

PROTIERE

Section I.

La détermination matérielle de la puissance territoriale, ensemble non constitutionnalisé de *droits propres* des communes

§ 1. Une puissance de domination non originaire : l'inexistence du pouvoir municipal

§ 2. Un ensemble de « fonctions propres » : l'absence d'autonomie des collectivités territoriales

Section II.

Vers une protection formelle de la puissance territoriale, expression d'un pouvoir constitutionnalisé dans l'État

§ 1. Une puissance formellement protégée : la constitutionnalisation des collectivités territoriales

§ 2. Un pouvoir matériellement indéfini : l'autonomie toujours incomplète des collectivités territoriales

1. Avant d'aborder la notion de puissance territoriale, un détour s'impose. Notion implicite, elle n'apparaîtra véritablement qu'une fois envisagés les éléments explicites présents dans l'œuvre du maître de Strasbourg. Il faut donc partir de l'État, en proposer une définition avant de pouvoir analyser les collectivités territoriales et le pouvoir qu'elles mettent en jeu. Ce « détour » ne devrait pas être inutile ; il permettra de baliser le chemin emprunté afin que celui-ci ne mène à une impasse ou ne se transforme en labyrinthe.

2. L'État est apparu vers le XV^e siècle de notre ère. Résultat d'un processus historique d'agrégation et de centralisation des anciens fiefs¹, il est essentiellement le fruit d'une volonté politique pragmatique. Ce n'est qu'une fois l'État formé et établi, que les théoriciens s'emparent du phénomène afin d'en fournir les explications. Le cœur des analyses s'intéresse alors à la question du pouvoir *de* l'État à travers la notion de souveraineté², puis à celle du pouvoir *dans* l'État. Cette dernière question apparaît avec la création des États fédéraux ; elle marque le passage des études de type principalement philosophique à des analyses juridiques. Le tournant des XIX^e et XX^e siècles est en cela topique³. Ainsi, la doctrine publiciste allemande de la fin du XIX^e siècle consacre ses efforts à théoriser l'Empire né en 1870 alors que, côté français, on commente ces écrits en cherchant à défendre une spécificité française. C'est précisément à cette période que Raymond CARRÉ DE MALBERG écrit son grand œuvre *Contribution à la théorie générale de l'État*⁴. Il y discute les écrits allemands et élabore notamment une théorie de l'État fédéral. Une grande partie de son ouvrage⁵ est ainsi consacrée à établir la différence entre l'État (unitaire ou fédéral), l'État fédéré et la collectivité territoriale. Pour ce faire, l'auteur propose de distinguer la *souveraineté* et la *puissance d'État*.

3. CARRÉ DE MALBERG retient une conception essentiellement négative de la souveraineté : celle-ci n'est finalement qu'une garantie d'indépendance, la certitude que l'État ne se verra pas imposer de sujétions qu'il n'accepterait préalablement⁶. Dans cette optique, elle ne peut plus être la caractéristique essentielle de l'État. D'autant que si elle est l'élément clé de la définition de l'État, il devient alors impossible d'expliquer la formation des États fédéraux. Un État fédéré ne semble pas pouvoir être souverain, sauf à transformer la fédération en une confédération (et passer ainsi du droit constitutionnel au droit international). La souveraineté ne pouvant plus être le critère de l'État, CARRÉ DE MALBERG, s'inspirant de la notion allemande d'*Herrschaft*, la complète avec la notion de *puissance d'État*. Cette nouvelle notion déplace alors la recherche du critère de l'État au cœur de la réflexion sur les rapports entre fédéralisme et décentralisation⁷.

4. Poursuivant la position de JELLINEK⁸, CARRÉ DE MALBERG définit la puissance d'État comme le « pouvoir de commander d'une façon absolue et avec une puissance de coercition irrésistible. [...] La marque distinctive et la condition de l'État, c'est [ainsi] l'existence d'une puissance originaire de domination »⁹. L'originarité de la puissance d'État réside pour CARRÉ DE MALBERG dans la capacité qu'a celui-ci de se doter de son propre statut, sous la forme d'une

¹ Sur ce processus, v. ÉLIAS (N.), *La dynamique de l'Occident*, Paris, Pocket, « Agora », 2003, 320 p.

² Le premier à fournir une assise théorique au pouvoir d'État, à travers la notion de souveraineté, est Jean BODIN, dans son ouvrage *Les six livres de la République* (1576). Il y justifie le caractère absolu du pouvoir royal car celui-ci est seul souverain en son Royaume.

³ V. notamment BEAUD (O.), WACHSMANN (P.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, Nouvelle série n° 1, 1997, 347 p.

⁴ La *Contribution à la théorie générale de l'État* est écrite quasiment intégralement avant 1914, mais n'est publiée qu'à la fin de la Première Guerre mondiale en 1920 et 1922.

⁵ Ce thème est traité dans le chapitre deuxième de la partie portant sur les éléments constitutifs de l'État, intitulé « De la puissance de l'État », v. CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2003 (1^{ère} éd. 1920) (Préface d'Éric MAULIN), t. I, pp. 69-258. Nous abrègerons désormais par *Contribution*...

⁶ « Le mot souveraineté n'exprime donc jamais qu'une idée négative : la souveraineté, c'est la négation de toute entrave ou subordination », *Contribution*..., t. I, p. 72.

⁷ « C'est sur le terrain de la comparaison entre la décentralisation et le fédéralisme que se trouve aujourd'hui portée la question de la recherche du signe distinctif de l'État », *Contribution*..., t. I, p. 148.

⁸ Pour JELLINEK, « la caractéristique de l'État, c'est de n'être obligé que par sa volonté propre », cité in *Contribution*..., t. I, p. 155.

⁹ *Contribution*..., t. I, p. 158.

