



HAL
open science

L'État et les collectivités locales en France et en Allemagne : étude comparée des limites constitutionnelles à la décentralisation

Yoan Vilain

► **To cite this version:**

Yoan Vilain. L'État et les collectivités locales en France et en Allemagne : étude comparée des limites constitutionnelles à la décentralisation. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018. Français. NNT : 2018PA01D078 . tel-03494302

HAL Id: tel-03494302

<https://theses.hal.science/tel-03494302>

Submitted on 19 Dec 2021

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.

UNIVERSITE PARIS I PANTHÉON SORBONNE

Département de droit comparé de
l'École doctorale de droit de la Sorbonne

THÈSE

Pour l'obtention du titre de Docteur en Sciences juridiques
Présentée et soutenue publiquement
le 18 DÉCEMBRE 2018 par
Yoan VILAIN

L'État et les collectivités locales en France et en Allemagne. Étude comparée des limites constitutionnelles à la décentralisation

Sous la direction de

Monsieur Otto PFERSMANN
Professeur des Universités, EHESS (directeur)

Jury

Monsieur Karl Peter SOMMERMANN

Professeur des Universités, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer
(Rapporteur)

Monsieur Bertrand FAURE

Professeur des Universités, Université de Nantes (Rapporteur)

Monsieur Dieter GRIMM

Professeur des Universités, Humboldt-Universität zu Berlin

Monsieur David CAPITANT

Professeur des Universités, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

UNIVERSITE PARIS I PANTHÉON SORBONNE

Département de droit comparé de
l'École doctorale de droit de la Sorbonne

THÈSE

Pour l'obtention du titre de Docteur en Sciences juridiques
Présentée et soutenue publiquement
le 18 DÉCEMBRE 2018 par
Yoan VILAIN

L'État et les collectivités locales en France et en Allemagne. Étude comparée des limites constitutionnelles à la décentralisation

Sous la direction de

Monsieur Otto PFERSMANN
Professeur des Universités, EHESS (directeur)

Jury

Monsieur Karl-Peter SOMMERMANN

Professeur des Universités, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer
(Rapporteur)

Monsieur Bertrand FAURE

Professeur des Universités, Université de Nantes (Rapporteur)

Monsieur Dieter GRIMM

Professeur des Universités, Humboldt-Universität zu Berlin

Monsieur David CAPITANT

Professeur des Universités, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Dédicaces

À la mémoire de ma grand-mère, Mamie Jeannette

Remerciements

Je tiens à exprimer au Professeur Otto Pfersmann et au Professeur Dieter Grimm mes profonds remerciements pour leur immense patience et leur soutien indéfectible durant ces très nombreuses années. Leur confiance m'a permis de réaliser ce travail en toute liberté. Leur disponibilité a été permanente. Leurs réflexions ont stimulé ce travail. Je leur en suis infiniment et sincèrement reconnaissant.

Je souhaite également dire ma gratitude au Professeur David Capitant et au Professeur Karl-Peter Sommermann. Ils m'ont prodigué de précieux conseils et ont continuellement veillé, à divers titres, à l'avancée de ce travail. Leur aide dans la préparation de mes premiers séjours de recherche en Allemagne a été décisive et m'a conduit à ne plus seulement y séjourner, mais à y vivre.

Une telle entreprise n'aurait pas pu aboutir si elle n'avait bénéficié de la présence et du concours de personnes et d'institutions diverses. Cette liste s'est enrichie au fur et à mesure des années et est désormais longue. Toutes et tous se reconnaîtront. J'adresse tout particulièrement mes chaleureux remerciements à ceux qui m'ont guidé dans ma recherche et m'ont accompagné dans ma découverte du paysage universitaire allemand : les Professeurs Johannes Masing, Olivier Beaud, Martin Eifert, Stefan Grundmann ainsi que Mattias Wendel et Nikolaus Marsch. Thomas Hochmann, Anne-Lise Barrière et Aurore Gaillet ont bien voulu relire plusieurs passages du présent travail. Ils m'ont souvent rassuré. Leur aide fut précieuse, tout comme celle de Stéphanie Dutoya. À titre institutionnel, les bourses obtenues auprès de l'UFA, du MAE et de la DFG m'ont permis de réaliser mes recherches en Allemagne, à Spire (DUV Speyer), puis à Berlin (CMB). Sans ces financements, rien n'aurait été possible.

Enfin, ma famille, et en particulier ma mère, ont fait preuve d'une compréhension et d'une bienveillance sans borne, comme à leur habitude. Mes amis également. La présence d'Achim à mes côtés a été inestimable. Sa patience a été à la hauteur de son affection. Elles n'ont jamais failli. C'est en grande partie grâce à lui que ce travail est parvenu à son terme.

Liste des abréviations

Français

AHRF	Annales historiques de la Révolution française
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
Ar. philo. dr.	Archives de la Philosophie du Droit
Bull. Soc. légis. comp.	Bulletin de la Société de législation comparée
CAA	Cour administrative d'appel
Cahiers du CFPC	Cahiers du Centre de formation des personnels communaux
CCC	Cahiers du Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CGCT	Code général des collectivités territoriales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
D	Dalloz
DC	Déclaration de conformité
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
IRJS	Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne
JCP	Juris-Classeur périodique
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
NCCC	Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RDP	Revue du droit public
Rev. aff. Eur	Revue des Affaires Européennes

RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RHFDSJ	Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIPC	Revue internationale de politique comparé
RRJ	Revue de la Recherche Juridique
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
TA	Tribunal administratif
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité

Allemand

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgericht
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitung
LVerfG	Landesverfassungsgericht
NdsVB1	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

NVwZ-RR	Neue juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OVGE	Oberverwaltungsgericht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
PrOVGE	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RPRVBI	Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt
VerfGHE	Verfassungsgerichtshof Bayern
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZIG	Zeitschrift für Ideengeschichte
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRG GA	Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte Germanistische Abteilung

Général

al.	alinéa
art.	article
cons.	considérant
éd.	édition
et al.	et alii
Ibid.	ibidem
op. cit.	opus cité
p.	page
sq.	suivante

t.		tome
v.		voir
vol.		volume

Sommaire

Dédicaces.....	5
Remerciements.....	7
Liste des abréviations	9
Sommaire.....	13
Introduction.....	15
Partie 1 : Les garanties constitutionnelles du droit à l'autonomie locale.....	85
Introduction de la Partie 1	87
TITRE 1 : LES GARANTIES FORMELLES DU DROIT A L'AUTONOMIE LOCALE.....	89
CHAPITRE 1 : LA GARANTIE INSTITUTIONNELLE DU DROIT A L'AUTONOMIE LOCALE	91
CHAPITRE 2 : LA GARANTIE JURIDICTIONNELLE DE L'AUTONOMIE LOCALE FACE A LA LOI	147
Conclusion du Titre 1	209
TITRE 2 : LES GARANTIES MATERIELLES DU DROIT A L'AUTONOMIE LOCALE.....	211
CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DU DOMAINE CONSTITUTIONNEL DE COMPETENCES DES COLLECTIVITES LOCALES	213
CHAPITRE 2 : LE POUVOIR NORMATIF DES COLLECTIVITES LOCALES	283
Conclusion du Titre 2	349
Conclusion de la Partie 1.....	351
Partie 2 : Le pouvoir de surveillance de l'État.....	353
Introduction de la Partie 2	355
TITRE 1 : DEFINITION DU CONCEPT DE « POUVOIR DE SURVEILLANCE »	357
CHAPITRE 1 : LA DELIMITATION DU POUVOIR DE SURVEILLANCE ET DU POUVOIR HIERARCHIQUE	359
CHAPITRE 2 : LA DELIMITATION DU POUVOIR DE SURVEILLANCE ET DES CONCEPTS PARALLELES	405
Conclusion du Titre 1	439
TITRE 2 : FONCTIONS ET MISE EN ŒUVRE DU POUVOIR DE SURVEILLANCE.....	441
CHAPITRE 1 : LE FONDEMENT DU POUVOIR DE SURVEILLANCE	443
CHAPITRE 2 : LES CONDITIONS JURIDIQUES DE L'EXERCICE DU POUVOIR DE SURVEILLANCE	525
Conclusion du Titre 2	585
Conclusion de la Partie 2.....	587
Conclusion générale.....	589

Bibliographie	599
Table des matières.....	661

Introduction

« La multitude qui ne se réduit pas à l'unité est confusion ;
l'unité qui ne dépend pas de la multitude est tyrannie »¹.

Blaise Pascal

« Wer den Föderalismus in seinem letzten Raffinement studieren will, muß
sich an Deutschland halten, das ihn seit Jahrhunderten praktiziert »².

Karl Löwenstein

Pilier de la tradition politique libérale et constitutionnelle, la limitation des pouvoirs constitue une caractéristique commune aux États constitutionnels³. Cet acquis civilisationnel lié à l'émergence de l'État moderne et du constitutionnalisme⁴ implique en premier lieu une séparation horizontale des pouvoirs⁵, c'est-à-dire interdit le cumul par un même organe des fonctions législative, exécutive et juridictionnelle. Ainsi que l'énonce solennellement l'article

¹ B. PASCAL, « Pensée 871 », *Œuvres complètes*, édition de Michel Le Guern, t. 2, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, 2000, p. 516.

² K. LÖWENSTEIN, *Verfassungslehre*, traduction par Rüdiger Boerner, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000 (1957), 4ème éd., p. 318 : « Qui veut étudier le fédéralisme dans ses derniers raffinements, doit s'intéresser à l'Allemagne qui le pratique depuis des siècles ».

³ V. D. GRIMM, « Ursprung und Wandel der Verfassung », in D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung II*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 2012, p. 11-64, en particulier p. 27-28. V. également le numéro portant sur « La séparation des pouvoirs », *Revue Pouvoirs*, n°143, 2012.

⁴ V. N. LUHMANN, « Verfassung als evolutionäre Errungenschaft », *Rechtshistorisches Journal*, 1990, p. 176-220 ; D. GRIMM, « Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt », in D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung II, op. cit.*, p. 315-344 ; P. RAYNAUD, « Constitutionnalisme », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Dalloz, p. 266-271. Sur le lien entre la notion moderne d'État, la souveraineté et le passage du constitutionnalisme médiéval – comme limite au pouvoir féodal – au constitutionnalisme moderne, comme limite à la puissance de l'État : O. BEAUD, *La Puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 30.

⁵ V. en particulier sur la structuration horizontale des pouvoirs : M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 2014 (1973) ; C. MÖLLERS, *Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005. Dans une perspective comparée franco-allemande : T. GEORGOPOULOS, *La séparation horizontale des pouvoirs en France et en Allemagne à l'épreuve du droit communautaire : la fonction du contre-pouvoir*, Paris, Dalloz, 2005 ; M. KORDEVA, *Le principe de la séparation des pouvoirs en droit allemand : étude doctrinale et jurisprudentielle*, thèse, Strasbourg, 2014.

16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». La limitation des pouvoirs résulte en second lieu d'une séparation verticale des pouvoirs, au sens d'une division territoriale des compétences⁶. L'idée d'un État parfaitement centralisé, dans lequel un seul organe disposerait et exercerait l'entière des compétences juridiques, n'est en effet pas seulement funeste d'un point de vue politique. Elle est juridiquement impraticable⁷. Si les règles constitutionnelles organisant la séparation horizontale des pouvoirs ont pu sembler relativement stabilisées dans la plupart des constitutions européennes⁸, celles relatives à l'organisation territoriale des compétences font toujours l'objet de vigoureux débats et d'incessantes réformes⁹. Il suffit pour s'en convaincre de relever la fréquence à laquelle les révisions constitutionnelles relatives à l'organisation territoriale des compétences se sont multipliées depuis les années 1990 dans de nombreux pays européens¹⁰.

⁶ V. en particulier sur la séparation horizontale des pouvoirs : M. BARBERIS, « La séparation des pouvoirs », in D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 726-729. Sur les origines de la distinction entre séparation horizontale et verticale des pouvoirs : M. BARBERIS, « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *Revue Pouvoirs*, n°143, 2012, p. 12 ; J.-P. FEDLMANN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *RFDC*, 2010, p. 483-496.

⁷ V. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925, p. 163-164 ; H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, p. 608. Sur les trois « fonctions » de l'État et la théorie de la « séparation des pouvoirs » : *Ibid.*, p. 620-629.

⁸ V. sur ces évolutions relatives à la séparation horizontale et verticale des pouvoirs, à la lumière du système français : M.-A. COHENDET, « Une crise de la représentation politique ? », *Cités*, n°18, 2004, p. 43-48 (p. 41). En Allemagne : C. MÖLLERS, « Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltgliederung », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2007, p. 493-538. Ceci ne signifie néanmoins pas que le développement de démocratie dite « illibérale » avec un pouvoir exécutif fort voire autoritaire et une justice, notamment constitutionnelle, délibérément affaiblie ne soient pas au centre des préoccupations contemporaines, au moins en Europe. On se reportera ici utilement à l'ouvrage de C. MÖLLERS, L. SCHNEIDER, *Demokratiesicherung in der Europäischen Union*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.

⁹ V. de façon comparée les contributions portant respectivement sur la séparation horizontale puis verticale des pouvoirs : N. DORSEN, M. ROSENFELD, S. BAER, A. SAJO, S. MANCINI, *Comparative Constitutionalism*, Saint Paul, West Academic Publishing, 2016, 3ème éd., p. 251-426 et p. 427-562. Voir également les chapitres 26 à 28 dans l'ouvrage de M. ROSENFELD, A. SAJO (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012. On pourra enfin se reporter en langue française aux développements consacrés à la distribution des pouvoirs dans l'ouvrage de D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, Dalloz, 2012.

¹⁰ Depuis la fin des années 90, ce fut le cas en Grande-Bretagne avec la réforme de la « Devolution » au profit de l'Écosse, du Pays de Galles et de l'Irlande du Nord, en Italie mais aussi en Espagne avec le renforcement de l'autonomie normative des collectivités régionales. On peut également penser à la fédéralisation du Royaume de Belgique, mais aussi à la réforme des relations entre l'État fédéral, les États fédérés et les collectivités locales en Autriche et en Suisse ou aux réformes territoriales mises en place dans les États d'Europe de l'Est. Pour une vue d'ensemble de ces évolutions : G. MARCOU, *La décentralisation et la démocratie locale dans le monde*, Paris, L'Harmattan, 2008. Voir également les rapports nationaux portant sur le thème « Autonomie régionale et locale et constitutions », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n°22, 2007, p. 107-524. Pour des

Ce constat d'une « évolution majeure de la séparation verticale des pouvoirs »¹¹ recouvre le constat plus général d'une multiplication des pouvoirs, notamment territoriaux¹². Cette transformation a été analysée dans les sciences administratives et politiques comme conduisant à un décentrement, voire à une fragmentation de l'État¹³. On entend généralement par là une remise en cause de la centralité de l'État moderne comme forme d'organisation politique souveraine mais également comme système bureaucratique centralisé et efficace disposant du monopole de la contrainte légitime et en charge de satisfaire les besoins collectifs¹⁴. L'État serait ainsi concurrencé et affaibli en raison de la montée en puissance d'autres autorités publiques, supranationales ou infra-étatiques, mais également d'acteurs privés. Son champ d'intervention se réduirait, sa souveraineté serait remise en cause¹⁵. Dans la littérature allemande, l'expression fréquemment employée pour décrire cette transformation est celle d'un « changement de la nature de l'État »¹⁶ (*Wandel der Staatlichkeit*).

références plus récentes en langue allemande, v. l'annuaire du fédéralisme du Centre européen pour l'étude du fédéralisme de Tübingen : Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen, *Jahrbuch des Föderalismus 2018. Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2018. Cette publication annuelle s'intéresse plus globalement à l'évolution des rapports entre État central et collectivités infra-étatiques en Europe. En langue française, le Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe (GRALE) publie également chaque année un annuaire qui fait le point sur l'évolution des rapports entre État central et administration locale en Europe : GRALE, *Droit et Gestion des collectivités territoriales*, Paris, Le Moniteur, 2018.

¹¹ M.-A. COHENDET, « Une crise de la représentation politique ? », *op. cit.*, p. 46.

¹² V. O. BEAUD, « La multiplication des pouvoirs », *op. cit.*, p. 47-59.

¹³ V. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2017, 5^{ème} éd., p. 64-87. Les expressions employées pour désigner ce changement sont plus ou moins négativement connotées : certains parlent d'érosion, d'effritement, de retrait voire de déclin de l'État. V. par exemple : Y. C. ZARKA, « Éditorial. L'ombre du Léviathan », *Cités*, n°18, 2004, p. 3-6. Voir également les autres contributions réunies dans ce volume de la revue « Cités » sur le thème du « dépérissement de l'État ». Voir récemment sur ce thème : O. JOUANJAN, « Fragmentierung im Öffentlichen Recht. Diskursvergleich im Verfassungs- und im Verwaltungsrecht », *VVStRL*, n°77, Berlin, De Gruyter, 2018, p. 351-412 ; F. REIMER, « « Fragmentierung im Öffentlichen Recht. Diskursvergleich im Verfassungs- und im Verwaltungsrecht », *VVStRL*, n°77, *op. cit.*, p. 413-464.

¹⁴ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 16-19.

¹⁵ Sur ces deux aspects, v. notamment : D. GRIMM, *Staatsaufgaben*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1996 ; D. GRIMM, « Souveraineté », in CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 595-605.

¹⁶ V. en particulier : G. SCHUPPERT, « Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit ? », *Der Staat*, 2008, p. 325-358. Voir en particulier les travaux du groupe de recherche pluridisciplinaire réunis à l'Université de Brême entre 2003 et 2014 (www.sfb597.uni-bremen.de/) mais aussi celui mené à l'Université libre Berlin entre 2006 et 2017 intitulé « Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit : Neue Formen des Regierens ? » (http://www.sfb-governance.de/teilprojekte/projektbereich_b/b2/index.html).

Deux phénomènes sont généralement considérés comme déterminants pour expliquer cette « érosion » de l'État¹⁷. Le premier résulte de la privatisation des missions étatiques et du poids accru pris par l'exigence d'efficacité économique de l'action publique. Dans le sillage de la théorie dite de la « nouvelle gestion publique », la préoccupation d'optimisation des ressources publiques a eu pour effet de modifier les centres d'intérêt de la recherche en droit public¹⁸. Ceci est tout à fait frappant en Allemagne où cette préoccupation a conduit à un profond renouvellement des méthodes et des thèmes de recherche, en particulier en droit administratif¹⁹. A ainsi émergé depuis une dizaine d'années un courant doctrinal assez puissant qui s'efforce de repenser le droit administratif – et plus globalement le droit public – à partir du concept de « *Steuerung* ». Ce concept difficile à rendre en français se rattache aux idées de régulation, de gouvernance, mais aussi de contrôle et de pilotage. Ce mouvement doctrinal se revendiquant d'une « nouvelle science du droit administratif » (*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*) est porté par des auteurs réputés de la doctrine allemande, au premier rang desquels on compte MM. Hoffmann-Riem, Schmitt-Aßmann et Voßkuhle²⁰. Ces auteurs suggèrent, entre autres, de ne plus considérer l'administration uniquement sous l'angle monolithique de son pouvoir de décision, dont la légitimation provient d'une habilitation parlementaire. Ils proposent de davantage tenir compte de la pluralité de l'organisation administrative et de la réalité de la vie administrative qui ne sont désormais

¹⁷ V. H. SCHULZE-FIELITZ, « Staatsrechtslehre als Wissenschaft : Dimension einer nur scheinbar akademischen Fragestellung », in H. SCHULZE-FIELITZ (dir.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Berlin, Duncker und Humblot, 2007, p. 38-47.

¹⁸ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, op. cit., p. 67-69. V. également de cet auteur sur la révision générale des politiques publiques ainsi que sur réforme suivante intitulée de Modernisation de l'action publique : J. CHEVALLIER, « La « Modernisation de l'action publique » en question », *RFAP*, 2016, p. 585-598. On pourra utilement se reporter à la Revue française d'administration publique qui depuis 2010 publie régulièrement des contributions autour de ce thème ainsi que de ceux de l'évaluation des politiques publiques et de la simplification de l'action administrative (par exemple les n°136, 148, 156).

¹⁹ Sur ce courant de pensée et cette évolution en Allemagne, v. en langue française : K.-P. SOMMERMANN, « La thèse en droit administratif en Allemagne », *RFDA*, 2016, p. 1093 ; E. SCHMIDT-ABMANN, S. DAGRON, « Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand », *RFAP*, 2008, p. 525-541 ; E. SCHMIDT-ABMANN, « Principes de base d'une réforme du droit administratif », *RFDA*, 2008, p. 427-448 et p. 667-684. Pour une analyse comparée des doctrines française et allemande : K.-P. SOMMERMANN, « Das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Verwaltungsrecht. Vergleichende Betrachtungen zu Deutschland und Frankreich », *Die Verwaltung*, 2017, p. 77-95.

²⁰ W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN, A. VOBKUHLE (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3 tomes, Munich, C.H. Beck, 2012/2013, 2^{ème} éd. ; la première édition date de 2006. Le premier a été juge à la Cour constitutionnelle fédérale et est membre de la Commission de Venise. Le dernier est l'actuel Président de la Cour constitutionnelle fédérale. Le second compte parmi les grands noms du droit public allemand : v. sur son œuvre H.-H. TRUTE, « Eberhard Schmidt-Aßmann zum 80. Geburtstag », *JZ*, 2018, p. 200.

plus structurées sur le modèle classique d'une bureaucratie hiérarchisée²¹. Cette théorie invite par conséquent à repenser le rapport de l'individu face à l'État²², les formes de contrôles administratifs²³ mais également à réviser les concepts de l'organisation administrative en prenant davantage en compte sa diversité²⁴.

Le second phénomène est lié à ce qu'Olivier Beaud a appelé « l'encerclement de l'État »²⁵. Cet encerclement procède d'une part de l'eupéanisation et de l'internationalisation du droit et tout particulièrement de la construction européenne²⁶. L'imbrication des ordres juridiques nationaux avec celui de l'Union européenne, notamment à travers l'adoption de « clauses d'intégration » au sein des textes constitutionnels nationaux²⁷, oblige non seulement à établir une nouvelle répartition des compétences mais plus fondamentalement à repenser les schémas d'analyse des rapports juridiques entre le niveau européen et le niveau national²⁸. Ces aspects ont été abondamment traités durant ces

²¹ V. déjà : H. DREIER, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat. Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzip der Exekutive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1991 ; M. JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung. Entscheidungsteilhaber Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993.

²² J. MASING, « Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht », in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN, A. VOßKUHLE (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. 1, Munich, C.H. Beck, 2012, 2^{ème} éd, p. 437-542.

²³ W. KAHL, « Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle », in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN, A. VOßKUHLE (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. 3, Munich, C.H. Beck, 2013, 2^{ème} éd, p. 459-591.

²⁴ M. JESTAEDT, « Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts », in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN, A. VOßKUHLE (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. 1, Munich, C.H. Beck, 2012, 2^{ème} éd, p. 953-1004.

²⁵ O. BEAUD, « La multiplication des pouvoirs », *op. cit.*, p. 56. Dans un sens similaire : M.-A. COHENDET, « Une crise de la représentation politique ? », *op. cit.*, p. 47.

²⁶ V. J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2010. Pour la perspective relative au droit international, avec une prise en compte de la doctrine allemande classique et contemporaine, v. E. LAGRANGE, « L'efficacité dans l'ordre juridique interne des normes internationales concernant la situation des personnes privées », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Nijhoff, vol. 356, 2012, p. 243-552. Dans la littérature allemande, on pourra se reporter aux nombreuses contributions régulièrement publiées sur ce thème lors du Congrès annuel de l'Association des Professeurs allemands de droit public depuis les années 2000. V. par exemple : J. KOKOTT, « Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes : Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung », *VVStRL*, n°63, Berlin, De Gruyter, 2004, p. 7-40.

²⁷ V. D. CAPITANT, « Landesbericht Frankreich », in W. KLUTH (dir.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, 2007, p. 141-161 ; K.-P. SOMMERMANN, « Offene Staatlichkeit : Deutschland », in A. v. BOGDANDY, P. CRUZ-VILLALON, P. HUBER (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. II, Heidelberg, C.F. Müller, 2008, p. 3-35 ; M. WENDEL, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht : Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

²⁸ V. par exemple dans le sens d'une distinction entre forme étatique et forme fédérative : O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2009, 2^{ème} éd. ; V. également dans le sens d'une construction triadique de l'ordre

dernières années dans les doctrines nationales, en particulier française et allemande²⁹. Le renforcement d'un pouvoir supranational se conjugue avec l'importance politique et juridique prise par les collectivités infra-étatiques. En sciences politiques, cette imbrication du niveau local et global a donné naissance au concept de « glocalisation », néologisme censé exprimer la corrélation entre le niveau local et mondial³⁰. En droit, la doctrine développe un intérêt croissant pour le thème de l'action internationale des collectivités locales et la coopération transfrontalière³¹ voire questionne la place des collectivités infra-étatiques comme sujets de l'ordre international, hors la médiatisation des États souverains³². Ordinaire dans les États fédéraux, l'attribution de compétences législatives aux autorités locales et régionales d'États unitaires témoigne également de cet essor des pouvoirs territoriaux infra-étatiques. L'émergence d'États unitaires à autonomie régionale, à l'instar de l'Espagne ou de l'Italie, pousse ainsi à relativiser l'opposition classique entre l'État fédéral et l'État unitaire³³ et à remettre en cause les critères traditionnels de classifications des formes d'État. Or, tandis que

juridique : O. PFERSMANN, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, n°28, 1996, p. 171-185.

²⁹ V. sur cet intérêt croissant et la formation d'une science transnationale de droit public : K.-P. SOMMERMANN, « Objectives and Methods of a Transnational Science of Administrative Law », in H.-J. BLANKE, P. CRUZ VILLALON, T. GAS, J. ZILLER (dir.), *Common European Legal Thinking. Essays in Honour of Albrecht Weber*, Heidelberg, Springer, 2016, p. 543-561 ; v. A. v. BOGDANDY, « La science juridique dans l'espace juridique européen, une réflexion à partir de l'exemple allemand », *Daloz*, 24, 2011, p. 2816-2822 ; A. v. BOGDANDY, « Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft. Betrachtungen zu einem identitätswandelnden Prozess », E. HEIGENDORT, H. SCHULZE-FIELITZ, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 133-150.

³⁰ Le concept a été forgé par le sociologue RoLand Robertson dont l'article compte parmi les plus cité en sciences politique : R. ROBERTSON, « Glocalization : Time-Space and Heterogeneity-Homogeneity », in M. FEATHERSTONE, S. LASH, R. ROBERTSON (dir.), *Global Modernities*, London, Sage Publications, 1995, p. 25-44. Pour un exemple de l'utilisation de concept en droit : J.-B. AUBY, « Mega-Cities, Glocalisation and the Law of the Future », in Sam Muller et al. (dir.), *The Law of the Future and The Future of Law*, Oslo, TOAEP, 2011, p. 203-211.

³¹ V. par exemple la récente thèse d'habilitation d'H. AUST, *Das Recht der globalen Stadt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017. V. dans le domaine de la coopération décentralisée entre la France et l'Allemagne : G. TEÍVA RICHARD-MOLARD, *Die Rechtsgrundlagen des grenzüberschreitenden Kooperationsrechts zwischen Gebietskörperschaften*, Münster, Lit Verlag, 2017.

³² V. Société Française pour le Droit International (dir.), *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pédone, 2002. On peut aussi penser aux décisions de la Cour de Justice de l'Union européenne portant sur des mesures d'exonération fiscale adoptées par des autorités infra-étatiques au Portugal et en Espagne. Se posait alors la question de savoir si l'autonomie institutionnelle, procédurale et fiscale dont bénéficiaient ces collectivités était suffisante que seul le territoire de ces collectivités serve de cadre de référence au contrôle : CJUE, 6 septembre 2006, *Portugal c/ Commission*, aff. C-88/03, rec. I-7115 ; CJUE, 11 septembre 2008, *UGT-Rioja*, aff. C-428/06 à C-434/06, rec. I-6747.

³³ V. la thèse de doctorat de C. BARTHÉLÉMY, *Le régionalisme institutionnel en Europe. Droit comparé en Belgique, Espagne, Italie, Royaume-Uni, France*, Paris, L'Harmattan, 2009 ; Gilles J. GUGLIELMI, « Les modèles de l'Italie et de l'Espagne », in R. WAKOTE (dir.), *Les nouvelles compétences régionales*, Paris, L'Harmattan, p. 129-139.

les rapports entre l'État et le pouvoir supranational et plus spécialement la question des limites constitutionnelles à l'intégration européenne³⁴ ont fait l'objet d'études doctrinales approfondies et souvent comparées, peu de travaux de cette envergure s'intéressent en revanche aux rapports juridiques entre l'État et les collectivités territoriales infra-étatiques. De tels travaux universitaires sont encore plus rares lorsqu'il s'agit de comparer la situation respective des collectivités locales d'un État fédéral et d'un État unitaire, étant entendu que par collectivité locale, nous entendons, dans une première approximation qu'il appartiendra de préciser, des autorités décentralisées habilitées à s'administrer librement dans le cadre des lois. Or, une telle comparaison mettant l'accent sur la situation des collectivités locales peut permettre, grâce à son prisme original, d'apporter de nouveaux éléments de réflexion dans la distinction entre État unitaire et État fédéral.

Ce faible intérêt doctrinal est triplement paradoxal. Il contraste tout d'abord avec l'intensité des échanges qu'ont traditionnellement entretenus les juristes français et allemands autour de cette thématique, en particulier entre 1870 et 1950³⁵. Durant cette période, nombreux sont en effet les travaux universitaires français et allemands cherchant à définir ce qui distingue l'État fédéral de l'État unitaire. On s'interroge alors sur les différences entre

³⁴ V. *supra* et également à titre d'exemples : F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, LGDJ, 2013 ; J.-P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée : Allemagne, France, Italie*, Paris, LGDJ, 2015 ; C. FRANZIUS, F. C. MAYER, J. NEYER (dir.), *Grenzen der europäischen Integration*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

³⁵ V. sur les échanges franco-allemands autour de ce thème et durant cette période : E. V. HEYEN, « Administration communale et science du droit administratif en France et en Allemagne (1871-1914) », *Revue de la recherche juridique*, 1992, p. 270-275 ; O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *Annales de la faculté de droit de l'Université de Strasbourg*, n°3, 1999, p. 7-82 ; O. BEAUD, « Aperçus sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au XXe siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 2004, p. 165-204. Bien que ces articles portent dans leur titre sur la doctrine française, l'auteur s'intéresse également à la dimension franco-allemande de ces échanges. Dans ce dernier article, Olivier Beaud distingue entre trois générations d'auteurs : la doctrine classique (1888-1925) avec Le Fur, Hauriou, Duguit et Carré de Malberg, la génération des successeurs (1925-1945) avec Jèze, Scelle ou Barthélemy et celle des quasi-contemporains (postérieure à 1945) avec Burdeau, Vedel, Rivero. La césure en 1925 serait liée au passage d'une doctrine classique, attirée par la théorie et la dogmatique juridique, à une doctrine des successeurs plus pragmatique, sociologique, celle des continuateurs à compter de 1945 étant pareillement marquée par son empirisme. Il nous semble en tous cas certain que la période la plus riche pour la théorie des formes d'État, en ce qui concerne la doctrine française, est la période qui se situe autour de 1880-1925. Ceci coïncide avec les expériences politiques faite alors, en France comme en Allemagne : fondation du second l'Empire et établissement d'une État fédéral en Allemagne puis de la République de Weimar en 1919, en France, mouvement de décentralisation et renforcement de l'autonomie des collectivités locales sous la III^e République. Il importe cependant de prendre en compte deux ouvrages postérieurs à cette date et de haute importance pour la théorie des formes d'État : l'essai de Charles Eisenmann sur la centralisation et la décentralisation, publié en 1948 et le *Traité sciences politiques* de George Burdeau publié en 1949. Un autre ouvrage, plus confidentiel mais de grande qualité, est la thèse de de Charles Durand : C. DURAND, *Confédération d'États et État fédéral. Réalisations acquises et perspectives nouvelles*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1955. Dans la littérature allemande, on renverra également à la thèse d'habilitation d'Hedwig Hintze, largement méconnue : H. HINTZE, *Staatseinheit und Föderalismus im alten Frankreich und in der Revolution*, Francfort, Suhrkamp, 1989 (1928).

décentralisation et fédéralisme ainsi que sur celles entre collectivité locale et collectivité fédérée. Nous y reviendrons. Force est toutefois de constater que ces questions ont aujourd'hui cessé d'être au centre des réflexions de la doctrine en droit public comparé. En outre, cette faiblesse est d'autant moins explicable qu'en droit positif, la situation des collectivités infra-étatiques a, en France comme en Allemagne, très nettement évolué au cours des quarante dernières années³⁶. En dépit de l'intérêt cognitif d'investir ce champ de recherche et de traiter scientifiquement ces nouvelles données, aucune monographie de droit comparé n'y est consacrée. Enfin, une telle lacune paraît surprenante car depuis les années 1990, le dialogue et la collaboration scientifiques entre publicistes allemands et français connaissent un essor indéniable³⁷. En dépit de ce rapprochement, la comparaison des théories des formes d'État et la dogmatique comparée de la répartition verticale des compétences au sein de l'État semblent être devenues le parent pauvre des études de droit public comparé franco-allemand, les monographies publiées ces dernières années se concentrant davantage sur des comparaisons relatives à la séparation horizontale des pouvoirs, à l'articulation des rapports juridiques entre droit national et supranational, à la thématique des droits fondamentaux ou à l'euphémisation du droit administratif³⁸.

Face aux évolutions pourtant majeures en droit positif touchant la répartition verticale des compétences au sein de l'État, s'interroger sur les rapports entre l'État et les collectivités locales en France et en Allemagne promet d'être riche d'enseignements. Outre le fait qu'une

³⁶ Dans ce sens déjà G. MARCOU, « Le droit administratif allemand dans la science juridique française », in O. BEAUD, E. V. HEYEN (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ?*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 267.

³⁷ Les preuves de cet essor sont multiples. On peut par exemple citer la création en 2002 du Cercle franco-allemand de droit public, mais aussi les publications conjointes du Conseil d'État et de la Cour administrative fédérale, ainsi que la fondation d'un Collège doctoral franco-allemand. Par exemple : D. CAPITANT, K.-P. SOMMERMANN (dir.), *Actualité du droit public comparé en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2009. Pour un bilan récent des échanges contemporains entre juristes français et allemands : O. BEAUD, E. V. HEYEN (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ?*, Nomos, Baden-Baden, 1999. Pour une évaluation de cet échange dans le domaine du droit administratif : A. GAILLET, « Coopération et échanges entre acteurs du droit administratif européen », in T. PERROUD, D. GAXIE, N. KADA, L. VIDAL (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou*, Paris, IRJS, 2017, p. 789-800 ; P. GONOD, « Über den Rechtsexport des deutschen Verwaltungsrechts aus französischer Sicht », *Die Verwaltung*, 2015, p. 337-364.; K.-P. SOMMERMANN, « Das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Verwaltungsrecht. Vergleichende Betrachtungen zu Deutschland und Frankreich », *Die Verwaltung*, 2017, p. 77-95 ; K.-P. SOMMERMANN, « La thèse en droit administratif en Allemagne », *RFDA*, 2016, p. 1090-1094 ; K.-P. SOMMERMANN, L. OGNOIS, F. LARAT, *Théorie et pratique de la coopération franco-allemande dans l'administration et le domaine de la recherche depuis le Traité de l'Élysée*, Spire, Speyerer Arbeitsheft, 2015. Cet essor ne signifie pas cependant que le dialogue scientifique entre juristes allemands et français soit suffisamment développé.

³⁸ V. *infra* §1 B.

telle entreprise ait pour objet de produire un travail dogmatique contribuant à renouveler et à systématiser l'état des connaissances sur les droits nationaux étudiés, cette recherche comparative présente l'intérêt d'interroger la pertinence des classifications doctrinales nationales généralement retenues. Un tel travail peut ensuite conduire à en proposer la révision à partir d'une approche normativiste de la science juridique. Pour cela, il sera pris appui sur les travaux d'Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl et Charles Eisenmann, trois auteurs rattachés à l'École de Vienne de la théorie du droit. Les raisons de ce choix épistémologique seront précisées plus loin dans l'introduction. Cette double mise en perspective, dogmatique et théorique, vise ainsi à renouer avec une tradition de l'échange doctrinal entre juristes français et de langue allemande mêlant théorie des formes d'État et description systématique et comparée du droit positif. Dans la présente introduction, il s'agira d'expliquer plus précisément en quoi l'état de la recherche en droit s'avère à cet égard lacunaire (§1), puis de préciser les objectifs, la méthode et les concepts au cœur du présent travail (§2).

§1 Le constat : un champ d'étude encore surdéterminé par le référentiel national

La question de la répartition territoriale des compétences entre l'État central et les collectivités infra-étatiques a, en France comme en Allemagne, été au centre de nombreuses réformes législatives et constitutionnelles menées durant les quatre dernières décennies. Ces réformes ont redessiné en profondeur les rapports entre l'État central et les collectivités infra-étatiques (A). Dans ce contexte, on peut s'étonner qu'en comparaison avec les sciences politiques et administratives, l'état de la recherche en droit public se caractérise par l'absence de monographies visant à décrire, comparer et systématiser les évolutions à l'œuvre dans ces deux pays (B). Il conviendra alors de rechercher les raisons d'un tel désintérêt (C), dès lors qu'elles serviront à éclairer les objectifs et la démarche du présent travail.

A. Le contexte : la constitutionnalisation et l'eupéanisation du droit des collectivités locales

Quatre points communs rapprochent les contextes dans lesquels ont été menées les réformes de l'État en France en Allemagne. Ces réformes sont en premier lieu marquées par le souci d'assurer une meilleure articulation entre le niveau infranational et le niveau

européen³⁹. Elles sont en deuxième lieu inspirées des préceptes de la théorie de la « nouvelle gestion publique » et par la préoccupation d'optimisation des ressources publiques⁴⁰. Le but est d'évaluer et d'optimiser l'efficacité de l'action publique, au moyen d'une plus grande concurrence, du recours à l'expérimentation et d'une différenciation normative adaptée aux particularités locales et régionales⁴¹. En troisième lieu, on retrouve, en Allemagne comme en France, l'objectif de mettre fin à l'« enchevêtrement de compétences »⁴². Enfin, ces transformations se sont traduites dans les deux pays par une adaptation du cadre juridique, en particulier constitutionnel. Ces objectifs ont été au cœur des réformes de l'État successivement menées en France et en Allemagne depuis les années 1980.

Ni la France, ni l'Allemagne ne font exception au constat préalablement établi d'une modification majeure des règles relatives à l'organisation des compétences entre l'État central et les collectivités infra-étatiques. Pour s'en convaincre, il importe tout d'abord de rappeler l'évolution de ces règles depuis les années 1980 dans ces deux pays (I). Nous nous contenterons toutefois dans la présente introduction de dresser un tableau d'ensemble des récentes réformes ayant eu pour objet de simplifier et de rationaliser la répartition des compétences mais aussi l'organisation du territoire et les rapports financiers entre l'État et les collectivités infra-étatiques en France et en Allemagne. Ces aspects seront présentés et

³⁹ V. N. BELLOUBET, « Vers un modèle européen d'administration locale ? », *RFAP*, 2007, p. 5-18 ; V. MICHEL, « Décentralisation européenne et déconcentration nationale : les modalités d'européanisation des services territoriaux de l'État », *RFAP*, 2005, p. 219-228 ; X. VOLMERANGE, *Le fédéralisme allemand face au droit communautaire*, Paris L'Harmattan, 2000 ; X. VOLMERANGE, « L'Union européenne en tant que révélateur de l'identité constitutionnelle en France et en Allemagne », in D. CAPITANT, K.-P. SOMMERMANN (dir.), *Actualité du droit public comparé en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2009, p. 27-37 ; P. M. HUBER, « Die Europatauglichkeit des Art. 23 GG », in D. MERTEN, *Die Zukunft des Föderalismus in Deutschland und Europa*, Berlin, Duncker und Humblot, 2007, p. 209-224 ; E. ALBER, C. ZWILLING (dir.), *Gemeinden im Europäischen Mehrebenensystem : Herausforderungen im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

⁴⁰ V. F. GÉLÉDAN, « Spectres du Léviathan : l'État à l'épreuve de la simplification administrative (2006-2015) », *RFAP*, 2016, p. 33-48 ; S. NAUNDORF, « La simplification en République fédérale d'Allemagne », *RFAP*, 2016, p. 49-56 ; M. BAUER, M. TATHAM, « German Regional Administrative Elites, New Public Management and the Role of the State in the Economy », *RFAP*, 2014, p. 783-804.

⁴¹ Dans une perspective comparée germano-italienne et insistant dans ses conclusions sur ces aspects : K.-P. SOMMERMANN, « Europäisierung und Internationalisierung der nationalen Verwaltungen im Vergleich », in C. FRAENKEL-HÄBERLE, D.-U. GALETTA, K.-P. SOMMERMANN (dir.), *Europäisierung und Internationalisierung der nationalen Verwaltungen im Vergleich. Deutsch-italienische Analysen*, Berlin, Duncker und Humblot, 2017, p. 174-178.

