sous la direction de M. Fatn-Rouge Stefanini et G. Scoffoni, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, 2/2013, p. 184 (celui-ci affirmant de manière particulièrement significative que :) ; A. Treppoz Bruant, « Libre administration des collectivités territoriales et QPC : entre espoir et amertume », *Droit administratif*, 2012, n° 12, p. 11.

⁶ Voir par exemple : B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, § 22, p. 32.

⁷ L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 2018, 20^{ème} édition, § 699.

Voir, par exemple, dans le même sens : P.-Y. Chicot, « Le principe de libre administration des collectivités territoriales : la déconcentration contre la décentralisation ? », *Revue Le Lamy Collectivités territoriales*, n° 102, 1^{er} juin 2014, (si l'auteur affirme que « le principe de libre administration des collectivités territoriales (est) posé par l'article 34, et surtout par l'article 72 alinéa 3 de la Constitution », il n'en soutient pas moins que la Conseil constitutionnel « a consacré la valeur constitutionnelle du principe de libre administration »).

Au minimum, certains auteurs affirment que le principe de libre administration est, sur le fondement de l'article 72 alinéa 3 de la Constitution (et/ou de l'article 34 de la même Constitution), « de valeur constitutionnelle », tout en rattachant cette affirmation à la décision du Conseil constitutionnel du 23 mai 1979, n° 79-104 DC, *Territoire de Nouvelle-Calédonie*, voir par exemple : O. Gohin, *Droit constitutionnel*, Litec, Manuel, 2010, p. 85.

⁸ Voir en ce sens : L. Favoreu, A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *précit.* ; P.-Y. Chicot, « Le principe de libre administration des collectivités territoriales : la déconcentration contre la décentralisation ? », *précit.* ; J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ-Lextenso, Précis Domat Droit public, 32^{ème} édition, 2018-2019, § 135, p. 89 ; A. Roux, « Constitution, décentralisation, et libre administration des collectivités territoriales », in *En hommage à Francis Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant-LGDJ, 2007, p. 1386 et s.

Voir également, ne retenant que certains de ces éléments : B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 35 et s.

Le manuel aixois de droit constitutionnel procède à une catégorisation de ces différents éléments, certains concrétisant « les garanties institutionnelles de la libre administration », d'autres « les moyens de la libre administration », voir L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, § 700 et s. p. 515 et s.

A. Roux classe ses différents éléments autour de trois types d'autonomies reconnues aux collectivités territoriales, la libre administration étant entendue comme une garantie des libertés locales : l'autonomie institutionnelle, fonctionnelle et financière (A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales : une exception française ? », *précit.*, p. 184).

⁹ CE, sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, n° 229247, *Rec.*, p. 18.

¹⁰ CC, n° 2010-12 QPC, 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque [Fusion de communes]*.

- Il s'agit d'un principe à la faible portée normative faute d'être fréquemment sanctionné par le juge¹¹ ou faute pour celui-ci d'en consacrer un noyau dur fort (6).

Chacune de ces propositions soulèvent des questions « *meta* », c'est-à-dire que ces propositions reposent sur des conventions préalables, et donc sur des cadres catégoriels préétablis, qui conditionnent leur sens. Dans cette contribution, il s'agira, précisément, de mettre en évidence ces présupposés afin de mieux montrer en quoi ceux-ci sont déterminants dans le discours sur le droit positif¹², même lorsque celui-ci se développe intuitivement sans présupposé explicite ou explicités. Pour ne prendre ici qu'un exemple de ce lien entre le discours et les présupposés de celui-ci, l'on rappellera que, pour savoir si la libre administration est ou n'est pas une liberté, il faut pouvoir disposer d'un concept préétabli de liberté. Cet exemple fait échos à l'exigence de définition que nous rappelons tous aux étudiants juristes, exigence conçue comme la première exigence méthodologique qui pèse sur le juriste.

Ces 6 propositions soulèvent deux catégories de questions, même si ces deux catégories entretiennent entre elles des liens évidents, certaines relatives au sens du « principe de libre administration », les propositions (1), (2), (4), d'autres renvoyant aux normes (3), (5) et (6). Tels seront les deux axes autour desquels la mise en lumière des questions épistémologiques soulevées par l'état de la connaissance sur le « principe de libre administration » sera entreprise. Autrement dit, le principe de libre administration, quel sens ? (§ I) Le principe de libre administration, quelle norme ? (§ II).