Constitution¹⁰. Dès lors, le caractère originaire de la puissance d'État est assimilable à l'autonomie constitutionnelle ; seule la collectivité jouissant d'une autonomie constitutionnelle peut être qualifiée d'État. Il reconnaît toutefois qu'un État fédéré qui se verrait octroyer une constitution ne perdrait pas pour autant son statut d'État s'il disposait d'un libre pouvoir de révision¹¹.

5. Bien qu'il ait été critiqué¹², ce critère de définition de la puissance d'État offre la possibilité d'établir plusieurs constats. Il permet tout d'abord de distinguer assez nettement l'État fédéré de la collectivité territoriale. Si le premier est caractérisé par la puissance d'État (c'est-à-dire l'autonomie constitutionnelle), il ne peut dès lors pas relever de la puissance territoriale. Celle-ci ne portera donc que sur les collectivités territoriales dans le cadre de l'État unitaire. Le critère de l'autonomie constitutionnelle est ensuite intéressant en ce qu'il place la norme constitutionnelle au centre de la réflexion. Assimilant dans un premier temps, et assez justement, État et capacité constitutionnelle, puis dans un second temps, et de façon plus discutable, ceux-ci à l'autonomie (la seule véritable autonomie semblant alors résider dans la possibilité de se doter d'une Constitution), ce critère paraît condamner les collectivités territoriales à subir la volonté de l'État dont elles relèvent, en leur ôtant toute possibilité d'autonomie et d'originarité (sauf à se transformer en État). CARRÉ DE MALBERG soutient ainsi l'unicité du pouvoir dans l'État (à travers la puissance d'État) et, incidemment, l'inexistence d'un pouvoir municipal propre. Parvenu à ce stade de la présentation, il peut apparaître bien téméraire de tirer l'existence d'une puissance territoriale de l'œuvre malbergienne. Pourtant, les fondements sont là, sous-jacents dans l'insistance de l'auteur à placer au centre de sa construction la notion de Constitution. Celle-ci revêt un double sens qu'il convient d'explicitier. Elle est ainsi l'incarnation de la puissance d'État, l'illustration de l'autonomie de la collectivité qu'elle organise par rapport à l'extérieur (perspective exogène). Mais, elle est également « le canal par lequel [la] puissance se communique »¹³ à l'intérieur de l'État (perspective endogène)¹⁴. Texte d'essence politique, création du souverain, la Constitution garantit ainsi le pouvoir souverain de l'État (critère organique) tout en organisant l'exercice de ce pouvoir dans l'État (critères formel et matériel), seul ce second aspect intéressant directement notre étude.

6. L'accès à la norme constitutionnelle semble marquer, dans la pensée malbergienne, à la fois un obstacle irrésistible à quiconque entend réfléchir sur les modalités de l'autonomie locale et une différence substantielle entre État unitaire et État fédéral. Si ce point est explicable par la méthode suivie par CARRÉ DE MALBERG¹⁵, il ne semble toutefois pas insurmontable. On peut en effet poursuivre la réflexion du maître de Strasbourg, en s'appuyant sur ses présupposés méthodologiques, pour appréhender les évolutions du droit contemporain. Son insistance à appréhender la norme constitutionnelle en tant que facteur déterminant de l'organisation étatique (tant du point de vue de l'autonomie que de la transmission du pouvoir) prend alors un sens nouveau et déterminant. En effet,

¹⁰ « La faculté d'auto-organisation consiste, avant tout, pour une collectivité, dans le pouvoir de se donner à elle-même sa Constitution, c'est-à-dire de déterminer par sa propre volonté, soit les organes qui exerceront sa puissance, soit l'étendue et les conditions d'exercice de cette puissance. La collectivité territoriale qui a une telle faculté d'organisation propre, est un État », *Contribution...*, t. I, p. 159.

¹¹ « L'État inférieur peut avoir reçu sa Constitution faite de toutes pièces par un État supérieur. Il n'en sera pas moins un État, si cette Constitution, bien que concédée à l'origine, lui a été donnée comme un statut devant dépendre de sa volonté même, de telle sorte qu'il puisse notamment la modifier de sa propre puissance et sans avoir besoin pour cela de l'intervention ou de l'assentiment de l'État supérieur. [...] Le trait distinctif de l'auto-organisation doit être recherché moins dans l'origine première de la Constitution de l'État inférieur que dans le fait que cet État est actuellement maître de sa Constitution », *Contribution...*, t. I, p. 160.

¹² Notamment MAULIN (E.), *La théorie de l'État de CARRÉ DE MALBERG*, Paris, P.U.F., « Léviathan », 2003, pp. 65-78, v. plus particulièrement p. 77.

¹³ *Contribution...*, t. II, p. 484.

¹⁴ Il faut relever le parallélisme avec la définition que donne CARRÉ DE MALBERG des deux faces de la souveraineté, *Contribution...*, t. I, pp. 70-72.

¹⁵ CARRÉ DE MALBERG travaille essentiellement à partir « des données fournies par le droit positif en vigueur » (MAULIN (E.), « Raymond CARRÉ DE MALBERG, le légiste de la République », Préface à la *Contribution...*, *op. cit.*). Afin de bien comprendre la méthode malbergienne, il faut retenir que, pour CARRÉ DE MALBERG, le droit se compose de normes et de principes, ces derniers étant principalement tirés de la Révolution française. Dès lors, il semble plus précis de dire que le maître de Strasbourg réfléchit à partir de la *conception* qu'il se fait « des données fournies par le droit positif ». Pour une critique de l'effectivité du positivisme de CARRÉ DE MALBERG, v. MAULIN (E.), *La théorie de l'État...*, *op. cit.*, pp. 335-337.

les fondements du droit des collectivités territoriales ont été constitutionnalisés en 1946 et 1958. Il est dès lors possible de s'interroger sur les conclusions que l'on peut tirer d'une telle novation. Celle-ci ne signifie-t-elle pas que les États fédéral et décentralisé ne sont pas aussi différents que ce qu'il semblait d'un prime abord. La puissance territoriale paraît, quant à elle, trouver une consistance nouvelle, quand elle plonge ses racines dans le terreau constitutionnel (ce que n'envisage pas CARRÉ DE MALBERG, mais ce à quoi incite à considérer le droit positif actuel). Ceci pourrait marquer l'acceptation d'un véritable pouvoir territorial dans le cadre de l'État unitaire. Il faut toutefois savoir où ce pouvoir territorial prend sa source (en lui-même, par délégation de l'État ou dans la volonté du souverain originaire) afin de déterminer sa nature et sa portée.