⁴² V. les contributions réunies autour du thème « Transferts territoriaux de compétences en Europe » à la RFAP en 2007 (n° 121-122) ; v. en particulier : N. BELLOUBET, « Vers un modèle européen d'administration locale ? », *RFAP*, 2017, p. 5-18. Sur le thème de l'imbrication des compétences, voir déjà : F.W. SCHARPF et al. (dir.), *Politikverflechtung : Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik*, Kronberg im Taunus, Scriptor, 1976.

analysés plus en détail au cours de notre travail. L'accent sera mis ici principalement sur l'ampleur de ces réformes et de leurs répercussions sur les rapports entre État et collectivités locales, justifiant précisément une étude approfondie. À cette perspective nationale s'ajoute désormais une dimension nouvelle liée à l'émergence d'un droit européen des collectivités locales qu'il convient de prendre en compte et qui incite à comparer ces évolutions nationales afin de mieux les situer dans le contexte européen (II).

I. L'évolution de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités infranationales en France et en Allemagne

Présenter l'évolution de l'organisation territoriale des compétences requiert ici de distinguer la situation en France (1) de celle, plus complexe, de la République fédérale d'Allemagne (2).

1) La progressive constitutionnalisation du droit des collectivités locales en France

La constitutionnalisation du droit des collectivités locales est aujourd'hui incontestée (b). Elle constitue un changement historique dans l'évolution du droit des collectivités locales en France, lequel a été très longtemps confiné à la compétence exclusive du législateur (a).

a) L'évolution historique du droit français des collectivités locales : le tournant 1982

Il est habituel d'évoquer dans le discours politique et parfois doctrinal français les différents « actes » de la décentralisation et de faire commencer le premier en 1982. Cette chronologie a cependant pu être vivement critiquée car « elle implique que la décentralisation n'existait pas avant 1982 »⁴³. Ce découpage historique conduit à omettre l'influence des lois du 14 et 22 décembre 1789 et du 26 février-4 mars 1790 sur l'organisation moderne de l'État français⁴⁴. Prises à la suite de l'abolition des privilèges lors de la nuit du 4 août 1789, ces

⁴³ Critique : G. MARCOU, « Le bilan en demi-teinte de l'Acte II : décentraliser plus ou décentraliser mieux ? », *RFDA*, 2008, p. 295. Dans le même sens, J. VIGUIER, « Décentralisation : d'une manière d'être de l'État à une manière d'être hors de l'État », in S. REGOURD et al. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse, 2013, p. 29-57.

⁴⁴ La référence faite à 1789 n'implique nullement que serait ici soutenue la thèse que la décentralisation commencerait en France lors de la Révolution française. La période de l'Ancien Régime est elle aussi marquée par une autonomie normative reconnue aux communes, villes libres et provinces. Sur ce pluralisme juridique, ou comme le dit M. Stolleis cette « multinormativité » : M. STOLLEIS, « La promesse du droit », in E. FRANÇOIS, T. SERRIER (dir.), *Europa : notre histoire*, Paris, Les arènes, 2017, p. 372-374. V. pour la période

législations comptent parmi les premières adoptées par l'Assemblée constituante et structurent le territoire métropolitain en 44.000 municipalités et 83 départements. La nature centralisatrice ou, au contraire, décentralisatrice de ces législations demeure controversée, aujourd'hui encore. Tandis que, pour certains auteurs, elles illustrent le caractère municipal des premiers mois de la Révolution française, dès lors qu'elles ont permis d'accorder une véritable autonomie de décision aux assemblées municipales et départementales, d'autres y voient, au contraire, « le coup d'accélérateur donné à l'abolition de la France plurielle » d'Ancien Régime⁴⁵. Sans qu'il soit utile ici de trancher cette querelle historiographique, ces législations ont, quoi qu'il en soit, établi une carte administrative qui marque toujours l'organisation territoriale de la France contemporaine. En outre, faire commencer l'histoire de la décentralisation en 1982 méconnaît l'importance de la loi départementale du 10 août 1871⁴⁶ et de celle sur l'organisation municipale du 5 avril 1884⁴⁷. Si les lois adoptées sous la monarchie de Juillet en 1837 et 1838 reconnaissent respectivement aux communes puis aux conseils généraux la personnalité juridique et la capacité de régler par leur délibération la gestion de leurs biens, celles votées sous la III^e République sont généralement considérées comme de grandes lois ayant mise en place une véritable « charte de l'organisation locale »⁴⁸.

L'histoire de la décentralisation en France est donc ancienne. Il n'en demeure pas moins que le mouvement engagé avec les réformes mises en œuvre à partir de la loi du 2 mars 1982 constitue certainement un tournant dans l'histoire moderne de l'organisation administrative

préalable à 1789 et sur l'ensemble des droits spéciaux des communes ou des provinces tout comme les distinctions entre les différents Pays (Pays États, Pays d'élection, Pays d'imposition) : F. BURDEAU, *Histoire de l'administration française*, Paris, Montchrestien, 1994, 2^{ème} éd.

⁴⁵ Sur ces controverses historiographiques et plus globalement le balancement entre centralisation et décentralisation à l'époque révolutionnaire et jusqu'à la loi du 28 Pluviôse an VIII prise sous le règne de Napoléon Bonaparte : Y. FAUCHOIS, « Centralisation », in F. FURET, M. OZOUF (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées, op. cit.*, p. 67. V. également sur l'opposition entre deux traditions historiographiques faisant pour l'une du département de 1789 « un instrument même de la centralisation » tandis que l'autre y voit une « petite République autonome et accomplie » : M. OZOUF, « Département », in *ibid.*, p. 221-237. V. également L. JAUME, S. SOLEIL, « Centralisation / Décentralisation. Retour sur quelques certitudes historiques », *AJDA* 2005, p. 760-765. V. plus globalement sur ces phases centralisatrices et décentralisatrices : P. ROSANVALLON, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 1990, p. 19-24, 79-80, 104-108, 111-116 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, 2015, 3^{ème} éd., p. 43-84.

⁴⁶ V. E. LAFERRIÈRE, *Loi organique départementale du 10 août 1871 et lois spéciales relatives au département de la Seine et à l'Algérie, textes officiels annotés*, Paris, Cotillon et fils, 1872, 2^{ème} éd.

⁴⁷ V. J. VIGUIER, « Décentralisation : d'une manière d'être de l'État à une manière d'être hors de l'État », *op. cit.*, p. 37 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 54-55.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 53 ; S. REGOUD, « Décentralisation et démocratie », in J. MOREAU, M. VERPEAUX (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica, 1992, p. 215.

française⁴⁹. Les législations prises à compter de cette date ont eu pour conséquence de modifier les conditions même de l'autonomie locale et plus globalement les rapports entre l'État central et les collectivités décentralisées. Ces « bouleversements majeurs »⁵⁰ se sont manifestés par la transformation de la région en collectivité territoriale de plein exercice et par le transfert de la fonction exécutive départementale au profit d'un élu, alors que cette fonction était jusqu'à présent exercée par le préfet du département⁵¹. Mais c'est avant tout la refonte des modalités du contrôle administratif exercé par le représentant de l'État sur les décisions prises par les collectivités locales qui constitue la pièce maîtresse de ce dispositif et un des principaux facteurs de ce bouleversement⁵².

C'est cet aspect qui avait d'ailleurs emporté la censure par le Conseil constitutionnel d'une partie de la loi de décentralisation du 2 mars 1982⁵³. Cette censure exigea que soit adoptée une loi complémentaire fixant les nouvelles modalités du contrôle administratif sur les actes des collectivités locales⁵⁴. Cette seconde loi rend les actes locaux exécutoires de plein droit, à la condition qu'ils soient régulièrement publiés et, pour les plus importants d'entre eux, transmis à la connaissance du préfet. Dans la quasi-totalité des cas, ce dernier ne dispose désormais plus que de la possibilité de saisir le tribunal administratif en cas de doute sur la régularité juridique d'un acte local. Afin d'éviter une telle saisine et d'inciter au dialogue, le préfet doit préalablement informer la collectivité locale, émettrice de l'acte, de sa volonté de saisir la juridiction administrative. Ceci lui permettra de régulariser l'acte possiblement fautif. Bien que les obligations pesant sur les collectivités locales eussent déjà été allégées avant 1982, il n'en demeure pas moins que cette modification législative a bien eu pour conséquence de profondément reconfigurer les relations entre l'État central et les collectivités locales et d'accroître substantiellement l'autonomie normative de ces dernières, rendant désormais peu opportun l'usage du terme « tutelle » pour désigner le contrôle administratif portant sur les actes locaux⁵⁵.

⁴⁹ Loi n°82-213 du 2 mars 1982.

⁵⁰ M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 64.

⁵¹ *Ibid.* p. 65.

⁵² *Ibid.* p. 65-66. Pour ces deux auteurs, rétrospectivement, l'aspect le plus important de la réforme est toutefois la création de la région comme collectivité territoriale.

⁵³ Décision n°82-137 DC du 25 février 1982 (cons. 7)

⁵⁴ Loi n°82-623 du 22 juillet 1982.

⁵⁵ V. X. BARELLA, « Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales : entre nécessité et controverses », in S. REGOURD et al. (dir.), *La décentralisation 30 ans après, op. cit.*, p. 107-118 ; N. KADA,

Outre ces premières modifications, la période ouverte par la loi de mars 1982 se caractérise par le transfert d'importants domaines de compétences aux collectivités locales⁵⁶. Afin de leur donner les moyens d'assumer leurs nouvelles compétences, le législateur a réformé les structures internes des collectivités locales ainsi que le statut de l'élu local. De plus, il a notablement renforcé l'autonomie de gestion des collectivités locales en leur allouant des moyens financiers et personnels en adéquation avec leurs nouvelles responsabilités⁵⁷. L'importance accrue prise par le droit des collectivités territoriales a conduit à la création en 1996 d'un Code général des collectivités territoriales regroupant les règles législatives et réglementaires relatives aux rapports juridiques internes et externes des collectivités territoriales⁵⁸. Si le mouvement entamé en 1982 s'est poursuivi de façon plus modérée durant les années suivantes, les transferts de compétences ont à nouveau gagné en ampleur à partir de 2004⁵⁹.

Le cycle entamé depuis 2010 s'est, quant à lui, principalement caractérisé par la volonté du législateur de simplifier le « mille-feuille administratif » en rationalisant l'organisation territoriale ainsi que les compétences transférées. Outre le cantonnement de l'intervention des départements et des régions à leurs seules compétences légales, cette rationalisation s'est manifestée par la création des métropoles et le renforcement de l'intercommunalité, mais surtout par la fusion des régions réalisée en 2015 suite à l'abrogation de la loi créant le conseiller territorial. Dans le même temps, différentes législations ont interdit le cumul d'un mandat parlementaire avec des fonctions exécutives locales, mettant ainsi un terme à une caractéristique spécifique à la vie politique française⁶⁰.

Il résulte de l'ensemble de ces réformes une véritable refondation du droit des collectivités locales. Celle-ci a débouché sur une reconfiguration intégrale des rapports entre et l'État et les collectivités locales et sur un renforcement sans précédent de l'autonomie de ces dernières. Si l'intensité et l'ampleur de ces changements sont indéniables, la protection

« Le préfet est mort, vive le préfet ! », in *Ibid.*, p. 95-105. V. également B. FAURE, « Faut-il garder le mot « tutelle » en droit administratif ? », *AJDA*, 2008, p. 113.

⁵⁶ V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 67-68.

⁵⁷ Sur la fonction publique territoriale et le rôle des acteurs locaux : *Ibid.*, p. 68-69.

⁵⁸ Loi n°96-142 du 21 février 1996.

⁵⁹ Loi n°2004-809 du 13 août 2004.

⁶⁰ Loi organique n°2014-125 et loi ordinaire n°2014-126 du 14 février 2014. V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 82-84. Nous avons mis ici de côté les développements relatifs aux collectivités ultra-marines. Sur ce point : *Ibid.*, p. 66-67, p. 73-77 et p. 81-82.

accrue de l'autonomie des collectivités locales serait restée juridiquement précaire s'elle ne s'était pas accompagnée d'une constitutionnalisation du droit des collectivités locales.

b) Les fondements constitutionnels de la décentralisation et du droit à l'autonomie locale

Ainsi que le note Bertrand Faure, « il serait aujourd'hui assez peu raisonnable d'écarter la Constitution des réflexions sur la décentralisation »⁶¹. Que cette remarque puisse aujourd'hui sembler banale démontre le chemin parcouru dans l'élaboration d'un droit constitutionnel local. Longtemps, les textes constitutionnels français étaient peu prolixes au regard des règles applicables aux collectivités locales, à l'instar des Constitutions des États unitaires. Bien que la Constitution du 27 octobre 1946 garantisse pour la première fois en droit constitutionnel français le droit à la libre administration des collectivités locales, c'est toutefois sous la Constitution de la V^e République et sous l'impulsion de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que s'est progressivement formé un véritable droit constitutionnel des collectivités territoriales⁶². On rappelle généralement que c'est à partir de la décision 79-104 DC du 23 mai 1979 que le Conseil constitutionnel s'est référé pour la première fois au principe de libre administration des collectivités territoriales comme norme de référence de son contrôle⁶³. Mais c'est surtout dans le sillage des lois votées à partir de 1982 que se multiplieront les saisines et par conséquent les décisions du Conseil, lesquelles susciteront l'intérêt de certains auteurs à systématiser les fondements constitutionnels de la décentralisation⁶⁴.

⁶¹ B. FAURE, « L'apparition d'un droit constitutionnel des collectivités territoriales », in S. REGOURD et al. (dir.), *La décentralisation 30 ans après, op. cit.*, p. 73.

⁶² V. M. VERPEAUX, « Constitution, Conseil constitutionnel et décentralisation », in S. REGOURD et al. (dir.), *La décentralisation 30 ans après, op. cit.*, p. 59-71.

⁶³ Dans cette décision relative au territoire de Nouvelle Calédonie, le Conseil considère la loi n'avait « méconnu ni le principe de séparation des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre ou qui consacrent le principe de libre administration des collectivités territoriales » (cons. 9).

⁶⁴ On ne serait guère étonné de noter que ce travail a été en partie le fait d'auteurs réunis autour de Louis Favoreu à Aix-en-Provence. Parmi les premiers articles de cet auteur portant sur ce sujet, on citera : L. FAVOREU, « Le statut des collectivités territoriales de la République et le fonctionnement des pouvoirs constitutionnels : la décision du 23 mai 1979 », *RDP* 1979, p. 1694-1704 ; L. FAVOREU, « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1252-1257 ; L. FAVOREU, « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in F. MODERNE (dir.), *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, 1983, p. 15-37. C'est à partir des années 90 que ces données sont systématisées et plus substantiellement étudiées, par exemple par A. ROUX, *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1995 ; C. BACCOYANNIS, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Economica, Paris, 1993. On trouvera plus loin des références bibliographiques plus complètes.

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003⁶⁵ une étape supplémentaire et décisive dans ce processus constitutionnel. L'objectif de cette réforme était d'une part de formaliser dans le texte constitutionnel des évolutions qui n'étaient jusqu'à présent que jurisprudentielles. D'autre part, il s'agissait de renouveler le cadre constitutionnel qui ne permettait plus de réaliser les réformes souhaitées par le législateur ordinaire⁶⁶. En faisant entrer dans le texte constitutionnel une série de dispositions nouvelles visant à organiser la décentralisation, cette révision constitutionnelle a consolidé le principe de l'autonomie des collectivités locales, tant sur le plan financier que matériel. Sans examiner pour l'instant dans le détail cette révision et surtout la portée juridique de ces règles, nous nous contenterons ici d'évoquer l'introduction dans le droit constitutionnel français du principe de subsidiarité, l'affirmation selon laquelle l'organisation de la République française est décentralisée, ainsi que la possibilité désormais offerte aux collectivités locales de déroger, à titre expérimental et sous réserve du respect de nombreuses conditions, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences⁶⁷. En rendant une partie de ces dispositions constitutionnelles justiciables, l'entrée en vigueur en 2010 de la question prioritaire de constitutionnalité a complété ce processus en renforçant la garantie juridictionnelle du droit à l'autonomie des collectivités locales.

1982, 2003 et 2010 sont donc trois dates clés dans le processus de consolidation du droit des collectivités territoriales. La révision de 2003 a contribué à constitutionnaliser cette branche du droit dont l'étude doctrinale relevait jusqu'alors essentiellement du droit administratif. Alors que la constitution française, à l'instar de nombreuses constitutions d'États unitaires, ne contenait traditionnellement que peu de dispositions relatives aux collectivités territoriales, on peut aujourd'hui constater que ces dispositions sont largement étoffées⁶⁸ et sont devenues opposables au législateur.

⁶⁵ Loi du 28 mars 2003 n°2003-276.

⁶⁶ Le Conseil constitutionnel avait en effet censuré une partie de la loi n°2002-92 du 22 janvier qui avait pour objet d'octroyer à la Corse un pouvoir d'adaptation de la législation française : décision n°2001-454 DC du 17 janvier 2002.

⁶⁷ V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 79-80.

⁶⁸ Critique sur cette évolution qui aurait vu l'introduction dans le « marbre constitutionnel » de dispositions qui relèveraient davantage de la loi ordinaire ou de la loi organique : G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, Paris, Seuil, 2017, 14^{ème} éd., art. 72 et 72-2 de la Constitution, p. 333 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 22. Cette critique nous semble cependant inspirée d'une conception singulièrement française de l'écriture d'un texte constitutionnel. La comparaison avec certaines constitutions fédérales et spécialement avec les articles de la Loi fondamentale allemande qui précisent avec beaucoup d'acribie les matières relevant de la compétence des *Länder* ou du *Bund* ou les relations

2) La rationalisation du fédéralisme et de l'administration locale en Allemagne : retour sur les réformes du système fédéral et local

À la différence de la France, la structure fédérale de l'État allemand exige de différencier entre la situation juridique de l'État fédéral (*Bund*), des *Länder* et des collectivités locales, laquelle est au centre de la présente étude. La situation des collectivités locales n'est en effet pas uniquement déterminée par les règles contenues dans la Loi fondamentale (a), mais également par celles adoptées par les États fédérés (b). Ces derniers disposent d'une compétence exclusive en matière d'organisation de l'administration décentralisée, l'exercice de cette compétence restant néanmoins soumise aux prescriptions constitutionnelles énoncées dans la Loi fondamentale et interprétées par la Cour constitutionnelle fédérale.

a) Les réformes des rapports entre État fédéral, États fédérés et collectivités locales

Au niveau fédéral, ce ne sont pas moins de cinq révisions de la Loi fondamentale touchant à l'organisation fédérale et locale allemande qui ont été adoptées ces dernières années⁶⁹. La première est celle votée en septembre 2006⁷⁰. Elle est quantitativement mais sans doute aussi qualitativement la révision la plus importante au regard de l'évolution du système fédéral et local de l'État allemand depuis l'adoption de la Loi fondamentale en 1949⁷¹. En plus d'avoir procédé à une nouvelle distribution des compétences législatives et administratives entre la Fédération et les collectivités fédérées, la révision de 2006 a modifié en profondeur les règles mêmes de répartition de compétences entre le *Bund*, les *Länder* et, de façon plus secondaire,

financières entre le *Bund*, les *Länder* et les collectivités locales (et les taux d'imposition respectifs) vient en tous cas relativiser cette critique.

⁶⁹ Voir pour la période précédente et particulier pour la révision de 1969 : M. FROMONT, « L'évolution du fédéralisme depuis 1949 », in *Le pouvoir, Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 661-679 ; C. GREWE, *Le fédéralisme coopératif en RFA*, Paris, Economica. Pour la période entre 1980 et 2000 : G. MARCOU, « L'évolution récente du fédéralisme allemand sous l'influence de l'intégration européenne et de l'unification », *RDP*, 1995, p. 883-919 ; X. VOLMERANGE, *Le fédéralisme allemand face au droit communautaire*, Paris L'Harmattan, 2000.

⁷⁰ Il s'agit de la 52^{ème} révision de la Constitution fédérale allemande : loi de révision de la Loi fondamentale du 28 juin 2006, *BGBI. I*, p. 2034. La littérature sur cette réforme est pléthorique. On se reportera pour les aspects généraux à : W. KUTH (dir.), *Föderalismusreformgesetz*, Baden-Baden, Nomos, 2007 ; H. DREIER (dir.), *Grundgesetz-Kommentar, Supplementum 2007*, t. 2 (Art. 20-82), Tübingen, Mohr Siebeck, 2007 ; H. J. PAPIER, « Aktuelle Fragen der Bundesstaatlichen Ordnung », *NJW* 2007, p. 2145-2148. En langue française, H. WOLLMANN, « Le fédéralisme allemand devient-il plus « hétérogène » et « concurrentiel »? », *Pouvoirs Locaux*, n°86, 2010, p. 82-87 ; M. FROMONT, « La réforme du fédéralisme allemand de 2006 », *RFDC* 2007, p. 227-248.

⁷¹ Dans ce sens également : *Ibid.*, p. 230.

les collectivités locales⁷². On peut par exemple évoquer ici la modification du premier alinéa de l'article 84 de la constitution allemande, qui fait désormais interdiction au législateur fédéral de transférer des compétences aux communes et groupements de communes. La question des limites constitutionnelles à cette décentralisation fédérale des compétences à l'endroit des collectivités locales continue cependant, même après cette révision, de faire l'objet d'interrogations et de controverses. En décembre 2006, le refus – extrêmement rare dans l'histoire constitutionnelle de la RFA et fortement médiatisé – de l'ancien Président fédéral Horst Köhler de signer la loi sur l'information des consommateurs, au motif que l'extension de l'obligation d'information qu'elle faisait peser sur les collectivités locales se comprenait comme une nouvelle charge et était par conséquent contraire au nouvel article 84 alinéa 1er de la Loi fondamentale, livre une illustration éloquente de ces controverses.

Deux autres révisions de moindre ampleur, adoptées en 2010⁷³ et en 2014⁷⁴, ont eu pour objet d'autoriser la collaboration entre autorités fédérales, fédérées et locales dans des secteurs spécifiques. La dernière touche au domaine universitaire qui relève, en principe, de la compétence exclusive des États fédérés, tandis que celle de 2010 vise à permettre la coopération entre l'État fédéral, les *Länder* et les collectivités locales en matière d'aide sociale accordée aux demandeurs d'emploi. Enfin, il importe d'évoquer deux autres révisions votées en 2009⁷⁵ et en 2017⁷⁶ relatives à l'organisation financière de l'État allemand. La première a notamment conduit à inscrire dans la Loi fondamentale une disposition généralement qualifiée de « frein à l'endettement public ». Cette « règle d'or » limite la capacité de la Fédération à contracter de nouvelles dettes et interdit purement et simplement aux *Länder* à partir de 2020 de recourir au crédit pour équilibrer leur budget⁷⁷. La seconde est

⁷² V. K.-P SOMMERMANN, « Kommunen und Föderalismusreform », in *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2005*, München, Mohr Siebeck, 2006, p. 59-76. Voir plus récemment : K.-P. SOMMERMANN, F. KRUSE, « Stellungnahme zur Rolle der Gemeinden im europäischen Mehrebenensystem », in E. ALBER, C. ZWILLING (dir.), *Gemeinden im Europäischen Mehrebenensystem : Herausforderungen im 21. Jahrhundert*, op. cit., p. 379-387. Pour un aperçu récent du droit constitutionnel allemand des collectivités locales : M. FROMONT, « Le droit constitutionnel allemand des collectivités territoriales », in G. J. GUGLIELMI, J. MARTIN (dir.), *Le droit constitutionnel des collectivités territoriales : aspects de droit public comparé*, op. cit., p. 191-206.

⁷³ Loi de révision constitutionnelle du 21 juillet 2010, *BGBl. I*, p. 944.

⁷⁴ Loi de révision constitutionnelle du 23 décembre 2014, *BGBl. I*, p. 2438.

⁷⁵ Loi de révision constitutionnelle du 29 juillet 2009, *BGBl. I*, p. 2247-2248.

⁷⁶ Loi de révision constitutionnelle du 13 juillet 2017, *BGBl. I*, p. 2347.

⁷⁷ V. J. VAILLANT, « Berlin-Brandebourg : du rejet de la fusion à la coopération des deux *Länder* », *Revue Allemande d'aujourd'hui*, n°221, 2017, p. 71-73.

une réforme d'ampleur des règles de péréquation financière entre l'État fédéral, les collectivités fédérées et locales à partir de 2020⁷⁸. Elle substitue au système de péréquation qui existait jusqu'alors un nouveau mécanisme qui vise à augmenter la part des *Länder* aux recettes de la TVA, en contrepartie de quoi le *Bund* obtient des compétences dans des domaines qui relevaient jusqu'à présent du ressort des États fédérés. C'est par exemple le cas en matière d'infrastructure scolaire, l'État fédéral étant désormais autorisé par le nouvel article 104c à financer dans ce domaine des investissements profitant à des collectivités locales économiquement nécessiteuses. D'autres réformes allant dans le même sens d'une plus forte coopération entre le *Bund*, les *Länder* et les collectivités locales sont actuellement en voie de discussion.

b) La multiplication des réformes fonctionnelles et territoriales de l'administration locale des Länder

S'intéresser à la division territoriale des compétences en Allemagne impose également de prendre en compte les normes applicables au sein des *Länder* afin de pouvoir être en mesure d'apprécier la plénitude des changements à l'œuvre dans l'organisation administrative et territoriale de l'État allemand. Si cet aspect n'est que très rarement mis en évidence dans les travaux français portant sur ces questions, se contenter de porter son regard sur les rapports entre les collectivités fédérées et la Fédération ne livre en effet qu'une version partielle de l'organisation de l'administration allemande. Méconnaître les règles qui organisent à la fois dans l'ordre juridique fédéral mais également dans les ordres juridiques fédérés, le statut et les compétences des collectivités locales décentralisées, conduit à négliger la place pourtant centrale qu'elles occupent dans l'organisation administrative de ce pays et à surévaluer les compétences des *Länder* dans ce domaine.

Ainsi, les réformes relatives à la modernisation des structures administratives de l'État menées en Allemagne depuis la fin des années 1990 dans le cadre des programmes s'inspirant des préceptes de la nouvelle gestion publique, ont généralement touché le niveau local, prévoyant la mise en place de certaines expérimentations en matière budgétaire ou le transfert de nouvelles compétences aux collectivités locales⁷⁹. À cette série de réformes fonctionnelles

⁷⁸ V. A. GAMPER, « Tausch und Reform : Die Änderung des Grundgesetzes 2017 » in Europäischen Zentrum für Föderalismus-Forschung (dir.), *Jahrbuch des Föderalismus 2017*, Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 114-124.

⁷⁹ V. en français : S. KUHLMANN, « Tirer les leçons de « l'économisation » de la politique et de l'administration locales en Allemagne : Le « Neue Steuerungsmodell » a-t-il échoué ? », *Pouvoirs Locaux*, n°79,

(*Funktionalreform*) se sont également ajoutés des projets de réduction du nombre de structures administratives locales dans certains *Länder* (*Territorialreform* ou *Gebietsreform*). De telles réformes avaient déjà eu lieu au cours des années 1970 en Allemagne de l'Ouest, puis dans les nouveaux *Länder* entre 1990 et 2000. Elles avaient abouti à une réduction drastique du nombre de communes en Allemagne, avec toutefois des variations selon les *Länder*⁸⁰. Ces réformes territoriales et les débats les accompagnant n'ont depuis lors pas discontinué. Ce fut le cas en Mecklembourg Poméranie antérieure, où la réforme votée a tout d'abord été annulée suite à la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée en juillet 2007 par la Cour constitutionnelle de cet État⁸¹, avant d'être amendée et finalement adoptée trois ans plus tard⁸². L'abandon provisoire des réformes territoriales en Thuringe et dans le Brandebourg illustre à son tour non seulement combien ces questions sont d'actualité, mais aussi combien elles sont controversées⁸³.

Que de telles réformes soient à l'origine de contentieux constitutionnels et suscitent des débats doctrinaux et politiques est la preuve de la vigueur des réflexions relatives à l'organisation administrative et territoriale en France et en Allemagne. Cela éclaire également l'intérêt de les analyser. Ces observations confirment enfin l'importance croissante des normes constitutionnelles organisant en détail les rapports juridiques entre l'État et les collectivités locales. Cette évolution tend à consolider l'autonomie juridique des collectivités

2008, p. 115-120 ; H. WOLLMANN, « Modernisation du système administratif local en Allemagne. Quelle RGPP territoriale Outre-Rhin ? », *Pouvoirs Locaux*, n°93, p. 129-138.

⁸⁰ V. en français : H. WOLLMANN, « Les réformes du système local dans les *Länder* allemands : entre communes fusionnées et intercommunalité », *RFAP*, 2017, p. 313-326 ; H. WOLLMANN, « La gouvernance des territoires en France et en Allemagne. Quelles tendances européennes en matière de réformes territoriales ? », *Pouvoirs Locaux*, n°101, 2014, p. 107-115 ; S. KUHLMANN, « La réforme des institutions politiques et administratives dans les collectivités locales allemandes : entre rupture et continuité », in G. MARCOU, H. WOLLMANN (dir.), *La modernisation de la gestion des collectivités territoriales, Annuaire 2008 des Collectivités Locales*, Paris, CNRS Éditions, p. 189-207.

⁸¹ V. H. MEYER, « Liegt die Zukunft Mecklenburg-Vorpommerns im 19. Jahrhundert ? Zum Neugliederungsurteil des Landesverfassungsgerichts », *NVwZ* 2008, p. 24-33.

⁸² Loi du 28 juillet 2010, Gesetz- und Verordnungsblatt für Mecklenburg-Vorpommern 2010, n°13, p. 366 (*Gesetz zur Schaffung zukunftsfähiger Strukturen der Landkreise und kreisfreien Städte des Landes Mecklenburg-Vorpommern*).

⁸³ V. S. KUHLMANN et al. (dir.), *Wirkungen kommunaler Gebietsreformen. Stand der Forschung und Empfehlungen*, Baden-Baden, Nomos, 2018, p. 14 ; H. TRÄGER, « Die gescheiterten Kreisgebietsreformen in Brandenburg und Thüringen », *Jahrbuch des Föderalismus 2018*, Baden-Baden, Nomos, 2018, p. 214-226.

locales tout en aménageant des mécanismes permettant d'encadrer et de limiter cette différenciation territoriale de l'ordre juridique⁸⁴.

II. L'émergence d'un droit européen des collectivités locales

À ce premier mouvement, s'opérant au niveau national, s'ajoute l'entrée en vigueur de nouveaux instruments juridiques européens garantissant également le droit à l'autonomie locale⁸⁵. Tel est notamment le cas de la Charte européenne de l'autonomie locale du Conseil de l'Europe⁸⁶ et, plus récemment, du Traité de Lisbonne et de son protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité⁸⁷. L'émergence au niveau européen d'un cadre juridique commun au droit des collectivités locales a poussé la doctrine à s'interroger sur l'état de convergence ou de divergence des systèmes administratifs locaux des pays européens. Deux positions semblent ici s'opposer. Un premier groupe d'auteurs voit dans l'établissement d'un droit européen des collectivités locales un facteur de rapprochement qui, associé aux réformes décentralisatrices menées au niveau national, concourt à faire converger les administrations locales vers un modèle commun⁸⁸. Face à cela, un second groupe défend

⁸⁴ Sur cette dialectique : G. MARCOU, « Les réformes des collectivités territoriales en Europe : problématiques communes et idiosyncrasies », *RFAP*, 2012, p. 183.

⁸⁵ V. P.Y. MONJAL, *Droit européen des collectivités locales*, Paris, LGDJ, 2010.

⁸⁶ V. P. WILLIAMS-RIQUIER, « La charte européenne de l'autonomie locale : un instrument juridique international pour la décentralisation », *RFAP*, 2007, p. 191-202.

⁸⁷ V. M. DOUENCE, « L'influence du droit de l'Union européenne sur les collectivités territoriales », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 1089-1126 ; Laurence POTVIN-SOLIS, « Autonomie locale et régionale et identité nationale des États membres de l'Union européenne », in T. PERROUD, D. GAXIE, N. KADA, L. VIDAL (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou, op. cit.*, p. 363-390 ; G. STAHL, M. DEGEN, « Die Europäisierung der Kommunen und der Ausschuss der Regionen », in E. ALBER, C. ZWILLING (dir.), *Gemeinden im Europäischen Mehrebenensystem : Herausforderungen im 21. Jahrhundert, op. cit.*, p. 191-216

⁸⁸ V. dans ce sens : B. SCHÖNDORF-HAUBOLD, « L'émergence d'un droit commun de l'autonomie territoriale en Europe », *RFAP*, 2007, p. 203-218 ; T. WÜRTEMBERGER, « Auf dem Weg zu lokaler und regionaler Autonomie in Europa », in M.-E. GEIS, D. LORENZ (dir.), *Staat. Kirche. Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, Munich, C.H. Beck, 2001, p. 1053-1066 ; M. KOTZUR, « Föderalisierung, Regionalisierung und Kommunalisierung als Strukturprinzipien des europäischen Verfassungsraumes », *JöR* 2002, n° 50, p. 257-280. Pour une analyse juridico-politique : S. KUHLMANN, « Analyse comparative de la décentralisation en France et en Allemagne », *Pouvoirs Locaux*, n°81, 2009, p. 81-85 ; en allemand : S. KUHLMANN, « Konvergenz lokaler Verwaltungsmodelle ? Dezentralisierung im deutsch-französischen Vergleich », *Die Verwaltung*, 2009, p. 589-604 ; H. WOLLMANN, « Des systèmes communaux européens en mutation : étude comparée de la France, de l'Allemagne, de l'Italie, du Royaume-Uni et de la Suède », *Pouvoirs Locaux*, n° 81, 2009, p. 57-65 et p. 67-71. V. également, dans un sens favorable à une convergence, malgré les différences structurelles persistantes : J. MARTINEZ SORIA, in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, 3^{ème} éd., § 36, p. 1015-1043. Dans une perspective européenne et plus spécialement franco-allemande : K.-P. SOMMERMAN, « Kommunen und Föderalismusreform », *op. cit.*, p. 71-76 ; X. VOLMERANGE, « La continuation des efforts de décentralisation et l'amélioration de la répartition des compétences entre les collectivités territoriales en France et en Allemagne », in M. MUNKE, H. THOß (dir.), *Europäische Räume –*

la thèse de la prédominance d'une hétérogénéité structurelle et de l'absence – en tous cas à ce stade – de modèle européen d'administration locale, en dépit de certains rapprochements⁸⁹. On peut généralement recenser deux arguments à l'appui de cette thèse. Le premier résulte de la faiblesse du droit européen à établir de façon effective des standards européens, l'organisation interne des États relevant de leur compétence exclusive. Au sein de l'Union européenne, cette faiblesse se refléterait dans l'absence d'effectivité du principe de subsidiarité comme règle de répartition de compétences⁹⁰. Les doutes sur son caractère justiciable valent également pour la Charte européenne de l'autonomie locale, dont le système de contrôle ne permet pas d'en garantir le respect effectif⁹¹. Le second argument repose sur la conviction que le modèle allemand serait plus favorable à l'autonomie locale en raison de son histoire⁹² et de la structure fédérale de l'État⁹³. Il n'est à cet égard pas rare qu'il

Les espaces européens, Berlin, Duncker und Humblot, 2013, p. 36-51 ; E. SCHMIDT-ABMANN, S. DAGRON, « Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand », *RFAP* 2008, p. 537-540. V. déjà, dans le sens d'un rapprochement, l'ouvrage, inspiré par les idées de Tocqueville, du père spirituel de la Charte européenne de l'autonomie locale : A. GASSER, *Gemeindefreiheit als Rettung Europas, Grundlinien einer ethischen Geschichtsauffassung*, Bâle, Bücherfreund, 1943, réédité récemment : A. GASSER, U. MENTZ (dir.) ; *Gemeindefreiheit in Europa. Der steinige Weg zu mehr kommunaler Selbstverwaltung in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2004.

⁸⁹ V. M. RUFFERT, « Unions- und gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, op. cit.*, p. 1079-1080 ; F. SCHOCH, « Kommunale Selbstverwaltung und Europarecht », in G. HENNEKE (dir.), *Kommunen und Europa – Herausforderungen und Chancen*, 1999, p. 11-37 ; A. CATHLY-STELKENS, *Kommunale Selbstverwaltung und Ingerenz des Gemeinschaftsrechts, insbesondere am Beispiel Frankreichs und Deutschlands*, Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 62-65 ; H. DREIER, « Artikel 28 », in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, 3ème éd., t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 684-686 ; N. BELLOUBET, « Vers un modèle européen d'administration locale ? », *RFAP*, 2007, p. 5-18. Également plus sceptique : G. MARCOU, « Les collectivités locales dans les constitutions des États unitaires en Europe », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°42, 2014, p. 63-87. Contrairement au titre de l'article, cette contribution prend également en compte la situation des collectivités locales dans le système fédéral allemand. Dans la littérature de sciences politique, pour une position également sceptique : N. KEUFFER, « L'autonomie locale, un concept multidimensionnel : comment le définir, comment le mesurer et comment créer un indice d'autonomie locale comparatif ? », *Revue internationale de politique comparée*, 2016, p. 443-490.

⁹⁰ V. D. GRIMM, « Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1994, p. 6-12 ; D. GRIMM, « Subsidiarité et fédéralisme », in S. ROHLFING-DIJOUX, K. PEGLOW (dir.), *La subsidiarité*, Berne, Peter Lang 2014, p. 139-152.

⁹¹ Voir V. DONIER, « La réforme des collectivités territoriales à l'épreuve de la Charte européenne de l'autonomie locale », in T. PERROUD, D. GAXIE, N. KADA, L. VIDAL (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou, op. cit.*, p. 169-179 ; F. DURAND, « Le 30ème anniversaire de la charte européenne de l'autonomie locale », *AJDA*, 2015, p. 2313-2320 ; A. DELCAMP, « La charte européenne de l'autonomie locale et son système de contrôle », *Annuaire des collectivités locales*, 1999, p. 139-172.

⁹² V. M. RUFFERT, « Unions- und gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 1079 : L'autonomie locale, telle qu'elle s'est historiquement construite en Allemagne à partir de l'indépendance des villes franches de l'Empire et des réformes engagées par Stein et Hardenberg, ne trouve guère d'équivalent en Europe ». V. dans le même sens : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 465-471.

soit alors justement opposé au modèle français qui représenterait le cas typique d'un modèle administratif hiérarchisé et centralisé⁹⁴.

S'agissant du premier argument, il n'est guère contestable que la formation d'un cadre juridique européen au droit des collectivités locales ne permette, à elle seule, de déduire et d'opérer une convergence des modèles d'administration locale. Les rapports juridiques entre l'État et les collectivités locales tout comme le degré de décentralisation de l'ordre juridique étatique continuent d'être principalement déterminés par le cadre constitutionnel et législatif national⁹⁵. En revanche, la thèse d'une autonomie locale plus fortement garantie en Allemagne en raison de la singularité de l'histoire allemande du principe d'auto-administration comme de la corrélation entre fédéralisme et autonomie locale nous semble devoir être remise en question. C'est précisément ce à quoi nous procéderons dans la présente recherche. Car comme le constatent très justement Alain Delcamp et John Loughlin, « le plus grand degré de décentralisation ne se rencontre pas nécessairement dans les États fédéraux ou à autonomie régionale »⁹⁶. Il nous semble intéressant de vérifier la pertinence de cette observation, contraire aux présupposés habituels, à la lumière de l'évolution récente des droits français et allemand des collectivités locales. Or, en dépit de l'éminente actualité de ces questions et de l'intérêt qu'elles suscitent, l'état de la recherche les concernant reste étonnamment lacunaire.

B. Le contraste entre l'état de la recherche contemporaine et la tradition des échanges doctrinaux franco-allemands en droit public

Lorsque l'on s'intéresse à la production scientifique en droit public portant sur la décentralisation en Europe et sur les relations entre l'État et les collectivités infra-étatiques, on est « frappé par la rareté des ouvrages comparatifs qui contraste avec la fortune du thème » et par le constat d'une « recherche insuffisante sur les concepts »⁹⁷. Cet état des lieux

⁹³ Sur ce lien entre fédéralisme et « self-government », v. O. BEAUD, *Théorie de la fédération*, op. cit., p. 335 ; C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p. 278-279.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 282 ; 335 ; H. DREIER, « Artikel 28 », op. cit., p. 685 ; O. BEAUD, *Théorie de la fédération*, op. cit., p. 335 ; B.-O. BRYDE, « Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem », *VVDStRL* 1988, n° 46, p. 186-187.

⁹⁵ V. G. MARCOU, « Les réformes des collectivités territoriales en Europe : problématiques communes et idiosyncrasies », *RFAP*, 2012, p. 184.

⁹⁶ A. DELCAMP, J. LOUGHLIN, « Introduction : La décentralisation dans les États de l'Union européenne », in A. DELCAMP, J. LOUGHLIN (dir.), *La décentralisation dans les États de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, p. 14.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 15.

vaut également pour les travaux doctrinaux portant sur la France et l'Allemagne. Il contraste avec l'état de la recherche en droit comparé franco-allemand entre 1870 et 1950 (1) et avec l'intérêt que suscite la décentralisation dans les sciences politiques et administratives contemporaines (2).