§ I - Le principe de libre administration, quel sens ?

Rechercher le sens du principe de libre administration oblige à une double distinction qui n'est pas aisée à poser de manière claire. Les propositions (1) et (4) sont porteuses, d'une certaine manière, d'une contradiction entre elles : là où la première souligne l'indétermination de

Voir pour une lecture des travaux constitutifs de la Constitution de 1946 envisageant la « libre administration » comme une « liberté locale » : C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Economica, PUAM, 1993, pp. 95 et s.

Voir, pour une lecture du principe de libre administration comme une « liberté constitutionnellement reconnue » : A. Roux, « Constitution, décentralisation, et libre administration des collectivités territoriales », *op. cit.*, p. 1381, « Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales », *RFDA*, 1992, p. 435 ou comme un « droit à l'autogestion locale », du même auteur, « La libre administration des collectivités territoriales : une exception française ? », *précit.*, p. 184.

¹¹ Voir en ce sens : L. Favoreu, A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *précit.* ; A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales : une exception française ? », *précit.*, p. 190 (après la mise en place de la QPC en l'occurrence) ; J.-H. Stahl, « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, 2014, p. 31 (il s'agit en l'occurrence du postulat qui fonde l'interrogation de l'auteur).

Voir également pour un bilan spécifique post-QPC : A. Treppoz Bruant, « Libre administration des collectivités territoriales et QPC : entre espoir et amertume », *précit.*, p. 15.

Voir, plus largement, pour une approche critique de la QPC en tant qu'instrument de protection de l'autonomie locale : « La question prioritaire de constitutionnalité, instrument de défense des libertés locales ? », in *Le droit constitutionnel des collectivités territoriales. Etudes comparées*, sous la direction d'A. Mecherfi, REJMA, 2015, pp. 53-75.

¹² Le discours sur le droit positif est ainsi dépendant et conditionné par le discours de théorie du droit.

l'expression, la seconde dresse une liste du contenu que celle-ci est censé recouvrir. La contradiction n'est toutefois qu'apparente dans la mesure où la proposition (4) explicite les conséquences normatives du principe. Elle marque la concrétisation normative de celui-ci. Cette concrétisation est d'autant plus diverse que le principe est formulé de manière indéterminée. L'on peut également différencier le *sens* du principe et le *contenu normatif* de celui-ci et c'est cette voie qui semble sous-tendue par les propositions (1) et (4) combinées. La démarche entreprise ici consistera à identifier et à poser un sens au principe de libre administration, malgré son indétermination, et un sens distinct et autonome de ses prétendues concrétisations normatives et, surtout, un sens qui autorise une distance critique vis-à-vis de ses concrétisations normatives. Le devoir de construction d'un langage de connaissance distinct du langage objet de cette même connaissance est une exigence épistémologique incontournable. Une fois ce sens du principe posé, il conviendra d'apprécier si les supposées concrétisations normatives sont en lien avec ce sens.

A - Un sens autonome ?

Quel sens donner au « principe de libre administration » ? L'indétermination, indiscutable, du principe doit-elle, pour autant, conduire à renoncer à toute proposition de sens de ce principe ? Évidemment pas. Le sens mérite d'être mis à jour à partir de deux méthodes d'interprétation, sémiotique et génétique¹³. L'usage exclusif de ces deux méthodes renvoie, en l'occurrence, à une certaine conception du droit et à la place de l'interprétation dans cette conception. D'emblée, la recherche de sens convoque un méta-discours. Le recours à certaines méthodes d'interprétation et non pas à d'autres traduit une certaine conception du droit et de l'interprétation. Sans entrer dans le détail, l'usage préférentiel des méthodes d'interprétation sémiotique et génétique repose sur une conception selon laquelle c'est l'auteur de la norme qui en établit la signification et non pas celui qui l'interprète et que l'interprétation est un acte de connaissance et non pas de volonté, de décision¹⁴.

Sous l'angle de l'interprétation génétique, le recours aux *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958* ne sera sans doute pas d'une grande utilité à la construction de sens. L'on sait des travaux préparatoires de la Constitution de 1946 que la libre administration était envisagée comme une liberté locale, les deux expressions étant souvent employées de manière synonymiques¹⁵. Certains éléments dans les susdit « *Documents pour servir...* » témoignent d'une même approche. Les deux expressions, « libre administration » et « liberté locale », sont parfois considérées comme étant synonymes¹⁶. De plus, la continuité avec

¹³ Selon la qualification retenue par M. Troper, « Interprétation », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland et S. Rials, Lamy-PUF, 2003.