7. L'œuvre de CARRÉ DE MALBERG fournit un terreau propice à ce type de réflexion. Bien plus, elle procure les éléments pour construire un outil d'analyse du pouvoir territorial dans l'État ; nous l'avons appelé *puissance territoriale*, afin de le mettre en parallèle avec la *puissance d'État*. Ces deux notions se rattachent en fait à un même phénomène : le pouvoir politique *dans* l'État et son expression par la Constitution. L'étude de la puissance territoriale s'appuiera sur les fondements théoriques développés par le maître de Strasbourg, son incomplétude résultant du positivisme militant de l'auteur. Une fois les bases établies, il faudra envisager, en conservant les outils utilisés dans la première partie du travail, l'analyse des évolutions de la notion, en s'appuyant sur les modifications du droit positif (principalement constitutionnel) intervenues depuis la parution de la *Contribution à la théorie générale de l'État*. Le grand œuvre malbergien sert ainsi doublement, en ce sens que l'on y puise à la fois les outils de l'analyse (la notion de puissance d'État et, indirectement, celle de puissance territoriale) et une partie des matériaux étudiés.

8. L'analyse du pouvoir local par CARRÉ DE MALBERG le conduit à en nier l'existence. Il dessine, à travers son analyse de l'État décentralisé, des collectivités territoriales *minimalistes*, quoique dotées de *fonctions propres*. La puissance territoriale malbergienne est ainsi définie *a minima* comme un ensemble de droits propres des communes (conception matérielle) ne bénéficiant pas d'une protection constitutionnelle **(I)**. L'inscription dans la Constitution de dispositions relatives aux collectivités territoriales amène à reprendre la réflexion malbergienne pour la confronter au droit contemporain. La constitutionnalisation des collectivités territoriales donne une autre ampleur à la puissance territoriale, qui bénéficie, dès lors, d'une protection constitutionnelle. Participant de l'inscription des collectivités territoriales dans l'exercice du pouvoir démocratique, cette protection s'avère principalement formelle, garantissant l'expression d'un véritable pouvoir territorial dans l'État **(II)**.

Section I.

La détermination matérielle de la puissance territoriale, ensemble non constitutionnalisé de *droits propres* des communes

9. CARRÉ DE MALBERG laisse entrevoir un certain mimétisme entre les pouvoirs mis en jeu dans l'ensemble des collectivités territoriales. Postulant toutefois que seule la puissance d'État peut être qualifiée de puissance originaire, il en conclut à l'inexistence du pouvoir municipal (§ 1.). Dès lors, les collectivités territoriales (et principalement les communes sous la plume malbergienne) ne peuvent plus revendiquer que des *fonctions propres*, loin de la conception de l'autonomie défendue dans la *Contribution* (§ 2.).

§ 1. Une puissance de domination non originaire : l'inexistence du pouvoir municipal

10. CARRÉ DE MALBERG établit un parallèle entre État et collectivité territoriale. En effet, en recherchant « le critérium qui permet de distinguer l'État des autres collectivités territoriales »¹⁶, il admet implicitement que l'État n'est qu'une collectivité territoriale parmi d'autres, qu'elles ont les mêmes soubassements. Ainsi, pour lui, « la distinction de l'État et des collectivités inférieures ne repose pas sur une question de décentralisation ou d'étendue des compétences : elle dépend uniquement de l'origine juridique des pouvoirs exercés respectivement par ces deux sortes de communautés »¹⁷. Cette position n'est axiologiquement pas neutre. En effet, les communes ont été longtemps considérées comme des structures plus privées que publiques¹⁸ ; la comparaison qu'établit CARRÉ DE MALBERG rompt avec cette position traditionnelle et fait des collectivités territoriales une catégorie juridique englobante, allant de l'État à la commune, en passant par la colonie et la province¹⁹. Ce parallélisme est renforcé par la définition de la puissance qu'exerce l'ensemble des collectivités territoriales. CARRÉ DE MALBERG reconnaît en effet que toutes les collectivités territoriales exercent une puissance de domination sur leur population²⁰. Ainsi, tant la puissance d'État que celle émanant des autres collectivités territoriales se caractérisent par une structure commune : elles sont l'expression d'une puissance de domination de la personne juridique incarnant le groupe sur la population, à travers son expression organique. En effet, l'ensemble des collectivités territoriales ne s'exprime que grâce à leurs organes. Mais si la structure et les moyens d'expression sont similaires (et permettent un rapprochement), une différence demeure. Nous avons vu précédemment que la puissance d'État s'incarne dans la Constitution. Or, dans le cadre d'un État unitaire, il n'existe qu'une seule Constitution, celle de l'État central. Aussi, la puissance des collectivités territoriales non étatiques (ou puissance territoriale) ne se fonde pas, dans l'œuvre de CARRÉ DE MALBERG et dans le droit positif de la III^e République, dans une Constitution propre (ni dans les lois constitutionnelles de 1875 d'ailleurs) mais dans la loi étatique. Dès lors, la puissance territoriale ne peut être caractérisée d'*originaire*, au sens malbergien du terme, car elle ne permet pas aux collectivités infraétatiques de se doter d'un statut propre et de pouvoir le réviser. De plus, la puissance territoriale sera, au mieux, tolérée par l'État central, si sa Constitution ne s'y oppose pas. Elle n'est de ce fait qu'une puissance incomplète, en ce sens qu'elle exprime un pouvoir encadré par le pouvoir de l'État²¹.