1) Les rapports entre l'État et les collectivités locales dans la doctrine franco-allemande de droit public : 1870-1950

Durant cette période, l'une des principales questions qui tourmente pareillement les doctrines allemande et française est celle des critères de distinction entre l'État unitaire, simple, l'État fédéral, composé, et la confédération d'États⁹⁸. Derrière cette interrogation théorique sur ce qui différencie les formes d'État se pose plus spécialement la question de la place de la souveraineté dans l'État fédéral⁹⁹. Pour Paul Laband, la théorie de la souveraineté ayant été formulée par Jean Bodin en référence à la seule expérience de l'État unitaire, il conviendrait désormais de l'affiner et de la penser dans le cadre d'un État fédéral¹⁰⁰. Ainsi que le rappelle Dieter Grimm, « aucun autre thème n'attira autant l'intérêt de la doctrine durant les premières années de l'Empire allemand »¹⁰¹. Émerge alors l'idée notamment défendue par Georg Jellinek qu'il est possible de distinguer souveraineté et puissance d'État (*Staatlichkeit*). Pour le maître d'Heidelberg, la souveraineté est certes une qualité éminente de la puissance étatique, mais elle demeure une qualité non-nécessaire. Elle n'en constitue pas l'essence. Son absence n'affecte donc pas *per se* la qualité étatique d'une collectivité

⁹⁸ On pense ici dans la doctrine française à la thèse de de Louis Le fur qui fait un travail exceptionnel de réception des doctrines allemandes de l'époque : L. LE FUR, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2000 (1896). Sur la doctrine allemande, voir : O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, Paris, PUF, 2005, p. 255-265 ; M. STOLLEIS, *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne*, trad. Par Aurore Gaillet, Paris, Garnier, 2018, p. 69-92 ; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland (1800-1914)*, t. 2, Munich, C.H. Beck, 1992, p. 365-368. En français, M. STOLLEIS, *Histoire du droit public en Allemagne (1800-1914)*, trad. par Marie-Ange Maillet et Marie Ange Roy, Paris, Dalloz, 2014. Voir à ce propos le numéro de *Jus Politicum* consacré à cette édition française : *Histoire du droit public allemand*, *Jus Politicum*, n°12, 2014. V. par exemple : H. TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1907.

⁹⁹ V. O. BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, 1998, p. 83-122 ; D. GRIMM, « Souveraineté », *op. cit.*, p. 575-580.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 579. V. sur les rapports de Laband avec la doctrine française : P.-M. GAUDEMET, « Paul Laband et la doctrine française de droit public », *RDP*, 1989, p. 955-979 ; C. SCHÖNBERGER, « Penser l'État dans l'Empire et la République. Critique et réception de la théorie juridique de l'État de Laband dans l'œuvre de Carré de Malberg », in O. BEAUD, P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 255-271.

¹⁰¹ D. GRIMM, « War das Deutsche Kaiserreich ein souveräner Staat ? », in S. O. MÜLLER, C. TORP (dir.), *Das Deutsche Kaiserreich in der Kontroverse*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2009, p. 86. Sur cette question, v. également en langue française : A. HAMANN, « Le IIe Reich allemand, un empire ou un État fédératif ? », *Jus Politicum*, n°14, 2015.

territoriale¹⁰². Or, distinguer souveraineté et étaticité et envisager ainsi la possibilité de collectivités étatiques non-souveraines oblige à s'interroger sur ce qui différencie dès lors une collectivité territoriale d'une « simple » collectivité locale librement administrée¹⁰³. Autrement dit, à partir de quand commence l'étaticité d'une collectivité territoriale ?

En France, cette question est reformulée dans le contexte politico-juridique de l'État unitaire et consiste à savoir ce qui distingue le fédéralisme de la décentralisation¹⁰⁴. C'est en effet à cette période que commence à être pensée la réforme de l'organisation de l'État français mais aussi toute son évolution à travers les siècles à partir de la dialectique « centralisation/décentralisation ». Si l'idée de décentralisation est ancienne, « le terme de décentralisation n'apparaît qu'au début du XIX^e siècle avec les réformes législatives libérales adoptées au profit des communes et des départements pour les concevoir comme des autorités titulaires de compétences transférées par l'État »¹⁰⁵. Sa diffusion dans le discours public s'opère dans le contexte des législations prises sous la Monarchie de Juillet puis sous la III^e République et attribuant aux assemblées élues des communes et des départements le droit de librement administrer leurs compétences¹⁰⁶. Mais il faut également rappeler que ces réformes sont concomitantes à la parution en 1856 du livre de Tocqueville « L'Ancien Régime et la Révolution » et aux débats suscités par sa thèse sur la centralisation séculaire de l'État français¹⁰⁷. Il y a donc en France comme en Allemagne un contexte intellectuel et des développements en droit positif qui incitent non seulement à investir la théorie générale de

¹⁰² D. GRIMM, « Souveraineté », *op. cit.*, p. 579.

¹⁰³ *Ibid.* p. 579.

¹⁰⁴ V. L. LE FUR, *État fédéral et confédération d'États* *op. cit.*, p. 673-679, p. 703-708. V. également sur la différence entre fédéralisme et décentralisation : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., t. 3, Paris, Éd de Boccard, 1930, p. 74-75. On peut également citer la thèse d'un élève de Louis Le Fur, Michel Mouskhely (Muskhelishvili) : M. MOUSKHELY, *La théorie juridique de l'État fédéral*, Paris, Pedone, 1931. Sur l'influence de Le Fur dans la réception française de la théorie allemande : O. BEAUD, « Aperçus sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au XX^e siècle », *op. cit.*, p. 169.

¹⁰⁵ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, 2018, 5^{ème} éd., p. 4.

¹⁰⁶ Sur le traitement de ces législations : M. HAUROU, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose, 1900, 4^{ème} éd., p. 440 et 473.

¹⁰⁷ V. en particulier le chapitre intitulé « Que la centralisation administrative est une institution de l'ancien régime et non pas l'œuvre de la Révolution ni de l'Empire comme on le dit » : A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1985 (1856), p. 98-109. Sur l'importance de Tocqueville dans le débat sur la centralisation du système français : Y. FAUCHOIS, « Centralisation », in F. Furet, M. Ozouf (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Paris, Flammarion, 2007 (1988), p. 67-85. La première phrase est éloquent : « Pour Tocqueville, la centralisation noue ensemble la monarchie et le Consulat dans une même histoire nationale : celle d'un pouvoir central, la royauté, qui a mis les français en « tutelle » et disloqué la société traditionnelle en l'unifiant ». Nous reviendrons plus loin sur la remise en cause de cette lecture historiographique.

l'État et à repenser les classifications des formes d'État, mais également à s'intéresser à « l'autre » pays. Différents auteurs se saisiront alors du terme de décentralisation à la fin du XIX^e siècle afin de le conceptualiser. Parmi eux, Maurice Hauriou¹⁰⁸ contribue à en diffuser l'usage dans la doctrine française de droit public. Pour le Doyen de la Faculté de droit de Toulouse, la décentralisation désigne une « manière d'être de l'État », c'est-à-dire un processus dans le cadre duquel des compétences administratives sont transférées à des autorités locales démocratiquement élues et chargées d'en décider de l'exercice, dans le respect de l'unité étatique¹⁰⁹.

De façon intéressante, la doctrine de langue allemande s'est à son tour saisie entre 1890 et 1930 du concept français de décentralisation, sans pour autant le confiner, tout du moins dans un premier temps, à la sphère de l'organisation administrative de l'État. Les écrits de Jellinek mais ceux aussi de Hans Kelsen en témoignent. Pour ces auteurs, la décentralisation comme la centralisation sont deux concepts génériques permettant d'organiser la répartition des compétences au sein de l'ordre juridique étatique¹¹⁰. Cette dialectique « centralisation/décentralisation » pourra varier de degré et de domaine : elle pourra être d'une part complète ou partielle, d'autre part administrative, par autonomie locale ou fédérale¹¹¹. Ces classifications reposant sur l'idée de décentralisation ne seront cependant pas

¹⁰⁸ V. pour un exemple de réception dans la doctrine française du questionnement relatif aux rapports juridiques dans l'État fédéral : M. HAURIUO, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, p. 319. Dans ce passage, Maurice Hauriou, se référant aux réflexions de Paul Laband sur la question de savoir où réside la souveraineté dans l'État fédéral, fait alors le choix de ne pas « s'embarrasser de ces subtilités » ni de « théories juridiques rigides » et se contente de constater que l'État fédéral est un moyen « renforcer singulièrement les équilibres constitutionnels et ceux de la décentralisation ». Maurice Hauriou consacre dans cet ouvrage quelques pages à comparer l'État unitaire et l'État fédéral et voit dans la décentralisation comme dans le fédéralisme un principe commun de superposition. La différence serait que dans le premier cas, cette superposition serait hiérarchiquement organisée, alors que dans le cas de l'État ou Empire fédérale, cette superposition serait plus libre : M. HAURIUO, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, p. 316-321. Sur cette conception : O. BEAUD, « Aperçus sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au XX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 2004, p. 171-172.

¹⁰⁹ Sur la dualité de la conception de la décentralisation par M. Hauriou, qui verrait dans la décentralisation une « manière d'être de l'État » et dans les collectivités territoriales « autrui vis-à-vis de l'État » : F. FOURNIÉ, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, Paris, LGDJ, 2005. Il importe toutefois de relever que dans les ouvrages de l'époque, la décentralisation n'est pas forcément entendue comme un processus exclusivement administratif, au sens elle ne concernerait que le rapport entre l'État central et les collectivités locales. Elle représente avec la centralisation les deux pôles qui structurent l'évolution de l'État comme forme d'organisation du pouvoir politique. Les écrits d'Hauriou à ce sujet l'attestent.

¹¹⁰ V. G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2005 (1911), p. 357-372. Cette réédition reproduit le fac-similé de la traduction française en deux volumes par G. FARDIS, Paris, Giard et Brière, 1911-1913, de la première édition de *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 1900.

¹¹¹ V. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 163-180 ; H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 608-619.

prospères¹¹². Ceci n'en limite toutefois pas l'intérêt pour la théorie des formes d'État après 1918. Au contraire, l'une des questions agitant les premières années de la République de Weimar consistait précisément à savoir ce qui distingue État unitaire décentralisé et État fédéral¹¹³. Mais le contexte politique a toutefois radicalement changé. À la différence de l'Empire, il ne s'agissait dorénavant plus de préciser là où réside la souveraineté. Cette question avait été tranchée au profit de l'État fédéral qui bénéficiait de la compétence de la compétence¹¹⁴. La question posée dans la doctrine publiciste allemande mais aussi française tendant davantage à savoir si la Constitution de Weimar avait établi un État fédéral ou un État unitaire décentralisé¹¹⁵. En d'autres termes, il s'agissait de déterminer si les *Länder* étaient encore des collectivités étatiques non-souveraines ou s'ils étaient devenus des collectivités régionales fortement décentralisées¹¹⁶.

De ce bref panorama historique des échanges intellectuels entre juristes français et allemands, on peut retenir que s'est formée entre 1870 et 1950 une tradition doctrinale transnationale associant la théorie juridique des formes d'État à la description systématique

¹¹² Après 1945, Fortshoff s'appuiera sur le concept de décentralisation pour formuler dans son *Traité de droit administratif* sa distinction entre l'administration médiate d'État et l'administration immédiate d'État, classification qui continue aujourd'hui encore d'être la classification dominante dans la doctrine allemande. Elle est d'ailleurs même désormais parfois employée dans la littérature francophone pour décrire l'organisation de l'administration au niveau européen : J. ZILLER, « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 2^{ème} éd., p. 325-334.

¹¹³ V. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Sirey, 1920, p. 69-193, en particulier p. 147-179

¹¹⁴ D. GRIMM, « Souveraineté », *op. cit.*, p. 580.

¹¹⁵ L'expression alors employée en doctrine fut celle « d'État fédéral souple » (*labiler Bundesstaat*) selon la formule de Richard Thoma : R. THOMA, « Das Reich als *Bundestaat* », in G. ANSCHÜTZ, R. THOMA (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998 (1930), p. 169-186. V. sur cette question de la détermination de la forme d'État allemand sous la République de Weimar et sur l'état des controverses afférentes : E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, *op. cit.*, t. 3, p. 55 ; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland : Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, *op. cit.*, p. 80-86, 118-120, p. 233 et *passim*. Dans la doctrine française, v. R. CARRÉ DE MALBERG, « La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar », *Bull. Soc. légis. comp.*, 1923-24, p. 285-325. V. à ce propos : E. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, p. 29-31. Boris Mirkine-Guetzevich s'intéresse aussi à ces questions des formes d'État et parle à propos de l'Autriche mais aussi de l'Allemagne de fédéralisme rationalisé : B. MIRKINE-GUETZEVIC, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1936, p. 23-24. V. également, plus tard : C. BOURTHOMIEUX, « Fédéralisme et démocratie dans la Constitution de Weimar et Loi fondamentale de Bonn », *RIDC*, 1950, p. 27-48. Sur le rapport de doctrine française à la Constitution de Weimar : C. M. HERRERA, *La constitution de Weimar et la pensée juridique française*, Paris, Editions Kimé, 2011.

¹¹⁶ Déjà, le choix fait en faveur de l'expression « *Länder* » (Pays) et non « *Gliedstaaten* » (États membres) encore utilisée sous l'Empire exprime cette nouvelle conception de la place de ces collectivités qui seront définies par Hugo Preuß, l'un des pères fondateurs de la Constitution de la République de Weimar, comme des « collectivités territoriales renforcées » (*potenzierte Selbstverwaltungskörper*).

des règles de droit positif organisant les rapports entre l'État et les collectivités infra-étatiques. Si ces échanges ont sans nul doute été asymétriques¹¹⁷, il n'en demeure pas moins que l'intérêt pour ces questions a nourri d'importantes monographies rédigées par des auteurs qui figurent parmi les grands juristes-savants de la doctrine de l'époque.

2) Les rapports entre l'État et les collectivités locales dans la doctrine comparatiste contemporaine

Alors que la doctrine juridique contemporaine en France et en Allemagne semble relativement se désintéresser des études comparées portant sur les rapports entre l'État et les collectivités infra-étatiques (a), l'intérêt des sciences politiques et administratives pour cette thématique ne semble pas se démentir. Les travaux y afférents apportent un éclairage enrichissant et original qui renouvelle utilement l'état des connaissances scientifiques et invite les juristes à investir plus fortement ce champ de la recherche comparative (b).

a) Le caractère lacunaire et contradictoire de l'état de la recherche contemporaine en droit public comparé

En comparaison à la période précédente 1950, la recherche contemporaine en droit public comparé franco-allemand n'est plus guère animée par cette même effervescence lorsqu'il s'agit d'étudier la décentralisation et le fédéralisme. Si l'on se réfère à l'état de la recherche en droit public comparé, force est de constater que les travaux scientifiques publiés en langue française et en langue allemande sur l'organisation administrative de l'État ainsi que sur la répartition territoriale des compétences en forment la portion congrue¹¹⁸. Ce constat rejoint

¹¹⁷ V. D. GOSEWINKEL, « Histoire et historiographie de l'État en France et en Allemagne », in A. CHATRIOT, D. GOSEWINKEL (dir.), *Figurationen des Staates in Deutschland und Frankreich. Les figures de l'État en Allemagne et en France, 1870-1945*, Berlin, De Gruyter, 2006, p. 19-30 ; C. SCHÖNBERGER, « « L'État » de la théorie générale de l'État. Remarques comparatives sur une discipline spécifiquement allemande », in *Ibid.*, p. 257-276 ; du même auteur, « Der « Staat » der Allgemeinen Staatslehre : Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich », in O. BEAUD, E. V. HEYEN (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ? Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen Dialogs*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 111-137. V. plus globalement sur les échanges durant cette période : O. BEAUD, P. WACHSMANN (dir.), *Science juridique française et science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1997 ; E. V. HEYEN, *Profile der deutschen und französischen Verwaltungsrechtswissenschaft 1880-1914*, Frankfurt sur le Main, Klostermann, 1989 ; V. également : M. STOLLEIS, « Das Gespräch der Rechtskulturen : Zur Historie der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht », in H. LINDEMANN et al. (dir.), *Erzählungen vom Konstitutionalismus*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 91-103.

¹¹⁸ V. pour une compilation de la littérature en droit public comparé publiée en langue française et en langue allemande : <http://www.bijus.eu/?type-de-publication=f-bijus> ; v. pour la période avant 1990 : M. FROMONT, P. CHENUT, *Le droit allemand en langue française : répertoire bibliographique*, Paris, CIRAC, 1990. On notera également que cette thématique n'a jusqu'à présent pas non plus fait l'objet de communication lors des rencontres biennuelles du Cercle franco-allemand pour le droit public : <https://www.dfgk.uni-freiburg.de/fr/category/tagungen/>. Il en va de même lors des rencontres annuelles franco-allemandes des jeunes

celui plus général et précédemment fait sur la rareté des ouvrages envisageant cette thématique sous un angle comparatif¹¹⁹.

Parmi les monographies publiées en langue française sur ce thème, il convient en premier lieu d'évoquer la thèse publiée en 1979 d'un juriste grec, Spyridon Flogaitis, sur « La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie »¹²⁰ ainsi que celle, moins connue dans la littérature française, du juriste suisse Pascal Mahon intitulée « La décentralisation administrative. Étude de droit public français, allemand et suisse »¹²¹ parue six ans plus tard. Si la première de ces deux thèses constitue une étude particulièrement riche des « constructions doctrinales élaborées par les auteurs en marge du droit positif, ou à partir de ses solutions »¹²², la seconde intègre à cette première dimension quelques éléments de présentation du droit positif des pays étudiés. Deux autres monographies traitant du fédéralisme allemand doivent également être mentionnées. La première est celle de Constance Grewe qui traite de l'évolution du fédéralisme allemand vers un fédéralisme

chercheurs en droit public comparé européen : <http://www.jus-publicum.eu>. Une recherche dans la base de donnée recensant les thèses de droit portant sur cette thématique confirme cette tendance. En langue allemande, on ne retrouve pas non plus d'ouvrage traitant de ces questions de façon comparée dans la collection « Jus Publicum » de l'éditeur Mohr Siebeck au sein de laquelle sont généralement publiées les thèses d'habilitations en droit public. Cette collection compte environ 280 ouvrages publiés entre 1994 et 2018. Les vérifications réalisées parmi d'autres collections, comme celles de l'Institut Max Planck de droit public étranger et de droit international ou de l'Europa-Institut de la faculté de droit de la Saare chez Nomos, confirment ce résultat.

¹¹⁹ A. DELCAMP, J. LOUGHLING, « Introduction : La décentralisation dans les États de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 15. V. récemment les actes du colloque organisé le 16 mai 2014 par le Master 2 Juriste Conseil des collectivités territoriales de l'université Paris 2 Panthéon-Assas : G. J. GUGLIELMI, J. MARTIN (dir.), *Le droit constitutionnel des collectivités territoriales : aspects de droit public comparé*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 2014. Il s'agit cependant davantage d'un ouvrage utile rassemblant des contributions portant sur des droits nationaux que d'un ouvrage de droit comparé des collectivités territoriales. C'est également le cas dans le rapport dirigé par Gérard Marcou à la demande de l'organisation « Cités et Gouvernements Locaux Unis » qui est structuré en fonction de rapports nationaux : G. MARCOU (dir.), *La décentralisation et la démocratie locale dans le monde*, Paris, L'Harmattan, 2008. On se reportera cependant avec intérêt à la postface de Gérard Marcou qui tache d'opérer une clarification des concepts : *Ibid.*, p. 311-319. De même, l'ouvrage de Constance Grewe et d'Hélène Ruiz-Fabry contient des développements sur l'évolution de la répartition verticale des compétences dans les États européens très intéressants, même s'il date de plus de vingt ans : C. GREWE, H. RUIZ-FABRY, *Droits constitutionnels européens*, *op. cit.*, p. 271-355. Il en va de même pour celui de Jaques Ziller : J. ZILLER, *Administration comparée*, Paris, Montchrestien, 1993. Dans la littérature plus récente, on peut citer l'ouvrage d'Armel le Divellec et de Philippe Lauvaux, qui n'est cependant pas un ouvrage de droit comparé : P. LAUVAUX, A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 4^{ème} édition, 2015.

¹²⁰ S. FLOGAITIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, LGDJ, 1979, thèse soutenue à Paris 2 sous la direction de Jean Rivero.

¹²¹ P. MAHON, *La décentralisation administrative. Étude de droit public français, allemand et suisse*, Droz, Genève, 1985

¹²² J. RIVERO, « Avant-propos », in S. FLOGAITIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, *op. cit.*

coopératif¹²³. La seconde est celle de Xavier Volmerange qui s'intéresse plus particulièrement aux effets de l'intégration européenne sur le fédéralisme allemand¹²⁴.

S'il importe de prendre un appui précieux sur ces travaux, force est de constater qu'ils datent de plus d'une vingtaine voire d'une quarantaine d'années pour trois d'entre eux. Ils ne sont donc nullement en mesure de rendre compte de l'état du droit positif, lequel a, comme nous l'avons vu, notablement évolué depuis quarante ans. En outre, ces monographies ne sont pas ou que très partiellement comparatives. Les deux derniers ouvrages s'intéressent exclusivement au fédéralisme allemand, une comparaison avec la situation des collectivités locales françaises étant sans doute délicate à opérer, *a fortiori* à l'époque¹²⁵. Les deux premiers ouvrages cités portant sur la décentralisation sont structurés sur le mode de rapports nationaux consacrés respectivement aux trois pays étudiés et accompagnés en conclusion d'une analyse comparative. De plus, ils font une place importante à l'histoire des doctrines mais ne s'intéressent guère au droit positif. Le plus important est, enfin, qu'aucune de ces monographies ne cherche à comparer la situation juridique des collectivités locales en France et en Allemagne. Quel est le degré d'autonomie des collectivités locales dans ces deux pays ? Quelles règles constitutionnelles organisent la répartition des compétences entre les différentes collectivités ? Peut-on considérer qu'il existe un rapprochement voire une convergence entre les modèles français et allemand d'administration locale ? Plus spécialement encore : l'autonomie locale est-elle plus favorablement garantie dans une structure étatique de type fédérale ou unitaire ? Autrement dit, le fédéralisme a-t-il un effet – positif, neutre ou négatif – sur le degré de « décentralisation par autonomie locale »¹²⁶ de l'ordre juridique ? En bref, le questionnement classique dans la théorie générale de l'État sur la pertinence des classifications des formes d'État et des critères de différences entre l'État fédéral et l'État unitaire n'est pas abordée à la lumière des droits positifs français et allemand.

Or, un tel questionnement s'impose au regard des incertitudes et des contradictions qui caractérisent l'état de la recherche contemporaine en droit comparé. On peut trouver une

¹²³ C. GREWE, *Le fédéralisme coopératif en République fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1981. Il s'agit d'une thèse soutenue en 1979 sous la direction de Michel Fromont.

¹²⁴ X. VOLMERANGE, *Le fédéralisme allemand face au droit communautaire*, Paris, L'Harmattan, 2000, publication issue d'une thèse soutenue en 1999 sous la direction de Gérard Marcou.

¹²⁵ Sur les difficultés encore aujourd'hui d'une telle comparaison : K.-P. SOMMERMANN, « Quelle comparaison des régions françaises avec les *Länder* allemands ? », in R. WAKOTE (dir.), *Les nouvelles compétences régionales*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 149-163.

¹²⁶ Nous reviendrons sur ce concept qui recouvre la définition habituellement donnée du concept de « décentralisation administrative » dans la doctrine française.

illustration de ces incertitudes dans les affirmations antinomiques de plusieurs auteurs, pourtant experts de ces questions. D'un côté, pour les Professeures Constance Grewe et Hélène Ruiz-Fabri, « la France apparaît comme l'un des États les plus centralisés d'Europe »¹²⁷. En revanche, « en Allemagne (...), l'organisation territoriale s'oppose plus ou moins au modèle napoléonien par le rejet de l'uniformité et de la tutelle forte, générale et concentrée (...). L'échelon local n'est pas principalement perçu comme une institution administrative de l'État, une sorte de démembrement, mais plutôt comme une institution différente de l'État, un pilier de sa fondation, le premier maillon de l'intégration. Ces caractéristiques ne paraissent pas très surprenantes dans des États fédéraux comme la Suisse, l'Allemagne ou l'Autriche qui en toute hypothèse ont opté pour une autre forme d'organisation étatique, la division territoriale. Elles paraissent cependant significatives dans des États traditionnellement unitaires »¹²⁸. Cette position semble résumer la conception longtemps dominante dans les doctrines française et allemande. De même, Gérard Timsit dans une étude rédigée au lendemain des réformes de 1982 exprimait ainsi ses doutes sur la possibilité d'une convergence entre les systèmes français et allemand d'administration locale : « Il n'est cependant pas assuré que, malgré ces réformes, les collectivités locales françaises aient accédé à une forme et un degré d'autonomie qui les placent très en avant des collectivités locales de la République fédérale d'Allemagne. La notion de *Selbstverwaltung* a, en RFA, une réalité dont témoigne la répartition des pouvoirs et des fonctions entre les différents degrés de la hiérarchie administrative locale »¹²⁹.

À l'inverse, le Professeur Gérard Marcou avance qu'en comparaison à ses voisins, « la France est aujourd'hui devenue l'un des pays d'Europe les plus décentralisés, et, où les communes et leurs établissements publics disposent de la liberté la plus grande. Ceci est particulièrement net en ce qui concerne le contrôle sur les actes des collectivités locales, l'urbanisme et les finances locales »¹³⁰. De plus, à l'occasion d'une étude sur les communes en Europe, comparant leur situation respective dans les États fédéraux et dans les États unitaires, ce spécialiste de droit comparé des collectivités territoriales contredit l'idée

¹²⁷ C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, op. cit., p. 282. V. également : C. GREWE, « Die Einheit des Staates : zwischen Unteilbarkeit und Pluralismus », in C. GREWE, C. GUSY (dir.), *Französisches Staatsdenken*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 51-65.

¹²⁸ C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, op. cit., p. 278-279.

¹²⁹ G. TIMSIT, *Administration et États : étude comparée*, Paris, PUF, 1987, p. 112.

¹³⁰ G. MARCOU, « Présentation », *Annuaire des collectivités locales*, n°22, 2002, p. 6.

habituellement retenue en doctrine d'une corrélation positive ou d'un « phénomène de structure »¹³¹ entre fédéralisme et autonomie locale. Il formule alors une conclusion originale selon laquelle « contrairement à ce que l'on croit souvent, l'État fédéral ou les autonomies régionales ne sont pas plus favorables que l'État unitaire aux libertés communales. Ils peuvent certes favoriser une certaine diversité institutionnelle, en fonction des compétences attribuées aux législateurs nationaux, mais ces compétences conduisent à une législation détaillée qui affecte les compétences communales et à une tutelle rapprochée »¹³². Ceci rejoint l'observation précitée d'Alain Delcamp et John Loughlin qui considéraient également que « le plus grand degré de décentralisation ne se rencontre pas nécessairement dans les États fédéraux ou à autonomie régionale »¹³³.

Que quelques années séparent les analyses de ces spécialistes ne suffit assurément pas à expliquer pareilles divergences d'appréciation. Quoi qu'il en soit, on peut retenir que cette contradiction souligne l'intérêt cognitif d'une recherche qui non seulement compare la situation des collectivités locales en France et en Allemagne, mais vise simultanément à déterminer les incidences de la structure de l'État – unitaire ou fédérale – sur le degré d'autonomie des collectivités locales et de décentralisation de l'ordre juridique. Cette entreprise est rendue d'autant plus nécessaire au vu de l'évolution majeure dans la répartition verticale des compétences et dans les rapports entre l'État et les collectivités locales.

*b) L'actualité et le renouvellement de la recherche sur la décentralisation
en sciences politiques et administratives*

L'importance de cette évolution n'a en revanche pas échappé à la science politique et en particulier à la branche des sciences politiques qui recouvre la politique comparée et les sciences administratives¹³⁴. L'intérêt qu'elle porte à la décentralisation en Europe et plus

¹³¹ O. BEAUD, *Théorie de la fédération*, *op. cit.*, p. 335

¹³² G. MARCOU, « L'autonomie communale : étude comparative », *Pouvoirs*, n°95, 2000, p. 72. V. également en particulier à l'exemple de la Belgique : M. NIHOUL, « La commune dans l'État fédéral. Analyse comparative de la situation dans cinq États fédéraux », *Mouvement communal*, 1993, p. 8-21 ; P. DE BRUYCKER, M. NIHOUL, « L'impact de la régionalisation sur l'autonomie locale », *Annuaire des Collectivités locales 1996*, p. 37-60 ; M. NIHOUL, « L'influence de la mutation fédérale d'un État sur le statut des collectivités locales : l'exemple de la Belgique », *Annuaire des Collectivités locales 1997*, p. 135-153.

¹³³ A. DELCAMP, J. LOUGHLIN, « Introduction : La décentralisation dans les États de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 14.

¹³⁴ Une raison de cet intérêt peut sans doute résulter du découpage disciplinaire dans les sciences politiques. Sur ce découpage : P. BRAUD, *La science politique*, Paris, PUF, 2017. On peut par exemple se référer ici aux travaux d'Yves Meny : Y. MENY, Y. SUREL, *Politique comparée. Les démocraties : Allemagne, États-Unis*,

globalement au changement des rapports entre l'État et les collectivités infra-étatiques ne s'est pas démentie, voire a même gagné en importance à la suite du mouvement de décentralisation de l'État.

Deux travaux récents de sciences politiques témoignent de cet intérêt. Il s'agit de la thèse d'habilitation de Sabine Kuhlmann¹³⁵ et de l'ouvrage collectif dirigé par Hellmut Wollmann et Vincent Hoffmann-Martinot sur le rapport entre l'État et l'administration locale en France et Allemagne¹³⁶. Dans ces travaux, ces chercheurs en sciences politiques analysent les réformes de l'organisation administrative de l'État à l'œuvre dans ces deux pays et font ainsi une large part à l'étude des structures territoriales de ces deux États. Ils s'interrogent en particulier sur l'état des convergences et des divergences dans les rapports entre l'État et les collectivités locales en France et en Allemagne. Ainsi qu'ils le précisent dans leur introduction, « le « cas » de la France et de l'Allemagne apparaît particulièrement stimulant et difficile. D'un côté, les trajectoires institutionnelles semblent être enracinées dans des traditions politiques et institutionnelles distinctes (« path-dependencies »), telles que le centralisme « napoléonien » contre la « décentralisme » fédérale, l'intercommunalité contre une administration locale comparativement forte. D'un autre côté, les systèmes institutionnels nationaux sont récemment et actuellement soumis à des pressions similaires, telles que la mondialisation, l'eupéanisation. Par conséquent, l'une des questions centrales qui a inspiré le présent ouvrage est de savoir si les trajectoires institutionnelles de ces deux pays montrent une convergence ou s'ils maintiennent (voire peut-être accroissent) leurs divergences. »¹³⁷.

Or, que nous apprennent-ils aux termes de leurs travaux respectifs ? De façon tout à fait intéressante pour la présente recherche, ils observent un mouvement de rapprochement des

France, Grande-Bretagne, Italie, Paris, LGDJ, 2009. Voir de cet auteur déjà sa thèse : Y. MENY, *Centralisation et décentralisation dans le débat politique français (1945-1969)*, Paris, LGDJ, 1974.

¹³⁵ S. KUHLMANN, *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa. Subnationaler Institutionenwandel im deutsch-französischen Vergleich*, Baden-Baden, Nomos, 2008. V. plus récemment : S. KUHLMANN, C. SCHWAB, G. BOUCKAERT (dir.), *The Future of Local Government in Europe*, Baden-Baden/Paris, Nomos/Sigma, 2017 ; S. KUHLMANN et al. (dir.), *Dezentralisierung des Staates in Europa. Auswirkungen auf die kommunale Aufgabenerfüllung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien*, Wiesbaden/Berlin, VS Verlag/Springer, 2011.

¹³⁶ V. HOFFMANN-MARTINOT, H. WOLLMANN (dir.), *State and Local Government Reforms in France and Germany*, Wiesbaden/Berlin, VS Verlag/Springer, 2006. Voir également : V. HOFFMANN-MARTINOT, « Zentralisierung und Dezentralisierung », in R. PICT, HOFFMANN-MARTINOT, V. LASSERRE, P. THEINER (dir.), *Fremde Freunde. Deutsche und Franzosen vor dem 21. Jahrhundert*. Munich, Piper, 1997, p. 363-382.

¹³⁷ V. HOFFMANN-MARTINOT, H. WOLLMANN, « Preface », in V. HOFFMANN-MARTINOT, H. WOLLMANN (dir.), *State and Local Government Reforms in France and Germany*, op. cit., p. 9.

systèmes d'administrations locales français et allemand¹³⁸. Surtout, et cela est plus original, ils remettent également en cause l'idée selon laquelle l'autonomie des collectivités locales décentralisées françaises serait nécessairement moins grande que celles des collectivités locales allemandes. Ils démontrent cela tant en matière financière, qu'au regard de la répartition des compétences. En particulier, ils critiquent le système de dédoublement fonctionnel des organes de l'administration autonome. Ce système conduit en Allemagne à ce que les collectivités locales prennent en charge la quasi-totalité des compétences étatiques. Sauf qu'au lieu de leur transférer ces compétences à titre de compétences propres, le pouvoir fédéré préfère leur transmettre à titre de compétences déléguées (*Auftragsangelegenheiten*). Politiquement tout comme juridiquement, cette différence est majeure car la marge de manœuvre des collectivités locales diffère grandement selon le type de compétence en jeu. Dans le premier cas, les collectivités locales sont habilitées à exercer librement ces nouvelles compétences, dans le cadre de leur droit à l'autonomie locale, et leurs actes n'auraient été soumis qu'à un contrôle de légalité. Dans le cas des compétences déléguées en revanche, le transfert ne conduit nullement à renforcer l'autonomie locale des collectivités locales étant donné qu'elles agissent au nom et pour le compte de l'État fédéré, leurs décisions étant ainsi soumises au pouvoir d'instruction et à un contrôle d'opportunité des organes centraux d'État. Voilà pourquoi ces auteurs parlent dans ce cas de « fausse décentralisation »¹³⁹. À ceci s'ajoute le fait que l'accroissement du volume des compétences étatiques déléguées mobilise et ampute les ressources personnelles des collectivités locales. Cela amenuise leur capacité administrative et affaiblit par voie de conséquence leur autonomie locale. Elles peuvent moins aisément se consacrer à leurs compétences propres. Or, ce système de dédoublement fonctionnel, exceptionnel en France, est fréquent dans les États fédéraux dans lesquels l'administration d'État – fédérale et parfois fédéré – est rarement représentée dans les territoires par des organes propres. On observe donc ici une incidence de la structure fédérale qui, au lieu d'être à l'avantage de l'administration locale, la relègue au rang de relais du pouvoir étatique, contrairement donc à l'idée généralement admise. Ainsi, ces travaux infirment par leurs analyses l'idée d'une rémanence de l'opposition entre centralisme français et fédéralisme décentralisé allemand et mettent à jour un effet pervers du fédéralisme sur

¹³⁸ Dans le même sens, dans la littérature juridique : B. SCHÖNDORF-HAUBOLD, « Dezentralisierung und die verfassungsrechtliche Garantie territorialer Selbstverwaltung in Frankreich », *Die Verwaltung*, 2007, p. 513-543, en particulier p. 539-543.

¹³⁹ V. H. WOLLMANN, « Stadt im Blick der Kommunalwissenschaft », in H. A. MIEG, C. HEYL (dir.), *Stadt. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart/Weimar, Metzler, 2013, p. 174-184.

l'autonomie locale. En cela, ils fournissent des résultats nouveaux et originaux qui incitent à repenser les présentations habituellement faites dans la littérature juridique des structures territoriales de ces deux pays et des rapports juridiques entre l'État et les collectivités locales en France et en Allemagne.

C. Les raisons de l'état lacunaire de la recherche en droit comparé des collectivités infra-étatiques

Que la littérature juridique contemporaine ait très largement ignoré ces questions repose sur différents facteurs qu'il importe d'identifier afin d'expliquer les raisons de cette lacune et d'éclairer l'intérêt de notre démarche. Après avoir envisagé les incidences de la structure fédérale de l'État allemand sur l'état de la recherche (1), nous aborderons celles relatives à l'ethnocentrisme des traditions doctrinales nationales (2).

1) Les incidences du fédéralisme

Le premier facteur explicatif est paradoxalement lié au fédéralisme allemand. Ses incidences sur l'état de la recherche relative aux rapports entre l'État et les collectivités locales sont multiples. On en distinguera deux. Il conduit tout d'abord à reléguer au second plan des préoccupations de la recherche l'étude comparée de l'autonomie locale en raison de son caractère prétendument apolitique (a). Il rend ensuite plus difficile l'appréhension des rapports juridiques entre l'État et les collectivités locales et concourt dans une certaine mesure à « provincialiser » l'étude du droit allemand des collectivités locales (b).

a) Le confinement des collectivités locales à la sphère apolitique de l'administration médiate d'État en Allemagne

Tout d'abord, l'étude comparée des administrations locales française et allemande souffre de l'attrait indéniable qu'exerce le fédéralisme comme principe politique et forme d'organisation de l'État sur la doctrine française et allemande. D'un point de vue français, le fédéralisme représente une singularité allemande, étrangère voire contraire au système français¹⁴⁰. Il est dès lors compréhensible que ce soit à son sujet qu'ait pu se concentrer la curiosité de la doctrine hexagonale, autant d'un point de vue théorique que pour en connaître

¹⁴⁰ V. sur la doctrine française du fédéralisme : O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *op. cit.*, p. 7-18 ; O. BEAUD, « Aperçus sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au XXe siècle », *op. cit.*, p. 65-70.

les règles de droit positif et mécanismes juridiques. Cette inclination a été notablement renforcée par l'intégration européenne. Les auteurs français qui se sont récemment intéressés au fédéralisme allemand l'ont fait généralement à partir de questionnements relatifs à l'émergence d'une supranationalité européenne. C'est dans cette perspective que certains travaux ont cherché à saisir les répercussions de la construction européenne sur la structure fédérale de l'État allemand¹⁴¹, quand d'autres se sont inspirés de la littérature allemande sur le fédéralisme pour nourrir leurs réflexions sur la forme politico-juridique de l'Union européenne¹⁴² ou sur l'articulation des rapports entre le niveau national et le niveau supranational¹⁴³.

Ce resserrement de l'intérêt de la doctrine française sur le fédéralisme résulte en somme du fait que les centres d'intérêts de la recherche se déterminent souvent en fonction du contexte et de l'importance politiques accordés aux objets de recherche – et non en fonction de leur seule valeur heuristique¹⁴⁴. Or, il est indéniable que l'organisation fédérale détermine de façon prédominante les rapports de pouvoir et la répartition des compétences au sein de l'État¹⁴⁵. Cette circonstance explique qu'en Allemagne aussi, l'attention de la doctrine s'est davantage focalisée sur l'étude des relations entre la fédération (*Bund*), c'est-à-dire l'organe central de l'État fédéral (*Bundesstaat*), et les collectivités fédérées (*Länder*), que sur les rapports juridiques entre le *Bund*, les *Länder* et les collectivités locales. Autrement dit, le poids politique semble faire défaut aux collectivités locales et ce défaut leur porte un préjudice scientifique.

Ce cantonnement des collectivités locales dans la sphère apolitique et administrative conduit de plus, en Allemagne, à ne guère les considérer comme objet d'étude du droit constitutionnel¹⁴⁶. Il s'agit là d'une différence majeure avec l'enseignement et la recherche en

¹⁴¹ V. G. MARCOU, « L'évolution récente du fédéralisme allemand sous l'influence de l'intégration européenne et de l'unification », *RDP*, 1995, p. 883-919 ; X. VOLMERANGE, *Le fédéralisme allemand face au droit communautaire*, Paris L'Harmattan, 2000.

¹⁴² V. O. BEAUD, *La Théorie de la fédération*, *op. cit.*, p. 11-34.

¹⁴³ V. sur la théorie de « l'État ouvert » : E. LAGRANGE, « L'efficacité dans l'ordre juridique interne des normes internationales concernant la situation des personnes privées », *op. cit.*, p. 297-307.

¹⁴⁴ V. Dans ce sens O. BEAUD, *La Théorie de la fédération*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁵ V. C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, 2^{ème} éd., p. 373-374.