¹⁴ Qu'il nous soit permis, pour des considérations générales sur ces questions, de renvoyer à *Théorie(s) du droit*, Ellipses, Collection Universités Droit, 2008, § 67 et s.

¹⁵ Voir sur ce point l'analyse détaillée proposée par C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, op. cit., pp. 95 et s.

¹⁶ Voir en ce sens : Comité consultatif constitutionnel, 7 août 1958 (après-midi), débat entre le président M. Reynaud, M. Janot (commissaire du gouvernement) et M. Monichon, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la*

la IV^{ème} République dans l'appréhension du principe de libre administration est, ponctuellement mais explicitement, assumée¹⁷.

Il reste qu'envisager ce principe comme une « liberté » nous éclaire un minimum sur la catégorie d'énoncé déontique qu'il recouvre : il est une *permission d'agir*¹⁸. Il faut d'ailleurs ajouter qu'elle est *permission d'agir* et non pas, c'est ce qui fait toute la spécificité du principe, *habilitation*, du moins au niveau constitutionnel. La libre administration est, en vertu de la Constitution, régie par la loi. Autrement dit, elle est une compétence du législateur qui la concrétise, sans qu'aucun domaine de compétence ne soit constitutionnellement garanti au profit de ces collectivités¹⁹. Il n'y a donc pas une *habilitation constitutionnelle directe* à l'intervention des collectivités territoriales dans certains domaines de compétences, mais une *permission d'agir des collectivités territoriales dans les domaines de compétences qui lui sont transférés par la loi*. La Constitution *permet*, la loi *habilite* ; la Constitution *permet* aux collectivités territoriales, dans le cadre de ce que le législateur les a *habilité* à faire. La Constitution garantit une liberté d'action dans les compétences/habilitations qui lui sont reconnues par le législateur. Il doit exister une liberté d'action des collectivités territoriales dans les compétences qui leur sont reconnues par le législateur : « le principe de libre administration ne garantit donc pas une *réserve de compétences* au profit des collectivités territoriales, mais une *autonomie dans l'exercice des compétences transférées par le législateur* »²⁰. Il est une liberté de gestion des affaires locales qui sont dévolues par le législateur aux collectivités territoriales. Pour reprendre une formulation juridique, *le principe (constitutionnel) de libre administration est une permission d'agir au profit des entités décentralisées locales*²¹ dans les domaines de compétences qui leur sont confiés par le législateur. Dans l'une des rares propositions doctrinales proposant un sens autonome au principe, A. Roux y voit, de manière assez proche, une garantie constitutionnelle d'une capacité d'action et d'un domaine d'action au profit des collectivités territoriales²². Il est nécessaire d'insister encore sur le fait que l'on ne doit parler de *permission d'agir* qu'au niveau constitutionnel : ce n'est qu'une permission qui est consacrée et garantie au profit des entités décentralisées ; au niveau législatif, lorsque le législateur régit la libre administration, il confère des *habilitations*, mais également, parfois, des

Constitution du 4 octobre 1958, Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, Vol. II, La documentation française, 1988, p. 258.

¹⁷ Voir en ce sens : Exposé des motifs de l'avant projet de Constitution du 29 juillet 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, Vol. I, p. 526.

¹⁸ Nous inscrivons ici notre recherche de sens dans un programme plus large consistant à formuler les concepts mobilisés par le discours juridique à partir des énoncés déontiques susceptibles d'être contenus dans les normes et, plus largement, en renvoyant aux normes ou en usant des différents éléments de définition de la norme juridique. Notre proposition de sens est la conséquence de ce programme.

¹⁹ Il n'est d'ailleurs fait aucune référence dans la Constitution de 1958 à la « répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales, quand différents projets de textes la mentionnaient pour en faire une compétence du législateur (voir ; par exemple, le projet de Constitution transmis au conseil d'Etat le 21 août 1958, article 31 du projet, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, Vol. III, p. 30). Dans ces versions, il n'y avait pas non plus de réserve de compétence constitutionnellement garantie au profit des collectivités territoriales.

²⁰ « La question prioritaire de constitutionnalité, instrument de défense des libertés locales ? », *loc. cit.*, p. 54.