¹⁶ *Contribution...*, t. I, p. 147.

¹⁷ *Contribution...*, t. I, p. 172.

¹⁸ C'est parce qu'elles sont considérées comme des associations de droit privé gérant leurs affaires communes (principalement des questions de patrimoine) sur le modèle familial qu'il est accordé aux communes une liberté de gestion sous la Constituante révolutionnaire. Cette liberté est essentiellement privée. À titre d'illustration, v. le discours de TARGET, Séance du 11 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 747.

¹⁹ Le département est étrangement absent de cette liste (sauf à l'assimiler à la province, ce qui semble juridiquement erroné). Sans doute faut-il y voir la mise en avant du caractère artificiel de la collectivité départementale créée lors de la Révolution, en opposition au caractère *naturel* des quatre autres types de collectivités territoriales.

²⁰ « La commune a, tout comme l'État, son territoire, ses ressortissants, ses organes qui expriment, non la volonté de l'État, mais sa volonté à elle-même et qui sont pour elles des organes d'auto-administration ; elle exerce même une puissance dominante », *Contribution...*, t. I, p. 179.

²¹ « Lorsque, dans un État unitaire, une collectivité territoriale, province ou commune, a reçu de l'État le pouvoir de se régir elle-même en telles ou telles matières, on ne peut pas dire pour autant que la puissance qu'elle a de régler ces matières est une puissance autonome : car, en posant les règles attribuées à sa compétence, elle use d'un pouvoir octroyé, et non de facultés de puissance innées en elle. Par les dispositions régulatrices qu'elle édicte, elle créera bien du droit local,

11. CARRÉ DE MALBERG précise d'ailleurs que, contrairement à l'État fédéral, l'État unitaire dispose d'une puissance illimitée à l'égard de son territoire²². Il l'organise comme il l'entend, ne tolère que les structures qu'il souhaite ; la collectivité territoriale n'a aucun droit propre à faire valoir, au contraire de l'État fédéré. La Constitution, dont est doté l'État fédéré et non la collectivité territoriale, est ainsi une différence fondamentale. Elle garantit en effet les attributions de l'État inférieur et limite les possibilités d'actions de l'État fédéral, opérant, ce faisant, une double protection matérielle et formelle des prérogatives des États fédérés. Le constat du maître de Strasbourg ne vaut, toutefois, qu'à deux conditions. Elle ne vaut premièrement que si la collectivité territoriale n'a pas de statut propre, donc n'est pas autonome. Si le constat n'est nullement sujet à caution au début du XX^e siècle, il n'en va plus de même aujourd'hui. Les États régionaux sont en effet des États unitaires au sein desquels les régions (ou structures équivalentes) bénéficient d'un statut protecteur. Elles disposent ainsi de droit de puissance dont elles peuvent revendiquer le respect, limitant d'autant la puissance d'État à leur rencontre. On peut donc envisager un État unitaire ne bénéficiant pas d'une puissance illimitée sur son territoire. Deuxièmement, même sans aller jusqu'au cas « limite » de l'État régional, il semble qu'un État unitaire dont la Constitution reconnaît l'existence des collectivités territoriales et protégerait, par exemple, leur liberté d'administration ne jouirait plus d'une puissance illimitée. Les travaux de CARRÉ DE MALBERG s'inscrivent ainsi dans une optique limitée, qui est celle du droit de la III^e République. D'ailleurs, la différence qu'il veut très marquée entre État fédéré et collectivité territoriale infraétatique n'est finalement pas une différence de nature mais simplement une différence de degré²³.

12. Il est malgré tout exact qu'en l'état du droit au début du XX^e siècle, CARRÉ DE MALBERG est pleinement fondé à soutenir que seul l'État central est autonome. D'une part, parce qu'il dispose seul d'une Constitution et, d'autre part, parce qu'il jouit du monopole législatif. La puissance territoriale ne peut alors plus être qu'une puissance par délégation, tolérée et encadrée par l'État. Le pouvoir municipal n'existe que dans la mesure où l'État central le tolère et lui fournit les moyens d'exercer sa domination. Alors que le mimétisme des structures des puissances d'État et territoriale révélé plus haut laissait entrevoir une possible originarité du pouvoir territorial, la définition malbergienne de l'autonomie réduit les potentialités de puissance territoriale, laissant au seul État l'expression du pouvoir politique.

§ 2. Un ensemble de « fonctions propres » : l'absence d'autonomie des collectivités territoriales

13. S'il ne reconnaît pas l'existence d'un pouvoir propre des communes (et plus généralement des collectivités territoriales), CARRÉ DE MALBERG admet toutefois que la commune²⁴ dispose de prérogatives propres. En effet, « la commune a, comme l'individu, des droits inhérents à l'existence même du groupe communal, et possède un cercle d'activité qui lui appartient en propre »²⁵. L'auteur semble ainsi privilégier une définition matérielle du pouvoir des communes, distinguant, ce faisant, l'exercice de cette capacité d'intervention de ses fondements. Toutefois, le caractère secondaire des communes doit être précisé car l'auteur procède à une distinction pour le moins intéressante concernant l'origine de la puissance publique mise en jeu par les communes quand elles interviennent. Ainsi, « en ce qui concerne les facultés de puissance publique dont elle est investie, la commune ne peut pas être considérée comme agissant exclusivement en qualité de mandataire de l'État : car, sinon la puissance publique elle-même, du moins les droits pour la réalisation desquels la commune a reçu de l'État l'exercice de cette puissance, constituent pour elle des *droits propres* et non des droits

mais non parce qu'elle est autonome : elle le crée, en vertu d'une délégation de puissance qui lui vient de l'État », CARRÉ DE MALBERG (R.), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 90 en note.