¹⁴⁶ La lecture des manuels de droit constitutionnel allemand est de ce point de vue frappante. Le droit à l'autonomie locale n'y est quasiment jamais traité ou uniquement en quelques lignes. Son étude relève des manuels de droit administratif spécial (*besonderes Verwaltungsrecht*) ou d'ouvrages spécialisés en droit des collectivités locales (*Kommunalrecht*). V. par exemple C. DEGENHART, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2018, 34^{ème} éd., p. 12 et 138.

droit constitutionnel français¹⁴⁷. Malgré la valeur « d'école de la démocratie »¹⁴⁸ qui leur est généralement reconnue, les collectivités locales n'accèdent pas à la même dignité symbolique et à la qualité politique qui profitent aux seuls États fédérés et les singularisent¹⁴⁹. Dans ce sens, Joseph Isensee indique que les collectivités locales sont des organes qui administrent librement des missions d'intérêt général dont les objectifs ont été préalablement définis. Elles ne gouvernent pas¹⁵⁰. Malgré l'élection de leurs édiles, elles ne bénéficient pas de la même légitimation démocratique que les collectivités fédérées¹⁵¹. Le dualisme de la structure fédérale allemande exclut de reconnaître une qualité politique supérieure aux collectivités locales allemandes. Seuls le *Bund* et les *Länder* en bénéficient, ces derniers veillant jalousement à conserver leur pré carré face aux revendications des collectivités locales.

Cette conception apolitique et administrative des collectivités locales contribue d'ailleurs sans doute à expliquer pourquoi ce sont davantage des revues traitant de l'administration publique qui tendent à publier les études portant sur l'autonomie locale, ce constat valant sans doute encore plus en Allemagne qu'en France¹⁵². Ainsi, dans le cas de l'autonomie des collectivités locales, à la différence des rapports entre le *Bund* et les *Länder* tout comme à la différence des rapports entre le niveau national et le niveau supranational, il n'y aurait pas d'enjeu politique de souveraineté ou de controverse juridique qui justifierait pour la doctrine constitutionnelle allemande de s'en saisir.

b) Les difficultés d'appréhender le droit allemand des collectivités locales

La deuxième raison est connexe à la première et touche à la difficulté de cette prise en compte. Considérer les collectivités locales dans une structure étatique fédérale est rendu extrêmement difficile et laborieux car cela contraint à analyser le système étudié à partir de

¹⁴⁷ V. par exemple L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2018, 21^{ème} éd., p. 467-562 et en particulier p. 523-562.

¹⁴⁸ V. en référence à Tocqueville, W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 467-468.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 374. V. également

¹⁵⁰ V. J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 6, Heidelberg, C.F. Müller, 2008, 3^{ème} éd., § 126, p. 42-45.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 102-109.

¹⁵² On pense ici en particulier aux revues « *Die Verwaltung* » et « *Die öffentliche Verwaltung* » en Allemagne et à la *RFAP* ainsi qu'à la revue « *Pouvoirs locaux* » en France qui publie la majorité des travaux universitaires portant sur l'administration locale allemande. Il n'étonnera d'ailleurs guère que les auteurs s'intéressant à ces thèmes de recherche sont eux aussi généralement davantage spécialiste de droit administratif et de sciences administratives.

plusieurs entrées. Ceci exige tout d'abord de comprendre comment s'organisent dans l'État fédéral entendu ici au sens de l'ordre juridique global (*Gesamtstaat*), les relations entre la fédération, les collectivités fédérées et les collectivités locales décentralisées (*Kommunen*). Outre cette dimension strictement fédérale, il importe ensuite de tenir compte des normes applicables aux collectivités locales contenues dans les ordres juridiques des collectivités fédérées, la compétence en matière de droit des collectivités locales revenant aux *Länder*.

Ceci soulève deux problèmes. Le premier est celui de la complexité et vaut probablement davantage pour le juriste français que pour le juriste allemand. Cette complexité se reflète très pratiquement dans les difficultés de l'accès aux sources bibliographiques, mais surtout, dans les difficultés de compréhension de la diversité du système institutionnel allemand¹⁵³. Si l'administration allemande est caractérisée par « une structure extrêmement différenciée et par l'existence de principes extrêmement divers régissant l'organisation et la répartition des compétences »¹⁵⁴, le pluralisme et la complexité qui en résulte sont des freins réels à un travail d'analyse, *a fortiori* réalisé en langue française¹⁵⁵.

Le second problème est lié au premier mais concerne davantage la littérature allemande. On peut parler d'une sorte de « provincialisation » ou du moins de régionalisation de la recherche relative au droit des collectivités locales (*Kommunalrecht*). En effet, la plupart des publications portant sur ce sujet sont relatives au droit d'un *Land* en particulier et ont une vocation essentiellement didactique. Elles visent avant tout à la préparation des étudiants et des clercs de justice (*Referendare*) au premier et au deuxième examen d'État. Il s'agit d'une

¹⁵³ Dans ce sens également : A. DELCAMP, J. LOUGHLING, « Introduction : La décentralisation dans les États de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 14. Pour un exemple de ces difficultés à saisir de façon exacte l'organisation administrative allemande : G. TIMSIT, *Administration et États : étude comparée, op. cit.*, p. 112. En l'espère, l'auteur assimile à tort les « *Regierungsbezirke* » à des départements et indique que les collectivités allemandes ne sont « que soumises à un contrôle de légalité », ce qui est aussi inexacte.

¹⁵⁴ E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 658.

¹⁵⁵ La preuve en est d'ailleurs fournie par le fait que les deux principales traductions contemporaines d'ouvrages de droit administratif allemand ne contiennent pas les chapitres relatifs au droit communal allemand que pourtant comportent les éditions originales : E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, traduction par Michel Fromont, Bruxelles, Bruylant, 1969, H. MAURER, *Droit administratif allemand*, traduction par Michel Fromont, Paris, LGDJ, 1994. V. également, soulignant d'ailleurs cette complexité : M. FROMONT, A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, t. 2, Paris, LGDJ, 1984, p. 102-110. On pourra renvoyer dans la littérature plus récente aux présentations générales faites dans deux ouvrages : C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997 ; D. CAPITANT, K.-D. SCHNAPPAUFF, *L'administration de la France et de l'Allemagne*, La Documentation française, 2007. Ces publications ayant vocation à présenter le droit public allemand dans son ensemble, elles ne contiennent pas non plus d'exposé spécialement détaillé du droit allemand des collectivités locales.

différence importante avec le système français¹⁵⁶. La compétence en matière de droit des collectivités locales revenant aux *Länder*, peu d'études envisagent le droit allemand des collectivités locales dans son ensemble¹⁵⁷. Autrement dit, il ne s'agit pas d'un domaine de recherche particulièrement porteur. Ceci est du reste flagrant au regard du nombre de publications qui traitent du fédéralisme qui représente, si l'on veut, un élément d'intérêt commun, autant d'un point de vue politique que scientifique.

2) L'ethnocentrisme des traditions doctrinales nationales

Le second facteur qui semble déterminant pour expliquer les raisons de l'état lacunaire de la recherche a trait à l'ethnocentrisme des traditions doctrinales nationales. En dépit de l'eupéanisation et de l'internationalisation du droit¹⁵⁸ et de l'essor des études de droit comparé¹⁵⁹, c'est aujourd'hui encore le cadre national qui détermine de façon prédominante les classifications théoriques et, dans une certaine mesure, aussi les centres d'intérêt de la

¹⁵⁶ Cette absence d'intérêt à envisager le droit des collectivités locale dans son ensemble et, *a fortiori*, de façon comparée est renforcée par le fait que cette matière étant enseignée uniquement en fonction du droit du *Land* de l'Université et non de façon globale, ce a évidemment des répercussions sur la recherche, celle-ci se nourrissant de l'enseignement conformément à l'idéal humboldtien de l'unité de l'enseignement et de la recherche. Dans le cas de Berlin par exemple, qui est une ville-État, ni la faculté de droit de l'Université Humboldt, ni celle de l'Université libre de Berlin n'a aucune Chaire plus spécialement consacrée à l'étude du droit des collectivités locales. Ceci différencie très nettement le système universitaire allemand du système français dans lequel au contraire fleurissent les Masters spécialisés en droit des collectivités locales.

¹⁵⁷ On se reporte ici comme on l'a dit aux ouvrages de droit administratif spécial qui comportent en principe un chapitre consacré au droit fédéral des collectivités locales. Il existe quelques ouvrages de droit allemand des collectivités locales, mais ceux-ci sont rarement réédités chaque année, à la différence des ouvrages de droit administratif ou de droit constitutionnel allemand ou même des ouvrages de droit des collectivités territoriales français. En bref, d'un point de vue éditorial, le droit allemand des collectivités territoriales restent un « marche de niche ». On pourra se reporter aux ouvrages suivants : A. GERN, C. BRÜNING, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2018, 4^{ème} éd. ; M. BURGI, *Kommunalrecht*, Munich, C.H. Beck, 5ème éd., 2015 ; K. LANGE, *Kommunalrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013 ; K. VOGELGESANG, U. LÜBKING, H. JAHN, *Kommunale Selbstverwaltung*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2005. Une exception est le Traité des sciences et de la pratique communale réédité en 2007 et composé de trois tomes et qui a une vocation plus strictement scientifique : T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, 3^{ème} éd.

¹⁵⁸ V. dans le domaine du droit administratif : S. CASSESE, « Der Einfluss des gemeinschaftsrechtlichen Verwaltungsrechts auf die nationalen Verwaltungsrechtssysteme », *Der Staat*, 1994, p. 25-38 ; K.-P. SOMMERMANN, « Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluß – Analyse aus deutscher Sicht », in J. SCHWARZE (dir.), *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, p. 181-199 ; A. VINCZE, « Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts – eine rechtsvergleichende Annäherung », *ZaöRV* n°77, p. 235-267.

¹⁵⁹ Sur cet échange en droit administratif : F. MELLERAY (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; P. GONOD, « Über den Rechtsexport des deutschen Verwaltungsrechts aus französischer Sicht », *Die Verwaltung*, 2015, p. 337-364 ; T. GROß, « Zum Stand der Verwaltungsrechtsvergleichung in Europa : Grundlagen », *Die Verwaltung*, 2012, p. 251-263 ; E. SCHMIDT-ABMANN, « Zum Stand der Verwaltungsrechtsvergleichung in Europa : Wissenschaft », *Die Verwaltung*, 2012, p. 264-277.

recherche¹⁶⁰. Ceci vaut tout particulièrement en droit administratif et dans le cas du rapport à l'État¹⁶¹. En France comme en Allemagne, le répertoire conceptuel de la science juridique s'est principalement forgé entre le XIX^e et la première moitié du XX^e siècle¹⁶². Nous l'avons vu, cette phase de fondation est indéniablement marquée par la circulation des idées¹⁶³. En témoigne le fait que l'émergence de la science juridique de droit public coïncide avec la naissance « du droit comparé moderne » comme discipline scientifique¹⁶⁴. Si cette période est bien marquée par un échange intellectuel intense entre juristes français et allemands, ce qu'il importe ici de souligner c'est que cet échange se caractérise davantage par la volonté de se

¹⁶⁰ Sur cette évolution : D. GRIMM, « Rechtswissenschaft – eine internationale Disziplin ? », in G. SCHÜTTE (dir.), *Wettlauf ums Wissen*, Berlin, Berlin University Press, 2008, p. 135-141.

¹⁶¹ V. M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, p. 1-3 et p. 13-72 ; P. GONOD, « Über den Rechtsexport des deutschen Verwaltungsrechts aus französischer Sicht », p. 337.

¹⁶² A. v. BOGDANDY, « Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum », *JZ*, 2011, p. 2 ; en français, version courte : A. v. BOGDANDY, « Propositions pour la science juridique dans l'espace juridique européen », *AJDA*, 2011, p. 1921. Sur le changement de paradigme dans la science juridique allemande autour de 1850-1880 et la contribution de Gerber et Laband à ce « programme d'un droit public vraiment scientifique », v. O. JOUANJAN, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in O. BEAUD, P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, op. cit. p. 11-63. V. dans le cas français, à l'exemple du droit constitutionnel : O. JOUANJAN, « Die Krise der französischen Verfassungswissenschaft um 1900 », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, n°126, p. 98-126 ; G. SACRISTE, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Science Po, 2011. La période autour de 1860-1900 semble déterminante dans ce travail de fondation de la science du droit public, avec notamment les premiers enseignements de droit constitutionnel et de droit administratif dans les facultés de droit. V. également à ce propos l'article en deux parties d'un jeune docteur en droit et agrégé d'histoire devenu Professeur de droit et enseignant au Collège de France, George Blondel : G. BLONDEL, « De l'enseignement du droit dans les universités allemandes », *Revue internationale de l'enseignement*, n°9, 1885, p. 432-451 et p. 521-544. On retrouve déjà une trace de cet intérêt avant la défaite de 1871 dans un article du juriste allemand Leopold August Warnkönig : L. A. WARNKÖNIG, « De l'enseignement du droit dans les Universités d'Allemagne », *Revue encyclopédique ou analyse raisonnée des productions les plus remarquables dans la littérature, les sciences et les arts*, n°39, 1828, p. 281-310. Voir de façon plus générale sur cette fonction politique de l'Université, W. RÜEGG, « Die Universität in der « Moderne » des 19. und 20. Jahrhunderts », in W. MANTL (dir.), *Phänomenologie des europäischen Wissenschaftssystems*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 121-144. Pour une approche franco-allemande : U. STROEDER, « Influences et regards croisés franco-allemands sur l'enseignement », in P. BÉHAR, M. GRUNEWALD (dir.), *Frontières, transferts, échanges transfrontaliers et interculturels*, Bern, Peter Lang, 2005, p. 543-554.

¹⁶³ V. dans le domaine du droit administratif : S. CASSESE, *La construction du droit administratif : France et Royaume*, Montchrestien, 2000. Pour un exemple : F. LINDITCH, « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », in O. BEAUD, P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, op. cit., p. 189-216. En Allemagne, on pense bien sûr à la réception par Otto Mayer des classifications du droit administratif français.

¹⁶⁴ Sur cet avènement du droit comparé et la place en particulier du Premier Congrès international de droit comparé à Paris à l'été 1900 : T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé*, Paris, PUF, 2017, 2^{ème} éd., p. 16-23 ; C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 2018, p. 2-3.

différencier de l'autre système. La priorité politique du moment est celle de mettre l'accent sur la singularité du système national, voire d'en démontrer la supériorité et le génie¹⁶⁵.

Outre ce constat général désormais partagé du repli national des concepts habituellement employés par la doctrine¹⁶⁶, il faut ici surtout mettre l'accent sur ce qui est spécifique dans ce constat à notre objet d'étude et peut ainsi expliquer les lacunes et les « impensés » de la recherche. Ce qu'il nous semble important de rappeler ici, c'est l'antagonisme séculaire qui opposa la doctrine française et la doctrine allemande sur la représentation de l'État, et surtout les effets de cet antagonisme sur le répertoire conceptuel de la doctrine contemporaine. Deux aspects nous paraissent devoir être évoqués. Il suffira de les exposer brièvement car ils seront plus amplement explicités au cours de notre démonstration.

Le premier aspect a trait à la représentation qu'ont respectivement les auteurs français et allemands d'une part du fédéralisme, d'autre part de l'indivisibilité de l'État français et de son centralisme. En effet, il n'est sans doute pas exagéré de dire que le fédéralisme a servi en France de « repoussoir idéologique »¹⁶⁷. À l'inverse, la centralisation a pu être perçue comme l'expression du génie français, garante de l'égalité et vecteur de modernité, rempart à l'émiettement qui était alors celui de l'Empire allemand (« *Kleinstaaterie* » ou « *Flickenteppisch* »). Face à cette « mystique de l'unité »¹⁶⁸, en Allemagne, au contraire, le fédéralisme est compris comme l'expression d'une singularité allemande, un « *Sonderweg* » ancré historiquement¹⁶⁹. Tout centralisme est lui en revanche rejeté¹⁷⁰. Les propos du père de la théorie allemande des corporations (*Genossenschaftstheorie*), Otto von Guericke, résument

¹⁶⁵ V. E. V. HEYEN, in O. BEAUD, E. V. HEYEN (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ?*, op. cit., p. 279-284 ; A. v. BOGDANDY, « Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum », op. cit., p. 2. Sur l'enrôlement des professeurs de droit public pour la cause républicaine : G. SACRISTE, *La République des constitutionnalistes*, op. cit., p. 165-248, en particulier p. 226-227.

¹⁶⁶ Pour la période du XIX jusqu'à aujourd'hui en Allemagne, voir le panorama fait par C. SCHÖNBERGER, « Verfassungsvergleichung heute ; Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild », *VRÜ*, 2010, p. 6-18.

¹⁶⁷ O. BEAUD, *Théorie de la fédération*, op. cit., p. 27 ; O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », op. cit., p. 7-82.

¹⁶⁸ « Selon la grande majorité de la doctrine, la centralisation fait partie intégrante du patrimoine psychologique français » : D. GUIGNARD, *La notion d'uniformité en droit public français*, Paris, Dalloz, 2004, p. 237. V. également O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », op. cit., p. 49.

¹⁶⁹ V. R. KOSELLECK, « Structures fédérales de l'histoire allemande », in R. KOSELLECK, *L'expérience de l'histoire*, Paris, Seuil/Gallimard, 1997, p. 162-163 ; R. KOSELLECK, « Les ressorts du passé », *Espaces Temps*, n°74-75, 2000, p. 153-159.

¹⁷⁰ V. sur cette dialectique : J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », op. cit., p. 4-7.

très bien dans les premières lignes de son célèbre opus cette façon dont la pensée allemande s'est aussi fondée dans la rivalité avec la pensée française. À propos du rapport entre unité et liberté dans la formation de l'État, Gierke écrit¹⁷¹ : « De tous les peuples dont l'Histoire fait mention, aucun n'a saisi cette opposition aussi profondément et aussi puissamment, aucun n'est plus adapté dans sa nature intrinsèque à la réalisation de ces deux idées et donc à son ultime conciliation que le peuple allemand. Il semble presque que seul ce peuple est voué à fonder des États qui soient simultanément unis et libres, comme si les peuples de culture et langue romane n'avaient part à cela que dans la mesure où ils ont hérité, avec la fraction de sang germain qui coule en eux, également une fraction de cette singularité germanique, à moins qu'ils n'aient sinon emprunté ces institutions créées par l'esprit germain. Si aucun peuple n'équivaut aux Germains en matière d'universalité ni de capacité à s'organiser en État, si le peuple Germain surpasse la plupart d'entre eux dans leur amour de la liberté, c'est que les Germains ont plus que tous les autres peuples le génie singulier d'accorder à l'amour de la liberté un certain contenu, et à l'idée d'unité une base solide : le génie de former des corporations »¹⁷². S'appuyant ici sur une conception – biaisée – des idées de Jean-Jacques Rousseau, Gierke s'attaque ici en particulier la conception française et révolutionnaire de l'unité et de l'égalité dont la centralisation serait l'expression étatique¹⁷³.

¹⁷¹ Sur la France et la réception ou le rejet des idées allemandes par des auteurs français à l'exemple de DesLandres, Duguit, Hauriou, Eismein et Carré de Malberg : O. JOUANJAN, « Die Krise der französischen Verfassungsrechtswissenschaft um 1900 », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, n°126, p. 98–108-126. De façon plus globale : C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)*, Paris, PUF, 1959.

¹⁷² O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. 1, Berlin, Weidmann, 1868, p. 3. On retrouve bien sûr à la même époque dans d'autres disciplines cette idée de rivalité franco-allemande (*Erbfeindschaft*), par exemple chez l'historien également berlinois Henrich von Treitschke.

¹⁷³ Sur la théorie de Gierke, v. W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 163-168. Pour une critique de cette conception, v. la thèse d'habilitation d'Hedwig Hintze : H. HINTZE, *Staatseinheit und Föderalismus im alten Frankreich und in der Revolution*, *op. cit.*, p. 71-82. Publiée en 1928, la thèse d'Hedwig Hintze est la première thèse d'habilitation déposée en Allemagne par une historienne. D'origine juive, Hedwig Hintze a fui l'Allemagne au cours des années 30 pour se réfugier à Paris puis aux Pays-Bas. Mariée à l'historien Otto Hintze qui avait dû en raison de son âge avancé rester à Berlin, sa thèse fut sa seule véritable publication scientifique. N'étant pas parvenu à la différence d'Hannah Arendt à se rendre à New York où elle avait également obtenu un poste, elle se suicida tragiquement en 1942. Sa thèse fut rééditée au moment du bicentenaire de la Révolution française. Depuis, un prix de thèse de l'association allemande des Historiens porte son nom. Sur son parcours et surtout l'originalité tout comme la qualité de sa thèse, v. la préface de R. REICHARDT, « Vorwort zur Neuausgabe », *in Ibid.*, p. V-XV. Sur Gierke dans la doctrine francophone récente : S. BAUME, « Les doctrines organicistes et la figuration des entités collectives : les motifs d'un engouement et d'une éclipse », *Raisons politiques*, 2017, p. 101-119.

À partir de cet antagonisme s'est formée une « dépendance au sentier emprunté »¹⁷⁴ qui marque aujourd'hui encore les représentations doctrinales nationales et explique certainement que certains auteurs, s'appuyant notamment sur la théorie des corporations de Gierke, invoquent aujourd'hui encore la survivance d'une singularité allemande. Cela se vérifie tant au regard du droit à l'auto-administration¹⁷⁵ (*Selbstverwaltungsrecht*) que du fédéralisme allemand, au sujet desquels il paraît dès lors justifié de considérer qu'ils sont d'essence différente que la décentralisation¹⁷⁶. Maintenir l'idée d'une telle singularité ontologique d'un modèle national en raison de son histoire rend dès le départ illusoire la possibilité d'établir une convergence des modèles d'administration locale décentralisée¹⁷⁷. Par ailleurs, on peut formuler l'hypothèse que cette tradition explique également pourquoi l'intérêt de la doctrine allemande pour le droit français des collectivités locales est plus restreint encore que celui de la doctrine française pour le droit allemand des collectivités locales. Si dans ce dernier cas, comme on l'a vu, la complexité du système allemand pouvait être un obstacle, dans l'autre sens, c'est davantage le prétendu centralisme napoléonien du système français – et donc son autoritarisme – qui disqualifierait une telle recherche ou la rendrait tout du moins peu prometteuse¹⁷⁸.

¹⁷⁴ V. notamment en droit : U. VOLKMANN, « Pfadabhängigkeit im Recht », in H. AUST et al. (dir.), *Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 27-46 ; R. WAHL, « Die Reformfrage », in P. BADURA, H. DREIER, (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 491. V. sur ce concept également *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

¹⁷⁵ Par exemple : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 345, p. 465-470, *passim*.

¹⁷⁶ Sur le rapport entre centralisme (français) et fédéralisme (allemand), v. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 4-7. Sur le rejet de l'État unitaire décentralisé et le choix fait en faveur du fédéralisme : O. VOLKER, *Das Staatsverständnis des Parlamentarischen Rates*, Kommission für Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien, Düsseldorf, Rheinisch-Bergische Dr.- und Verlagsgesellschaft, 1971, p. 102-103 ; H.-P. SCHNEIDER, *Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung*, t. 10, Francfort sur le Main, Klostermann, 1996, p. 18.

¹⁷⁷ V. N. DORSEN, M. ROSENFELD, S. BAER, A. SAJO, S. MANCINI, *Comparative Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 427-562 ; M. RUFFERT, « Unions- und gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 1079-1080.

¹⁷⁸ Il est à notre avis significatif de cette répulsion pour l'État unitaire qu'un auteur allemand spécialiste des collectivités locales évoque, à titre d'exemple d'État unitaire, en plus de la France, deux anciennes dictatures : la République démocratique allemande et le III^e Reich : H.-G. HENNEKE, *Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung*, Heidelberg, CF Müller, 2000, p. 11. V. également G. KIRCH, « Von einigen Merkwürdigkeiten des französischen Staates », in C. GREWE, C. GUSY (dir.), *Französisches Staatsdenken*, Baden-Baden, Nomos, 2002. Quoi qu'il en soit, nous n'avons trouvé que peu de publications dans les revues juridiques allemandes sur la décentralisation en France : v. M. FROMONT, « Les progrès de la décentralisation en France », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2006, p. 307-339 ; B. SCHÖNDORF-HAUBOLD, « Dezentralisierung und die verfassungsrechtliche Garantie territorialer Selbstverwaltung in Frankreich », *op. cit.*, p. 513-543. V. également K.-P. SOMMERMANN, « Kommunen und Föderalismusreform », *op. cit.*, p. 73-75 ainsi que les annuaires du « Jahrbuch des Föderalismus ».

Quoi qu'il en soit, force est de constater que la cristallisation en doctrine autour de cet antagonisme – fédéralisme allemand, centralisme français – a contribué à empêcher la réception d'autres courants doctrinaux. Il en va ainsi, d'un point de vue français, de la méconnaissance dans la doctrine hexagonale du courant « unitaro-étatiste » allemand¹⁷⁹, qui s'oppose justement à la théorie pluraliste de Gierke. Cette méconnaissance est d'autant plus paradoxale que, comme le note Christoph Möllers, la thématique de l'unité et, à cet égard, la philosophie de Hegel ont pourtant constitué un élément central des débats doctrinaux allemands du XIX^e siècle jusque sous la République de Weimar¹⁸⁰. S'inscrivant dans une école de pensée inspirée des idées hégéliennes¹⁸¹, on compte dans ce courant doctrinal des représentants éminents de la doctrine constitutionnelle ou administrative allemande, au premier rang desquels Carl Schmitt, mais aussi son disciple Ernst Forsthoff¹⁸². Or, il semble que le caractère étatiste de cette tradition constitutionnelle qui met en avant l'unité de l'État a été longtemps occulté en France¹⁸³, alors que son discours relatif aux formes d'État et aux rapports entre l'État et les collectivités locales a significativement influencé la doctrine allemande contemporaine. Inversement, il semble qu'en Allemagne, la représentation selon laquelle la pensée de l'État est dominante en France conduit à méconnaître d'autres théories relatives aux pouvoirs intermédiaires¹⁸⁴.

Un exemple remarquable de cette méconnaissance, en Allemagne de la doctrine française pluraliste et en France de la doctrine allemande étatiste, est celle de la place des collectivités locales dans le rapport État et société. En Allemagne, celles-ci sont considérées comme des fragments d'État (« *ein Stück Staat* »), des démembrements de la puissance publique intégrés

¹⁷⁹ Wolfgang Kahl parle à ce propos de courant « formel-étatiste » ce qui semble inadapté car les positions de ces auteurs sont davantage matérielles et politiques, contrairement justement à celles juridiques et formelles défendues par le courant positiviste. Sa présentation cependant est tout à fait éclairante. W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 284-286.

¹⁸⁰ C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, op. cit., p. 228-230. Voir également M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts (1800-1914)*, t. 2, Munich, C.H. Beck, 1992, p. 133-138. Sur la théorie de l'État de Hegel et des auteurs qui lui sont parentés, Lorenz von Stein et Rudolf von Gneist, v. également : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 135-145

¹⁸¹ V. J.-F. KERVÉGAN, *Hegel, Carl Schmitt le Politique entre spéculation et positivité*, PUF, Paris, 1992.

¹⁸² Pour la période contemporaine, après 1945 : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 285-295.

¹⁸³ Dans ce sens : O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », in C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, p. 75-86. Olivier Beaud y voit cependant la marque de la domination du positivisme dans la réception de la doctrine allemande.

¹⁸⁴ V. les propos d'Armin von Bogdandy selon lesquels toute recherche sur l'État impose de s'intéresser et de partir de la doctrine française : A. v. BOGDANDY, « Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum – Perspektiven einer Disziplin », in A. v. BOGDANDY, S. CASSESE, P. M. HUBER (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. 4, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, § 57, p. 3-7.

au sein de l'administration médiate des États fédérés (*mittelbare Staatsverwaltung*). Conformément à cette conception, elles ne sont pas titulaires de droits fondamentaux. Leur autonomie locale est protégée en tant que « garantie institutionnelle », conformément à la distinction établie par Schmitt notamment dans sa *Théorie de la constitution*. À l'inverse, en France, on peut dire que les collectivités locales sont, dans une certaine mesure, considérées comme « autrui par rapport à l'État » et en tous cas rattachées à la sphère de la société. À ce titre, leur droit constitutionnel à l'autonomie locale vaut comme « droit fondamental ». Ce sera justement l'un des objectifs de notre recherche de questionner cette distinction et son fondement¹⁸⁵.

§ 2 L'objectif : la description des rapports juridiques entre l'État et les collectivités locales en droit comparé

L'objectif général du présent travail est d'appréhender de façon systématique et comparative les rapports juridiques entre l'État et les collectivités locales en France et en Allemagne. Il s'agit toutefois d'un objet de recherche très large qu'il importe de délimiter¹⁸⁶. Tout d'abord, si les instruments juridiques européens de protection de l'autonomie locale seront envisagés, ils ne le seront qu'au travers des lunettes du cadre national. Une prise en compte exhaustive des rapports entre l'échelon infra-étatique et l'échelon local aurait dépassé les possibilités de ce travail¹⁸⁷. Surtout, ces rapports ne déterminent pas de façon décisive la situation juridique des collectivités locales.

Par ailleurs, notre ambition n'est pas de démontrer les avantages politiques, économiques ou institutionnels de la centralisation ou de la décentralisation, ni de déterminer comment la réforme de l'État et de l'administration locale est effectivement ou devrait être réalisée dans ces deux pays. De même, le présent travail ne porte pas sur l'analyse comparée des compétences matérielles des collectivités locales françaises et allemandes, ni sur les modalités concrètes de leur autonomie financière. Ces questions ne sont certes nullement secondaires. Deux raisons nous ont pourtant semblé justifier ces délimitations. En premier

¹⁸⁵ V. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁸⁶ La qualité d'une thèse se traduit sans doute dans l'art de bien savoir délimiter son sujet. Sur les critères d'évaluation d'une thèse : M. GAUTIER, L. RICHER, K.-P. SOMMERMANN, P. WACHSMANN, « Table ronde sur les enjeux scientifiques et méthodologiques de la thèse en droit administratif », *RFDA*, 2016, p. 1099-1105.

¹⁸⁷ V. pour plus de références : P.Y. MONJAL, *Droit européen des collectivités locales*, Paris, LGDJ, 2010 ; M. BURGI, *Kommunlarcht*, *op. cit.*, p. 30-38.

lieu, ces différentes questions sont déjà traitées dans les ouvrages récents de politique comparée et de sciences administratives. On pourra donc se reporter utilement aux travaux précédemment cités qui apporteront un éclairage complémentaire à nos analyses. Nous y ferons nous-même par ailleurs ponctuellement référence afin de mettre en perspective et de contextualiser nos résultats. En second lieu, il nous a paru préférable de nous concentrer sur des aspects structurels plus déterminants pour appréhender notre objet de recherche d'un point de vue juridique, et cependant relativement moins bien perçus. Voilà pourquoi la description des garanties constitutionnelles du droit à l'autonomie locale ainsi que la présentation du fondement et des modalités d'exercice du contrôle administratif des actes des collectivités locales seront au centre de notre étude.

Enfin, il ne s'agira pas non plus de comparer *directement* la situation juridique des États fédérés avec celle des collectivités locales françaises. Une telle comparaison en particulier entre régions françaises et *Länder* allemands n'est pas impossible et peut s'avérer intéressante, en dépit de son caractère fortement asymétrique¹⁸⁸. L'objet de notre recherche est néanmoins différent. Il vise à comparer l'autonomie des collectivités locales françaises et allemandes. En d'autres termes, cela revient à s'interroger sur la situation juridique des collectivités locales respectivement dans un État unitaire et dans un État fédéral, en cherchant à identifier les points communs et les idiosyncrasies, mais aussi les effets de structure. Or, cet angle de vue s'avère doublement prometteur. Il nous permet d'une part de rechercher les incidences possibles de la structure fédérale sur la situation des collectivités locales en Allemagne. En cela, il exige *indirectement* de traiter du fédéralisme allemand et de son évolution récente. D'autre part, cette approche présente l'intérêt de questionner *en creux* les différences juridiques entre collectivités fédérées et collectivités locales. Autrement dit, son originalité est de saisir le fédéralisme *par le prisme* de l'autonomie locale. En cela, nous espérons renouveler le questionnement classique dans la doctrine de droit public française et allemande visant à savoir s'il existe une différence de nature ou de degré entre l'État unitaire décentralisé et l'État fédéral.

À cette fin, il importe de faire reposer notre entreprise sur une épistémologie solide. Après avoir présenté la méthode ainsi que les éléments de théorie qui nous permettront d'atteindre

¹⁸⁸ Nous faisons ici référence non pas tant aux différences entre les compétences matérielles de ces deux structures, mais avant tout au fait que les *Länder* disposent notamment d'une autonomie normative nettement plus étendue que celle des régions françaises. Pour un exemple récent de comparaison : K.-P. SOMMERMANN, « Quelle comparaison des régions françaises avec les *Länder* allemands ? », *op. cit.*, p. 149-163.

cet objectif (A), seront définis les principaux instruments conceptuels utilisés (B). Il sera alors possible d'exposer l'organisation de l'étude (C).

A. Considérations épistémologiques : méthode comparative et théorie du droit

Il ne devrait y avoir en principe de nécessité à justifier le recours au droit comparé si cette discipline était à l'origine d'une révolution copernicienne dans les sciences juridiques¹⁸⁹. Surtout, il ne devrait y avoir de nécessité à expliciter les raisons de son utilisation car la science juridique est universelle, au sens où « elle est toujours l'étude de tous les droits et c'est sa limitation au seul cadre national qui est antiscientifique »¹⁹⁰. Pourtant, il est de tradition dans les ouvrages de droit comparé de débiter par une « justification de l'intérêt de la matière »¹⁹¹. Nous n'échapperons pas à cette règle et présenterons tout d'abord les enjeux

¹⁸⁹ R. WAHL, « Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949 », in R. WAHL, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Francfort sur le Main, Suhrkamp. 2003, p. 423. Sur la question de la méthode et des cycles de recherche : C. MÖLLERS, « Methoden », in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN, A. VOßKUHLE (dir.), *Grundlagen der Verwaltungsrechtswissenschaft*, t. 1, Munich, C.H Beck, 2012, § 3, p. 123-177 ; C. MÖLLERS, « Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts », in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS (dir.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 151-174 ; C. MÖLLERS, « Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit ? », *Verwaltungsarchiv* 1999, p. 187-207.

¹⁹⁰ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *op. cit.*, p. 282. Dans le même sens : C. EISENMANN, *Les sciences sociales dans l'enseignement supérieur, Droit*, Paris, Unesco, 1954, p. 46.

¹⁹¹ C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé, op. cit.*, p. 3. Les ouvrages et articles traitant des raisons justifiant le recours au droit comparé et de sa méthode sont innombrables. La liste ici n'est donc pas exhaustive, nous avons procédé à une sélection de textes qui, à un moment donné ou à un autre, nous a été utile dans notre réflexion et qui s'ajoutent à ceux cités plus loin : M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010 ; U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, Munich, C.H Beck, 2015 ; C. SCHÖNBERGER, « Verfassungsvergleichung heute ; Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild », *VRÜ*, 2010, p. 6-27 ; F. MAYER, « Die Bedeutung von Rechts- und Verfassungsvergleichung im europäischen Verfassungsverbund », in C. CALLIESS, (dir.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, 2007, p. 167-185 ; M. WENDEL, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, op. cit.*, p. 45-69 ; P. HÄBERLE, « Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als « fünfter » Auslegungsmethode », *JZ*, 1989, p. 913-919 ; P. HÄBERLE, « Föderalismus-Modelle im kulturellen Verfassungsvergleich », *ZÖR*, 2007, p. 39-59 ; A. GAMPER, « Verfassungsvergleichung und « gemeineuropäischer » Verfassungsstaat », *ZÖR* 2008, p. 359-383 ; C. STARCK, « Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht », *JZ*, 1997, p. 1021 – 1030 ; A. v. BOGDANDY, « Comparative Constitutional Law as a Social Science ? A Hegelian Reaction to Ran Hirschl's Comparative Matters », *Verfassung und Recht in Übersee*, 2016, p. 278-290 ; en version allemande : A. v. BOGDANDY, « Zur sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsvergleichung », *Der Staat*, 2016, p. 103-115 ; A. TSCHENTSCHER, « Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht », *JZ*, 2007, p. 807-816 ; S. BAER, « Zum Potenzial der Rechtsvergleichung für den Konstitutionalismus », *JöR*, 2015, p. 389-400. Sur l'état des études de droit comparé en général : R. MICHAELS, « Im Westen nichts Neues ? 100 Jahre Pariser Kongreß für Rechtsvergleichung — Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2002, p. 97-115 ; E. PICARD, « L'état du droit comparé en France en 1999 », *RIDC*, 1999, p. 885 – 915 ; A. v. BOGDANDY, « Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft. Betrachtungen zu einem identitätswandelnden Prozess », in E. HILGENDORF, H. SCHULZE-FIELITZ, *Selbstreflexion der*

que posent le recours au droit comparé au vu de notre objet de recherche (1) avant de préciser en quoi une approche normativiste du droit permet précisément d'y répondre (2).

1) Le droit comparé face au problème de la surdétermination du référentiel national dans les classifications doctrinales

« La vivacité apparente des débats internationaux ne saurait faire illusion. Il est des configurations scientifiques où l'on a beau s'affairer à traduire des textes issus de contextes nationaux dissemblables, où l'on a beau les commenter, gloser, contextualiser – avec une fréquence et une assiduité qui ne laissent de surprendre d'ouvrage en ouvrage, d'une livraison de revue à l'autre –, et pourtant rien de la substance théorique qui a présidé à leur naissance ne passe d'un cadre conceptuel à l'autre. Cette disproportion manifeste entre volonté de réception et degré d'assimilation véritable de schémas de pensée importés mérite de retenir l'attention, en allant au-delà du simple constat de fait. À y regarder de près, on s'aperçoit qu'il s'agit de bien davantage que d'un simple phénomène de blocage ; ces lectures procèdent en effet de présupposés (hypothèses, anticipations, projections, etc.) sur la position de l'autre qui se trouvent incorporés, jusqu'à en devenir constitutifs, dans la construction de sa propre position. À tel point qu'on est alors en présence d'une élaboration théorique croisée dont ni les composantes ni les interactions effectives ne sauraient être comprises et interprétées sans tenir compte de cette référence à l'autre. »¹⁹².

Cette citation inhabituellement longue nous semble résumer à la fois l'enjeu et la complexité de notre entreprise ainsi que la nécessité de disposer d'une épistémologie solide. Elle est corroborée par celle d'un autre historien, allemand cette fois-ci, à propos de la comparaison en droit : « L'image que l'on se fait du droit étranger n'est en aucune manière indépendante de la représentation que l'on a de son propre droit. Le regard vers l'extérieur est lié au regard vers l'intérieur. La perception de l'autre renvoie à la perception de soi »¹⁹³. Ce à

Rechtswissenschaft, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 133-150. ; A. v. BOGDANDY, « Comparative Constitutional Law : A Contested Domain : Comparative Constitutional Law : A Continental Perspective », in M. ROSENFELD, A. SAJOI, (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 25-37.

¹⁹² A. ESCUDIER, « Épistémologies croisées. L'impossible lecture des théoriciens allemands de l'histoire en France autour de 1900 », in M. WERNER, B. ZIMMERMANN (dir.), *De la comparaison à l'histoire croisée*, p. 139-140.

¹⁹³ E. V. HEYEN, in O. BEAUD, E. V. HEYEN (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ?*, op. cit., p. 280 : « Das Bild, das man sich vom ausländischen Recht macht, ist also keineswegs unabhängig von dem Bild, das man vom eigenen entwirft. Der Blick nach Außen ist dem Blick nach innen geschuldet ; Fremdwahrnehmung verweist auf Selbstwahrnehmung ».

quoi on souhaiterait ajouter : la perception de soi renvoie également à la perception de l'autre. En effet, le recours au droit comparé s'avère à plusieurs égards hautement profitable. Précisions que nous entendons par droit comparé « la discipline qui permet de décrire les structures de n'importe quel système juridique à l'aide de concept généraux présentant la finesse nécessaire et suffisante »¹⁹⁴.

En ce sens, le droit comparé oblige premièrement à la réflexivité autant sur les représentations des droits « étrangers » que de son propre « droit »¹⁹⁵. Il est un moyen de mieux en percevoir les contingences et les idiosyncrasies grâce à sa mise en perspective avec les autres systèmes juridiques. C'est en cela qu'il peut à juste titre être vu comme « l'instrument le plus puissant pour décrire le droit national »¹⁹⁶. Le droit comparé oblige deuxièmement à réaliser un effort d'équidistance, formalisé par la définition d'un *tertium comparationis*¹⁹⁷. Cette démarche souligne l'importance d'adopter un point de vue axiologiquement aussi neutre que possible¹⁹⁸. Cette exigence – inatteignable dans l'absolu mais néanmoins impérieuse – de neutralité est rendue nécessaire par le besoin de se décentrer, de se déraciner de son propre référentiel doctrinal pour éviter de tomber dans le « piège du comparatisme »¹⁹⁹ : celui de projeter sur les autres systèmes les schémas d'analyse de son système d'origine. En d'autres termes, la comparaison juridique s'avère pour la science juridique une technique très efficace d'objectivisation et surtout d'actualisation. Elle permet de sortir des représentations fondées sur des présupposés idéologiques, conscients ou inconscients, parfois sublimés par des considérations historiques souvent perçues comme

¹⁹⁴ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, 2001, p. 286.