²¹ La catégorie générique « entité décentralisée » est concrétisée, en droit positif français, par l'expression « collectivités territoriales ».

²² A. Roux, « Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales », *RFDA*, 1992, p. 435. Comme nous le verrons *infra*, nous n'y voyons qu'une garantie d'une capacité d'action et non pas une garantie d'un domaine d'action.

permissions d'ailleurs, aux collectivités territoriales. Cette construction a quelque chose de contre-intuitif mais nous ne sommes pas parvenus à une meilleure proposition d'analyse.

Sous l'angle de l'interprétation sémiotique, l'usage du terme « administration » renvoie à une logique administrative et non pas politique, ce qui, formulé de cette manière ne fait d'ailleurs pas plus sens. Relevons que la dimension de *pouvoir*, de l'existence d'un *pouvoir local* est gommée. Dans le prolongement, pour être plus précis, sans pour autant s'inscrire dans une construction, nécessaire mais impossible ici, de ce qu'est le *pouvoir*, que l'expression de libre administration exclut la reconnaissance d'une compétence législative au profit des entités décentralisées de la République. Telle est, au moins, l'appréhension par le droit positif constitutionnel positif du « pouvoir local ». Administrer se concrétise de manière normative par l'adoption d'actes administratifs, sans qu'il soit besoin, ici non plus, d'entrer dans un approfondissement, certes nécessaire, mais abyssal, sur la question de savoir ce qu'est un acte réglementaire ou un acte législatif en théorie générale du droit²³. Sous cet angle, la manière dont est appréhendée par le droit positif l'autonomie de certaines parties spécifiques du territoire sert de comparaison utile. L'alinéa 3 de l'article 1^{er} de la loi organique du 27 février 2004 *portant autonomie de la Polynésie française* affirme ainsi que « la Polynésie française se gouverne librement et démocratiquement, par ses représentants élus et par la voie du référendum » ; quand le point 5 du Préambule de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 dispose que « le partage des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée ». *Administrer* ne consiste pas à disposer d'un véritable *pouvoir*, le pouvoir étant dans la loi, dans la *capacité de produire des normes législatives*. Cette lecture sémiotique ne nous apporte sans doute pas plus de sens que celui précédemment identifié, même si elle le confirme : la loi fixe les conditions de la libre administration, elle détermine l'autonomie locale.

B - Une concrétisation normative du contenu du principe ?

Le sens ainsi établi, que penser de la proposition (4) ? Peut-on relier le sens proposé et les « composantes » du principe de la libre administration : administration par des conseils, élus, compétences effectives et capacité de décision dans l'exercice de ces compétences, liberté contractuelle et autonomie financière ?

Le manuel aixois propose une mise en ordre de ces différents éléments en identifiant des « *garanties institutionnelles* de la libre administration » (des conseils élus et la représentation par le Sénat) et des « *moyens* de la libre administration » (pouvoir réglementaire local, liberté contractuelle et autonomie financière)²⁴. Cette présentation distingue donc bien, même si cela demeure implicite, *ce qui relève du principe de la libre administration*, même si aucun concept autonome n'est

²³ Voir pour des propositions de définitions théoriques de la Constitution, de la loi et de l'acte réglementaire : S. Van Ouwerkerk, *Penser les formes d'Etat. Un état de la pensée publique française*, Thèse de doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, 2019, dactyl., pp. 347 et s.

²⁴ L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 515 et s., § 699 et s. (nous soulignons).

explicitement proposé, *d'autres choses qui ne relèvent pas de ce principe en lui-même*, à savoir les garanties institutionnelles ou les moyens de ce principe. Face à cette tentative de mise en ordre, l'on doit d'abord constater que ces différents éléments sont des normes, que l'on nous autorise ici une part d'artificialité dans le plan proposé, qui s'imposent au législateur lorsque celui-ci régit la libre administration. Ces contraintes ne relèvent pas de la libre administration en elle-même, mais d'autres contraintes, du moins est-ce la ligne de lecture proposée.