²² *Contribution...*, t. I., p. 177.

²³ Contrairement à ce que soutient l'auteur, quand il énonce que la puissance des collectivités territoriales « est, non seulement d'un degré ou d'une étendue moindres, mais en vérité d'une essence autre que celle de l'État », v. *Contribution...*, t. I., p. 178.

²⁴ CARRÉ DE MALBERG raisonne uniquement sur cette catégorie de collectivités territoriales. Nous étendrons ses conclusions à l'ensemble des collectivités infraétatiques.

²⁵ *Contribution...*, t. I., p. 184.

dérivés »²⁶. Si l'on suit l'auteur, il faut donc distinguer le pouvoir originaire, qui n'est pas celui des communes mais celui de l'État, et les droits propres (les affaires communales en fait) pour lesquels ce pouvoir est délégué. La commune semble donc avoir un droit propre originaire à gérer ses affaires, droit que l'État ne peut lui enlever. Mais la concrétisation de ce droit n'est possible que parce que l'État le décide. D'ailleurs, après avoir énoncé ce principe, l'auteur en revient à une analyse plus classique, dans le cadre de laquelle il oppose à nouveau État et commune, et qu'il conclut sur le caractère non originaire des droits de la commune²⁷. La position de l'auteur apparaît ambiguë, voire aporétique. En effet, si l'État unitaire a une puissance illimitée de domination sur son territoire, la commune ne peut avoir un droit propre à gérer ses affaires. Ainsi, il semble bien que, soit la puissance d'État est limitée, au moins *de facto*, par la puissance territoriale, soit que les droits propres des communes n'aient d'originares que l'esprit, solution à laquelle se range *in fine* l'auteur. Force est toutefois de relever que CARRÉ DE MALBERG se heurte là aux limites de sa méthode. En effet, il entend mener une analyse positiviste, mais prend en compte un certain nombre de principes, qui lui paraissent dicter l'organisation de l'État. Cette contradiction, relevée par Éric MAULIN²⁸, est particulièrement nette dans son analyse de la place des collectivités territoriales dans l'appareil étatique.

14. Pour illustrer sa distinction et clore le débat sur la nature des pouvoirs communaux, CARRÉ DE MALBERG analyse les pouvoirs de police du maire. Celui-ci agit-il en tant qu'agent de l'État ou comme organe de la commune ? Procédant à l'étude des articles 91 et 92 de la loi du 5 avril 1884²⁹, l'auteur parvient à la conclusion que le maire agit en tant qu'organe de la commune³⁰ ; le pouvoir de police n'est donc pas un droit *concedé* mais un droit *protégé* par l'État. L'auteur retrouve alors la distinction établie par la Constituante entre les droits que la commune exerce en qualité de mandataire de l'État et ceux qu'elle possède en propre. CARRÉ DE MALBERG ne va pas plus avant dans son raisonnement ; il en reste, au contraire, à cette qualification matérielle des fonctions communales. Par voie de conséquent, alors que l'autonomie de l'État est appréhendée selon un critère formel, les collectivités infra-étatiques se voient refuser toute autonomie (selon une perspective formelle), mais reconnaître des droits propres (entendus matériellement). Privée de garantie formelle, la définition matérielle de la puissance territoriale ne la protège pas contre les interventions de l'État. Au contraire, l'absence de reconnaissance de son originalité (alors qu'elle est, par moment, sous-jacente) empêche l'admission de l'autonomie des collectivités territoriales.

15. L'analyse de CARRÉ DE MALBERG ne permet pas de conclure à la pleine reconnaissance de la notion de puissance territoriale. Elle n'en offre d'ailleurs qu'une faible illustration. Toutefois, la démarche malbergienne permet d'envisager de compléter les premières esquisses de cette notion. En effet, l'importance de la Constitution dans la définition de l'autonomie ainsi que la reconnaissance de l'existence matérielle de droits propres aux communes devrait permettre de poursuivre sa réflexion dans le cadre de l'État contemporain.

²⁶ *Contribution...*, t. I, pp. 184-185. Nous soulignons.

²⁷ « On ne peut les qualifier de droits originaires. Non pas qu'en les exerçant la commune exerce le droit d'autrui, un droit de l'État, un droit véritablement délégué ou concédé : mais les pouvoirs qu'elle a de les exercer, tirent – comme les pouvoirs d'un propriétaire sur sa chose – leur force positive de leur consécration étatique ; et par suite, les facultés municipales reposent, au point de vue de leur efficacité en droit positif, sur la volonté de l'État qui, en consacrant ces *facultés naturelles*, en fait des droits proprement dits », *Contribution...*, t. I, p. 186. Nous soulignons.

²⁸ MAULIN (E.), *op. cit.*, pp. 335-337.

²⁹ Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale, dite « Grande charte des communes de France », *JORF*, 6 avril 1884, p. 1557 ; commentée au *Recueil Dalloz*, 1884, IV, pp. 25-69.

³⁰ Il se fonde sur la différence de formulation entre les deux articles. Dans le cadre des fonctions de police, le maire est placé « sous la *surveillance* » de l'État alors qu'il est placé « sous l'*autorité* de l'administration supérieure » quand il agit en qualité d'agent de l'État (l'auteur souligne), v. *Contribution...*, t. I, pp. 179 et svtes. On peut relever que R. CHAPUS fait également appel à cette distinction quand il définit la collectivité territoriale décentralisée : « constituant des unités administratives personnalisées et autonomes, elles ont leurs représentants élus, chargés de régler leurs affaires, *sous la surveillance (et non l'autorité)* des représentants de l'État », *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, « Domat Droit public », 1998, 12^e éd., t. 1, p. 240, § 348. Nous soulignons.

Section II.