¹⁹⁵ Par cette distinction, on se place du point de vue de l'auteur de la recherche, le système « national » ou « propre » étant celui dans lequel il a eu à titre principal sa socialisation, dont il parle le mieux la langue et dispose des référents culturels les plus déterminants pour sa compréhension du système juridique. Il s'agit en l'espèce du système français. Par opposition, les autres systèmes et en l'occurrence le système allemand est « étranger ». Sur le nominalisme de cette distinction : *Ibid.*, p. 282

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 287.

¹⁹⁷ K.-P. SOMMERMANN, « Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa », *DÖV*, 1999, p. 1017-1029.

¹⁹⁸ Sur cette idée de neutralité scientifique : M. WEBER, « Wissenschaft als Beruf » (1919), in M. WEBER, *Gesammelte Schriften zur Wissenschaftslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1982, 5^{ème} éd., p. 603. Plaidant également dans le sens d'une équidistance, vis-à-vis ici du droit européen : A. VOßKUHLE, « Europa als Gegenstand wissenschaftlicher Reflexion – eine thematische Annäherung in Thesen », in C. FRANZIUS, F.C. MAYER, J. NEYER (dir.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2010, p. 37-45.

¹⁹⁹ Sur le piège selon Olivier Beaud de recourir au concept de décentralisation pour analyser le fédéralisme : O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *op. cit.*, p. 7-16.

linéaires, et opposant, dans notre cas inéluctablement, les structures territoriales françaises et allemandes.

On l'aura compris, la conception qui est retenue ici du droit comparé ne repose ni sur une approche fonctionnelle classique visant à identifier des institutions répondant à des besoins juridiques communs²⁰⁰, ni sur une approche postmoderne de type culturaliste et différentialiste inspirée des *critical legal studies*²⁰¹. Le recours au droit comparé n'est pas davantage justifié par le but de contribuer à la concurrence des systèmes juridiques en déterminant celui qui produirait les meilleurs résultats sociaux et économiques²⁰², pas plus que par la volonté de participer à une entreprise d'unification du droit ou d'identification des principes généraux européens (*gemeineuropäisches Recht*)²⁰³. Notre étude n'a enfin pas pour ambition d'inciter à l'import ou à l'export de solutions ou de modèles juridiques²⁰⁴.

La comparaison des droits telle que nous l'envisageons est un instrument de connaissance, prometteur au regard de l'objet de notre recherche²⁰⁵. D'un point de vue synchronique, le

²⁰⁰ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in der Rechtsvergleichung*, Tubingen, Mohr Siebeck, 1996, 3^e éd.

²⁰¹ P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *RIDC*, 1999, p. 1053-1071 ; G. FRANKENBERG, « Comparing Constitutions : Ideas, Ideals and Ideology – Toward a Layered Narrative », *International Journal of Constitutional Law*, 2006, p. 439-459 ; S. BAER, « Verfassungsvergleichung und reflexive Methode : Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz », *ZaöRV*, 2004, p. 735-758 ; H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, p. 503-527. Sur ce courant de pensée : T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 26-30 ; C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 13-14.

²⁰² V. R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANE, A. SHLEIFER, R. W. VISHNY, « Legal Determinants of External Finance », *Journal of Finance*, 1997, p. 1131-1150. Cet article, ayant inspiré la théorie des « origines juridiques de l'État » (*legal origins*) qui cherche à faire le lien entre croissance économique, héritage colonial et système juridique compte parmi les plus cités depuis vingt ans en sciences sociales (plus de 14.000 citations référencées). Elle est pourtant en droit public rarement considérée. Voir sur les conséquences d'une telle approche à l'exemple des rapports « Doing Business » : C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 107-109.

²⁰³ V. P. HÄBERLE, « Gemeineuropäisches Verfassungsrecht », *EuGRZ*, 1991, p. 261-274 ; P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 1997. Pour un exemple : M. KOTZUR, « Föderalisierung, Regionalisierung und Kommunalisierung als Strukturprinzipien des europäischen Verfassungsraumes », *JöR* 2002, n° 50, p. 257-280.

²⁰⁴ V. sur la théorie des « transplants » et « transferts » juridiques : A. WATSON, *Legal transplants : an approach to comparative law*, Édinbourg, Scottish Academic Press, 1974. Voir à ce propos : également : H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, p. 505 ; C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 241-246. Pour un exemple dans notre domaine de recherche : M. DOUENCE, « L'argument de droit comparé – Les travaux préparatoires de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 sur l'organisation décentralisée de la République », in F. MELLERAY (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, Bruxelles, p. 152-168. Voir pour une réflexion critique sur l'exportation du concept d'État de droit et du principe de proportionnalité : D. GRIMM, « Stufen der Rechtsstaatlichkeit. Zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft », *JZ*, 2009, p. 596-600.

²⁰⁵ Sur le pluralisme des méthodes et la nécessité de faire un choix en adéquation avec l'objet de recherche : K.-P. SOMMERMANN : « Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung », in D. MERTEN, H.-J. PAPIER (dir.), *Handbuch der Grundrechte*, t. 1, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, p. 631- 678.

droit comparé est un moyen de saisir les singularités des ordres juridiques étudiés, mais aussi leurs points communs et leurs invariances. D'un point de vue diachronique, il offre la possibilité de mesurer la portée de certains rapprochements ou au contraire de certaines divergences²⁰⁶. En l'espèce, il peut servir à mesurer les dynamiques juridiques à l'œuvre suite aux réformes adoptées en France et en Allemagne ces quarante dernières années et traitant du rapport entre les collectivités locales et l'État. Si le droit comparé peut déployer une portée critique en pratique, c'est à titre d'accident. Il peut en effet contribuer à situer un dispositif retenu dans un ordre juridique national vis-à-vis de l'ensemble des autres variantes possibles et donc dévoiler des alternatives. Mais c'est avant tout sa plus-value cognitive pour la doctrine qui est essentielle.

De ce point de vue, le choix de limiter notre étude à la France et l'Allemagne relève autant de considérations pratiques²⁰⁷ que théoriques. Ces derniers sont les plus déterminants au vu de la plus-value cognitive de recourir au droit comparé. Ainsi que le résume Mattias Jestaedt, « le regard vers le passé avec l'histoire du droit ou celui vers le côté avec le droit comparé sont prédestinés à mettre en lumière de façon critique ce qui est autrement occulté »²⁰⁸. Le recours au droit comparé est un moyen de déconstruire des représentations mythiques qui sont (devenues) sans lien avec l'évolution du droit positif et dont le maintien ne résulte en tout état de cause que de la force d'inertie de la production scientifique.

Dans le cas de notre objet de recherche, ceci vaut tout d'abord au regard de l'idée généralement partagée selon laquelle le droit à l'autonomie locale serait davantage protégée en Allemagne qu'en France. Or, MM. Fromont et Jouanjan constataient déjà en 1994 dans une de leur chronique annuelle que si le droit constitutionnel à autonomie locale avait pu figurer parmi les « titres de gloire du droit public allemand »²⁰⁹, l'évolution de la jurisprudence de la cour constitutionnelle fédérale en la matière rendait désormais assez

²⁰⁶ Sur cette dialectique : C. SCHÖNBERGER, « Verfassungsvergleichung heute ; Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild », *op. cit.*, p. 23-25

²⁰⁷ On fait ici référence à la faisabilité de la recherche, tant d'un point de vue linguistique et psychologique qu'en termes de moyens matériels. Sur ces aspects, O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *op. cit.*, p. 282.

²⁰⁸ M. JESTAEDT, « Verfassungstheorie als Disziplin », in O. DEPENHAUER, C. GRABENWARTER (dir.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, § 1, p. 24-25.

²⁰⁹ O. JOUANJAN, M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne – Chroniques de jurisprudence constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle 1994*, 1995, p. 736. Il s'agissait d'une décision relative à l'obligation faite aux collectivités locales allemande de nommer une fonctionnaire chargée de l'égalité homme-femme : décision du 26 octobre 1994 *Gleichstellungsbeauftragte*, BVerfGE 91, 228.

illusoire cette garantie. Il importe dès lors d'évaluer cette affirmation en ayant recours au droit comparé dans un travail plus substantiel que ne le permettent quelques lignes d'une chronique annuelle.

De même, comme nous l'avons vu, l'idée qu'il existerait une différence de nature et non de degré entre État unitaire et fédéral est généralement justifiée par l'antagonisme qui opposerait les structures territoriales françaises et allemandes. Ceci se retrouve dans la conception française selon laquelle le contrôle administratif dit de « tutelle » sur les actes locaux serait inhérent à la décentralisation et à l'État unitaire. Il n'existerait en revanche pas dans l'État fédéral. Or, les collectivités fédérées sont soumises à une surveillance fédérale. Il importera dès lors de porter le regard sur ce qui différencie ces deux mécanismes afin justement de pouvoir apprécier la portée de cette différence et de vérifier la véracité de cette représentation commune en doctrine.

2) La plus-value gnoséologique du normativisme positiviste

En vertu de sa qualité réflexive, le droit comparé entretient des affinités électives avec la théorie du droit²¹⁰. En effet, la comparaison juridique est utile à la théorie du droit car elle permet une réflexion critique sur les concepts servant à la dogmatique, c'est-à-dire à la description ordonnancée des droits positifs²¹¹. Cette parenté a été très bien perçue par Mattias Jestaedt : « Le recours au droit comparé peut donner des outils précieux afin de répondre à la question de savoir ce qui, parmi les constructions théoriques et les concepts doctrinaux, sont des propriétés nécessaires ou au contraire dues au hasard, de différencier ce qui est évident de ce qui est soumis à des prérequis ou contingent. »²¹². En cela, le recours au droit comparé permet le dépassement du problème de la surdétermination du référentiel national dans les représentations et classifications doctrinales nationales. Il apporte une solution au repli national du répertoire conceptuel de la doctrine de droit public²¹³.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 24 et p. 54 ; O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *op. cit.*, p. 227 ; C. SCHÖNBERGER, « Verfassungsvergleichung heute ; Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild », *op. cit.*, p. 27.

²¹¹ Sur cette distinction entre les niveaux de discours : H. SCHULZE-FIELITZ, « Staatsrechtslehre als Wissenschaft : Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung. Eine einleitende Problemskizze », in H. SCHULZE-FIELITZ (dir.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Berlin 2007, p. 34.

²¹² M. JESTAEDT, « Verfassungstheorie als Disziplin », *op. cit.*, p. 25.

²¹³ C. SCHÖNBERGER, « Verfassungsvergleichung heute ; Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild », *op. cit.*, p. 6-27.

C'est précisément ce que permet aussi le recours au normativisme positiviste. Dans une définition qu'en donne Thomas Hochmann, le normativisme « est une entreprise descriptive, se refusant à toute évaluation morale ou politique de l'objet. Cet objet se compose de normes juridiques, étant entendu qu'une norme est « la signification d'un acte par lequel une conduite humaine est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée », et qu'une norme est juridique lorsque cet acte est habilité par une autre norme juridique »²¹⁴. Conformément à cette définition, il s'agira donc pour nous de faire un travail de description comparée des normes constitutionnelles garantissant d'une part l'autonomie des collectivités locales et assurant d'autre part l'intégrité de l'ordre juridique à travers un mécanisme de calcul des défauts, le contrôle administratif sur les actes des collectivités locales. À cette fin, l'établissement de typologies sera rendu nécessaire afin de systématiser et d'ordonner cette description en vue de pouvoir produire des résultats scientifiquement vérifiables.

C'est justement au regard de cette double nécessité d'une part de déconstruire les classifications doctrinales nationales en raison de leur étroitesse et de leur imprécision, et d'autre part d'établir des typologies qui puissent servir à une étude de droit comparé, qu'il s'avère extrêmement précieux de s'appuyer sur les écrits du fondateur de l'École de Vienne de théorie du droit, Hans Kelsen, et de deux de ces disciples : Adolf Merkl et Charles Eisenmann. Tous trois ont en effet en commun d'avoir cherché à produire une science pure du droit, au sens d'une science libre d'éléments extra-juridiques et ainsi libérée du poids des présupposés nationaux et idéologiques. Un tel programme scientifique s'avère par conséquent parfaitement adaptée à l'exigence de neutralité axiologique²¹⁵ que requiert une étude de droit comparé, en tous cas tel qu'ici défini.

En comparaison aux usages dans les sciences sociales, on peut sans doute s'interroger sur la pertinence de recourir à une théorie dont les fondements ont été formulés voilà bientôt près de cent ans, dans un contexte sensiblement différent du nôtre. Autrement dit, ces théories ne peuvent-elles pas être accusées d'obsolescence ? Il nous semble intéressant de s'arrêter sur cette réserve car elle permet de pointer la plus-value contemporaine des travaux des auteurs de l'École de Vienne de théorie du droit et sans doute aussi d'expliquer leur actuel retour en

²¹⁴ T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites à la liberté d'expression*, Paris, Pédone, 2003, p. 44, avec les références afférentes aux ouvrages de Kelsen pour la définition du concept de « norme juridique ».

²¹⁵ V. H. DREIER, « Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm », in H. SCHULZE-FIELITZ (dir.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, op. cit., p. 82-86 ; M. JESTAEDT, « La science comme vision du monde : science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », op. cit., p. 200-202.

grâce²¹⁶. D'une part, il est connu que le contexte dans lequel ont écrit Kelsen et Merkl est celui d'un bouleversement fondamental lié autant aux progrès de la connaissance scientifique, aux effets des changements sociétaux qu'à la recomposition territoriale et politique de l'Europe, matérialisée dans leur cas par la chute de la Monarchie austro-hongroise et de la nécessité de penser un nouvel État multiculturel et multilingue, celui de la jeune République d'Autriche. Autant de changements qui ne sont du reste pas sans concordance avec la période actuelle. Quoiqu'il en soit, face à ces changements d'ampleur, on comprend davantage que le programme scientifique de l'École de Vienne ait été celui de formuler une science pure du droit qui puisse servir à appréhender tout système juridique en dépit de situations nationales et politiques très différentes²¹⁷. Elle n'est donc en rien obsolète. Au contraire, elle présente l'immense avantage d'offrir une boîte à outils conceptuels au service de la recherche comparative. En cela, le normativisme positiviste a le potentiel de satisfaire aux exigences contemporaines en nourrissant un discours doctrinal transnational. Pour ces deux raisons, il présente des avantages indéniables au regard des objectifs du présent travail et permettra de le faire reposer sur de solides constructions théoriques. Ce sera en tous cas notre ambition de le démontrer à l'exemple de l'étude comparée du rapport juridique entre l'État et les collectivités locales.

Car en effet, Kelsen, Eisenmann et Merkl ont en outre en commun d'avoir intensément réfléchi à l'organisation territoriale de l'ordre juridique dans le cadre de leurs travaux relatifs à la théorie juridique de l'État. Ce explique également notre choix de nous appuyer sur leurs écrits. Ce sont en particulier trois ouvrages qui formeront le corpus théorique sur lequel nous

²¹⁶ V. par exemple dans le cas d'Eisenmann : N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Paris, Dalloz, 2009 ; v. également J. CAILLOSSE, « Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation : sur la question du territoire français », Paris, LGDJ, 2009, p. 53-77. V. déjà : C. LEBEN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques de Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002. V. sur Kelsen : O. JOUANJAN, (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010 ; T. HOCHMANN, X. MAGNON, R. PONSARD (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, Mare et Martin, 2018, à paraître. Seule l'œuvre d'Adolf Merkl demeure aujourd'hui encore largement méconnue alors qu'il a contribué de façon déterminante à poser les fondations de la théorie du normativisme positiviste, en particulier par ses travaux sur le « double visage des normes », la construction de l'ordre juridique par degré ou le calcul des défauts. V. en particulier : R. WALTER (dir.), *Adolf J. Merkl – Werk und Wirksamkeit*, Vienne, Manz, 1989 ; T. HOCHMANN, « Protéger les violations de la Constitution : le Fehlerkalkül d'Adolf Merkl », in A. LE PILLOUER (dir.), *La protection de la Constitution, la protection par la Constitution*, LGDJ, 2017, 115-125 ; G. TUSSEAU, « De Bentham à Kelsen en passant par Merkl : Une trame conceptuelle récurrente de la théorie », in P. BRUNET, F.J. ARENA (dir.), *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*, Madrid, Marcial Pons Ediciones, 2011, p. 167-197.

²¹⁷ H. DREIER, « Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm », *op. cit.*, p. 83-86 ; M. JESTAEDT, « La science comme vision du monde : science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », in O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010, p. 171-220.

nous appuierons : la *Théorie générale de l'État*²¹⁸ de Hans Kelsen publiée en 1925, le *Traité de droit administratif* général²¹⁹ d'Adolf Merkl publié en 1927 et l'essai publié en 1948 par Charles Eisenmann intitulé *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*²²⁰. Que cette boîte à outils soit restée longtemps inexploitée peut dès lors surprendre. Ceci vaut en particulier dans le cas de Kelsen dont l'œuvre a été et demeure pourtant âprement discutée²²¹. Les raisons de cette méconnaissance sont multiples et n'exigent pas d'être exposées ici de façon exhaustive²²². En revanche, il est utile de comprendre ce qui, dans le cas spécifique de notre objet de recherche, peut expliquer cette méconnaissance voire ce rejet.

Dans le cas de l'Allemagne, la théorie du droit de Kelsen a jusqu'à une période récente été généralement accusée d'être enfermée dans son formalisme et d'appauvrir la science juridique²²³. Ainsi, elle n'aurait pas réussi à percevoir la spécificité du fédéralisme et la différence de nature qui le distinguerait tant d'une Confédération d'États que d'un État unitaire. L'affirmation de Kelsen selon laquelle il n'existe qu'une différence de degré dans la décentralisation de ces différentes structures semble inacceptable car elle nie le caractère historique des *Länder*, leur souveraineté originaire et ainsi leur qualité d'État (*Staatlichkeit*). Ceci pourrait, à notre avis, expliquer les réticences de la doctrine allemande contemporaine à puiser chez Kelsen les outils intellectuels pour penser la structure territoriale de l'État fédéral²²⁴.

Dans le cas français, ce n'est pas tant de la réticence face à la théorie générale de l'État de Kelsen que des conditions de sa réception dans la doctrine française que semble résulter cette

²¹⁸ H. KELSEN, *Théorie générale de l'État*, Vienne/Berlin, Springer, 1925.

²¹⁹ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienne/Berlin, Springer, 1927

²²⁰ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948.

²²¹ V. S. PAULSON, M. STOLLEIS (dir.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck ; C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, *op. cit.*, p. 36.

²²² V. dans le cas d'Eisenmann : O. PFERSMANN, « Charles Eisenmann », in R. WALTER, C. JABLONER, K. ZELENÍ (dir.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Vienne, Manz, 2008, p. 75-98. Pour Kelsen, v. : C.M. HERRERA, « Du rejet au succès ? Sur la fortune de Hans Kelsen en France », *Austriaca* 2007, n° 63, p. 151-166. Sur la réception d'Adolf Merkl en Allemagne et en France : H. DREIER, « Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik », in R. WALTER (dir.), *Adolf J. Merkl – Werk und Wirksamkeit*, Vienne, Manz, 1990 ; S. PINA, « La réception de la Théorie Juridique d'Adolf Merkl en France », *Austriaca*, 2008, p. 167-186.

²²³ Pour un résumé de ces critiques : H. DREIER, « Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm », *op. cit.*, p. 81-82.

²²⁴ V. pour une critique en partie inspirée des idées de Kelsen relativement à l'unité de l'État et à l'étatité des *Länder* : C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, p. 36-58 et p. 350-375.

relative méconnaissance²²⁵. C'est dans sa « Théorie générale de l'État » parue en 1925 que Kelsen développe avec le plus de précision sa théorie de la centralisation et de la décentralisation²²⁶. Cet écrit n'a fait l'objet que d'un bref aperçu dans la *Revue de droit public* de 1926²²⁷. Cette carence dans la traduction de l'œuvre de Kelsen est d'autant plus frappante que, comme l'écrivait Robert Redslob dans sa recension relative à l'ouvrage précité du savant autrichien, ce qui caractérise ce travail, « c'est une critique incisive et acharnée de nombreuses conceptions qui étaient presque devenues sacro-saintes. Vraiment, c'est un assaut et un démantèlement du château fort »²²⁸. De façon intéressante, Robert Redslob citait justement pour illustrer son propos la thèse de Kelsen selon laquelle « l'État fédéral et la confédération d'États, ces deux types principaux des liaisons d'État, ne se distinguent que par le degré de décentralisation ou de centralisation »²²⁹.

Depuis, la théorie de la centralisation et de la décentralisation de Kelsen est restée en France « dans l'ombre » des travaux de Charles Eisenmann portant sur cette question²³⁰. Comme Paul Amssek le rappelle, c'est Charles Eisenmann qui a été durant de nombreuses années le grand diffuseur en France des idées de Kelsen²³¹. Mais Eisenmann, poursuit Paul Amssek, « est toujours resté un disciple éclairé, conservant son esprit critique et sa liberté de pensée et n'hésitant pas à laisser dans l'ombre et à s'abstenir, en positiviste intransigeant, de reprendre à son compte les contestables outrances théoriques du maître autrichien, allant même jusqu'à récuser explicitement et véhémentement certaines de ses analyses heurtant la

²²⁵ V. cependant : O. PFERSMANN, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande* 1996, n° 28, p. 171-185. Pour un exemple de réception partielle de la théorie triadique de l'État fédéral par un auteur sinon critique sur les prémisses de la théorie pure du droit : O. BEAUD, « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », in C.-M. HERRERA (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 47-84. V. également : C. LEBEN, *Hans Kelsen. Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001. Sur la conception par Kelsen des structures fédérales : E. WIEDERIN, « Kelsens Begriffe des Bundesstaates », in S. PAULSON, M. STOLLEIS (dir.), *Hans Kelsen, op. cit.*, p. 222-246.

²²⁶ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, p. 162-193.

²²⁷ V. O. PFERSMANN, « Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Théorie générale de l'État) », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1992, 1994, p. 764. En Allemagne, l'ouvrage n'a pas non plus été réédité et est resté largement méconnu : O. LEPSIUS, « Hans Kelsen. Allgemeine Staatslehre, 1925 », *JZ*, 2004, p. 34.

²²⁸ R. REDSLOB, « Hans Kelsen – Allgemeine Staatslehre. Compte rendu de M. R. REDSLOB », *RDP*, 1926, p. 149.

²²⁹ *Ibid.*, p. 149.

²³⁰ On pense ici principalement à : C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948.

²³¹ V. sur l'influence de Carré de Malberg : O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et "la hiérarchie des normes" », *RFDC*, 1997, p. 481-509.

rigueur intellectuelle (...) et à répudier (...) un des fondements de la théorie du droit chez Kelsen, à savoir le quadruple domaine de validité des normes (spatial, temporel, personnel et matériel) pour ne conserver que le domaine personnel »²³². C'est en effet sur la base du concept d'acte de volonté qu'il érige sa théorie de la semi-décentralisation, laissant de côté les autres aspects de la théorie de la décentralisation de Kelsen. Le présent travail aura dès lors pour intérêt de comparer les conceptions de ces deux auteurs. Cette comparaison se fera à l'exemple du pouvoir de surveillance de l'État sur les actes des collectivités locales et permettra de confronter leurs vues avec celles d'Adolf Merkl et en particulier de sa théorie du calcul des défauts.

B. Définition des principaux outils conceptuels et typologie de la décentralisation

À ce stade de notre introduction, il importe de définir les concepts qui serviront à réaliser notre étude. Il s'agit à cet effet de cerner « l'objet de l'enquête d'une manière qui ne soit ni trop lointaine de nos conceptions intuitives ni trop prisonnières de leurs imprécisions, ni trop étroite afin de pouvoir exposer des différences pertinentes ni trop larges en vue de garder un domaine clairement délimité »²³³. La difficulté de cette entreprise réside en cela qu'il faut réaliser ce travail indépendamment de la terminologie concrète des ordres juridiques concernés. Ainsi que nous l'avons expliqué, nous pensons utile de puiser dans le répertoire conceptuel mis à disposition par Kelsen et Merkl pour l'élaboration de ce *tertium comparationis*. Nous présenterons les définitions respectives que nous donnons aux concepts d'État, de collectivités locales et d'autonomie locale (1), puis exposerons une typologie de la décentralisation (2) pour enfin expliciter pourquoi il s'avère important de faire retour sur les différents concepts servant à définir le contrôle réalisé par les organes centraux sur les actes des organes locaux (3).

²³² P. AMSELEK, « Notice bibliographique. Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques de Charles Eisenmann. Textes réunis par Charles Leben, Éditions Panthéon-Assas, 2002 », *RFDC*, 2003, p. 223-224.

²³³ O. PFERSMANN, « Préface », in T. HOCHMANN, *op. cit.*, p. XX.

1) État, collectivités locales et autonomie locale

Commençons par le concept d'« État ». On peut en distinguer trois différentes acceptions²³⁴. Au sens le plus large, l'État désigne l'ordre juridique national comme structure globale et ultime d'imputation de « l'ensemble des actes qui participent à la concrétisation du système juridique »²³⁵. En ce sens, État et ordre juridique sont identiques. Conformément à la théorie de la décentralisation de Kelsen, l'État compris dans ce sens représente l'ordre juridique global (*Gesamtstaat*). Cet ordre juridique est parfois désigné sous le nom d'ordre répartiteur car c'est lui qui détermine les normes centrales qui organisent les rapports des ordres juridiques partiels²³⁶. On peut parler à ce propos « d'ordre étatique global » (*Gesamtstaat*). À côté de cette première acception, l'État au sens large, tel qu'il est par exemple désigné dans le libellé de notre étude, représente un ordre juridique partiel dont le domaine de validité des normes englobe l'ensemble du territoire de référence²³⁷. Cette référence se fait relativement au point de vue des collectivités locales dont la situation juridique est au cœur de notre étude comparée. En France, ceci renvoie à l'État central. En Allemagne, cela concerne les États fédérés (*Länder*) qui représentent chacun l'État central de référence des collectivités locales situées sur leur territoire, à moins que ne soit concerné un domaine de compétence dans lequel l'État fédéral (*Bund*) peut passer outre la médiatisation des collectivités locales par les *Länder*²³⁸. Cette dernière configuration demeure néanmoins exceptionnelle en droit positif allemand²³⁹. Enfin, dans un sens strict, par « État » sera désigné l'ensemble des organes centraux en charge de l'exécution administrative des règles législatives et constitutionnelles. Cela inclut donc également ce que la doctrine française nomme l'administration centrale mais aussi territoriale ou déconcentrée d'État. En Allemagne, cela concerne l'administration directe d'État (*unmittelbare Staatsverwaltung*).

²³⁴ Sur la distinction entre trois ces acceptions : A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 290-308 ; F. KOJA, *Allgemeine Staatslehre*, Vienne, Manz, 1993, p. 24-29.

²³⁵ *Ibid.*, p. 24.

²³⁶ V. O. PFERSMANN, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de décentralisation : le cas de la supranationalité », *op. cit.*, p. 171-185.

²³⁷ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 304-305.

²³⁸ J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 107-108.

²³⁹ *Ibid.*, p. 108-109 ; v. notamment en matière financière : C. WALDHOFF, « Finanzautonomie und Finanzverflechtung in gestuften Rechtsordnungen », *VVDStRL*, 2007, p. 224-230. Pour une comparaison, voir le cas autrichien : K. WEBER, « Zwei- oder dreigliedriger Bundesstaat ? Bemerkungen zur Stellung der Gemeinden in einer möglichen künftigen Bundesverfassung », in K. WEBER, N. WIMMER (dir.), *Vom Verfassungsstaat am Scheideweg. Festschrift für Peter Perenthaler*, Vienne/New York, Springer 2005, p. 413-428.

Le choix fait en faveur du terme de collectivité « locale » et non « territoriale » comme cela est désormais devenu habituel dans la terminologie juridique française peut sembler inadéquat à désigner les régions françaises, dont l'étendue du territoire serait mal exprimée par le qualificatif « local ». Notre préférence repose sur deux considérations. L'objet de notre étude portant sur l'autonomie *locale*, il nous a semblé préférable d'employer ce qualificatif pour bien marquer qu'il s'agira de nous intéresser aux collectivités dotées d'une telle autonomie. À l'inverse, le concept de « collectivité territoriale » aurait pu entretenir une confusion étant donné que les *Länder* sont des collectivités territoriales. Par collectivité locale, nous entendons les structures territoriales bénéficiant d'un droit à l'autonomie locale, c'est-à-dire d'une habilitation constitutionnelle d'administrer librement, dans le cadre des lois, les compétences qui leurs sont à ce titre attribuées. Nous emploierons de façon synonyme à cette expression celles d'organe local, d'administration locale décentralisée ou d'autorité locale.

En droit positif français et allemand, ces organes procèdent d'une élection, ce qui leur donne une qualité démocratique qui vient renforcer leur capacité d'auto-détermination. Elles peuvent librement décider du contenu des décisions locales à adopter. Cette qualité démocratique est le résultat du combat historique des citoyens contre le régime autocratique²⁴⁰. Elle n'est cependant pas requise d'un point de vue théorique. Nous nous limiterons en ce qui concerne la France au cas des régions, des départements et des communes. En raison des particularités découlant de leur statut, les collectivités ultra-marines ne seront que très ponctuellement envisagées. En Allemagne, à titre de première approximation, une telle définition regroupe principalement les communes (*Gemeinde*), les arrondissements (*Kreise*) et les villes libres d'arrondissement (*kreisfreie Städte*). Nous aurons l'occasion de préciser cela plus loin. Ceci exclut en revanche les *Länder* étant donné qu'ils bénéficient d'une autonomie normative matériellement plus étendue et de degré supérieur.

2) Les critères de définition de la « décentralisation par autonomie locale »

L'alternative centralisation/décentralisation se pose « pour toutes les sociétés juridiquement organisées »²⁴¹. La décentralisation désigne, avec le concept de centralisation, un des deux modes d'organisation possibles de la répartition territoriale des compétences au

²⁴⁰ V. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, op. cit., p. 182-185. V. infra.

²⁴¹ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, op. cit., p. 22.

sein de l'ordre juridique²⁴². Plusieurs critères ont été proposés par Kelsen en vue de mesurer et différencier les formes de décentralisation²⁴³. La centralisation comme la décentralisation pourront tout d'abord varier en fonction d'un critère quantitatif : celui de « la proportion, en nombre et en importance, des normes centrales et des normes non-centrales »²⁴⁴. La répartition pourra se faire selon deux principes : soit par matière, soit en fonction du domaine territorial de validité des normes. Ainsi, la décentralisation pourra être totale dans le cas où le système juridique n'est composé quasiment que de normes non-centrales, à l'exception d'une norme répartitrice de compétences. Autrement, la décentralisation est dite partielle si les normes locales dépassent en nombre et en importance les normes centrales. Ceci vaut inversement pour la centralisation. Les hypothèses de centralisation ou décentralisation totale sont par conséquent théoriques et permettent de créer deux idéaux-types. En droit positif, l'ordonnancement se fera davantage entre centralisation ou décentralisation partielle.

Au regard de cette distinction, il ne fait guère de doute que la République fédérale allemande peut être rangée dans la catégorie des systèmes partiellement décentralisés²⁴⁵. En revanche, la France est encore aujourd'hui, du moins en Allemagne, régulièrement perçue comme un État partiellement centralisé, dans lequel les normes centrales seraient en importance et en nombre supérieures aux normes locales. Or, une telle conception est battue en brèche par l'évolution du droit positif. En témoigne la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République²⁴⁶ qui organise la répartition des missions entre

²⁴² V. G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État*, *op. cit.* p. 357-372.

²⁴³ V. pour la réception critique faite par Eisenmann de la distinction entre centralisation/décentralisation pure ou parfaite chez Kelsen : C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, *op. cit.*, p. 112-139. V pour l'exposé de sa propre distinction : *Ibid.*, p. 70-87. Eisenmann reproche à la théorie de Kelsen de ne pas être assez différenciée et de conduire à une « extension considérable du domaine de la décentralisation, aux dépens de celui de la centralisation » : *Ibid.*, p. 115. Avec sa propre classification, Eisenmann recentre le critère de distinction de la classification sur la volonté personnelle des organes locaux : selon que leur volonté personnelle soit plus ou moins hétéro-déterminée, subordonnée à celles des organes centraux, on se situera dans un cas de décentralisation (cas du contrôle de légalité), de semi-décentralisation (cas de la co-décision) ou de centralisation (cas du pouvoir hiérarchique au sens d'un pouvoir de direction). Seul le domaine personnel de validité des normes compte seuls les hommes sont les destinataires normes, les autres domaines de validité (territoriale, matérielle et temporelle) sont indifférents. Pour un critique de ce personnalisme : O. PFERSMANN, « Charles Eisenmann », *op. cit.*, p. 91-93. Ces questions seront abordées plus amplement plus loin.

²⁴⁴ H. KELSEN, *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 608.

²⁴⁵ V. Art. 30 de la Loi fondamentale : « L'exercice des pouvoirs étatiques et l'accomplissement des missions de l'État relèvent des *Länder*, à moins que la présente Loi fondamentale n'en dispose autrement ou n'admette un autre règlement ».

²⁴⁶ Article 2 de la loi d'orientation n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. V. récemment : décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration.

les administrations centrales et les services déconcentrés et ne confie aux administrations centrales que les missions qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu de la loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial²⁴⁷. Toutes les autres compétences doivent être réglées par l'administration territoriale. Expression d'un principe de subsidiarité qui donne la prévalence aux organes locaux d'État, cette idée se retrouve également exprimée à l'article 72 alinéa 2 de la Constitution et en vertu duquel « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». Au vu de ces règles de répartition de compétences mais aussi des statistiques disponibles²⁴⁸, on peut donc conclure que la France compte comme l'Allemagne parmi les États partiellement décentralisés, au sens de la classification ici retenue.

À côté de cette première distinction quantitative, Kelsen propose une seconde différenciation fondée cette fois-ci sur un critère qualitatif. La décentralisation est parfaite quand les normes locales sont posées de façon définitive et indépendante. Définitives, les normes locales le sont lorsque les normes centrales ne peuvent ni les abroger, ni se substituer à elles. Ce sont donc les modalités de leur suppression de l'ordre juridique par des normes centrales qui est ici décisif. Indépendantes, les normes locales le sont lorsque leur contenu ne peut pas être déterminé par des normes centrales. Cet aspect a trait à l'autonomie normative des organes en charge d'édicter les normes locales. La décentralisation sera imparfaite « dès que le premier ou le second de ces éléments fait défaut »²⁴⁹. Dans le cas de la France comme de l'Allemagne, les normes locales sont soumises à un « droit de contrôle » des organes centraux d'État. Ce pouvoir de surveillance existe du reste autant dans le cas des collectivités

²⁴⁷ V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 16-20. V. également l'étude substantielle et comparative de G. MARCOU, « Bilan et avenir de la déconcentration », *Annuaire des collectivités locales*, 2002, p. 25-49.

²⁴⁸ Cet aspect du « nombre » est de notre point de vue moins déterminant que le fait qu'en droit positif soit réglée l'obligation de confier à l'administration territoriale, c'est-à-dire aux services déconcentrés de l'État et aux collectivités locales, la majorité des compétences administratives. On pourra toutefois sur ces aspects statistiques se référer à la récente étude du Conseil d'État : CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2016 du Conseil d'État – Simplification et qualité du droit*, Paris, La documentation française, 2016, p. 42-46. La France compterait 10.500 lois et 127.000 décrets en vigueur. Si ces chiffres sont incertains, il est en tous cas certain qu'avec plus de 35.000 collectivités locales, la propension de normes locales est plus importante. Sur ces chiffres : v. Question écrite n°04335, *JO du Sénat*, 8 mai 2008, p. 897. V. également le colloque organisé le 12 octobre 2018 à Lyon par MM. Jean-Luc Pissaloux et Marc Frangi sur le thème « La simplification normative et administrative : état des lieux, enjeux et perspectives ». Une publication des actes est prévue en 2019.

²⁴⁹ H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 610.

locales que des collectivités fédérées qui sont elles aussi soumises à un droit de contrôle fédéral. De ce point de vue, la décentralisation dans ces deux pays est imparfaite.

Partant de ces critères, Kelsen établit une classification des collectivités juridiques en fonction d'un continuum qui part de la décentralisation administrative et se termine par la confédération d'États. Pour cet auteur, la décentralisation administrative correspond à la forme élémentaire de la décentralisation. Il en donne cependant une définition différente de celle retenue dans la doctrine française. Selon Kelsen, la décentralisation administrative vise le cas où un organe local applique une loi en édictant des règles individuelles, la norme locale ainsi produite pouvant cependant être annulée par la voie hiérarchique. La doctrine française parle généralement à ce propos de déconcentration, à la différence notable que la décentralisation administrative englobe selon Kelsen autant l'administration que la justice et qu'elle ne vise que l'édition de règles individuelle²⁵⁰.

Ce que la doctrine française désigne par décentralisation administrative, Kelsen le nomme « décentralisation par autonomie locale ». Cela vise le cas où des organes locaux, généralement élus démocratiquement, peuvent, dans le cadre des lois centrales, librement établir des règles locales individuelles et générales. Les organes centraux disposant d'un droit de contrôle afin d'annuler ou de réformer les actes locaux juridiquement irréguliers. Si Kelsen précise que le caractère démocratique n'est théoriquement pas inhérent à cette forme de décentralisation, il souligne toutefois à quel point il lui est historiquement lié. En outre, l'élection est un moyen particulièrement efficace de garantir la faculté des organes locaux à décider par eux même du contenu des normes locales²⁵¹. Cette forme de décentralisation se distinguera de la décentralisation par « Pays » ou de la décentralisation fédérale par la circonstance que les organes locaux disposent dans ces cas-là d'une autonomie qui inclut la législation ordinaire, voire constitutionnelle dans le cas des collectivités fédérées. Dans ce dernier cas, l'État fédéral se caractérisera également par la participation des collectivités fédérées à la législation et même à l'exécution centrales²⁵².

²⁵⁰ La différence entre justice et administration n'est pas liée au caractère définitif de l'acte adopté, qui dans les deux cas, pourra être annulé par un organe supérieur. En revanche, le contenu de la décision du juge de première instance ne pourra pas être déterminé par le juge d'appel ou de cassation, contrairement à la décision d'une autorité administrative subalterne. H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 611

²⁵¹ V. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, p. 182-185.

²⁵² H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 613

L'intérêt heuristique de recourir à cette typologie et à ces critères de classification est double. Tout d'abord, avec cette théorie de la décentralisation, Kelsen « a donné le modèle d'une démarche tendant à la cohérence et à l'unité du droit, il a fourni un instrument indispensable pour relier les ordres juridiques partiels ou délégués à un ordre juridique total »²⁵³. En cela, il apporte une réponse aux insuffisances et aux indéterminations des autres concepts actuellement en vogue tels que celui visant à décrire le système juridique comme un système multi-niveaux²⁵⁴ ou sous l'angle de son pluralisme²⁵⁵. En outre, Kelsen propose une grille d'analyse très utile lorsque l'on veut décrire et comparer deux ordres juridiques en fonction de leur degré de « décentralisation par autonomie locale », sa démarche n'étant du reste, contrairement aux idées reçues, pas sans convergence avec les critères d'analyse posés dans les études de politique ou d'administration comparée (*vergleichende Regierungslehre*)²⁵⁶.

²⁵³ G. VEDEL, « Avant-propos », in C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986 (1928), p. XVII.

²⁵⁴ L'une des réponses apportées dans la science juridique allemande à l'eupéanisation et internationalisation du droit a été de s'inspirer du concept de « gouvernance multi-niveaux » tel qu'il avait été développé en science politique pour élaborer celui de système multi-niveaux (*Mehrebenensystem*) et de « constitutionnalisme multi-niveaux ». V. N. WALKER, « Le constitutionnalisme multi-niveaux », in D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, op. cit.*, t. 1, p. 441-462. Ainsi que le note cet auteur, il revient à Ingolf Pernice d'avoir diffusé ce concept dès 1995. Pour une version française : I. PERNICE, F. MAYER, « De la constitution composée de l'Europe », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2000, p. 623-647. V. également : Pour une critique normativiste de cette idée de constitutionnalisme multi-niveaux ou de constitutionnalisme global : M. JESTAEDT, « Der europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation », in R. KRAUSE et al. (dir.), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 637-674 ; O. PFERSMAN, « Monisme revisité contre juriglobisme incohérent », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 63-88 ; T. HOCHMANN, « Hans Kelsen et le constitutionnalisme global : Théorie pure du droit et projet politique », *Jus Politicum*, n°19, 2018, p. 25-39. Voir sur ce thème les contributions réunies dans le numéro de janvier 2018 de la revue *Jus Politicum* ainsi que : E. LAGRANGE, « Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalisme globaux – et la compétence dans tout cela ? », *Jus Politicum*, n°20, 2018.

²⁵⁵ Dans un article justement consacré au pluralisme, Jean-Bernard Auby suggère justement de « vérifier s'il ne serait pas intéressant de concevoir la décentralisation – entre autres – comme un vecteur de démultiplication de l'ordre juridique, et corrélativement, de percevoir les collectivités territoriales comme des ordres juridiques partiels » : J.-B. AUBY, « Décentralisation et pluralisme », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 39-52.