Des conseils, élus, il faut voir ici une obligation à la charge du législateur qui, lorsqu'il attribue des permissions ou des habilitations d'agir, doit prévoir une gestion de ces actions par des conseils, ces conseils devant être désignés par l'élection. Ce n'est donc pas la permission d'agir garantie par la Constitution qui est affecté en elle-même, c'est la manière dont elle sera concrétisée par le législateur qui est visée. La liberté contractuelle comme le pouvoir réglementaire renvoient aux catégories de normes susceptibles d'être produites par les entités décentralisées : des normes contractuelles et des normes réglementaires. Lorsque le législateur concrétise la libre administration, il doit garantir une capacité normative au niveau réglementaire et contractuel. Il s'agit donc de la traduction en capacité de production normative de la permission d'agir garantie au niveau constitutionnel. L'autonomie financière est une contrainte qui pèse sur le législateur en vue de garantir l'effectivité de l'autonomie locale. La capacité d'action des collectivités territoriales doit se concrétiser également par l'allocation de moyens financiers permettant d'en préserver l'effectivité. L'autonomie financière renforce la permission d'agir sans, pour autant, la présupposer. Dans toutes ces situations, il n'est pas question de libre administration elle-même, de manière autonome, mais d'éléments qui la concrétisent, la garantissent et donc, de garanties ou de moyens de la libre administration qui s'imposent au législateur lorsqu'il intervient pour la régir.

Demeure le dernier élément, des compétences effectives et une autonomie d'action dans les domaines de compétences transférées. L'on touche ici un cas limite avec la garantie constitutionnelle de permission d'agir : il ne saurait y avoir de permission d'agir que s'il existe des domaines dans lesquels cette permission d'agir est à même de se déployer. La reconnaissance d'une *liberté d'action* suppose l'existence de la reconnaissance préalable d'un *domaine d'action* dans lequel cette liberté sera susceptible de s'exercer. L'habilitation constitutionnelle du législateur à régir la libre administration serait une obligation à sa charge d'intervenir dans ce domaine et donc à concrétiser l'habilitation. Cette interprétation ne s'impose par forcément sous l'angle normatif. L'article 34 de la Constitution pose une habilitation à la charge du législateur, une compétence, pour régir la libre administration. Il n'impose pas au législateur le soin de régir ce domaine. Le non exercice d'une compétence ne saurait être reconnu comme une méconnaissance de la règle posant la compétence. Seulement, lorsqu'il s'agit d'intervenir pour régir la libre administration, seul le législateur est compétent pour le faire, même si, il n'est pas obligé d'intervenir, c'est-à-dire d'adopter des normes pour régir le domaine. L'attribution d'une compétence n'impose pas l'exercice pratique de celle-ci. Pour que ce soit le cas, il faudrait une reconnaissance, par une autre norme, d'une obligation pour le législateur d'adopter des normes dans le domaine ou les domaines de compétences attribués.

En tout état de cause, si le législateur intervient en conférant aux collectivités territoriales un domaine d'action, il devra maintenir une liberté d'action au profit de celles-ci. Ce n'est que lorsque la compétence est conférée par la loi aux collectivités territoriales que le législateur est tenu de préserver une part d'autonomie au profit de celle-ci. En définitive, une seule des 5 « composantes » classiques du principe de libre administration, du moins de manière indiscutable, renvoie à la libre administration telle que nous l'avons définie à savoir une autonomie/permission d'agir des collectivités territoriales dans l'exercice des compétences qui leur sont confiées par le législateur, à savoir celle qui consiste à affirmer que, dans les domaines de compétences transférés par le législateur aux collectivités territoriales, celles-ci doivent disposer d'une capacité d'action.

§ II - La libre administration, quelle norme ?

La reconnaissance du principe de libre administration comme une norme juridique soulève deux questions d'ordre général qu'il est possible d'illustrer par différentes affirmations doctrinales. Une première question porte sur la « portée » normative du principe et, en définitive, sur la qualification même de norme juridique (A) ; la seconde sur la nature de cette norme et, plus exactement, sur sa qualification catégorielle, s'agit-il d'un « droit », d'une « liberté » ou d'un « principe d'organisation » (B) ?

A – Quelle « portée » normative ?

La question de la « portée » normative se décline autour de deux autres questions, celle de la valeur (3) reconnue à cette norme et de ses effets (6) ; questions qui renvoient à des questions d'ordre théorique.