Vers une protection formelle de la puissance territoriale, expression d'un pouvoir constitutionnalisé dans l'État

16. Les constitutions les plus récentes consacrent chacune des dispositions aux collectivités territoriales. Cette inscription constitutionnelle, si elle ne confère pas une Constitution à chacune des collectivités territoriales, donne une source constitutionnelle à ces structures. Cette modification par rapport au cadre de la réflexion malbergienne n'est pas sans incidence sur la définition de la puissance territoriale. Cette constitutionnalisation vient conférer une protection formelle là où il n'y avait qu'une admission matérielle (§ 1.). Cela ne suffit toutefois pas à véritablement accroître l'autonomie des collectivités territoriales (§ 2.).

§ 1. Une puissance formellement protégée : la constitutionnalisation des collectivités territoriales

17. Les constitutions du 26 octobre 1946 et du 4 octobre 1958 consacrent chacune un Titre aux collectivités territoriales³¹. Il s'agit là d'une nouveauté³², dans la mesure où les dispositions adoptées, outre qu'elles reconnaissent l'existence des collectivités territoriales, consacrent une liberté d'administration et non pas un simple principe d'organisation administrative³³. Les rédacteurs de ces Constitutions ont d'ailleurs beaucoup débattu de cette innovation ; le point de vue dominant en 1946 était que les collectivités territoriales avaient ainsi quitté la Constitution administrative de l'État pour intégrer la Constitution politique de la Nation³⁴. La question qui se pose alors, est de savoir ce que cette constitutionnalisation implique en termes d'autonomie et de puissance (pour conserver l'optique malbergienne).

18. Cette inscription constitutionnelle modifie, semble-t-il, la répartition du pouvoir dans l'État. La Constitution (aussi bien celle de 1946 que celle de 1958) vient, en effet, dans un premier temps et assez classiquement, fonder la puissance d'État (la présence des organes constitués étatiques classiques en témoigne), sans que cela ne soulève le moindre débat. Il n'en va pas de même des dispositions relatives aux collectivités territoriales dont il convient, dans un second temps, d'apprécier la portée. La Loi fondamentale reconnaît tout d'abord l'existence de collectivités territoriales. Celles-ci se caractérisent par leur identité structurelle (non seulement entre elles, mais également à l'égard de l'État, qu'elles semblent pour partie reproduire, à travers un *substratum* commun : leur population³⁵). La Constitution confère, ensuite, à ces collectivités territoriales une *liberté* d'administration, dont le titulaire est le groupe formant la collectivité. Or, une liberté peut être définie en fait comme une réserve de puissance, un cadre dans lequel l'acteur à qui elle a été reconnue peut se mouvoir à sa guise, discrétionnairement sans en référer à quiconque. D'ailleurs, la souveraineté n'est qu'une liberté absolue et suprême en ce qu'elle garantit à son titulaire que rien, ni personne ne lui imposera quoi que ce soit qui soit contraire à sa volonté. De son côté, la puissance d'État est une liberté suprême, mais non absolue car le pouvoir constituant originaire a fixé les bornes dans le cadre desquelles elle s'exprime. Par le biais de sa constitutionnalisation, la puissance territoriale semble connaître la même situation. Dès lors, les collectivités territoriales, comprises comme un nouveau pouvoir constitué

³¹ Il s'agit respectivement du Titre X de la Constitution de 1946 et du Titre XII de la Constitution de 1958.

³² Les lois constitutionnelles de 1875 ne font pas référence aux collectivités territoriales. On trouve, certes, des dispositions relatives à l'administration locale dans d'autres textes constitutionnels (Constitutions du 3 septembre 1791, du 24 juin 1793, du 5 fructidor An III et du 4 novembre 1848), mais il s'agit alors principalement de ce que l'on qualifierait aujourd'hui de déconcentration. Seule la Constitution de 1791 peut être interprétée comme étant, dans une certaine mesure, décentralisatrice. Il y a donc bien nouveauté dans la constitutionnalisation opérée en 1946. Sur ce point, v. VERPEAUX (M.), « La Constitution et les collectivités territoriales », *RDP*, 1998, pp. 1379-1381.

³³ V., en ce sens, BACUYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Paris, Economica – P.U.A.M., 1993 (Préface de L. FAVOREU), 319 p. (particulièrement le Titre II de la première partie consacré à la définition du principe de libre administration des collectivités territoriales).

³⁴ Lors des débats de la seconde commission de la Constitution, Pierre COT dira ainsi que les collectivités territoriales « constituent un des éléments du corps politique de l'État », *Séances de la seconde Commission de la Constitution*, Comptes rendus analytiques, Séance du 19 juillet 1946, p.169.

³⁵ Sur ce point, à titre d'exemple, v. BÉNOIT (F. P.), *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, pp. 19-20.

agrégant les différentes structures territoriales, participent à l'expression du pouvoir politique dans l'État. Celle-ci est donc duale, marquée par une double séparation horizontale mais aussi verticale des pouvoirs.