²⁵⁶ V. N. KEUFFER, « L'autonomie locale, un concept multidimensionnel : comment le définir, comment le mesurer et comment créer un indice d'autonomie locale comparatif ? », *RIPC* 2016, p. 443-490. Les études de science politique se servent généralement du concept de décentralisation afin de comparer des formes d'États différents (unitaire, à autonomie régionale, fédéral) car ce concept permet de transcender les différences entre ces systèmes politiques. Ces études pourront alors porter sur le degré d'autonomie fiscale des entités régionales, sur leur volume de compétence, leurs marges d'autonomie etc. et relègueront au second plan les aspects relatifs à la souveraineté ou à l'étaticité des collectivités analysées.

3) La nécessité de mieux définir « le droit de contrôle » des organes centraux d'État sur les actes locaux

La distinction qualitative opérée par Kelsen entre la décentralisation parfaite et imparfaite est intéressante d'un point de vue heuristique car elle souligne un aspect aujourd'hui largement sous-étudié des rapports juridiques entre l'État et les collectivités locales et pourtant absolument déterminant : celui du contrôle et de la possible suppression de normes locales par des organes centraux d'État. Nous l'avons vu, pour Kelsen, la décentralisation sera parfaite si les normes locales sont définitives : « il ne peut y avoir de possibilité que la norme locale soit annulée ou éventuellement remplacée par une norme centrale »²⁵⁷. Par rapport au critère de l'indépendance, il précise que celui du caractère provisoire ou définitif des normes est relatif car la possibilité d'une suppression de la norme locale est souvent liée au respect d'un délai de recours²⁵⁸.

La question qui alors se pose est celle de savoir ce qui distingue de ce point de vue la décentralisation administrative de la décentralisation par autonomie locale. Certes, l'élection des organes locaux décentralisés concourt à renforcer l'auto-détermination du contenu des normes en fonction des souhaits de leurs destinataires. Si cette qualité démocratique est politiquement et historiquement consubstantielle à l'autonomie locale, elle n'en constitue toutefois pas une propriété juridique. L'hypothèse de membres nommés décidant de façon indépendante n'est en effet théoriquement pas impossible. Le critère démocratique peut en droit positif permettre de distinguer ces deux formes de décentralisation, mais il ne suffit pas en théorie à le faire²⁵⁹. Quel peut être alors ce critère de distinction ?

Un premier critère est celui selon lequel la décentralisation administrative permettrait d'édicter des règles individuelles dans le domaine de l'administration et de la justice, alors que la décentralisation par autonomie locale autoriserait l'édiction de règles individuelles *et* générales. Cette différence posée par Kelsen nous semble ne pouvoir être retenue comme critère de distinction car elle empêche de considérer au sein de la « décentralisation administrative » les cas où des organes locaux de l'État central – tel que le Préfet représentant l'État dans le département – adoptent des règles générales en exécution d'autres règles

²⁵⁷ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, p. 178 ; H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 610.

²⁵⁸ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, p. 179.

²⁵⁹ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, p. 180-183. Cet aspect sera également repris par Charles Eisenmann dans son esquisse d'une théorie générale de la centralisation et la décentralisation. V. sur ce point B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 194.

générales, règlementaire ou législatives. Or, il s'agit bien là d'un cas typique qui devrait être pris en compte au titre de la décentralisation administrative. Il convient donc de rechercher un critère de distinction plus pertinent.

Dans l'aperçu de la *Théorie générale de l'État* publié à la Revue de droit public en 1926 dans une traduction de Charles Eisenmann, Kelsen indique également que dans le cas de la décentralisation administrative, les normes locales sont soumises au pouvoir hiérarchique²⁶⁰, tandis que dans le cas de la décentralisation par autonomie locale, elles le sont au « droit de contrôle » des organes centraux d'État²⁶¹. Cette différenciation semble plus prometteuse, cependant la définition de ces deux types de compétence est identique : dans les deux cas, il s'agit de la compétence accordée aux organes centraux d'annuler ou de réformer des actes locaux. À première vue donc, rien ne les distingue. Une lecture plus attentive semble toutefois nous donner un indice : le droit de contrôle permettrait la suppression ou la substitution des actes *illégaux*²⁶². Autrement dit, on peut formuler l'hypothèse à partir de cet « Aperçu de la théorie générale de l'État » de Kelsen que le critère de distinction résiderait moins dans le moyen juridique utilisé que dans la raison qui habilite l'organe central à l'enclencher : dans le cas du pouvoir hiérarchique, l'organe central pourrait décider en opportunité, alors que dans le droit de contrôle, il ne serait autorisé à ne supprimer que les normes locales juridiquement fautives²⁶³. On retrouverait ici, dans une certaine mesure, la distinction retenue en France entre le pouvoir hiérarchique et la tutelle, réduite au seul contrôle de légalité.

Cette hypothèse ne se laisse cependant pas corroborée par la lecture de la version originale de la *Théorie générale de l'État*. À la différence de la version française qui ne contenait pas de développements sur ce point en raison de sa nécessaire brièveté, dans son ouvrage original, Kelsen souligne plus nettement l'importance de distinguer entre légalité (*Gesetzmäßigkeit*) et opportunité (*Zweckmäßigkeit*), sans pour autant y associer distinctement un type spécifique de mécanisme²⁶⁴. Mais cette distinction lui sert avant tout à distinguer le cas de la décentralisation au sein de l'administration de celui au sein de la justice. Il n'y fait

²⁶⁰ H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 610.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 611.

²⁶² Les organes centraux « ont néanmoins le plus souvent un droit de contrôle : ils peuvent annuler, sinon réformer les actes illégaux de la collectivité décentralisée » : *Ibid.*, p. 611.

²⁶³ H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 611.

²⁶⁴ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 179-180.

en revanche pas référence lors de l'exposé des différences entre décentralisation administrative et décentralisation par autonomie locale. Au contraire, il indique plus loin lors de l'étude de l'autonomie locale que l'acte d'une commune pris dans le cadre de ses compétences propres peut être contesté par la voie d'un « recours hiérarchique » (*Instanzenzug*) porté devant la collectivité supérieure au sein de laquelle la commune est regroupée (arrondissement, province autonome...) ²⁶⁵. Il ajoute que les actes des communes sont également soumis à un certain « droit de contrôle » (*Aufsichtsrecht*), qui autorise un organe central d'État à annuler (*kassieren*) une norme locale. Enfin, un « pouvoir d'instruction » (*Weisungsrecht*) de l'État sur les communes n'est pas non plus exclu. Alors qu'on aurait pu le penser réservé au cas où les collectivités locales sont en situation de dédoublement fonctionnel et agissent au nom et pour le compte de l'État central, Kelsen étend ce pouvoir d'instruction au sein même du domaine des compétences propres lorsqu'est transféré une compétence obligatoire ²⁶⁶. Dès lors, la distinction entre décentralisation administrative et décentralisation par autonomie semble perdre de sa netteté.

Cette observation d'un flou conceptuel mais aussi de différences entre les versions française et allemande des écrits de Kelsen est intéressante pour notre étude à deux titres. Elle justifie tout d'abord l'intérêt qu'il y a de mieux définir ce qui distingue décentralisation administrative et décentralisation par autonomie locale. Or, il nous semble ici que le critère de distinction est justement relatif à la portée juridique du contrôle administratif. C'est lui qui détermine le rapport de subordination et d'autonomie entre normes centrales et normes locales et ainsi les marges de manœuvre des organes locaux. Il convient dès lors de s'y intéresser plus particulièrement et d'en définir le contenu et les contours ²⁶⁷.

Néanmoins, ceci est rendu délicat dans un contexte de recherche franco-allemand en raison des difficultés qu'il y a d'avoir un dialogue entre juristes de langue française et juristes de langue allemande lorsqu'il s'agit de comparer les différents types de contrôle

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 189.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 189. Pour une présentation différente, marquant plus nettement la différence entre le droit d'instruction prévalant au sein de l'administration d'état et le pouvoir de surveillance s'appliquant à l'administration autonome : A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 351.

²⁶⁷ Eisenmann a également perçu à quel point cet aspect était central pour réussir à une théorie de la centralisation et de la décentralisation. Mais à la différence de Kelsen, il distingue trois types différents de rapports juridiques : celui de la décentralisation avec le pouvoir de contrôle, limité à un contrôle de légalité, celui de la semi-décentralisation avec la co-décision et enfin celui de la centralisation avec le pouvoir de direction. V. C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, *op. cit.*, p. 162. p. 162-163 et p. 184-195 Pour une critique de la théorie de la co-décision : S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1982, en particulier p. 335-379.

administratif. C'est ce que met à jour la traduction par Eisemann du concept « *Aufsicht* » par « droit de contrôle », sans réussir pour autant à exprimer ce qu'il recouvre concrètement vis-à-vis des autres concepts employés par Kelsen, notamment ceux de pouvoirs d'instruction et de pouvoir hiérarchique. Cette hétérogénéité des classifications doctrinales nationales en matière de contrôle administratif est fort bien illustrée par la difficulté de rendre compte en français le concept-générique allemand de « *Aufsicht* »²⁶⁸, mot-racine que la doctrine allemande utilise dans de multiples déclinaisons afin de désigner une série de rapports juridiques liés à la surveillance des activités d'un organe par un autre organe et à leur éventuelle correction²⁶⁹.

De même, il est intéressant de noter qu'Eisemann renonce à employer le concept de « tutelle » pour traduire « *Aufsichtsrecht* », alors qu'il s'agit de l'expression qui servait en tous cas à l'époque à décrire le contrôle étatique sur les collectivités locales²⁷⁰. L'usage est désormais de parler du « contrôle de légalité » ou de « contrôle administratif », mais le recours au concept de « tutelle » s'est néanmoins maintenu en doctrine pour spécifiquement désigner ce type de contrôle administratif de la régularité juridique des actes locaux. Son emploi est cependant source de malaise²⁷¹ car il tend à tort à assimiler les collectivités locales à des mineurs incapables. Il est avant tout source de confusion dans une étude comparée car il pourrait véhiculer l'idée du maintien d'un contrôle d'opportunité par les organes centraux sur les actes locaux et de la persistance d'un centralisme français, inchangé depuis les écrits de

²⁶⁸ Pour un essai de classification : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 30-33.

²⁶⁹ Cela inclut la surveillance étatique des activités d'acteurs privés dans le secteur économique (*Wirtschaftsaufsicht*) ce qui pourra inclure des secteurs plus spécifiques (*Bankaufsicht*, *Wettbewerbsaufsicht*...) et pourra être traduit par « régulation » ou de « police économique ». mais également divers types de contrôle au sein de l'administration (*Verwaltungsaufsicht*). Ces contrôles peuvent avoir trait au pouvoir disciplinaire (*Dienstaufsicht*) ou au pouvoir hiérarchique (*Behördenaufsicht*), étant néanmoins donné que d'autres concepts en doctrine servent également à identifier de tels mécanismes, à l'instar du pouvoir d'instruction (*Weisungsrecht*) ou du pouvoir de direction (*Leitungsgewalt*), inconnu de la doctrine française. Mais le concept générique de surveillance (*Aufsicht*) sert aussi à désigner les rapports juridiques de contrôle entre l'État central et des collectivités décentralisées (*Staatsaufsicht*), qu'il s'agisse de la surveillance fédérale sur les États fédérés (*Bundesaufsicht*) ou du contrôle administratif sur les actes locaux (*Kommunalaufsicht*, également appelé *Staatsaufsicht* au sens strict). Ces contrôles pourront varier selon qu'ils sont limités à la légalité (*Rechtsaufsicht*) ou peuvent inclure des éléments d'opportunité (*Fachaufsicht*). Nous reviendrons sur ces aspects.

²⁷⁰ Eisenmann ne condamne pas l'utilisation du terme de tutelle. Il lui préfère celui de contrôle, mais c'est surtout la définition du concept par la doctrine classique qu'il condamne car il convient, selon Eisenmann, de distinguer entre le contrôle d'opportunité et le contrôle de légalité, seul le dernier étant compatible avec le concept de décentralisation : C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, op. cit., p. 191-192. Nous reviendrons sur ces aspects.

²⁷¹ V. X. BARELLA, « Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales : entre nécessité et controverses », in S. REGOURD et al. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, op. cit., p. 107-118 ; N. KADA, « Le préfet est mort, vive le préfet ! », in *Ibid.*, p. 95-105. V. également B. FAURE, « Faut-il garder le mot « tutelle » en droit administratif ? », *AJDA*, 2008, p. 113.

Tocqueville²⁷². Il convient donc d'y renoncer. Recourir à la place aux expressions de « contrôle administratif » ou « droit de contrôle » s'avère pareillement inadapté à rendre compte de la spécificité des rapports juridiques entre l'État et les collectivités locales²⁷³. Par conséquent, au vu des difficultés de s'appuyer sur le répertoire conceptuel national pour appréhender dans une étude comparée le concept du contrôle administratif des actes locaux, l'un des objectifs de notre travail sera justement de formuler un concept adéquat à traduire sa spécificité.

C. Organisation de l'étude

En suggérant d'apprécier la qualité de la décentralisation selon que les normes locales soient posées de façon indépendante et définitive, Kelsen met l'accent sur deux aspects essentiels qui détermineront l'organisation de notre étude. Conformément aux observations qui précèdent, une étude des rapports entre l'État et les collectivités locales en France et en Allemagne suppose de décrire et comparer la situation juridique et l'autonomie des organes locaux face aux organes centraux. Ce sera l'objet de notre recherche. Ce faisant, nous serons amenés à réfléchir à une question centrale : celle des incidences de la structure territoriale de l'État, et en particulier du fédéralisme, sur le degré d'autonomie des collectivités locales. Par voie de conséquence, ceci nous poussera à envisager à travers ce prisme la question des différences entre l'État unitaire et l'État fédéral.

À cette fin, il paraît impératif d'axer dans un premier temps nos recherches sur l'analyse des garanties constitutionnelles de l'autonomie locale en France et en Allemagne. Il s'agira de déterminer et de comparer quelles sont les garanties formelles et matérielles accordées aux collectivités locales en vertu des dispositions constitutionnelles en vigueur dans ces deux pays. Ceci nécessitera tout d'abord de mieux appréhender non seulement ce que le concept de collectivité locale recouvre comme structures administratives dans les ordres juridiques français et allemands, mais également d'analyser les protections spécifiques respectives dont

²⁷² A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien régime et la Révolution*, op. cit., p. 121 : « Sous l'ancien régime comme de nos jours, il n'y avait ville, bourg, village, ni si petit hameau en France, hôpital, fabrique, couvent, ni collège, qui pût avoir une volonté indépendante dans ses affaires particulières, ni administrer à sa volonté ses propres biens. Alors comme aujourd'hui, l'administration tenait donc tous les Français en tutelle, et si l'insolence du mot ne s'était pas encore produite, on avait du moins déjà la chose ».

²⁷³ Dans ce sens également : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 700. L'auteur défend cependant l'idée du maintien de l'expression « tutelle » pour désigner ce type de rapport, ce qui peut se justifier dans un contexte scientifique strictement français, mais devient source de confusion dans le contexte d'une étude comparative.

bénéficient ces structures en cas d'atteinte à leur intégrité lors de réforme territoriale. Cet aspect de nos recherches nous conduira ensuite à décrire d'une part les mécanismes juridictionnels de protection de l'autonomie des collectivités locales face aux ingérences des organes centraux et d'autre part les règles constitutionnelles de répartition de compétences. Cette description nous amènera à nous interroger sur la façon dont ces recours sont exercés par les organes locaux et ces règles constitutionnelles concrétisées par les organes de justice constitutionnelle en France et en Allemagne. Cette interrogation nous permettra de déterminer les limites constitutionnelles au pouvoir discrétionnaire du législateur en matière de décentralisation, mais aussi au pouvoir normatif des collectivités locales, et d'aborder ainsi le thème de leur participation au pouvoir législatif, notamment à titre expérimental. Il résultera notamment de la comparaison des garanties constitutionnelles de l'autonomie locale en France et en Allemagne que cette dernière ne compte sans doute plus autant qu'auparavant parmi les « titres de gloire du droit public allemand »²⁷⁴ (Première partie).

Il importera de confirmer ou de tempérer cette première conclusion à la lumière des résultats de la deuxième partie de notre enquête. Celle-ci porterait sur le contrôle administratif des normes locales. Pour cela, il faudra tout d'abord définir plus distinctement le concept qui servira de *tertium comparationis* à cette seconde phase de notre enquête. Face à l'inadéquation des classifications nationales à appréhender un tel mécanisme dans une perspective comparée, nous avons fait le choix de désigner par « pouvoir de surveillance » le contrôle administratif par des organes de l'État de la régularité juridique des normes locales adoptées par les collectivités décentralisées. Il conviendra par conséquent d'exposer les raisons théoriques et lexicales de ce choix, mais également de distinguer le pouvoir de surveillance d'autres types de mécanismes voisins. Il importera ensuite de faire la lumière sur son fondement théorique spécifique. En cela, notre travail se veut une contribution à la théorie de l'État, plus exactement à la théorie des formes d'État. Enfin, la dernière étape de notre recherche consistera à établir une classification des moyens du pouvoir de surveillance apte à décrire les droits positifs français et allemands. La comparaison des moyens du pouvoir de surveillance de l'État sur les actes des collectivités locales en France et en Allemagne nous conduira à interroger la pertinence de la thèse selon laquelle il « est parfois

²⁷⁴ O. JOUANJAN, M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne – Chroniques de jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.*, p. 736.

plus difficile de s'affranchir d'un pouvoir proche que d'un pouvoir lointain »²⁷⁵ (Deuxième partie).

²⁷⁵ A. DELCAMP, « La révision constitutionnelle et l'Europe », *AJDA*, 2003, p. 577.

**PARTIE 1 : LES GARANTIES
CONSTITUTIONNELLES DU DROIT A
L'AUTONOMIE LOCALE**

Introduction de la Partie 1

Les droits constitutionnels français et allemand accordent aux collectivités locales différents types de garanties visant à protéger leur droit à l'autonomie locale. Leur étude nous permettra d'examiner dans quel ordre juridique le droit à l'autonomie locale est plus fortement protégé et ainsi, de comparer le degré de décentralisation par autonomie locale des ordres juridiques de ces deux pays. En vue d'opérer cette comparaison, nous distinguerons deux types de garanties : les garanties formelles (Titre 1) et les garanties matérielles du droit constitutionnel à l'autonomie locale (Titre 2).

Titre 1 : Les garanties formelles du droit à l'autonomie locale

Parmi les garanties formelles, il est possible de différencier la garantie institutionnelle et la garantie juridictionnelle. Par garantie institutionnelle du droit à l'autonomie locale, nous désignons la protection structurelle des collectivités locales en tant que composantes de l'organisation administrative distinctes de l'État central. Le choix fait de l'expression « garantie institutionnelle » nous semble justifié car est visé à la fois la protection de l'établissement mais aussi du maintien en l'état des collectivités locales comme structures territoriales de droit public. La doctrine allemande parle à ce propos de « garantie institutionnelle en tant que sujet de droit »²⁷⁶ (*institutionnelle Rechtssubjektsgarantie*) et plus particulièrement de « *Bestandsgarantie* »²⁷⁷, tandis que la doctrine française se réfère généralement à la « liberté d'être »²⁷⁸ des collectivités locales ou à leur « droit à l'existence »²⁷⁹. Il nous paraît cependant préférable d'éviter de recourir aux expressions habituellement employées par la doctrine française en raison de leur dénotation anthropomorphique²⁸⁰ (chapitre 1).

Cette divergence terminologique reflète du reste une divergence conceptuelle plus profonde entre la France et l'Allemagne. La dogmatique allemande distingue entre droit fondamental et « garantie institutionnelle » et range l'autonomie locale au sein de cette dernière catégorie²⁸¹. En France, doctrine et jurisprudence assimilent au contraire

²⁷⁶ U. MAGER, *Einrichtungsgarantien*, Tübingen, Mohr Siebeck 2003, p. 334-335 ; M. BURGI, *Kommunalrecht*, Munich, C.H. Beck, 2015, 5^{ème} éd., p. 62.

²⁷⁷ M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 39-48.

²⁷⁸ A. ROUX, *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1995, p. 51 ; également L. FAVOREU et A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°12, 2002, p. 91.

²⁷⁹ J.-C. DOUENCE, « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », in F.-P. BENOIT, J.-C. DOUENCE (dir.), *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Paris, Dalloz, 2005, Chapitre 1, n°16-127.

²⁸⁰ Sur cette assimilation des collectivités territoriales à des êtres humains et à propos des problèmes liés aux analogies anthropomorphiques, notamment dans la théorie de « l'État organique » d'Otto von Gierke, v. les critiques de Georg Jellinek et Hans Kelsen exposées par Sandrine Baume : S. BAUME, « Penser l'État organique. Enjeux critiques d'une analogie », *Revue européenne des sciences sociales*, 2002, p. 119-139.

²⁸¹ Sur l'origine et l'évolution du concept de garantie institutionnelle dans la doctrine constitutionnelle allemande, en particulier en comparaison à la théorie de l'institution de Maurice Hauriou par rapport aux conceptions de Savigny et de Stahl, mais également à la lumière de l'influence de sa pensée sur les travaux d'Erich Kaufmann, Peter Häberle et surtout Carl Schmitt, v. U. MAGER, *Einrichtungsgarantien*, *op. cit.*, p. 123-140 et *passim*. Pour une présentation critique de cette conception appliquée à l'autonomie locale : A.

l'autonomie locale à un « droit fondamental ». L'étude de la garantie juridictionnelle nous donnera l'occasion de revenir sur les origines et la portée de cette divergence. Il importe toutefois de noter que le choix fait ici en faveur de l'expression « garantie institutionnelle » n'implique pas l'adhésion à la distinction établie dans la dogmatique allemande (chapitre 2).

ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 29-49 et *passim*.

Chapitre 1 : La garantie institutionnelle du droit à l'autonomie locale

La mise à l'épreuve de la dimension institutionnelle du droit à l'autonomie locale s'est principalement faite à l'occasion des réformes territoriales, lesquelles ont pour objet de réorganiser les divisions administratives du territoire. Or, le territoire est un élément capital de l'autonomie locale puisqu'il constitue l'assise spatiale où s'exercent les compétences attribuées aux collectivités locales²⁸². Il forme, pour reprendre une formule plus kelsénienne, le domaine spatial de validité des normes locales²⁸³. Toute mesure affectant l'organisation territoriale de l'État, *a fortiori* supprimant une collectivité locale, exige par conséquent d'être appréciée au regard de l'atteinte qu'elle porte au droit constitutionnel à l'autonomie locale. Ceci implique de s'interroger si, et le cas échéant dans quelle mesure, les textes constitutionnels français et allemands comportent une garantie à l'établissement et au maintien en l'état des collectivités locales en tant qu'institution. De façon secondaire, il sera également utile de savoir comment cette question se pose pour les collectivités fédérées afin de mesurer l'état des prétendues différences de nature entre la protection dont elles bénéficient par rapport à celle des collectivités locales. Ceci nous permettra d'apprécier les divergences et les convergences dans la situation des collectivités infra-étatiques en France et en Allemagne.

Nous proposons donc ici de présenter de façon comparée les différents types de garantie structurelle dont bénéficient les collectivités locales en France et en Allemagne en distinguant entre deux types de garantie structurelle. Cette garantie peut être en premier lieu globale si elle ne protège que l'établissement et le maintien d'une catégorie de collectivité locale, mais autorise en revanche la suppression au sein d'une catégorie de collectivités *particulières* (section 1). Elle pourra être nominale et forme alors un droit au *statu quo* territorial. Dans ce cas, la suppression d'une collectivité particulière sans son consentement est alors interdite (section 2).

²⁸² V. J.-C. DOUENCE, « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *op. cit.*, Chapitre 1, n°28-29 ; J. CAILLOSSE, *Les « mises en scènes » juridiques de la décentralisation. Sur la question du territoire en droit public français*, Paris, LGDJ, 2009, p. 79-93.

²⁸³ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, J. Springer, 1925, p. 163-180. Pour une version résumée en français de ces développements sur la « sédentarité » de l'ordre étatique et l'organisation territoriale de l'État : H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDV*, 1926, p. 591-594 et p. 608-614 ; v. également H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1926, vol. 14, p. 227-329, spéc. p. 249-251.

Section 1 : La garantie institutionnelle globale des collectivités locales

La garantie institutionnelle globale accordée aux collectivités locales vise les conditions en fonction desquelles sont protégés l'établissement et le maintien en l'état des collectivités locales en tant que structures de l'organisation administrative. En ce sens, cette garantie constitue un indicateur important de leur autonomie. Son étude requiert de s'intéresser non seulement à l'étendue de cette garantie (§1), mais également à son degré de protection dans l'ordre juridique. En effet, il est possible d'affiner encore davantage cette différenciation car la garantie institutionnelle peut varier en intensité. La garantie sera simple si la Constitution ne pose aucune règle limitant le pouvoir discrétionnaire du législateur ordinaire. Elle sera renforcée si elle exige une révision de la Constitution, voire absolue si elle limite la compétence du législateur constitutionnel (§2).

§1 Le domaine de la garantie institutionnelle globale : le concept de collectivité locale en droit comparé

Analyser l'étendue de la garantie institutionnelle globale des collectivités locales exige de définir les différentes structures de l'organisation administrative qui sont considérées comme relevant de la catégorie « collectivités locales ». Ceci conduit par conséquent à s'interroger sur les critères de définition du concept de « collectivité locale » en droit français (A) et en droit allemand (B).

A. Les catégories de collectivités territoriales à statut constitutionnel en droit français

En France, la Constitution mentionne différentes catégories de collectivités locales qu'il est possible de classer en deux types : les collectivités locales de droit commun – communes, département et régions – et les collectivités à statut particulier (I). Cette architecture institutionnelle a cependant été dénoncée comme créant un véritable « millefeuille territorial » qu'il conviendrait de simplifier. Telle fut la volonté du législateur en 2010 lorsqu'il eut pour ambition de créer un élu territorial en charge d'administrer à la fois les départements et les régions. Cette réforme a alors posé la question du lien entre collectivité locale et démocratie. La loi du 16 décembre 2010 a ainsi mis à l'épreuve le domaine de

protection de l'article 72 alinéa 1^{er} de la Constitution française qui exige que chaque collectivité territoriale dispose d'un conseil élu (II).

I. Les conditions à la création de nouvelles catégories de collectivités territoriales en droit français

En France, l'alinéa 1^{er} de l'article 72 de la Constitution dispose tout d'abord que « les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 ». Celles-ci représentent les collectivités locales bénéficiant d'une protection constitutionnelle catégorielle. La région, dont la création par la loi en tant que collectivité territoriale date de 1982, n'a été intégrée à cette liste que depuis la révision constitutionnelle de 2003²⁸⁴. La seconde phrase de cet alinéa ajoute que « toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa ». Le législateur a pu faire usage de cette disposition afin de créer des collectivités à statut particulier, à l'exemple de la collectivité territoriale unique dont relève la Corse depuis le 1^{er} janvier 2018. Celle-ci exerce sur son territoire les compétences dévolues à la région et au département²⁸⁵.

La formulation équivoque de la seconde phrase de l'article 72 a néanmoins suscité quelques interrogations en doctrine car elle pourrait *prima facie* signifier qu'il est loisible au législateur non pas seulement de créer de nouvelles catégories de collectivités territoriales²⁸⁶, mais de les substituer à une ou plusieurs *catégories* de collectivités locales bénéficiant d'une protection constitutionnelle catégorielle globale comme les communes, les départements ou les régions. Dans ce sens, Jean-Claude Douence parle à propos de cette seconde phrase d'un « abandon discret de la garantie constitutionnelle d'existence pour les collectivités mentionnées par la Constitution »²⁸⁷. Il convient néanmoins selon nous d'interpréter cet

²⁸⁴ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 20-21 ; J.-C. DOUENCE, « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *op. cit.*, Chapitre 1, n°54.

²⁸⁵ Article L. 4421-1 CGCT modifié par l'article 30 de la loi n°2015-991 du 7 août 2015. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 135-136.

²⁸⁶ Ceci a déjà été le cas par le passé, à l'exemple de la région. Mais le législateur peut également créer une nouvelle catégorie de collectivité locale à exemplaire unique, comme dans le cas de la Corse. Il bénéficie donc d'une importante marge de manœuvre en ce domaine. V. à ce propos les décisions du Conseil constitutionnel n°82-138 DC et n°91-290 DC respectivement du 25 février 1982 et du 9 mai 1991 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 123-136 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 43-51.

²⁸⁷ J.-C. DOUENCE, « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *op. cit.*, Chapitre 1, n°57 et n°75.

énoncé par rapport à l'énoncé précédent, lequel serait sinon dénué de portée normative, et d'en faire par conséquent une lecture plus stricte. Si le législateur ordinaire est certes habilité à créer une nouvelle catégorie de collectivité territoriale, comme dans le cas de la collectivité territoriale unique, et à y intégrer certaines collectivités territoriales *particulières* qui relevaient initialement d'une des catégories mentionnées à l'article 72 alinéa 1^{er} de la Constitution, son habilitation ne s'étend pas à la suppression d'une catégorie entière de collectivités locales constitutionnelles²⁸⁸.

II. Collectivité locale et démocratie : l'exigence constitutionnelle de disposer de conseils élus

L'institution des communes, des départements et des régions bénéficie d'une garantie institutionnelle de niveau constitutionnel qui s'impose au législateur ordinaire. L'adoption de la loi du 16 décembre 2010 a néanmoins soulevé la question de l'étendu de cette protection²⁸⁹. On sait aujourd'hui le sort qu'a connu cette réforme dont l'entrée en vigueur était prévue au 1^{er} mars 2014 et qui fut finalement abandonnée dans la foulée du changement de majorité parlementaire en 2012²⁹⁰. En dépit de cette remise en cause ultérieure, il demeure pertinent de s'y intéresser en raison des critiques doctrinales que soulevait la constitutionnalité de cette loi.

L'une d'entre-elles consistait à affirmer que la loi de 2010 vidait « de son contenu la dimension institutionnelle du principe de libre administration »²⁹¹ car cette garantie impliquerait une élection distincte pour chaque assemblée conformément à l'article 72 alinéa 3 de la Constitution française. Cet article prévoit que les collectivités locales « s'administrent librement par des conseils élus ». Autrement dit, la question posée était de savoir si l'élection d'un seul corps de représentants pour deux catégories de collectivités locales équivalait à les fusionner et méconnaissait par conséquent la garantie constitutionnelle liée à l'institution distincte des départements et des régions.

²⁸⁸ Dans ce sens : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 127-128 ; Y. JEGOUZO, M. VERPEAUX, « Les collectivités territoriales », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Paris, Dalloz, 2011, p. 283 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 48 et p. 74-75 ; A. ROUX, *op. cit.*, p. 13. Pour une critique sur cette différence entre collectivité à statut constitutionnel et collectivité à statut législatif, L. FAVOREU, « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1281-1283.

²⁸⁹ Loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010.

²⁹⁰ Loi n°2013-403 du 17 mai 2013.

²⁹¹ G. MARCOU, « Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités locales », *AJDA*, 2011, p. 129.

La principale mesure prévue par cette loi était de créer, en remplacement des conseillers généraux et des conseillers régionaux, un nouvel élu local : le conseiller territorial. Élu, à l'instar des conseillers généraux, dans le canton, le conseiller territorial devait siéger non seulement au conseil général mais également régional²⁹². Il ne fait certes guère de doutes que le fait qu'une seule catégorie d'élus gère deux catégories de collectivités devait en vérité préparer le terrain à leur fusion et c'est bien ce faux-semblant politique que cherchait à critiquer la doctrine majoritaire. Ce dédoublement fonctionnel des élus n'était qu'une solution intermédiaire prise à défaut d'une fusion structurelle envisagée de longue date mais impossible, pour des raisons politiques, à réaliser directement. En d'autres termes, la réforme de 2010 avait pour ambition cachée de rendre acceptable par les élus locaux la future fusion entre département et région. Il était par ailleurs juste d'objecter à cette réforme qu'il eut été préférable de maintenir une différence d'un point de vue personnel dans l'exercice de ces deux compétences afin d'éviter toute confusion des intérêts²⁹³.

Il n'en demeure pas moins qu'en droit constitutionnel français, l'institution d'une collectivité locale ne requiert pas que l'assemblée délibérante soit *distincte* d'autres assemblées, mais seulement qu'elle soit *élue*. Départements et régions étaient formellement maintenues et continuaient de disposer de compétences effectives et distinctes. Seuls leurs élus étaient censés se retrouver en situation de dédoublement fonctionnel, ce qui n'aurait du reste pas été exceptionnel²⁹⁴. C'est également dans ce sens que s'oriente la décision du Conseil constitutionnel qui jugea le dispositif conforme à la Constitution²⁹⁵. Cette analyse est confortée par la seconde objection faite à l'encontre de cette réforme, laquelle aurait eu pour conséquence la possible mise sous tutelle du département par la région ou inversement. Or, cette critique attestait que l'étape de la suppression n'était pas encore franchie, la tutelle

²⁹² Version des articles L. 3121-1 et L. 4131-1 CGCT qui devaient être en vigueur à partir du 1^{er} mars 2014, conformément à l'article 82 de la loi n° 2010-1563.

²⁹³ V. G. CHAVRIER, « Les conseillers territoriaux : questions sur la constitutionnalité d'une création inspirée par la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2009, p. 2381.

²⁹⁴ C'est par exemple le cas dans les unions d'États en droit international public ou du maire comme représentant de l'État dans la commune.

²⁹⁵ Décision n°2010-618 DC du 9 janvier 2010 (cons. 21). Cette décision, dont on peut regretter que l'argumentation reste sommaire, va dans le même sens qu'une précédente décision du Conseil constitutionnel relative à la Nouvelle-Calédonie : décision n°85-196 DC du 8 août 1985 (cons. 11).

s'exerçant par définition sur un autre organe autonome. Il apparaissait dès lors assez contradictoire d'user simultanément de ces deux arguments²⁹⁶.

B. Les catégories de collectivités territoriales à statut constitutionnel en droit allemand

En Allemagne aussi, deux catégories de collectivités locales bénéficient de la garantie institutionnelle globale établie par l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale au terme duquel « aux communes doit être garanti le droit de régler, sous leur propre responsabilité, toutes les affaires de la communauté locale, dans le cadre des lois. Les groupements de communes ont également le droit d'auto-administration dans le cadre de leurs attributions légales et dans les conditions définies par la loi ». Déterminer la portée de cette garantie institutionnelle globale suppose de distinguer entre ces deux catégories de collectivités locales et de définir plus exactement ce qu'elles recouvrent respectivement²⁹⁷. Nous commencerons par l'étude des communes (I) avant d'envisager le cas des groupements de communes (II).

I. La diversité des types de communes et le concept de « communauté locale »

La première catégorie de collectivité locale dont la structure est garantie par la Loi fondamentale est la « commune » (*Gemeinde*). Définie par l'article 28 alinéa 2 comme l'organe en charge des affaires de la « communauté locale », la commune est une structure administrative autonome dont le domaine territorial de validité des normes couvre le territoire de base de l'organisation administrative de l'État²⁹⁸. La garantie institutionnelle de l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale s'applique à l'ensemble des structures correspondant à cette définition, indépendamment de la spécificité de leur régime juridique et de leur

²⁹⁶ Sur la question des rapports entre départements et régions en particulier du point de vue de l'interdiction constitutionnelle de tutelle d'une collectivité sur une autre, v. G. CHAVRIER, « Les conseillers territoriaux : questions sur la constitutionnalité d'une création inspirée par la Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 2382-2383 ; B. FAURE, « Le regroupement départements-région : remède ou problème ? », *AJDA*, 2011, p. 86-91.

²⁹⁷ En outre, cette distinction concerne l'attribution différenciée de compétences à ces deux catégories de collectivités, les communes disposant de la compétence pour gérer l'ensemble des affaires de la communauté locale, la compétence des groupements de communes se limitant elle aux seules compétences attribuées par la loi. Nous reviendrons ultérieurement sur cet aspect, v. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

²⁹⁸ C. WELZ, « Collectivités locales en Allemagne : entre fédéralisme et subsidiarité », in A. DELCAMP, J. LOUGHLIN (dir.), *La décentralisation dans les États de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 32.

dénomination, la Cour constitutionnelle fédérale se référant elle aussi dans sa jurisprudence au concept générique de « communauté locale »²⁹⁹.

À la différence du droit français, le droit communal allemand distingue traditionnellement entre deux grandes catégories de communes³⁰⁰. Les premières, largement majoritaires, sont les communes rattachées à un arrondissement³⁰¹ (*kreisangehörige Gemeinde*). Les secondes, beaucoup moins nombreuses, sont les villes à statut d'arrondissement³⁰² (*kreisfreie Städte*, parfois également dénommées *Stadtkreise*). Ces villes disposent, comme leur nom l'indique, d'une double fonction : elles font à la fois office de communes et d'arrondissement. On en compte aujourd'hui 107³⁰³. Notons que sont intégrées dans ce calcul les villes de Brême et de Bremerhaven du *Land* de Brême³⁰⁴, mais également les villes d'Hambourg³⁰⁵ et Berlin³⁰⁶ dont le statut est cependant plus spécifique car elles sont des cités-États (*Stadtsstaat*). Par conséquent, elles sont généralement davantage assimilées à des *Länder* au regard de leur statut, lequel n'est du reste pas sans rappeler celui des cités d'Empire (*Reichsstadt*) du Saint Empire romain-germanique³⁰⁷.

La situation des villes à statut d'arrondissement ressemble en revanche à celles des villes franches (*freie Stadt*) du Saint Empire romain-germanique³⁰⁸. Cette distinction entre les

²⁹⁹ V. par exemple la décision du 9 décembre 1987 relative au groupement de communes (*Stadtverband*) de Sarrebruck : BVerfGE 77, 288 (302).

³⁰⁰ Sur les origines historiques de la dualité de statut communal, v. G. MARCOU, « L'administration publique en Allemagne et en France : des systèmes différents, des valeurs communes », *RFAP*, 1996, p. 357.

³⁰¹ V. G. SEELE, « L'administration en zone rurale », *RFAP*, 1996, p. 320.

³⁰² V. J. ZILLER, *Administrations comparées*, Paris, Montchrestien, 1993, p. 208.

³⁰³ Données au 31 décembre 2016 publiée en février 2018 par l'Agence fédérale des statistiques (*Kreisfreie Städte und Landkreise nach Fläche, Bevölkerung und Bevölkerungsdichte am 31.12.2016* : <https://www.destatis.de>). Ceci représente une population de plus de 26 millions d'habitants.

³⁰⁴ M. GÖBEL, « Bremen », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., p. 771-796.

³⁰⁵ H.-P. BULL, « Hamburg », in *ibid.*, § 26b, p. 743-769.

³⁰⁶ W. HURNIK, « Berlin », in *ibid.*, § 26a, p. 717-742.

³⁰⁷ Sur la délimitation du concept de « commune » et « collectivité territoriale de droit public » en droit allemand, v. A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, op. cit., p. 228-232 ; et en droit comparé, v. A. DELCAMP, J. LOUGHLIN, « La décentralisation dans les États de l'Union européenne », in A. DELCAMP, J. LOUGHLIN (dir.), op. cit., p. 16-20 ; G. MARCOU, « Les collectivités locales dans les constitutions des États unitaires en Europe », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°42, 2014, p. 65-66 ; G. MARCOU, « L'autonomie communale : étude comparative », *Pouvoirs* n°95, 2000, p. 69-73.

³⁰⁸ G.-C. v. UNRUHE, « Ursprung und Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung im frühkonstitutionellen Zeitalter », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., § 4 ; H. NEUHAUS (dir.), *Selbstverwaltung in der Geschichte Europas in Mittelalter und Neuzeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010 ; M. FROMONT (dir.), *Les Compétences des collectivités*

communes rattachées à un arrondissement et celles à statut d'arrondissement remonte historiquement au « statut des villes de Prusse » de 1808 (*preußische Städteordnung*), le droit à l'autonomie locale ayant d'abord été accordé aux seules villes avant d'être élargi en 1891 aux communes des zones rurales³⁰⁹. D'un point de vue comparé, cette diversité des statuts communaux donne à voir une différence intéressante avec le droit français, lequel est, depuis la Révolution de 1789, au contraire marqué par le principe d'uniformité du statut des communes. Expression du principe d'égalité, notamment devant l'impôt, et conséquence de l'abolition des privilèges d'Ancien-Régime dont bénéficiaient à l'époque certaines structures locales³¹⁰, l'uniformité du statut des communes tend en France à perdre de son importance depuis une trentaine d'année. Le développement de communes à statut particulier comme Paris, Lyon et Marseille, la création récente des métropoles ou encore la diversification des modalités de scrutin selon les tailles des communes sont autant d'illustrations de cette lente remise en cause de la règle traditionnelle de l'uniformité³¹¹.