Sur le premier point, la proposition (3) et, plus précisément, la formule selon laquelle « le principe de libre administration a été consacré pour la première fois comme principe à valeur constitutionnelle dans une décision n° 79-104 DC, 23 mai 1979, *Territoire de Nouvelle-Calédonie* » pose question. Cette formule sous-entend qu'il n'existerait pas de principe constitutionnel de libre administration, sans intervention du Conseil constitutionnel. Elle peut être lue selon deux présupposés théoriques différents et revêtir deux sens distincts, ce qui témoigne de l'importance du cadre théorique dans la lecture des propositions d'analyse du droit positif.

Selon une première interprétation, littérale, le juge a posé le principe, ce qui marque l'adhésion à une certaine conception du droit, dite, dans sa version française célèbre, « réaliste de l'interprétation », selon laquelle ce sont les interprètes des normes, et plus exactement les interprètes authentiques au sens kelsénien du terme, à savoir d'organe habilité à produire du droit, et non pas ceux qui les rédigent qui, précisément, les posent²⁵. Il n'y a de principe de libre

²⁵ Qu'il nous soit ici permis de faire l'économie des références classiques sur ces questions.

administration des collectivités territoriales en tant que norme juridique de valeur constitutionnelle, que si le juge constitutionnel en consacre l'existence.

Une autre interprétation, plus subtile est encore possible. Il est possible de penser que la Constitution ne consacre par un « principe de libre administration », qu'il n'y a pas une norme imposant le respect du « principe de libre administration », mais seulement un domaine de compétence du législateur, celui de « libre administration », qui n'impose rien. La libre administration est un domaine de compétence du législateur, tout comme l'est l'état et la capacité des personnes ou les successions et libéralités pour reprendre des occurrences de compétences conférées au législateur par l'article 34 de la Constitution. A défaut de consécration par la Constitution, ce serait le juge qui aurait posé le principe. Cette hypothèse renvoie à un autre cadre d'analyse, dispositionnel plus qu'interprétatif, et, plus largement, au normativisme. Selon une telle perspective, après le constat de la démarche constructive du juge, il convient encore d'apprécier la régularité de l'interprétation du juge face à l'énoncé dispositionnel²⁶ et, plus précisément ici, une dénonciation de l'attitude du juge comme étant irrégulière.

Il ne s'agit pas ici de retenir la meilleure interprétation de la proposition (3) mais seulement de mettre en évidence que son interprétation correcte demeure dépendante des cadres théoriques retenues. La première interprétation n'est possible que dans un cadre réaliste ; la seconde dans un cadre normativiste. L'adoption d'un courant théorique est donc décisive dans la manière de lire le discours sur le droit. L'aveu théorique des discours juridiques est d'autant plus nécessaire qu'il conditionne son intelligibilité.

La proposition (6) que nous avons rangé sous l'angle de l'efficacité révèle plusieurs carences conceptuelles. Il faut en rappeler la formulation que nous avons proposée : le principe de libre administration présente une « faible portée normative faute d'être fréquemment sanctionné par le juge²⁷ ou faute pour celui-ci d'en consacrer un noyau dur fort ». Dans le prolongement, certains ont pu discuter de la « portée normative », de la « force juridique » ou de la « pleine portée juridique »²⁸ du principe. Ces différentes expressions renvoient à des questions fondamentales dans l'appréhension du droit et, plus exactement, à des concepts premiers sans lesquels il peut apparaître pour le moins difficile de pouvoir proposer un discours sur l'objet « droit ».

²⁶ Voir sur ce point : R. Ponsard, « Les moyens d'une analyse scientifiquement et juridiquement critique : l'exemple de l'étude des décisions du Conseil constitutionnel », *AIJC*, 2015, spécial. pp. 77-81.

²⁷ Voir en ce sens : L. Favoreu, A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *précit.* ; A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales : une exception française ? », *précit.*, p. 190 (après la mise en place de la QPC en l'occurrence) ; J.-H. Stahl, « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, 2014, p. 31 (il s'agit en l'occurrence du postulat qui fonde l'interrogation de l'auteur).

Voir également pour un bilan spécifique post-QPC : A. Treppoz Bruant, « Libre administration des collectivités territoriales et QPC : entre espoir et amertume », *précit.*, p. 15.

Voir, plus largement, pour une approche critique de la QPC en tant qu'instrument de protection de l'autonomie locale : « La question prioritaire de constitutionnalité, instrument de défense des libertés locales ? », in *Le droit constitutionnel des collectivités territoriales. Etudes comparées*, sous la direction d'A. Mecherfi, REJMA, 2015, pp. 53-75.