19 Cette constitutionnalisation pose la question du caractère originaire de la puissance territoriale. Si l'on adopte la perspective malbergienne, cette constitutionnalisation n'aboutit pas à la reconnaissance du caractère originaire de la puissance territoriale. En effet, l'originarité d'un pouvoir réside dans sa capacité à se doter d'un statut, ou tout au moins, à le réviser librement. Or, les collectivités territoriales françaises ne sont toujours pas dotées de la capacité de participer à la procédure de révision du Titre de la Constitution les concernant. Ce n'est, d'ailleurs, pas la représentation assurée par le Sénat, au titre de l'article 24, alinéa 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui infirme ce point. Selon cette manière de voir, la constitutionnalisation de la puissance territoriale ne lui confère qu'une protection formelle assez faible ; les collectivités territoriales ne sont ainsi toujours pas autonomes. Face à ce constat négatif, il faut changer d'optique pour penser à nouveau le caractère originaire de la puissance territoriale en se fondant sur le deuxième élément de définition de la Constitution. CARRÉ DE MALBERG cherche le critère de l'État, ce qui l'amène à ne penser celui-ci que négativement (c'est-à-dire par rapport aux autres collectivités territoriales). Ce faisant, il se concentre sur la fonction *autonomique* de la Constitution (qu'il assimile à l'originarité du pouvoir) et omet la fonction *organique* de la Constitution. Celle-ci est également un élément d'appréhension du caractère originaire du pouvoir dans l'État, le texte constitutionnel transmettant la volonté du souverain aux organes constitués. Or, en vertu du Titre XII de la Constitution du 4 octobre 1958, les collectivités territoriales tirent leur pouvoir de la Constitution. Et, c'est bien le souverain qui a adopté la Constitution de 1958 ; c'est donc lui qui a décidé de l'ordonnement des pouvoirs constitués. Si la puissance territoriale tire son origine directement de la Constitution, adoptée par le souverain, il semble donc que la puissance mise en jeu soit bien un pouvoir originaire. Cette présomption est, d'ailleurs, renforcée par le fait que la liberté reconnue aux collectivités territoriales se fonde sur le principe électif. Celui-ci place ainsi le corps électoral, émanation du souverain, à la base du pouvoir mis en œuvre dans le cadre de l'ensemble des structures territoriales³⁶. Cette origine démocratique (et le contrôle qu'elle implique) tend, ainsi, à confirmer le caractère originaire du pouvoir entrant en jeu dans l'expression de la puissance territoriale³⁷. Il faut toutefois relativiser ce point et relever que cette divergence de conclusion entre les deux approches n'a pas grande incidence pratique. Finalement que l'on admette ou non le caractère originaire de la puissance territoriale, l'État unitaire ne dispose plus d'une puissance illimitée sur son territoire, la Constitution reconnaissant une réserve de puissance aux collectivités territoriales et assurant sa protection formelle.

§ 2. Un pouvoir matériellement indéfini : l'autonomie toujours incomplète des collectivités territoriales

20. La constitutionnalisation va dans le sens d'un accroissement de la protection formelle du pouvoir territorial. CARRÉ DE MALBERG insistait, dans une perspective matérielle, sur les droits propres des communes. La constitutionnalisation n'a été de ce point de vue que très imparfaite et reste inachevée. Ainsi, les dispositions constitutionnelles originaires (dans les Constitutions de 1946 et 1958) ne définissent pas matériellement l'étendue de la liberté reconnue au profit des collectivités territoriales. La réserve de puissance concédée reste ainsi virtuelle ; d'autant plus, que c'est le législateur qui est désigné pour déterminer les conditions de mise en œuvre de la libre administration des collectivités territoriales. Sans intervention de la part des pouvoirs constitués étatiques (*stricto sensu*), la puissance territoriale reste lettre morte. C'est d'ailleurs ce qui advint des dispositions les

³⁶ Il n'est pas neutre, de ce point de vue, que les élections d'une même catégorie de collectivités territoriales aient lieu le même jour. C'est, alors, bien l'ensemble de la population nationale qui est appelé à désigner les organes délibérants locaux. Ce qui semble confirmer la conception holiste des collectivités territoriales, défendue dans ce travail.

³⁷ La loi du 3 juin 1958 semble confirmer cette lecture. Celle-ci dispose en effet que « le suffrage universel est la source de tout pouvoir », sans préciser le niveau territorial de validité. On peut dès lors logiquement penser que ce principe vaut identiquement aux échelons national et territorial.

plus novatrices de la Constitution de 1946³⁸. Ceci a deux conséquences : cela tend, tout d'abord, à confirmer la position malbergienne qui refuse le caractère originaire au pouvoir territorial. Non seulement, les collectivités territoriales ne déterminent par leur statut, mais, en plus, la finalisation de celui-ci dépend largement d'un organe sur lequel elles n'ont qu'une faible influence³⁹. Ensuite, cela permet d'établir une certaine hiérarchisation des modalités d'expression du pouvoir politique dans l'État. En effet, si au départ, puissance d'État et puissance territoriale apparaissent comme deux modalités d'expression du pouvoir organisées par le souverain, la faiblesse matérielle de la puissance territoriale lui confère un rang second⁴⁰ dans l'expression du pouvoir politique. D'autant plus, d'ailleurs, que ses conditions matérielles d'expression dépendent d'un organe mettant en œuvre la puissance d'État.

21. Il faut cependant relever une double évolution, propre à la V^e République. Premièrement, le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel a favorisé l'affirmation et la protection matérielle de la réserve de puissance reconnue aux collectivités territoriales. En effet, le législateur se doit de respecter le principe de libre administration des collectivités territoriales, sauf à se voir censurer par le juge constitutionnel. Deux points peuvent être relevés. Le Conseil constitutionnel a ainsi estimé que la libre administration des collectivités territoriales impliquait que les organes délibérants des collectivités territoriales soient dotés d'« attributions effectives »⁴¹. Ceci semble empêcher que le législateur ne retire toutes leurs prérogatives aux collectivités territoriales, consacrant ainsi le présupposé malbergien de *fonctions propres* aux collectivités territoriales. Celles-ci bénéficieraient alors d'une double protection formelle et matérielle. Il faut toutefois remarquer que ces attributions ne sont pas strictement définies ; la protection matérielle demeure ainsi faible. Ensuite, le Conseil constitutionnel censure les *incompétences négatives* du législateur⁴². Ceci a pour effet de renforcer la protection formelle de la puissance territoriale. C'est en effet le principal organe d'expression de la puissance d'État qui doit prendre les mesures nécessaires à la réalisation de la puissance territoriale ; il ne peut renvoyer à un organe d'exécution⁴³. Malgré ces deux points, il faut toutefois relever la faiblesse de la protection de la réserve de puissance reconnue aux collectivités territoriales, en ce qu'elle dépend d'un organe juridictionnel que les collectivités territoriales ne peuvent pas saisir.