Au sein des communes rattachées à un arrondissement, les législations fédérées distinguent généralement entre les « communes ordinaires » et les villes à statut particulier. Les dénominations de ces dernières varient selon les *Länder* : on parle notamment de « grande ville d'arrondissement » ou de « ville autonome » (*selbstständige Gemeinde*). Ces statuts particuliers ont été la plupart du temps introduits dans la foulée des réformes territoriales des années 70 en vue de compenser la perte de prestige résultant du déclassement de certaines villes. Bien que désormais rattachées à l'arrondissement, ces villes bénéficient par rapport aux « communes ordinaires » de certaines compétences « supralocales »

territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suisse), Bruxelles/Paris, Bruylant/Litec, 1987, p. 15-17 ; G. MARCOU, « L'autonomie des collectivités locales en Europe : fondements, formes et limites », in CAISSE DES DEPÔTS ET CONSIGNATION, *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, Paris, GRALE CNRS/Éditions de l'Aube, 1999, p. 43-47.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 44 ; v. également B. WUNDER, « L'administration territoriale des départements allemands annexés par l'Empire napoléonien », in M. PERTUÉ (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Orléans, Presses de l'Université d'Orléans, 1998, p. 349-361 ; U. WOLTER, « Les réformes administratives en Bavière et en Prusse au début du XIX^e siècle : l'exemple des chartes communales », in J. MOREAU, M. VERPEAUX, J.-F. AUBERT (dir.), *Révolution et décentralisation*, Aix-en Provence, Economica, 1992, p. 126-133 ; G. PÜTTNER, « 200 Jahre Preußische Städtordnung », *DÖV*, 2008, p. 973-975

³¹⁰ Sur la diversité de l'Ancienne France et notamment sur la différence entre les pays d'État, les pays d'élections et les pays d'imposition ainsi que les villes dotées d'un statut particulier : P. SUEUR, *Histoire du droit public français, XV^e-XVIII^e siècle*, t. 1, PUF, Paris, 2007, p. 326-339. V. également d'un point de vue comparé : W. PARAVICINI, K. F. WERNER (dir.), *Histoire comparée de l'administration (IV^e-XVIII^e siècles)*, Zurich, Artemis Verlag, 1980.

³¹¹ Sur cette évolution, v. Y. JEGOUZO, M. VERPEAUX, « Les collectivités territoriales », *op. cit.*, p. 273-304 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 89-121.

supplémentaires. En revanche, les subdivisions communales telles que les districts communaux (*Bezirk*) notamment des villes-États ne bénéficient, elles, pas d'une telle garantie, étant donné que ces structures ne sont pas juridiquement autonomes mais rattachées à une commune³¹².

II. Le caractère délibérément indéterminé du concept de « groupements de communes »

La seconde catégorie de collectivités locales protégée par la garantie institutionnelle de l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale est le « groupement de communes » (*Gemeindeverbände*). Il importe de ne pas l'assimiler aux « groupements de communes » du droit français. Cette expression générique et quelque peu « énigmatique »³¹³ désigne principalement les « arrondissements » (*Kreis*) auxquels la Constitution fédérale fait d'ailleurs explicitement référence au premier alinéa de l'article 28³¹⁴. La doctrine majoritaire en a donc à juste titre déduit que ceux-ci bénéficiaient d'une garantie catégorielle globale en vertu de la Loi fondamentale³¹⁵.

³¹² Dans ce sens, H. DREIER, « Artikel 28 : Homogenitätsgebot ; kommunale Selbstverwaltung », in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 3^{ème} éd., p. 712-713-695 ; K.-A. SCHWARZ, *Systeme der Ortschaftsverfassung und der Bezirksgliederung*, in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., p. 802 Certaines législations fédérées parlent à propos de ces subdivisions de « districts » (*Bezirk*), qui ne doivent pas être confondus avec les districts régionaux existant dans certains grands *Länder*, comme en Bavière ou dans le Bade-Wurtemberg : M. FRANK, « L'administration des *Länder* », *RFAP*, 1996, p. 305-315. De façon générale, la diversité des statuts et des dénominations selon les *Länder* ainsi que la multiplication des homonymies rendent l'exposé détaillé de l'organisation administrative des *Länder* allemands – inutilement – compliquée et laborieuse : M. BURGI, *Kommunalrecht*, op. cit., p. 18-20. Pour une vue d'ensemble : W. THIEME, « Die Gliederung der deutschen Verwaltung », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., p. 147-158.

³¹³ W. LÖWER, « Art. 28 », in I. MÜNCH, P. KUNIG (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, t. 1, Munich, C.H. Beck, 2012, 6^{ème} éd., n°93. Sur les rapports entre communes et groupement de communes, v. M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006, p. 25 et 32 ; R. ARNOLD, « Autonomie régionale et locale et constitutions – Allemagne », *Annuaire international de Justice constitutionnelle*, 2006, p. 108-109 ; C. WELZ, « Collectivités locales en Allemagne : entre fédéralisme et subsidiarité », in A. DELCAMP, J. LOUGHLIN (dir.), *La décentralisation dans les États de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 41-44 ; G. SEELE, « L'administration en zone rurale », op. cit., p. 317-330. En langue allemande : H. MEYER, « Die Entwicklung der Kreisverfassungssysteme », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., p. 661-677 ; A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, op. cit., p. 234-243 ; H. DREIER, « Artikel 28 », op. cit., p. 752-753.

³¹⁴ Art. 28I LF : « Dans les *Länder*, les arrondissements et les communes, le peuple doit avoir une représentation issue d'élections au suffrage universel direct, libre, égal et secret. Pour les élections dans les arrondissements et communes, les personnes possédant la nationalité d'un État membre de la Communauté européenne sont également électrices et éligibles dans les conditions du droit de la Communauté européenne ». Certaines législations fédérées emploient également l'expression d'arrondissement rural (*Landkreis*).

³¹⁵ P. J. TETTINGER, « Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., p. 202-204. Dans ce sens

Mais l'arrondissement n'épuise pas les formes de coopération intercommunale et les constitutions fédérées peuvent également garantir l'établissement et le maintien d'autres catégories de collectivités locales³¹⁶. Certaines structures intercommunales ont une vocation générale, comme les communes associées (*Samtgemeinde*) en Basse-Saxe, les unions de communes (*Verbandsgemeinde*) en Rhénanie-Palatinat, les offices communaux (*Ämter*) en Schleswig-Holstein, les groupements d'administration intercommunale en Bade-Wurtemberg et en Hesse ou les communautés administratives en Bavière. Il existe également des organismes à vocation plus spécifique, comme les organismes de coopération ville-campagne (*Stadt-Umland-Verbände*) de Francfort et Sarrebruck plus particulièrement en charge de la planification urbaine, sans compter les syndicats de communes à vocation spéciale (*Zweckverband*). On compte également au sein de certains *Länder* des structures dont l'assise territoriale est plus large et parfois qualifiée de « régionale ». Il s'agit généralement d'organismes de coopération établis au-dessus de la commune et de l'arrondissement que l'on retrouve principalement dans les *Länder* de grande taille. La doctrine parle à ce propos de groupements intercommunaux supérieurs (« *höhere Gemeindeverbände* »). Certains sont des collectivités locales, d'autres des établissements de coopération régionale. Parmi les premières, on compte par exemple les districts régionaux de Bavière (*Regierungsbezirk*) et de Rhénanie-Palatinat (*Bezirkverband*) dont les origines remontent à l'occupation napoléonienne et qui ont été créés sur le modèle des départements français³¹⁷.

Quelles sont les structures intercommunales³¹⁸ ou régionales³¹⁹ qui, au vu cette édifiante diversité, sont celles qui bénéficient d'une garantie catégorielle globale ? La réponse apportée à cette interrogation varie en fonction des *Länder* et des auteurs³²⁰ et n'exige pas d'être

également : décision de la Cour constitutionnelle du 7 février 1991 sur la taxe d'arrondissement sur les hôpitaux (*Krankenhausumlage*) : BVerfGE 83, 363 (383).

³¹⁶ V. H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 715-719 ; A. HÖRSTER, « Höhere Kommunalverbände », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, *op. cit.*, p. 901-934.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 903.

³¹⁸ V. K. WAECHTER, *Kommunalrecht*, Cologne, Carl Heylanns Verlag, 1997, 3^{ème} éd., p. 45-51 ; G. MARCOU, « L'aménagement du territoire en France et en Allemagne », in H. JACQUOT, G. MARCOU, A. CATHALY STELKENS (dir.), *Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne. Loi sur l'aménagement du territoire et Code de l'urbanisme*, Paris, La Documentation française, 2003 p. 46-50 ; M. FROMONT (dir.), *Les Compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement*, *op. cit.*, p. 15-34.

³¹⁹ V. A. HÖRSTER, « Höhere Kommunalverbände », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, *op. cit.*, p. 901-934.

³²⁰ C'est par exemple le cas des districts régionaux de Bavière (art. 9 et 11 de la Constitution bavaroise) et de Rhénanie-Palatinat (art. 78 de la Constitution de Rhénanie-Palatinat).

exposée en détail ici. Un maigre indice pour déterminer ce qu'est un « groupement de communes » nous est cependant fourni par un arrêt du 24 juillet 1979 relatif aux offices supracommunaux³²¹ (*Ämter*). Cette décision a été rendue par la Cour constitutionnelle fédérale, jugeant cependant en tant que Cour constitutionnelle du *Land* de Schleswig-Holstein, conformément à l'article 99 de la Loi fondamentale. La Cour y définit les groupements communaux certes en fonction des dispositions de la Constitution fédérée (*Landessatzung*) de cet État, mais son argumentation peut, par analogie, s'appliquer au concept de « groupement de communes » de la Loi fondamentale. Pour la Cour, ne peuvent prétendre au statut de groupement de communes que « les organismes de coopération intercommunale qui constituent des collectivités territoriales exerçant des tâches d'administration autonome ou à tout le moins exercent des compétences décentralisées d'un poids tel qu'ils s'apparentent à des collectivités territoriales »³²². Autrement dit, le seul critère de l'élection ne suffit pas à élever au rang de groupement de communes tout organisme de coopération intercommunale. Il importe également que son domaine et son volume de compétences soient suffisamment large.

La Cour prend par ailleurs le soin de pointer dans cet arrêt le caractère sciemment générique du concept de « groupement de communes ». Celui-ci serait « sans contenu précis et certain. La seule chose sur laquelle la doctrine juridique se serait accordée est que les arrondissements sont bien des groupements de communes, tandis que les établissements de coopération intercommunale (*Zweckverbände*) ne seraient pas à ranger dans cette catégorie en raison des limites à leur domaine de compétence. »³²³.

Ce choix de se référer, dans l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale, à un concept aussi indéterminé s'explique selon nous pour deux raisons. Premièrement, ce choix vise à souligner que les collectivités supracommunales sont créées en vue d'agir en complément – on pourrait dire au soutien – des communes avec lesquelles elles sont territorialement et fonctionnellement imbriquées. Concrètement, on parle de « groupement de communes » notamment en raison de la taxe d'arrondissement (*Umlage*) prélevée de façon unilatérale sur le budget des communes à statut ordinaire situées sur le territoire du groupement de communes. Cette taxe sert à financer les compétences que les communes ne sont pas en

³²¹ Décision du 24 juillet 1979 *Schleswig-Holsteinische Ämter* : BVerfGE 52, 95.

³²² BVerfGE 52, 95 (109).

³²³ BVerfGE 52, 95 (110).

mesure d'assumer et que les groupements de communes prennent alors en charge³²⁴. En outre, ce choix traduit la volonté du constituant fédéral de ne pas empiéter sur l'autonomie constitutionnelle des *Länder*. Or, c'est justement dans l'organisation de ce niveau territorial supracommunal que l'hétérogénéité entre les *Länder* est la plus poussée, bien que le législateur constitutionnel et ordinaire fédéré soient néanmoins contraints de respecter les exigences posées par la Loi fondamentale.

§2 Les collectivités locales comme composantes de l'ordre constitutionnel fondamental ?

Il importe maintenant d'envisager plus précisément la question du degré de la garantie institutionnelle globale. Ceci implique de s'interroger sur la rigidité de la protection dont bénéficient les collectivités locales à statut constitutionnel. Les textes constitutionnels français et allemand vont-ils jusqu'à accorder aux collectivités locales une garantie institutionnelle globale absolue qui interdirait au législateur constitutionnel fédéral ou national de supprimer ce type de structure ? La garantie institutionnelle globale des collectivités locales est-elle une composante de l'ordre constitutionnel fondamental ? Pour apprécier le caractère rigide voire intangible de cette protection constitutionnelle, il s'avère utile de distinguer la situation des collectivités locales dans l'État unitaire décentralisé français (A) de celle, plus complexe, des collectivités infra-étatiques dans l'État fédéral allemand (B).

A. Les limites constitutionnelles à la suppression des collectivités locales en droit français

Ainsi que nous l'avons vu, l'habilitation du législateur ordinaire à créer de nouvelles catégories de collectivité territoriales en y intégrant certaines collectivités territoriales *particulières* ne s'étend pas à la suppression d'une catégorie entière de collectivités locales

³²⁴ E. SCHMIDT-ABMANN, « Perspektiven der Selbstverwaltung der *Landkreise* », *DVBl.*, 1996, p. 535 ; H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 752-753 ; P. J. TETTINGER, « Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, *op. cit.*, p. 204 ; M. FROMONT (dir.), *Les Compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement*, *op. cit.*, p. 24-26 ; M. NIERHAUS, « Artikel 28 : Verfassungsmäßige Ordnung in den *Ländern*, Wahlrecht, kommunale Selbstverwaltung, Gewährleistung durch den *Bund* », in M. SACHS (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2014, 7^{ème} éd., p. 1070-1071.

constitutionnelles³²⁵. Communes, départements et régions bénéficient par conséquent en tant que collectivités locales constitutionnelles d'une garantie institutionnelle globale renforcée qui s'impose législateur ordinaire. Les supprimer totalement exigerait donc de réviser la Constitution. La question qui se pose alors est de savoir si elles bénéficient en plus d'une garantie globale absolue. Autrement dit, cette garantie de l'institution des collectivités locales comme composantes de l'organisation administrative distinctes de l'État central et dotées de compétences propres compte-t-elle parmi les limites matérielles à la révision de la Constitution, qui dès lors s'imposent au législateur constitutionnel ? Le législateur constitutionnel peut-il supprimer cette garantie globale ? Traiter ces questions exige d'identifier les limites constitutionnelles à l'exercice du pouvoir de révision de la Constitution³²⁶. Ceci suppose de définir le concept de « forme républicaine du Gouvernement » et de (I) et déterminer comment s'articulent les concepts de décentralisation et d'indivisibilité (II).

I. La décentralisation comme composante de la forme républicaine du gouvernement

Conformément à l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution française, la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision. Considérer que les collectivités locales à statut constitutionnel ne peuvent être supprimées lors d'une révision de la Constitution nécessite par conséquent d'admettre en premier lieu que la « forme républicaine du Gouvernement » n'empêche pas seulement la restauration d'une monarchie, mais englobe « un ensemble de valeurs très proche de ce que l'on appelle, ailleurs, l'ordre constitutionnel fondamental »³²⁷. Une telle conception extensive semble se justifier. Comme a pu le souligner Otto Pfersmann, la reprise de cette disposition tant en 1946 qu'en 1958 ne

³²⁵ V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 127-128 ; v. supra §1 de la présente section.

³²⁶ Sur cette question, v. notamment F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2014, 35^{ème} éd., p. 435-437 ; R. GUASTINI, « L'interprétation de la Constitution », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 501-502 ; X. MAGNON, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis Favoreu », *RFDC*, 2004, p. 595-617 ; B. GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 1998, p. 909-921 ; O. BEAUD, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, p. 1056-1064.

³²⁷ O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », in L. FAVOREU et al (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 128. Sur la forme républicaine du Gouvernement comme limitation constitutionnelle matérielle à la révision de la Constitution, v. en particulier : O. JOUANJAN, « La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *La République en droit français*, Economica, Paris, 1996, p. 267-287 ; J. ROBERT, « La forme républicaine du Gouvernement », *RDP*, 2003, p. 359-366.

pouvait plus signifier la même chose que lors de sa première adoption en 1884, « la restauration n'étant plus guère d'actualité après la Seconde Guerre mondiale »³²⁸.

Partant de cette signification, il importe en second lieu d'identifier ces principes constitutionnels fondamentaux. On peut à cet égard raisonnablement considérer que l'article 1^{er} de la Constitution française définit, en partie du moins, cet ensemble de valeurs. Cette disposition établit que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ». À ce stade, la question qui se pose est double. Elle revient d'une part à déterminer si le principe de décentralisation peut, d'un point de vue formel, compter parmi les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel français et, d'autre part, si ce principe peut imposer, sur le fond, l'institution de collectivités locales.

À la différence des principes d'indivisibilité, de laïcité, d'État démocratique et social qui figuraient dès l'origine dans le texte de la Constitution de 1958, la mention du caractère décentralisé de l'organisation administrative de la République française a été ajoutée lors de la révision constitutionnelle de mars 2003³²⁹. Considérer que la décentralisation est une composante de la « forme républicaine du gouvernement » suppose donc d'accepter que les principes qui composent l'ordre constitutionnel fondamental puissent eux-mêmes faire l'objet d'une révision. Ceci semble de prime abord contraire à l'intangibilité des limites matérielles à la révision constitutionnelle, laquelle est une condition nécessaire à leur effectivité. Concrètement, cela veut dire qu'il suffirait au préalable de réviser l'article 1^{er} de la Constitution afin de vider de son contenu l'interdiction prévue par l'article 89 de réviser la « forme républicaine du gouvernement », entendue au sens large. Autoriser cela conduirait à ôter toute portée normative à ces limites matérielles et à les rendre par conséquent sans objet, tout du moins d'un point de vue juridique³³⁰. Ceci n'exclut toutefois pas de défendre une approche plus fine et différenciée des conditions de modification des limites matérielles à la

³²⁸ O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 128 ; dans un sens plus restrictif, O. JOUANJAN, « La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 286.

³²⁹ Article 1^{er} de la loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

³³⁰ Il s'agirait comme le note justement Olivier Jouanjan d'un détournement de pouvoir. Sur le caractère fallacieux de la thèse des révisions successives, v. O. JOUANJAN, « La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 274-275 ; dans le même sens : O. BEAUD, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, p. 1056.

révision de la constitution et d'admettre en l'occurrence qu'il demeure possible de préciser le sens de ces limites matérielles, sans que ceci porte atteinte à leur intangibilité³³¹.

Or, en 2003, un groupe de sénateurs a justement porté un recours devant le Conseil constitutionnel car ils estimaient que la décentralisation méconnaissait le caractère indivisible de la République française et portait ainsi atteinte à la « forme républicaine du gouvernement ». Dans l'interprétation faite par ces parlementaires, non seulement le principe de décentralisation n'aurait pu valablement être introduit en droit constitutionnel français, mais il ne pouvait *a fortiori* compter parmi les principes de l'ordre constitutionnel fondamental³³². Une telle interprétation nous semble cependant erronée. Selon nous, non seulement décentralisation et indivisibilité ne s'opposent pas, mais la révision de mars 2003 a bien davantage précisé le sens à donner à la « forme républicaine du gouvernement » et plus particulièrement au principe d'indivisibilité.

II. Le fédéralisme comme limite matérielle à la révision de la Constitution

En insérant la mention du caractère décentralisé de l'organisation de la République française, l'intention du législateur constitutionnel était d'une part de rappeler que le principe d'indivisibilité signifie qu'en France, la formation d'un État fédéral est interdite³³³. La décentralisation mentionnée dans l'article 1^{er} de la Constitution française n'est pas une décentralisation de type fédéral, laquelle est d'un degré supérieur. Dans un système fédéral, les collectivités fédérées disposent en particulier d'une autonomie constitutionnelle, de compétences législatives propres et sont généralement associées au processus de révision de la Constitution fédérale. Bien que cette différence avec la décentralisation par autonomie locale ne soit que graduelle, elle n'en est pas moins importante et en tous cas suffisante à distinguer ces deux types de décentralisation³³⁴. Le fédéralisme constitue donc bien une

³³¹ Voir sur cette question plus largement : O. PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 353-374. On notera d'ailleurs qu'en 1884, l'introduction de l'interdiction de modifier la forme républicaine du Gouvernement avait été réalisée par une loi de révision constitutionnelle.

³³² V. saisine par 60 sénateurs, décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2003/2003-469-dc/saisine-par-60-senateurs.101124.html>, consultée le 15 août 2017.

³³³ V. P. DOLLAT, « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'État unitaire à l'État uni », *RFDA*, 2003, p. 670-677. V. également *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

³³⁴ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 163-174 ; H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 608-614.

limite matérielle directe à la révision de la constitution française. Le concept de décentralisation auquel l'article 1^{er} de la Constitution fait référence définit lui une autre forme d'organisation territoriale des compétences dans le cadre de laquelle des structures locales distinctes de l'État central sont en charge de gérer l'administration autonome, conformément à la définition de la décentralisation qui en traditionnellement donnée dans la littérature juridique française³³⁵.

D'autre part, cet ajout permet de préciser que l'institution de collectivités locales constitue une constante de la « forme républicaine du gouvernement » en France au moins depuis la III^{ème} République³³⁶. Il ne s'agissait pas en l'espèce de supprimer une limite matérielle à la révision de la Constitution mais de clarifier la portée du principe d'indivisibilité, lequel s'accorde avec l'institution de collectivités locales en charge de l'administration autonome. On peut dès lors raisonnablement estimer que la décentralisation compte parmi les principes de l'ordre constitutionnel fondamental français. Ceci ne signifie cependant pas que soit protégée de façon absolue l'institution des régions, des départements et des communes. En revanche, cela permet d'affirmer que le maintien de collectivités locales comme structure décentralisée bénéficie, lui, d'une telle garantie.

³³⁵ V. notamment G. MARCOU, « Les collectivités locales dans les constitutions des États unitaires en Europe », *op. cit.*, p. 63-87, spécialement p. 63-69 ; N. KADIA, *Les collectivités territoriales dans l'Union européenne : vers une Europe décentralisée*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2010, p. 7-10 ; H. ALCARAZ, « Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », *RFDA*, 2009, p. 497-514 ; A. ROUX, « Constitution, décentralisation, et libre administration des collectivités territoriales », in *Mélanges en hommage à Francis Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2007, p. 1379-1390 ; G. PROTIÈRE, *La puissance territoriale. Contribution à l'étude du droit constitutionnel local*, thèse, Lyon 2, 2006, p. 207-213 : http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2006/protiere_g/#p=0&a=top, consultée le 15 août 2017 ; M. VERPEAUX, « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos », *RFDA*, 2003, p. 661-669. Voir pour la littérature avant la révision de 2003 : L. FAVOREU, A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *op. cit.*, p. 88-92 ; A. ROUX, « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *RFDA*, 1992, p. 435-452 ; F. LUCHAIRE, « L'émergence d'un droit constitutionnel de la décentralisation », *AJDA*, 1992, n° spécial « Décentralisation - Bilan et perspectives », p. 25-29 ; L. FAVOREU, « Libre administration et principes constitutionnels », in G. DARCY, J. MOREAU (dir.), *La Libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*, Aix-en-Provence, Economica, 1984, p. 67-71 ; L. FAVOREU, « Les bases constitutionnelles de la décentralisation », in J. MOREAU, M. VERPEAUX (dir.), *op. cit.*, p. 83-88 ; F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », *RDP*, 1982, p. 1543-1566 ; L. FAVOREU, « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1258-1287 ; C. AUTEXIER, « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *RDP*, 1981, p. 581-620 ; S. FLOGAITIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, LGDJ, 1979, p. 9-27.

³³⁶ V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 53-56 ; M. DOAT, *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2003, p. 192-203 ; C. BACCOYANNIS, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Economica, Paris, 1993, p. 25-75 ; L. FAVOREU, « La notion constitutionnelle de collectivité territoriale », in *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de J. Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 155-163.

Cette proposition doit néanmoins être fortement tempérée au vu de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel en matière de contrôle des révisions de la Constitution. Le Conseil constitutionnel s'est en effet déclaré incompétent dans sa décision du 26 mars 2003 à statuer sur la révision de la constitution car il assimile, à tort selon nous, le pouvoir de révision de la constitution au pouvoir constituant et souverain³³⁷. Il en résulte qu'en France, le législateur constitutionnel dispose d'un pouvoir discrétionnaire total vis-à-vis du contenu des révisions de la Constitution. Ceci représente une différence de taille avec la situation allemande³³⁸. En France, la question de la détermination du domaine et de la portée des limites matérielles à la révision de la Constitution reste en tout état de cause ouverte.

B. Les limites constitutionnelles à la suppression des collectivités locales en droit allemand

Alors qu'en droit français, seul le législateur constitutionnel est habilité à supprimer une catégorie de collectivités locales mentionnée dans la constitution, le législateur ordinaire étant lui seulement habilité à en créer de nouvelles³³⁹, en droit allemand, la répartition des compétences en la matière obéit aux règles liées à la forme fédérale de l'État allemand. Or, le droit des collectivités locales relève conformément aux articles 28, 30 et 70 de la Loi fondamentale du domaine réservé des *Länder*. Néanmoins, l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale prescrit, comme on l'a vu, certaines règles générales en matière d'organisation administrative.

Dès lors, il importe tout d'abord de déterminer le degré d'autonomie constitutionnelle dont les États fédérés bénéficient en la matière. Peuvent-ils supprimer à leur guise voire ne pas instituer une catégorie de collectivité locale pourtant mentionnée par la Loi fondamentale ? Quel est le degré d'uniformité ou d'homogénéité requis par la Constitution fédérale ? Cette question classique dans la doctrine constitutionnelle allemande dépasse d'ailleurs le seul champ de l'organisation administrative et vaut plus largement pour

³³⁷ Décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003 (cons. 2). V. T. MEINDL, « Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent », *RDJ*, 2003, p. 741-765 ; M. CANEDO, « L'histoire d'une double occasion manquée », *RDJ*, 2003, p. 767-792 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2016, 18^{ème} éd., p. 224-233.

³³⁸ V. O. JOUANJAN, « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle – République Fédérale d'Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1994, p. 229-244.

³³⁹ Le pouvoir réglementaire peut concrétiser certaines dispositions en fusionnant des collectivités locales, mais n'est pas habilité à davantage. V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 132-135.

l'ensemble des compétences attribuées aux collectivités fédérées³⁴⁰. Y répondre exige de clarifier les marges de manœuvre dont disposent les collectivités fédérées allemandes vis-à-vis des prescriptions contenues dans la Loi fondamentale (I), puis de s'intéresser à la portée de cette garantie institutionnelle globale en cas de révision de la Constitution fédérale (II).

I. Les limites à l'autonomie constitutionnelle des Länder dans la détermination de leur organisation administrative

Il importe de commencer par situer l'enjeu de cette interrogation sur les marges de manœuvre juridiques des *Länder*. Celui-ci est double. Sur le plan théorique tout d'abord, l'autonomie constitutionnelle des États fédérés est généralement considérée comme dérivant de leur qualité d'État. Poser la question du degré de cette autonomie renvoie par conséquent à la question cruciale de la conception de l'État fédéral et suppose de définir le modèle en fonction duquel s'articulent les rapports juridiques au sein d'un ensemble décentralisé de type fédéral³⁴¹. Sur le plan juridique et plus exactement contentieux ensuite, cette interrogation exige de délimiter le domaine spatial de validité des normes constitutionnelles fédérales. Il faut à cet égard déterminer si celles-ci valent dans le droit constitutionnel des États fédérés, en particulier au regard des normes de référence du contrôle juridictionnel réalisé par les Cours constitutionnelles fédérées. Concrètement, il s'agit de savoir si une Cour constitutionnelle fédérée peut, à titre principal ou incident, se référer dans son contrôle des normes fédérées à la Loi fondamentale, et dans notre cas plus particulièrement à son article 28 alinéa 2 relatif à l'autonomie locale³⁴². S'il n'est pas possible de traiter en détail l'ensemble de ces questions, il importe néanmoins de brièvement présenter dans leurs grandes lignes les réponses que la doctrine allemande contemporaine et la jurisprudence y ont apportées.

³⁴⁰ Pour une étude en matière de droits fondamentaux, v. C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral - Etude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Paris, Fondation de Varennes, 2011.

³⁴¹ A. DITTMANN, « Verfassungshoheit der Länder und Bundesstaatliche Verfassungshomogenität », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 6, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, 3^{ème} éd., § 127, p. 202-206 ; J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 3-199 ; M. JESTAEDT, « Bundesstaat als Verfassungsprinzip », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, 3^{ème} éd., § 29, p. 785-841 ; H. BAUER, « Bundesstaatstheorie und Grundgesetz », in A. BLANKENAGEL, I. PERNICE, H. SCHULZE-FIELITZ (dir.), *Verfassung im Diskurs der Welt - Festschrift für Peter Häberle*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 645-680. ; S. OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundestaatsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.

³⁴² Pour une présentation relative de cette question en matière de protection des droits fondamentaux : C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral*, *op. cit.*, p. 414-426.

1) La portée du droit constitutionnel fédéral en droit constitutionnel fédéré

La doctrine allemande différencie traditionnellement entre trois types de normes lorsqu'il s'agit d'appréhender l'autonomie constitutionnelle des collectivités fédérées vis-à-vis du droit constitutionnel fédéral.

a) Les « prescriptions-cadres » de la Loi fondamentale

Le premier groupe est celui que l'on nommera les « prescriptions-cadres » (*Normativbestimmungen*). Selon la formule employée par la Cour constitutionnelle fédérale et depuis employée en doctrine, ces prescriptions « n'obligent les *Länder* que vis-à-vis de l'État fédéral mais ne valent pas au sein des États fédérés »³⁴³. C'est du moins l'interprétation majoritairement retenue en doctrine et en jurisprudence de l'article 28 alinéa 1 de la Loi fondamentale dénommé « clause d'homogénéité ». Cet article dispose que « l'ordre constitutionnel des *Länder* doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social, au sens de la présente Loi fondamentale. Dans les *Länder*, les arrondissements et les communes, le peuple doit avoir une représentation issue d'élections au suffrage universel direct, libre, égal et secret. Pour les élections dans les arrondissements et communes, les personnes possédant la nationalité d'un État membre de la Communauté européenne sont également électrices et éligibles dans les conditions du droit de la Communauté européenne. Dans les communes, l'assemblée des citoyens de la commune peut tenir lieu de corps élu ».

On le constate, l'alinéa premier de l'article 28 de la Loi fondamentale fixe en premier lieu les grands principes constitutionnels structurels auxquels doivent se conformer les Constitutions fédérées. En second lieu, il établit en matière de droit électoral applicable aux collectivités locales une série d'exigences qui sera contrôlée par la Cour constitutionnelle fédérale. Celle-ci pourra alors censurer toute norme fédérée contraire à ces « prescriptions-cadres »³⁴⁴. En cas de collision entre norme fédérale et norme fédérée, la doctrine allemande, ainsi que dans une moindre mesure, la jurisprudence, s'est divisée autour de deux questions. D'une part, celle de savoir si une telle collision de normes doit être réglée sur le fondement

³⁴³ Décision du 23 janvier 1957 sur la loi de Rhénanie du Nord-Westphalie réglant le mode de scrutin aux élections municipales : BVerfGE 6, 111 (114). Déjà, sur une question semblable et dans le sens, v. la décision du 5 avril 1952 : BVerfGE 1, 208 (236). V. M. NIERHAUS, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 1036-1038. Sur cette première catégorie de normes : H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 687-695.

³⁴⁴ Exemple en droit électoral (5% et droit de vote des étrangers) : H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 702-706.

de l'article 31 – « le droit fédéral brise le droit fédéré » – ou de l'article 28 alinéa 1^{er} précité de la Loi fondamentale. D'autre part et surtout, la controverse portait sur les effets juridiques d'une telle collision³⁴⁵. La position aujourd'hui majoritairement retenue est celle de la nullité des normes fédérées contraires à l'article 28 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. Ceci n'implique néanmoins pas que le droit fédéral se substitue dans de tels cas à la norme censurée de l'État fédéré³⁴⁶.

b) Les « normes fédérales d'effet direct »

À la différence des « prescriptions-cadres » qui ne créent que des obligations à l'endroit des États fédérés, la seconde catégorie de normes contenues dans la Loi fondamentale lie directement tous les pouvoirs publics, fédéraux et fédérés et créent ainsi des droits au profit de leurs destinataires. Ceci vaudrait en particulier pour les droits fondamentaux en vertu de l'article 1^{er} alinéa 3 de la Loi fondamentale, mais également – et ceci nous intéresse plus particulièrement – pour le droit à l'autonomie locale garanti à l'article 28 alinéa 2³⁴⁷.

C'est en tous cas la position retenue majoritairement en doctrine et en jurisprudence³⁴⁸, une partie minoritaire préférant classer l'article 28 alinéa 2 parmi les « prescriptions-cadres »³⁴⁹. La doctrine parle à propos de cette seconde catégorie de « normes d'effet direct » (*Durchgriffnormen*). Celles-ci restreignent donc davantage l'autonomie constitutionnelle des États fédérés en ce qu'elles sont opposables au sein des *Länder*, quand bien même elles continuent de valoir juridiquement non en tant que partie intégrante du droit fédéré mais en tant que droit fédéral.

*c) Normes constitutionnelles fédérales et droit constitutionnel fédéré
« non-écrit »*

C'est justement ce qui les distingue de la troisième et dernière catégorie de normes contenues dans la Loi fondamentale. Une partie minoritaire de la doctrine néanmoins

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 707-709 ; M. NIERHAUS, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 1043-1044.

³⁴⁶ A. DITTMANN, « Verfassungshoheit der Länder und Bundesstaatliche Verfassungshomogenität », *op. cit.*, p. 216-223.

³⁴⁷ Dans ce sens : H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 689-690 et p. 714-715 ; M. NIERHAUS, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 1048.

³⁴⁸ Décision du 20 mars 1952 sur le droit constitutionnel à l'autonomie locale : BVerfGE 1, 167 (174) ; H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 714, note n°396 ; M. NIERHAUS, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 1048.

³⁴⁹ W. LÖWER, « Artikel 28 », *op. cit.*, n°33-37.

appuyée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale et de quelques Cours constitutionnelles fédérées estime en effet que certaines normes et principes constitutionnels fédéraux font partie intégrante du droit constitutionnel des États fédérés (*Bestandteilsnormen*). On pourrait ici parler d'un « bloc de constitutionnalité fédéré » composé non pas uniquement du texte de la constitution du *Land* mais aussi de l'ensemble du droit constitutionnel fédéré dérivé du droit constitutionnel fédéral. C'est en ce sens que certains auteurs considèrent qu'une partie du droit constitutionnel fédéral représenterait une « composante non-écrite » du droit constitutionnel fédéré.

Cette position se fonde initialement sur une formule quelque peu obscure de la Cour constitutionnelle fédérale citée dans sa décision du 5 avril 1952 relative au seuil minimal requis pour être élu au Parlement du *Land* du Schleswig-Holstein. Dans cette décision, la Cour indique que « dans un État fédéral, la Constitution des États fédérés n'est pas contenue dans le seul texte de ladite Constitution, les dispositions de la Constitution fédérale interagissant (*hineinwirken*) au contraire avec elle. Seule la réunion de ce deux composantes forme la Constitution d'un État fédéré »³⁵⁰. Le caractère équivoque du terme allemand choisi par la Cour rend difficile sa définition juridique tout comme sa traduction, « *hineinwirken* » pouvant sans doute être mieux rendu en français par « affecter » ou « interagir » que par « influencer » qui semble trop faible³⁵¹. Ceci vaudrait par exemple pour l'article 21 de la Loi fondamentale relatif aux partis politiques, mais également et selon les auteurs pour l'article 3 garantissant l'égalité devant la loi ou encore pour la liberté de radiodiffusion protégée par l'article 5³⁵².

2) Le droit constitutionnel fédéral à l'autonomie locale comme standard minimal

Ces différentes conceptions de la portée juridique des normes contenues dans la Loi fondamentale ne sont pas restées à l'état de controverses doctrinales, mais ont eu d'importantes implications contentieuses. Conformément à la conception dominante d'un

³⁵⁰ Décision du 5 avril 1952 *7,5% Sperrklausel* : BVerfGE 1, 208 (232) : « *Die Verfassung der Gliedstaaten eines Bundesstaates ist aber nicht in der Landesverfassungsurkunde allein enthalten, sondern in sie hinein wirken auch Bestimmungen der Bundesverfassung. Beide Elemente zusammen machen erst die Verfassung des Gliedstaates aus, um deren Auslegung ein Verfassungsstreit entbrennen kann* ».

³⁵¹ C. FERCOT parle à ce propos de « théorie de l'influence », expression qui nous semble néanmoins insuffisamment rendre compte du fait que le droit fédéral ne se contente pas d'influencer le droit constitutionnel fédéré, mais en devient bien une composante juridique : C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral*, *op. cit.*, p. 419.

³⁵² V. A. DITTMANN, « *Verfassungshoheit der Länder und Bundesstaatliche Verfassungshomogenität* », *op. cit.*, p. 222, avec les références à la jurisprudence constitutionnelle afférente à cette question.

fédéralisme dualiste, les sphères constitutionnelles de l'État fédéral et des États fédérés sont censées être parfaitement séparées l'une de l'autre³⁵³. La Cour constitutionnelle fédérale n'a dès lors compétence que pour se prononcer sur la question de savoir si les normes soumises à son contrôle sont conformes à Loi fondamentale. Celle-ci représente la seule norme de référence de son contrôle. Les Cours constitutionnelles n'ont, elles, pour normes de référence que les Constitutions fédérées³⁵⁴.

Cette règle est néanmoins diversement interprétée et connaît différentes exceptions, les Cours fédérées réalisant à titre incident voire, pour certaines d'entre elles, à titre principal un contrôle du droit fédéré au regard du droit constitutionnel fédéral³⁵⁵. En particulier dans le cas des normes de troisième catégorie, certaines Cours constitutionnelles fédérées ont élargi les normes du « bloc de constitutionnalité » du *Land* afin de contrôler plus largement la régularité des normes fédérées qui leur sont soumises. Alors que certains voient dans cette dernière catégorie de normes une remise en cause de l'autonomie constitutionnelle des *Länder* et du principe de séparation des sphères constitutionnelles de l'État fédéral et des États fédérés, force est cependant de constater que cette interprétation tend dans le même temps à renforcer le domaine de compétences des Cours constitutionnelles fédérées³⁵⁶.

Quoi qu'il en soit, il faut retenir de cette présentation qu'en ce qui concerne la portée de l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale qui vise les communes et groupements de communes allemands, cette disposition détermine un standard minimal que les *Länder*

³⁵³ Voir notamment la décision de principe du 29 janvier 1974 relative à la loi sur le traitement des fonctionnaires du *Land* de Basse-Saxe (*Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz*) : BVerfGE 36, 342 (357 et s.). V. notamment J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 47-51 ; H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 688.

³⁵⁴ Ainsi, l'article 100 de la Loi fondamentale dispose que « si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle, il doit surseoir à statuer et soumettre la question à la décision du tribunal compétent pour les litiges constitutionnels du *Land* s'il s'agit de la violation de la constitution d'un *Land*, à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale. Il en est de même s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale par le droit d'un *Land* ou de l'incompatibilité d'une loi de *Land* avec une loi fédérale (...). Si, lors de l'interprétation de la Loi fondamentale, le tribunal constitutionnel d'un *Land* entend s'écarter d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale ou du tribunal constitutionnel d'un autre *Land*, il doit soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale ».

³⁵⁵ F.W. DOLLINGER, « Artikel 80 – Vorlagebeschluss », in C. UMBACH, T. CLEMENS, F.-W. DOLLINGER (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, C.F. Müller, 2005, 2^{ème} éd., p. 1005-1006 ; J. RÜHMANN, « § 85 – Divergenzvorlage », in *ibid.*, p. 1086-1088 ; J. PIETZCKER, « Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 6, Heidelberg, C.F. Müller, 2008, 3^{ème} éd., § 134, p. 558-564 ; C. FERCOT, *op. cit.*, p. 418-422.

³⁵⁶ V. M. MÖSTL, « Landesverfassungsrecht – zum Schattendasein verurteilt ? », *AÖR*, 2005, p. 350-391

doivent respecter et qui vaut au sein du droit des *Länder* en tant que norme de droit fédéral³⁵⁷. Ceci explique qu'en dépit de l'importante variété institutionnelle qui caractérise l'organisation administrative des *Länder*, chaque État fédéré se compose d'au moins deux catégories de collectivités locales conformément à l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale.

Les *Länder* peuvent néanmoins prévoir dans leurs textes constitutionnels des garanties modulant ou allant au-delà des exigences posées par la Loi fondamentale, par exemple en étendant ces garanties à des types de structures locales non mentionnées par la Constitution fédérale ou en précisant explicitement que la Constitution fédérée protège spécifiquement les « arrondissements » (*Kreise*) et non de façon générique les « groupements de communes » (*Gemeindeverbände*)³⁵⁸. Conformément à l'article 28 alinéa 3 de la Loi fondamentale, il incombe à la Fédération de garantir la conformité de l'ordre constitutionnel des *Länder* notamment à l'article 28 alinéa 2. Ceci peut inclure le recours au mécanisme de la contrainte fédérale, conformément à l'article 37 de la Loi fondamentale. Ce mécanisme permet au gouvernement fédéral ou à son délégué de disposer du pouvoir d'instruction à l'égard d'un *Land* récalcitrant et de son administration et de prendre les mesures nécessaires pour obliger ce *Land* à remplir ses obligations constitutionnelles³⁵⁹.