²⁸ Voir : J.-H. Stahl, « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, 2014, p. 31.

Évoquer la faible portée normative implique en premier lieu de disposer d'une définition de ce qu'est une *norme*, l'absence de sanction impose en deuxième lieu de situer la *sanction* dans la définition de la norme, la portée juridique renvoie en troisième lieu à la détermination de l'existence d'une norme et donc à sa *validité*. Chacune de ces questions peut être résolue à partir de concepts aux contenus différents, selon les différents courants théoriques qui saisissent ces questions, mais il n'en reste pas moins qu'il n'est pas possible d'avancer les propositions évoquées, sans disposer des concepts auxquels ils renvoient. Pour ne prendre que le normativisme, parce qu'il s'agit en l'occurrence de la théorie du droit retenue par l'auteur de ses lignes, la définition de la norme est la suivante, elle est la signification d'un énoncé prescriptif ayant pour objet de rendre pour autrui obligatoire, interdit, permis ou habilité un certain comportement, elle doit être contenue dans un acte qualifié de norme par une autre norme et, pour qu'il s'agisse d'une norme juridique, elle doit faire partie d'un ordre normatif globalement efficace et sanctionné. Il faut encore préciser que l'efficacité de l'ordre normatif s'apprécie de manière globale et signifie que la plupart des normes du système sont plutôt respectées que non respectées et que la sanction renvoie à l'existence, dans le système, de normes de sanction en cas de non-respect des normes de comportement, dont la mise en œuvre peut conduire, en dernier lieu, à la contrainte physique sur les personnes ou sur les biens. De cette définition découle, plus ou moins directement, que la validité d'une norme est la propriété qui marque son existence et qui renvoie à la conformité de la production de cette norme aux conditions qui président à cette production.

Ces concepts permettent de resituer toutes les affirmations de la proposition (6) et de ses avatars. Les mêmes concepts avec des contenus différents, selon des perspectives théoriques différentes²⁹, le feraient tout autant, mais, ce que nous soulignons ici, c'est moins la diversité des contenus possibles des concepts d'analyse que le caractère déterminant de pouvoir disposer de ces concepts. Un dernier concept est encore nécessaire, celui de *concrétisation de l'ordre juridique*, qui entend décrire le fait que, dans la hiérarchie des normes, établie selon le rapport de production entre elles, plus les normes sont à un niveau élevé dans la hiérarchie et plus elles sont générales et abstraites ; plus elles se situent à un niveau faible et plus elles sont individuelles et concrètes.

Le faible nombre de censures juridictionnelles doit être d'abord situer pour ce qu'il est : un argument factuel et contingent. Le fait qu'il existe peu de censures juridictionnelles renvoie à la mise en œuvre effective de la sanction juridictionnelle du principe et n'emporte aucune conséquence sur la validité de la norme. Le principe de libre administration est une norme juridique mais, lorsque cette norme est invoquée contre la loi, la censure de cette dernière par la voie juridictionnelle est, en pratique, rare. La rareté des censures peut être ensuite lue de deux manières : soit il n'y pas de violation par le législateur de ce principe, soit il existe des violations

²⁹ Il convient d'insister ici sur le fait que s'il existe plusieurs concepts de validité ou un concept de validité susceptible d'être formulé de manière différente, il n'en reste pas moins qu'il est nécessaire d'avoir un concept de validité en droit.

mais qui ne font pas l'objet d'une censure, cette dernière hypothèse n'étant pas possible pour la théorie réaliste de l'interprétation en l'occurrence³⁰. Autrement dit, pour cette dernière hypothèse, le juge fait une application irrégulière du principe de libre administration, ce qui suppose qu'il existe une norme issue de l'énoncé dispositionnel préexistante à l'interprétation juridictionnelle de ce même énoncé. La difficulté n'est donc pas celle d'une faible portée normative, le caractère normatif est indépendant du prononcé d'une sanction par le juge, mais d'une concrétisation irrégulière du principe par celui-ci. Ce qu'il est, en revanche, susceptible d'affirmer, et c'est ce qui correspond avec le sens retenu du principe, est que la norme tirée du principe présente un faible degré de contrainte. L'affirmation selon laquelle il n'existerait pas de noyau dur fort renvoie à la concrétisation jurisprudentielle du principe, c'est-à-dire à l'interprétation du principe pour en dégager une norme susceptible de résoudre le cas concret soumis au juge et que ce dernier doit résoudre. Elle est d'ailleurs à rapprocher de la proposition (1) indétermination du principe/nécessaire concrétisation jurisprudentielle. La détermination normative par le juge ne se conçoit que comme une concrétisation de la norme de référence du contrôle pour résoudre un cas déterminé et non pas, nous sommes dans un cadre d'analyse normativiste, une participation à la production normative générale de droit constitutionnel formel. De plus, la concrétisation ne signifie pas non plus qu'il faille ajouter autre chose que la norme contenue dans le principe, quel que soit, par ailleurs, le degré de contrainte qu'elle fait peser, y compris s'il est très faible.