22. Deuxièmement, et beaucoup plus récemment, les dispositions constitutionnelles du Titre XII ont été modifiées. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003⁴⁴ a, en effet, complété substantiellement les dispositions constitutionnelles relatives aux collectivités territoriales. Même si

³⁸ Ainsi, la Constitution de 1946 prévoyait une série de lois organiques censées « [étendre] les libertés départementales et municipales » (art. 89) et de mettre en œuvre les dispositions des articles 85 à 88. Faute d'adoption de ces lois organiques, ces dispositions sont restées inappliquées et ne furent pas reprises par les rédacteurs de la Constitution de 1958.

³⁹ Juridiquement, les collectivités territoriales doivent pouvoir influencer le Sénat, qui les représente selon la lettre de l'article 24C ; politiquement, le phénomène du cumul des mandats permet aux élus locaux de peser sur les décisions du Parlement.

⁴⁰ Le rang second de la puissance territoriale n'empêche nullement que les collectivités territoriales participent de l'expression du pouvoir politique dans l'État. Simplement, il semble que le souverain est privilégié les voies classiques d'expression politique. On peut toutefois voir dans ce développement de la puissance territoriale un développement de la démocratie qui d'horizontale (organisée uniquement au niveau étatique) devient également verticale (aux niveaux de l'État et du territoire).

⁴¹ CC, déc. n° 85-196 DC, (*Nouvelle-Calédonie*), Rec. p. 63 ; RA 1985.572, note ÉTIEN ; D. 1986.45, note LUCHAIRE ; AJDA 1985.609, note HAMON ; AIJC 1985.423, comment. GENEVOIS ; RDP 1986.395, chron. FAVOREU ; Pouvoirs 1986(36).174, chron. AVRIL, GICQUEL.

⁴² À titre d'exemple, v. CC, déc. n° 94-358 DC, 26 janvier 1995 (*LOADT*), JORF 1^{er} février 1995, p. 1707 ; Rec. p. 183 ; RDP 1996.23, chron. ROUSSEAU ; D. 1997.S.139, note MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; D. 1997.S.125, note OLIVA ; D. 1997.S.125, note PINI ; D. 1997.S.119, note TRÉMEAU ; LPA 1995.946, note MATHIEU, VERPEAUX ; RFDC 1995.389, chron. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, PINI, TRÉMEAU.

⁴³ Dans le même sens (et de façon plus détaillée), v. FAURE (B.), « Existe-t-il un "pouvoir local" en droit constitutionnel français ? », RDP, 1996, pp. 1545-1547.

⁴⁴ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, JORF, n° 75, 29 mars 2003, p. 5568.

l'orientation générale des dispositions relève toujours d'une logique formelle⁴⁵, quelques éléments nouveaux viennent donner du corps à la puissance territoriale. Ainsi, la reconnaissance de l'autonomie financière des collectivités territoriales, complétée par la constitutionnalisation du principe de compensation des transferts de charges, devrait assurer aux collectivités territoriales les moyens de leurs compétences. Ensuite, le principe de l'expérimentation législative semble remettre en cause le monopole parlementaire. Certes, le Parlement est toujours maître de sa compétence, mais il pourra, à titre expérimental, en confier l'exercice à certaines collectivités. Si, là encore, la puissance territoriale reste subordonnée (voire dépendante) à l'expression de la puissance d'État, le possible partage de l'exercice de la compétence législative n'en marque pas moins une étape importante dans l'affirmation de la puissance territoriale. En effet, CARRÉ DE MALBERG se rangeait derrière HAURIOU⁴⁶ pour considérer que l'unité législative était une marque essentielle de l'expression de la puissance de l'État unitaire. Or, si cette disposition est pleinement utilisée (et dans un esprit centrifuge), elle devrait favoriser l'émancipation normative de la puissance territoriale et partant, conduire à redéfinir les conditions de l'autonomie des collectivités territoriales bénéficiaires.

*
* *
*

23. La démarche malbergienne est intéressante pour appréhender l'évolution du droit local en France. Plaçant la Constitution au cœur de l'analyse, cette méthode amène à repenser des cadres déjà parcourus. Ainsi, le texte constitutionnel reprend tout son contenu politique ; cela rappelle que la Constitution est essentiellement un texte d'organisation du pouvoir. Dès lors, la place des collectivités territoriales se profile et évolue. La Constitution offre aujourd'hui un portrait tout en nuance de ces structures, en en faisant des moyens d'expression du pouvoir politique intégrés à un État que l'on veut, en France, encore (et toujours) unitaire. L'autonomie locale est donc des plus réduites alors que l'on pourrait envisager une extension (ne serait-ce que sur le fondement démocratique). D'ailleurs, la révision constitutionnelle de 2003 semble aller en ce sens, sans que l'on puisse juger, aujourd'hui, de ses véritables mérites (que seule la pratique révélera). Force est toutefois de constater que la définition malbergienne de l'autonomie est trop exigeante pour être pleinement satisfaisante. Réduire l'autonomie à son pan constitutionnel fait perdre tout caractère opérationnel à cette notion (sauf à avancer que seul l'État peut être autonome, ce que la modernité tend à nier). L'évolution du droit confirme cette critique et montre que, au contraire, l'autonomie prend une forme plus subtile. La révision de 2003 pourrait d'ailleurs en être un parfait exemple.

À Lyon, le 09 avril 2005.

⁴⁵ Il en est ainsi tant des dispositions relatives à la démocratie locale (droit de pétition, référendum décisionnel) que des mécanismes régissant les relations entre collectivités territoriales (principe de subsidiarité, chef de filat).

⁴⁶ *Contribution...*, t. I, p. 174.