B - Un « droit », une « liberté », un « principe d'organisation » ?

La consécration par le Conseil d'Etat du principe de libre administration comme une liberté fondamentale dans le cadre du référé-liberté a ouvert un débat doctrinal sur la nature du principe de libre administration. Il a opposé ceux qui partageaient la lecture du Conseil d'Etat³¹ et, d'autres qui, comme Michel Verpeaux, ont refusé de voir dans ce principe un droit ou liberté pour n'y voir, selon une qualification qui nous est propre, qu'un principe d'organisation. Pour Michel Verpeaux, précisément, « la libre administration peut (...) être conçue comme une forme de séparation verticale des pouvoirs tandis que la forme habituelle de la séparation serait horizontale. L'une comme l'autre ne sont pas des droits mais des moyens d'asseoir des droits ou des libertés, ils sont des moyens, ils ne constituent pas des buts »³². Sans qu'il faille trancher le débat, celui-ci ne peut être saisi que si sont posés les concepts propres à le résoudre. Pour pouvoir trancher et même seulement envisager de résoudre la question de la nature du principe, il est nécessaire de disposer des concepts qui permettent de le faire et donc un concept de « liberté », d'un concept de « droit » et d'un concept de « principe d'organisation ». Là encore le concept retenu conditionne le discours que l'on tiendra pour résoudre la question, mais, le concept n'en est pas moins déterminant en tant qu'instrument d'analyse. Il faut encore ajouter, et il s'agit ici de mettre en évidence un point de vue personnel, que la diversité du contenu des mêmes concepts

³⁰ L'interprète posant lui-même les normes, on ne saurait lui opposer la norme issue d'un texte précisément par que celle-ci ne sera norme que par l'interprétation du juge.

³¹ Voir *supra*.

³² M. Verpeaux, « Libre administration, liberté fondamentale, référé-liberté », *RFDA*, n° 3, 2001, p. 684.

d'analyse, la diversité des énoncés pour identifier la même chose, n'implique ni l'égalité heuristique des concepts - il existe des concepts meilleurs que d'autres pour décrire une réalité déterminée - ni qu'il soit vain de rechercher le meilleur concept qui soit pour décrire cette réalité. En tout état de cause, expliciter les concepts mobilisés sur la question permet véritablement d'ouvrir une discussion : il n'est possible de discuter de la nature du principe de libre administration que si l'on s'est entendu, au préalable, sur ce qu'est un « droit », une « liberté » ou un « principe d'organisation ».

L'usage de formulations déontiques pour poser sous la forme normative des concepts proprement juridique conduit à qualifier une liberté de « permission d'agir » quand le droit peut être considéré comme « une habilitation permettant à un bénéficiaire donné d'obtenir d'un obligé un comportement matériel déterminé », le principe d'organisation, une « modalité de répartition de compétences ». Ces concepts permettent une meilleure lecture du phénomène décrit. Envisagé dans le cadre d'une répartition des compétences entre l'Etat et les entités décentralisées, le principe de libre administration renvoie à un principe d'organisation. Cependant, il a été établi que la Constitution ne prévoyait pas la libre administration sous l'angle d'une répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales³³, aucune garantie de domaine de compétence n'étant prévue au profit des collectivités territoriales, le législateur étant seul habilité à le délimiter. Au niveau constitutionnel, la libre administration est une permission d'agir au profit des entités décentralisées et est donc constitutif d'une liberté.

Pensons donc, en tant que communauté, à ne pas oublier les exigences premières de toute discipline scientifique : déterminer de quoi l'on parle et d'où l'on parle. Poser et situer le sens pour mieux connaître le réel.

³³ Même si on l'a vu l'un des pré projet avait envisagé sous cet angle le principe.