II. La garantie limitée de l'autonomie locale en cas de révision de la Loi fondamentale

Alors que les communes et les groupements de communes jouissent d'une garantie globale absolue qui s'impose au législateur constitutionnel fédéré, il n'en va pas de même au niveau fédéral. C'est à l'occasion des discussions menées au début des années 1990 autour de l'ouverture (*Europafreundlichkeit*) et des limites constitutionnelles (*Europafestigkeit*) à l'intégration européenne que s'est posée la question de savoir si l'autonomie locale comptait parmi les principes intangibles de l'ordre constitutionnel allemand. Dans un tel cas, l'autonomie locale bénéficierait d'une protection absolue s'imposant au législateur

³⁵⁷ T. MANN, T. ELVERS, « Die Rechtsquellen des Kommunalrechts », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., p. 172.

³⁵⁸ V. M. BURGI, *Kommunalrecht*, op. cit., p. 307-316 ; H. DREIER, « Artikel 28 », op. cit., p. 753-754.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 758-762 ; M. NIERHAUS, « Artikel 28 », op. cit., p. 1071-1072.

constitutionnel et obligeant à veiller que tout transfert de compétences en direction de l'Union européenne respecte ce noyau dur de l'ordre constitutionnel allemand³⁶⁰.

Pour répondre à cette interrogation, il importe tout d'abord de se référer à l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale qui fixe les limites matérielles à une révision de la Constitution fédérale. Cet article dispose que « toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe du concours des *Länder* à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ». L'article 1^{er} concerne principalement le respect des droits fondamentaux et le principe de dignité, l'article 20 renvoie lui à la protection du principe d'État de droit constitutionnel, démocratique, et social. Force est ainsi de constater que l'autonomie locale n'est pas incluse dans le domaine de protection de l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale, du moins pas explicitement.

Certains auteurs ont alors cherché à fonder une obligation constitutionnelle qui imposerait de s'assurer du respect du principe d'autonomie locale en cas de transfert de droit de souveraineté au profit de l'Union européenne à partir de l'article 23 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale, et plus particulièrement des principes de subsidiarité et de démocratie qui y sont évoqués³⁶¹. Cette lecture est cependant restée marginale dans la doctrine allemande. Celle-ci s'accorde pour considérer à juste titre que le principe d'autonomie locale ne compte pas parmi les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel fédéral insusceptibles de faire l'objet d'une révision³⁶².

³⁶⁰ M. RUFFERT, « Unions- und gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, *op. cit.*, p. 1080-1081 ; T. MANN, T. ELVERS, « Die Rechtsquellen des Kommunalrechts », *op. cit.*, p. 185-186 ; H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 680-682.

³⁶¹ B. KLEIN, *Kommunale Kooperationen zwischen innerstaatlichem Organisationsakt und Markt*, Osnabrück, V&R Unipress, 2012, p. 104-118 ; M. NIERHAUS, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 1046-1047.

³⁶² En ce sens, M. RUFFERT, « Unions- und gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 1080 ; H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 681.

Section 2 : La garantie institutionnelle nominale des collectivités locales

Ainsi que cela vient d'être mis en évidence, la garantie institutionnelle globale de niveau constitutionnel accordée aux collectivités territoriales constitue un indice important du degré d'autonomie dont elle dispose. Il est néanmoins généralement admis que l'une des raisons qui plaide en faveur de la thèse d'une différence de nature entre les simples collectivités locales et les collectivités fédérées provient du fait que ces dernières disposeraient non pas seulement d'une garantie institutionnelle globale de niveau constitutionnel, mais également d'une garantie nominale et absolue au *statu quo* territorial. Cette différence résulterait de la qualité étatique des *Länder*. Cette protection intangible est donc censée s'imposer également au législateur constitutionnel et garantir l'établissement et le maintien en l'état de chacune des collectivités fédérées.

Afin de vérifier le bienfondé de cette thèse, nous procéderons à l'étude comparée des limites constitutionnelles à la suppression unilatérale des collectivités locales et fédérées particulières en commençant par analyser le type de garantie dont bénéficient les collectivités fédérées en comparaison à celui accordé aux collectivités locales particulières (§1). Il importera ensuite de porter le regard sur les règles constitutionnelles encadrant le regroupement de collectivités locales en France et en Allemagne (§2).

§1 L'absence de garantie absolue au maintien nominal des collectivités infra-étatiques

Dans la théorie générale de l'État, l'antagonisme entre État unitaire et État fédéral comme représentant les deux formes d'État possibles repose sur la thèse d'une différence de nature entre les collectivités locales et fédérées. Cette thèse puise son fondement dans l'affirmation de la qualité étatique des collectivités fédérées. Cette étaticité suppose notamment que les collectivités fédérées bénéficieraient d'une garantie absolue à leur maintien en l'état, tandis que les collectivités locales pourraient être supprimées sans leur consentement. Or, si les *Länder* disposent certes d'une protection plus forte que celle dont profitent les collectivités locales, il n'empêche qu'il est tout à fait possible de procéder à leur fusion sans leur consentement (A). Par ailleurs, la situation des collectivités locales françaises ultra-marines mérite elle aussi d'être considérée car elle prouve que même dans un État unitaire, certaines

collectivités locales particulières peuvent parfaitement bénéficier d'une protection constitutionnelle nominale renforcée (B).

A. L'étaticité des collectivités fédérées à l'épreuve de la restructuration du territoire fédéral

Il est généralement admis que le territoire est un élément de définition de l'État et que son intangibilité – ou intégrité – est une des marques de sa souveraineté³⁶³. De façon plus remarquable pour notre propos, il est également admis que dans les ensembles fédéraux, les conditions de restructuration du territoire fédéral reflètent la différence de nature entre les simples collectivités locales et les collectivités fédérées³⁶⁴. En vertu de leur « étaticité », ces dernières sont censées nécessairement disposer d'une garantie globale et nominale au *statu quo* territorial supposée s'imposer au législateur constitutionnel (I). Nous verrons cependant que le droit positif allemand apporte un démenti à cette prétendue caractéristique du fédéralisme (II).

I. Fédéralisme « authentique » et défense de l'intangibilité des Länder

Conformément à la thèse de l'étaticité des *Länder*, toute suppression unilatérale d'une collectivité fédérée est généralement interprétée, *a minima*, comme une grave atteinte à l'autonomie³⁶⁵ des collectivités fédérées. Pour certains auteurs, ceci constitue une entorse contraire au caractère conventionnel pourtant propre aux organisations fédérales. Telle est du moins l'opinion autrefois communément défendue par d'illustres juristes de la doctrine publiciste classique, autant en Allemagne qu'en France. Pour Paul Laband, « il faut regarder comme absolument inadmissible qu'on puisse, par une loi d'Empire, enlever à des États particuliers, sans leur consentement, des droits qui resteraient acquis aux autres États. À plus

³⁶³ V. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 17 et p. 122-130. Cet auteur parle du territoire comme du reflet de la souveraineté de l'État, « sa projection spatiale ». V. également F. POIRAT, « Territoire », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1474-1478. Sur le glissement d'un pouvoir politique personnalisé à un pouvoir politique territorialisé et sur la différenciation subséquente à cette territorialisation du pouvoir politique entre souveraineté interne et externe, v. D. GRIMM, « Souveraineté », *op. cit.*, p. 584-587 ; de façon plus substantielle encore : D. GRIMM, *Souveränität*, Berlin, Berlin University Press, 2009, p. 77-81 ; H. QUARITSCHE, *Souveränität : Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jh. bis 1806*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, p. 62-65.

³⁶⁴ Dans ce sens, J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 19 ; O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2009, 2^{ème} éd., p. 324-326 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, E. de Boccard, 1927, 2^{ème} éd., p. 121-123.

³⁶⁵ Sur ce concept, v. C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral*, *op. cit.*, p. 32-38.

forte raison est-il impossible de supprimer tout à fait des États particuliers sans leur consentement, par exemple de les incorporer à d'autres États ou de les déclarer territoires de l'Empire »³⁶⁶. C'est toutefois à Carl Schmitt que revient d'avoir généralisé le plus radicalement cette idée dans sa théorie constitutionnelle de la Fédération. À la différence des théories classiques, Carl Schmitt élabore un concept de fédération qui remet en cause la distinction fondamentale entre État fédéral et Confédération. Dépassant cet antagonisme, sa théorie constitutionnelle de la Fédération prend ses distances avec l'idée de souveraineté et se fonde au contraire sur l'idée de pacte fédératif³⁶⁷. En ce sens, puisque la fédération vise à maintenir l'existence politique de tous les membres dans le cadre de la fédération, écrit Schmitt, la constitution contient, peut-être seulement implicitement mais *nécessairement*, « une garantie de l'existence politique de chaque membre de la fédération (...). Donc on ne peut enlever à un membre de la fédération une partie de son territoire contre son gré, et on peut encore moins le supprimer dans son existence politique contre son gré »³⁶⁸.

En France, Léon Duguit s'intéressera à la situation des *Länder* de la République de Weimar auquel il dénierait le caractère d'États car le Reich « peut, à son gré, modifier la situation des pays composants »³⁶⁹, rejoignant ici l'analyse également faite par Raymond Carré de Malberg³⁷⁰. Plus récemment, cette argumentation fut également reprise et développée par Olivier Beaud dans sa Théorie de la Fédération. S'interrogeant sur le fait de savoir si un État membre d'une « Fédération » peut disparaître du fait d'une décision prise unilatéralement par la « fédération »³⁷¹, cet auteur conclut, en s'appuyant en particulier sur les travaux de Carl Schmitt et sur ceux de publicistes suisses : « Une chose, néanmoins, reste sûre : la fédération ne peut *en aucun cas* commettre un « homicide » à l'égard de ses propres

³⁶⁶ P. LABAND, *Droit public de l'Empire allemand*, t. 1, Paris, Giard et Brière, 1900, éd. française, p. 205.

³⁶⁷ On se reportera utilement à ce sujet aux développements qu'y consacre Olivier Beaud dans le chapitre X de sa Théorie de la Fédération intitulé : « La fin particulariste d'une Fédération : la conservation par les États membres de leur existence politique » : O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 321-341.

³⁶⁸ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, Paris, 2013 (éd. originale de 1928, rééditée en 1989), 2^{ème} éd., p. 515.

³⁶⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 121. Il en tire la conclusion que sous Weimar, l'État allemand n'est plus un État fédéral mais État unitaire décentralisé : *Ibid.*, p. 123. Sur cette question, voir notamment les développements qu'y consacrent l'historien du droit et publiciste Ernst Rudolf Huber : E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, T. 6 « Weimarer Reichsverfassung », Stuttgart, Kolhammer, 1981, p. 55-66.

³⁷⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, « La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar », *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1923-24, p. 296-299.

³⁷¹ Il faut souligner que la « fédération » constitue dans la théorie d'Olivier Beaud « le pôle unitaire » - on serait tenté de dire, en dépit des objections de cet auteur, le « centre » - de la « Fédération ».

États membres, c'est-à-dire abolir leur existence, du moins elle ne le peut pas au sens juridique (...). D'autres exemples tirés d'autres États fédéraux, semblent confirmer la généralité de la règle.»³⁷². En d'autres termes, le véritable fédéralisme, le fédéralisme « authentique » suppose nécessairement que la protection constitutionnelle de la structure fédérale soit absolue. Elle doit ainsi s'imposer au pouvoir légiconstitutionnel et s'étendre à chaque entité fédérée en particulier. Comme le souligne Olivier Beaud : « La signification juridique de ce principe de l'intangibilité du territoire des membres de la Fédération réside, *a contrario*, dans l'exigence du consentement de l'unité fédérée intéressée.»³⁷³. Ceci marquerait l'originalité du principe fédéral qui, comme l'avait déjà vu Duguit, serait par nature davantage protégé que la décentralisation³⁷⁴.

II. La « rationalisation » du fédéralisme

Cependant, comme l'observe justement Olivier Beaud, le droit constitutionnel allemand apporte un flagrant démenti à cette règle. La protection des *Länder*, tant jadis dans la Constitution de Weimar³⁷⁵ qu'aujourd'hui dans la Loi fondamentale allemande³⁷⁶ demeure en deçà de ce degré d'intangibilité. Les procédures de restructuration du territoire fédéral qui y sont prévues autorisent au contraire le législateur fédéral à passer outre le consentement des États membres concernés. De façon schématique, on peut dire qu'il suffirait que l'Allemagne ne soit constituée que de deux collectivités fédérées pour que le principe fédéral soit garanti³⁷⁷. En vérité, selon Olivier Beaud, l'exemple allemand ne serait que l'exception

³⁷² O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 330.

³⁷³ *Ibid.*, p. 337.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 328. On se reportera également aux développements de Louis de Fur sur le passage de l'État fédéral à l'État unitaire en raison de la disparition des États particuliers qui serait réalisé, selon cet auteur, à partir du moment où est retiré aux États membres le droit de participer à « la substance même de la souveraineté », à la formation de la volonté de l'État, c'est-à-dire au pouvoir de révision constitutionnelle : L. LE FUR, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Marchal et Billard, 1896, p. 708-714.

³⁷⁵ Art. 18 de la Constitution de Weimar. V. E. R. HUBER, « Weimarer Reichsverfassung », *op. cit.*, p. 69-70 ; R. CARRÉ DE MALBERG, « La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar », *op. cit.*, p. 296-299 ; voir également les développements qu'y consacre Richard Thoma dans son célèbre article portant sur la nature juridique de l'État allemand publié dans le *Traité de droit public allemand* : R. THOMA, « Das Reich als Bundesstaat », in G. ANSCHÜTZ, R. THOMA (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998 (1930), p. 169-179.

³⁷⁶ V. l'art. 29 de la Constitution allemande. Sur la question plus globale de la restructuration du territoire fédéral, v. T. WÜRTEMBERGER, « Neugliederung », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 6, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, 3^{ème} éd., § 132, p. 424-444.

³⁷⁷ V. J. ISENSEE, « Der Föderalismus und der Verfassungsstaat der Gegenwart », *AÖR*, 1990, p. 261.

confirmant la règle³⁷⁸. Pour décrire la thèse de cet auteur, on peut ici reprendre la formule éclairante mais oubliée de Boris Mirkine-Guetzevitch dans l'entre-deux-guerres pour dire que la République de Weimar avait organisé un « fédéralisme rationalisé³⁷⁹ » afin de résoudre juridiquement le problème politique posé par l'hégémonie de la Prusse. La République de Bonn puis de Berlin aurait quant à elle perdu son fondement fédératif ou conventionnel (*bündisch*) au profit d'un fondement unitariste³⁸⁰ (*unitarisch*). La Loi fondamentale allemande autoriserait la suppression unilatérale d'un *Land* en vue, d'une part, d'optimiser pour des raisons économiques la gestion territoriale et d'assurer, d'autre part, l'homogénéité des conditions de vie sur le territoire allemand³⁸¹. Par ailleurs, la fusion des trois *Länder* du Sud-Ouest, les pays de Bade, de Wurtemberg-Bade et de Wurtemberg-Hohenzollern opérée conformément à l'article 118 de la Loi fondamentale s'est faite en vertu d'une loi fédérale et en dépit du vote négatif de la population du pays de Bade³⁸². Cette loi a été jugée conforme à la Constitution allemande par la Cour constitutionnelle fédérale dans sa décision du 23 octobre 1951. En résumé, pour Olivier Beaud, la République fédérale d'Allemagne ne serait en vérité qu'un État unitaire décentralisé paré des nobles vestiges d'un fédéralisme jadis authentique, car « un véritable fédéralisme devrait interdire la suppression d'un État membre d'une Fédération, et si l'actuelle constitution allemande ne le fait pas, c'est qu'elle ne consacre pas une véritable Fédération »³⁸³.

Or, l'emploi d'un argument prescriptif (devrait) souligne bien comment Olivier Beaud use subtilement d'un discours performatif tout en prétendant initialement ne faire que décrire une

³⁷⁸ Nous employons ici un conditionnel, l'intitulé des développements d'Olivier Beaud à ce sujet étant suivi d'un point d'interrogation : « le contre-exemple allemand ? » : O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 330.

³⁷⁹ Pour cet auteur, ce n'est cependant pas tant l'hégémonie de la Prusse qui explique que « les questions de frontières entre les divers États perdent les derniers vestiges de l'ancienne origine contractuelle de la fédération allemande » que la transformation du fédéralisme « en principe d'organisation sociale qui ne s'inspire plus de considérations dynastiques et historiques en dehors du droit » : B. MIRKINE-GUETZEVICH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1936, 2^{ème} éd., p. 21-22. Il est intéressant de noter que l'application du concept de « rationalisation » au fédéralisme n'a nullement connu le succès en doctrine qu'a eu son application au parlementarisme.

³⁸⁰ K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1962.

³⁸¹ V. sur ces paramètres, en particulier sur ceux liés aux exigences de l'État social, T. WÜRTEMBERGER, « Neugliederung », *op. cit.*, p. 437-438.

³⁸² Décision du 23 octobre 1951, BVerfGE 1,14 (35 et s.) ainsi que la décision du 30 mai 1956 BVerfGE 5, 34 (38). Sur cette réforme, v. C. LASSALLE, « Le Tribunal fédéral constitutionnel et la réorganisation des *Länder* de l'Allemagne du Sud-Ouest », *RDP*, 1952, p. 396-420 (et non Jean-Pierre Lassalle comme le note par mégarde O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 330-332).

³⁸³ Ainsi, O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 333 (nous soulignons).

règle juridique tirée des droits positifs d'autres États fédéraux. L'Allemagne n'est en effet nullement le seul État fédéral au sein duquel le droit au statu quo des États fédérés n'est pas garanti de façon absolue, intangible. C'est également le cas en Inde³⁸⁴ et au Mexique³⁸⁵ où la modification du territoire fédéral ne requiert pas le consentement des collectivités fédérées concernées. De façon plus problématique, rares sont les cas où le droit nominal au statu quo s'impose également au pouvoir de révision constitutionnelle. Ce n'est pas le cas en droit allemand. Ce n'est pas non plus le cas en droit constitutionnel canadien, où le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie du territoire n'exige pas l'accord de l'ensemble des territoires concernés, mais seulement d'une majorité renforcée des provinces canadiennes³⁸⁶. Sans qu'il soit ici utile de procéder à une étude plus détaillée qui dépasserait le cadre du présent travail, il semble en tous cas abusif de faire de l'Allemagne un contre-exemple isolé à la règle selon laquelle les collectivités fédérées bénéficieraient d'une garantie d'institution absolue, de qualité supérieure à celle dont bénéficient les collectivités locales. La différence – qu'il ne s'agit cependant pas de nier – est bien davantage de degré que de nature, les collectivités locales bénéficiant du reste elles aussi, comme nous l'avons vu, d'une garantie institutionnelle globale de niveau constitutionnel.

B. Les limites constitutionnelles à la suppression nominale des collectivités ultra-marines

Un moyen de renforcer la garantie nominale des collectivités territoriales vis-à-vis du législateur ordinaire consiste tout d'abord à énumérer leur nombre dans la Constitution. Ce fut historiquement le cas dans la Constitution du 5 fructidor an III dont l'article 3 fixait un effectif constitutionnel de départements. L'établissement en droit positif d'une garantie nominale demeure cependant exceptionnel en raison des nécessités de la vie administrative qui obligent d'adapter l'organisation territoriale à l'évolution des besoins collectifs et notamment aux changements démographiques. Une telle garantie ne peut donc concerner que

³⁸⁴ Art. 2 et 3 de la Constitution indienne.

³⁸⁵ 3^{ème} alinéa de l'article 73 de la Constitution politique des États-Unis mexicains.

³⁸⁶ Ceci est réglé aux articles 42 et 38 de la loi constitutionnelle de 1982. L'article 38 détermine la procédure de révision de la constitution du Canada qui doit être autorisée par le Parlement canadien mais également par les « résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces ». Cette formule dite « 7/50 » – deux tiers de provinces, soit 7 sur les 10 instituées et 50% de la population – n'offre de droit de veto à aucune des Provinces du Canada.

certaines collectivités particulières, explicitement désignées, et non les collectivités locales de droit commun.

C'est le cas en France des départements et régions d'outre-mer nommément désignés à l'article 72-3 de la Constitution française³⁸⁷ et pour lesquelles l'article 73 prévoit dans son septième alinéa que « La création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités ». Leur garantie nominale est donc d'une part assurée par l'exigence posée par la Constitution de recueillir leur consentement et d'autre part renforcée car leur suppression individuelle exigerait une révision de la Constitution³⁸⁸.

Par ailleurs, legs de l'histoire coloniale française, l'article 53 de la Constitution de 1958 indique que « nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées », l'article 77 de la Constitution prévoyant lui plus spécifiquement la consultation des populations de la Nouvelle-Calédonie sur l'accession de cette collectivité territoriale à la pleine souveraineté. D'un point de vue comparé, ceci est d'autant plus remarquable qu'en droit de la République fédérale d'Allemagne, aucune disposition de la Loi fondamentale ne prévoit la possibilité d'une sécession des *Länder*, en dépit de leur prétendue étaticité.

§2 : Les limites constitutionnelles à la suppression unilatérale de collectivités locales particulières

Comme nous l'avons vu, les textes constitutionnels français et allemands interdisent au législateur ordinaire et au législateur constitutionnel fédéré de supprimer les collectivités locales comme catégorie de l'organisation administrative. À ce titre, elles sont protégées de

³⁸⁷ Art. 72-3 de la Constitution française : « La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française sont régis par l'article 73 pour les départements et les régions d'outre-mer, et pour les collectivités territoriales créées en application du dernier alinéa de l'article 73, et par l'article 74 pour les autres collectivités.

Le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII.

La loi détermine le régime législatif et l'organisation particulière des Terres australes et antarctiques françaises et de Clipperton ».

³⁸⁸ Sur ces différentes questions, v. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 128-131.

façon globale par la constitution nationale ou fédérale. Seul le législateur constitutionnel fédéral ou national sera habilité à supprimer une catégorie de collectivité locale lors d'une révision de la Constitution. Le législateur ordinaire sera lui autorisé à supprimer les collectivités locales uniquement à titre individuel, par exemple en forçant des fusions de collectivités locales dans le cadre d'une réforme territoriale. Ceci ne signifie toutefois pas que sa marge de manœuvre en la matière soit illimitée. Le pouvoir discrétionnaire du législateur est au contraire soumis au respect de certaines exigences constitutionnelles. Or, de ce point de vue, la comparaison des situations allemande (A) et française (B) se révèle riche d'enseignements et de paradoxes (C).

A. Les limites constitutionnelles aux réformes territoriales en droit allemand

I. Les exigences constitutionnelles aux fusions de collectivités locales

L'étude comparée du cadre juridique des fusions de collectivités locales en France et en Allemagne laisse apparaître une première différence notable dans l'intensité du contrôle de constitutionnalité des lois réformant l'organisation territoriale. Il est en effet indéniable qu'en Allemagne, à la différence de la France, les juges constitutionnels fédéraux (1) et fédérés (2) ont très tôt pris le soin d'établir les conditions posées à une telle restructuration du territoire et d'en contrôler le respect.

1) Origines et critères du contrôle constitutionnel fédéral des fusions de communes

Dès les années 20, la Cour de justice d'État (*Staatsgerichtshof*), alors saisie dans le cadre d'un contentieux relatif aux fusions forcées de communes en Prusse, réfute l'idée que l'article 127 de la Constitution de Weimar ne serait qu'une simple disposition programmatique dénuée de substance juridique³⁸⁹. Elle s'oppose ainsi à la thèse de nombreux juristes de l'époque, à l'instar de celle défendue par Gerhard Anschütz. Auteur du commentaire de la Constitution de Weimar sans doute le plus influent de l'entre-deux-guerres, Anschütz estime que la disposition selon laquelle « Les communes et les groupements de communes ont droit

³⁸⁹ Décision « Lüttringhausen » des 10 et 11 décembre 1929 relative à la Prusse rhénane, in H. LAMMERS, W. SIMONS (dir.), *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Art. 13 Abs 2 der Reichsverfassung*, t. 2, Berlin, G. Stilke, 1930, p. 107 et s. Au total, sept décisions relatives au droit à l'autonomie des collectivités locales sont répertoriées dans le recueil Lammers-Simons, la première datant du 12 janvier 1922. Sur le droit à l'autonomie locale sous la République de Weimar, v. E. FORSTHOFF, *Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1932, p. 31 ; W. KAHL *Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 185-191 et en particulier p. 190 ; H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 670.

à l'autonomie administrative dans les limites de la loi » était « substantiellement vide » car elle accordait au législateur un pouvoir totalement discrétionnaire³⁹⁰. À l'inverse, Fritz Stier-Somlo défend l'idée que les collectivités locales posséderaient une « garantie existentielle »³⁹¹ nominale. Sans aller jusqu'à se rallier cette thèse, la Cour de justice d'État veilla dès cette période à encadrer le pouvoir discrétionnaire du législateur fédéré

C'est toutefois sous l'empire de la Loi fondamentale, et dans le cadre des importantes réformes territoriales menées entre 1967 et 1978 dans les anciens *Länder*, qu'ont été posées les conditions applicables aux fusions forcées de collectivités locales³⁹². La décision de principe de la Cour constitutionnelle fédérale en la matière date du 27 novembre 1978³⁹³. De façon schématique, on peut dire que la Cour constitutionnelle fédérale impose sans surprise que le législateur établisse la cohérence interne du système (*Systemgerechtigkeit*) qu'il compte mettre en place et démontre l'amélioration qui en est escomptée (*Verbesserungsgebot*)³⁹⁴. Il doit à cet égard effectuer une mise en balance des gains et des inconvénients de la réforme envisagée, procédure dans le cadre de laquelle il doit prendre en compte les observations des collectivités concernées et les scénarios alternatifs. En cela, la Cour constitutionnelle reprend des exigences déjà formulées par les Cours constitutionnelles fédérées qui l'ont à cet égard précédée³⁹⁵.

³⁹⁰ G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin, Georg Stilke Verlag, 1928, 8^{ème} éd., p. 334.

³⁹¹ F. STIER-SOMLO, « Das Grundrecht der kommunalen Selbstverwaltung unter besonderen Berücksichtigung des Eingemeindungsrecht », *AöR*, n°17, 1929, p. 1-93 ; v. également après la décision « Lüttringhausen » : F. STIER-SOMLO, « Der Reichsstaatsgerichtshof und das Grundrecht der Selbstverwaltung », *AÖR*, n°19, 1930, p. 255-269. Voir également son rapport lors de la réunion annuelle des Professeurs de droit public de 1925 : F. STIER-SOMLO, « Die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts », *VVDStRL*, n°2, 1925, Berlin, De Gruyter, p. 122-181. Sur la pensée de cet auteur, v. W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 205-206. Pour une critique schmittienne des idées défendues par cet auteur : E. FORSTHOFF, *Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat*, *op. cit.*, p. 31.

³⁹² Il s'agit là de la première vague de réforme, l'ancienne RFA étant passée en dix ans de 24.000 à 8.500 communes. S'en est suivie une seconde vague de fusion après la réunification allemande puis au milieu des années 2000. Sur ces réformes territoriales et fonctionnelles, voir C. WELZ, « Collectivités locales en Allemagne : entre fédéralisme et subsidiarité », in A. DELCAMP, J. LOUGHLIN (dir.), *La décentralisation dans les États de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 32-33.

³⁹³ La décision de principe de la Cour constitutionnelle fédérale concerne la commune de Laatzen : BVerfGE 50, 50 (51 sq.). Pour une décision récente : décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 19 novembre 2002 rejetant le recours de communes formé à l'encontre d'un règlement du *Land* de Saxe-Anhalt organisant un regroupement forcé de communes au sein d'un établissement de coopération intercommunale (*Verwaltungsgemeinschaft*) : BVerfGE 107, 1 (11 et s.).

³⁹⁴ V. H. DREIER, « Artikel 28 : Homogenitätsgebot ; kommunale Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 733 et p. 735.

³⁹⁵ Pour un aperçu de l'abondante jurisprudence des Cours constitutionnelles fédérées, v. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. 1, Munich, C.H. Beck, 1984, § 12, p. 410-411 ; A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, *op. cit.*, p. 247-255.

Il existe donc une obligation constitutionnelle de consulter les collectivités locales. Ses modalités concrètes demeurent cependant assez souples³⁹⁶. Du côté des gains escomptés par la fusion, il convient de prouver qu'ils visent la réalisation d'objectifs d'intérêt général tels qu'un meilleur service rendu aux citoyens ou le renforcement de la capacité administrative des collectivités locales³⁹⁷. Il importe en outre de démontrer que les inconvénients demeurent proportionnels au but poursuivi. Parmi ces inconvénients, la jurisprudence se préoccupe en particulier des implications de la fusion forcée sur ce que la doctrine allemande appelle « la vocation participative et démocratique du droit à l'autonomie locale ». En cela, elle se réfère à d'une part au risque de perte d'influence des citoyens locaux sur les décisions politiques. Outre cet aspect lié à la participation des citoyens à la décision locale, la jurisprudence attache également de l'importance au fait que le caractère honorifique de l'engagement politique local (*ehrenamtlich*) devient plus difficile à conserver dans des territoires de plus grande échelle en raison de la complexité des missions à réaliser. Le juge constitutionnel réalise alors un contrôle que l'on peut assimiler à un contrôle de proportionnalité de la réforme envisagée en analysant le caractère adéquat, nécessaire, et proportionnel au sens strict de la mesure³⁹⁸.

2) Le contrôle constitutionnel par les Cours constitutionnelles fédérées à l'exemple de la réforme territoriale de 2007 de Mecklembourg-Poméranie

La décision du tribunal constitutionnel de Mecklembourg-Poméranie du 20 juillet 2007 censurant la loi tendant à réduire de plus de moitié le nombre d'arrondissements dans ce *Land*³⁹⁹ nous fournit une illustration intéressante de la façon dont ces exigences sont contrôlées. La réforme prévoyait de remplacer les douze arrondissements de ce *Land* par cinq nouveaux grands arrondissements. De plus, le rattachement à ces nouveaux arrondissements des six villes à statut d'arrondissement de ce *Land* conduisait à leur faire perdre leur statut.

³⁹⁶ V. en particulier sur les délais la décision précitée du 19 novembre 2002 : BVerfGE 107, 1 (24). Pour une analyse de cette obligation de consulter les collectivités locales concernées : A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, op. cit., p. 276-281.

³⁹⁷ La référence à l'intérêt général ne signifie pas qu'il doit s'agir de l'intérêt de la collectivité concernée qui constitue un intérêt collectif particulier. V. sur ce point la décision de la Cour constitutionnelle fédérée du Mecklembourg-Poméranie : LVerfGE 9, 17/06, p. 50 et s : <http://www.Landesverfassungsgericht-mv.de/presse/aktuelle/download/LVFG9-17u.pdf> (consultée le 15 août 2017); v. également A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, op. cit., p. 40-41.

³⁹⁸ Décision précitée, BVerfGE 107, 1 (24).

³⁹⁹ LVerfGE 9, 17/06, p. 50 et s ; pour une critique de l'argumentation du Tribunal : H. MEYER, « Liegt die Zukunft Mecklenburg-Vorpommerns im 19. Jahrhundert ? Zum Neugliederungsurteil des Landesverfassungsgerichts », *NWZ*, 2008, p. 24-33.

Saisie, la Cour rappelle dans son jugement tout d'abord que les arrondissements ne bénéficient pas d'une garantie structurelle affaiblie vis-à-vis de celle bénéficiant aux communes. La seule différence entre ces deux catégories de collectivités locales réside dans l'amplitude du pouvoir discrétionnaire accordé au législateur en matière d'attribution des compétences, l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale attribuant aux communes le droit de régler « toutes les affaires de la communauté locale » tandis qu'il renvoie au seul législateur le soin de déterminer celles accordées aux groupements de communes.

Par ailleurs, reprenant ici la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale⁴⁰⁰, le tribunal constitutionnel de Mecklembourg-Poméranie rappelle que dans la conciliation entre les nécessités d'une action administrative efficace, laquelle favorise généralement une administration centralisée, et la plus-value démocratique résultant de la participation active des citoyens à la vie publique locale, cette dernière prime. Ceci n'interdit certes pas au législateur de réaliser les réformes rendues nécessaires par des contraintes de gestion. Mais cela lui impose de prendre en compte d'autres scénarios de réformes moins attentatoires « au caractère honorifique de l'engagement local »⁴⁰¹. Cette charge de la preuve pesant sur le législateur est par ailleurs renforcée en cas de correction d'une précédente réforme territoriale afin de garantir une certaine continuité dans les réformes entreprises et d'éviter que leur multiplication se fasse au détriment de l'intérêt des populations à bénéficier d'un cadre territorial pérenne⁴⁰².

II. La mise en œuvre des réformes territoriales depuis les années 1970 : une fusion des collectivités locales à marche forcée

On peut s'étonner qu'en dépit de cette série de contraintes juridiques, les fusions de collectivités locales décidées dans une majorité de *Länder* l'ont généralement été à l'encontre de la volonté des collectivités locales concernées⁴⁰³. Dans son étude comparée des réformes

⁴⁰⁰ La Cour se réfère en particulier aux décisions suivantes : décision du 23 novembre 1988 sur la commune de « Rastede » : BVerfGE 79, 127 (153) ; décision du 10 juillet 1990 sur la fusion de commune d'Aschendorf avec celle de Papenburg en Basse-Saxe : BVerfGE 82, 310 (313) ; décision précitée BVerfGE 83, 363 (381 et s.) ; décision précitée BVerfGE 107, 1 (11 et s.).

⁴⁰¹ LVerfGE 9, 17/06, p. 53-56.

⁴⁰² Décision du 12 mai 1992 sur la commune de « Papenburg » : BVerfGE 86, 90 (109).

⁴⁰³ K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 408 ; Sabine Kuhlmann parle à ce propos d'un mode de réforme « top down » contrairement au modèle français qui lui serait « bottom up » : S. KUHLMANN, *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa*, op. cit., p. 138. Le Bade-Wurtemberg fait à cet égard exception avec une véritable recherche d'un consensus.

relatives à l'organisation administrative et territoriale en France et en Allemagne, Sabine Kuhlmann rappelle que le système administratif local allemand était jusqu'au début des années 1960 composé d'une multitude de collectivités locales de petites tailles. Héritage des structures territoriales du XIX^{ème} siècle, ce modèle finalement assez proche de l'actuel système français a été une première fois drastiquement rationalisé entre 1968 et 1978 au motif que « 84% des communes de l'ancienne Allemagne de l'Ouest avaient moins de 2.000 habitants et n'étaient dès lors pas en mesure de fournir un niveau de services publics satisfaisant »⁴⁰⁴.

Cette réduction radicale et parfois controversée a en tous cas conduit à diminuer le nombre de communes de 24.000 à 8.500. Le nombre d'arrondissements est lui passé dans le même temps de 425 à 237 et le nombre de ville à statut d'arrondissement 139 à 91⁴⁰⁵. Il serait cependant erroné d'en déduire que ces réformes ont été conduites de façon uniforme sur l'ensemble du territoire fédéral, les différences entre les *Länder* étant tout à fait considérable. Ainsi, bien que la Rhénanie du Nord-Westphalie soit près de deux fois plus grande que la Rhénanie-Palatinat, la première compte désormais 373 communes d'une moyenne de 48.000 habitants contre près de 2.300 communes d'une moyenne de 1.700 habitants pour la seconde⁴⁰⁶. Suite à la réunification allemande, un second vent de réformes a soufflé durant les années 1990 principalement au sein des cinq nouveaux *Länder*. À cette occasion, le nombre des collectivités locales de ces territoires a été en moyenne réduit de moitié. Ici encore, ces réformes ne sont pas faites de façon uniforme, le nombre de commune du Brandebourg passant par exemple de 1.739 à 420, là où en Saxe-Anhalt, seules 231 des 1.270 communes que ce *Land* comptait ont été supprimées⁴⁰⁷.

Plus récemment, la crise durable des finances locales ainsi que les profondes mutations démographiques et notamment la désertification de certains territoires ont depuis les années 2000 de nouveau conduit à la mise en œuvre d'un nouveau train de réformes visant à réduire le nombre de collectivités locales⁴⁰⁸. Ce fut par exemple le cas en Mecklembourg-Poméranie

⁴⁰⁴ S. KUHLMANN, *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa*, op. cit., p. 68.

⁴⁰⁵ V. H. WOLLMANN, *Reformen in Kommunalpolitik und -verwaltung*, Wiesbaden, VS Verlag, 2008, p. 50-51.

⁴⁰⁶ S. KUHLMANN, *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa*, op. cit., p. 68.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 118.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 66-68 et p. 114-115. Voir également en français : S. KUHLMANN, « La réforme politique et institutionnelle des collectivités locales allemandes : entre transformation et continuité », *Annuaire des collectivités locales*, 2008, p. 189-207. Tirant un bilan positif de ces réformes : E. LAUX, « Erfahrung und

antérieure dont la réforme initialement censurée par le Tribunal constitutionnel de ce *Land* fut finalement adoptée en 2010⁴⁰⁹. De nouveau saisi d'un recours constitutionnel, le Tribunal jugea à une courte majorité la loi conforme à la Constitution. Trois des sept juges ont néanmoins estimé dans leur opinion dissidente que le législateur avait outrepassé son pouvoir discrétionnaire en créant des arrondissements d'une taille telle que cela modifiait le modèle honorifique de l'engagement politique local⁴¹⁰.

Loin de l'idée romantique d'un fédéralisme allemand bâti du « bas vers le haut », faisant la part belle à la libre administration et au respect des traditions historiques et des communautés locales, ces réformes ont, en définitive, été réalisées essentiellement pour des raisons économiques. Jugées par certains auteurs comme ayant été autoritaires et parfois inconsidérées, elles ont, quoi qu'il en soit, contribué à réduire drastiquement le nombre des collectivités locales allemandes, là où en France, le nombre de communes et de départements n'a lui en revanche quasiment pas changé depuis la Révolution française.

B. La faiblesse des limites constitutionnelles aux réformes territoriales en droit français

Le constat de la faible réduction en France du nombre de communes et de départements est d'autant plus paradoxal qu'en comparaison à l'Allemagne, le droit constitutionnel français accorde au législateur ordinaire un total pouvoir discrétionnaire en matière d'organisation territoriale, de surcroît à peine contrôlé par le juge constitutionnel (I). Ceci vaut tout particulièrement au regard de l'exigence d'obtenir le consentement des populations concernées en cas de regroupement de collectivités locales. Il convient cependant d'affiner ce constat car le droit applicable en matière de réforme territoriale varie en fonction des catégories de collectivités locales (II), principalement pour des raisons historiques et politiques (III).

Perspektiven der kommunalen Gebiets- und Funktionalreformen », in H. WOLLMANN, R. ROTH (dir.), *Kommunalpolitik*, Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, 1999, 2^{ème} éd., p. 168-185. De façon comparée et plus récente, voir G. MARCOU, « Les réformes des collectivités territoriales en Europe : problématiques communes et idiosyncrasies », *RFAP*, 2012/1, p. 183-205, en particulier 189-192.

⁴⁰⁹ *Gesetz zur Schaffung zukunftsfähiger Strukturen der Landkreise und kreisfreien Städte des Landes Mecklenburg-Vorpommern* du 12 juillet 2010, GVOBl. M-V, p. 366.

⁴¹⁰ Décisions du 18 août 2011, LVerfG 21/10, 22/10, 23/10 (http://www.Landesverfassungsgericht-mv.de/index_aktuell.htm, consultée le 15 août 2017).

I. Une jurisprudence constitutionnelle permissive et à géométrie variable

Hormis le cas de collectivités locales d'outre-mer évoqué plus haut⁴¹¹, en ce qui concerne les collectivités locales de droit commun, la Constitution n'impose nullement de recueillir leur consentement en cas de modification de leurs limites territoriales. Ainsi qu'en dispose la dernière phrase de l'article 72-1 alinéa 3 : « La modification des limites des collectivités territoriales peut également donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi ». En doctrine, d'aucuns espéraient qu'en lien avec le droit à l'autonomie locale des collectivités territoriales, cette disposition puisse servir de fondement à une obligation constitutionnelle faite au législateur d'au moins associer les collectivités locales au processus décisionnel en cas de regroupement forcé de collectivités locales. Plusieurs décisions du Conseil sont venues préciser la portée de cette faculté donnée au législateur.

1) Une jurisprudence constitutionnelle favorable à la consultation des communes

La première décision fut rendue à l'initiative de la commune de Dunkerque à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre deux décisions du préfet du Nord refusant de prononcer sa fusion avec deux autres communes. Les représentants de la commune de Dunkerque excipaient alors de l'inconstitutionnalité des articles L. 2113-2 et L. 2113-3 du Code général des collectivités territoriales. Le Conseil constitutionnel, qui se prononçait d'ailleurs pour la première fois sur une question prioritaire de constitutionnalité relative au droit des collectivités territoriales⁴¹², indique dans sa décision que « la décision de procéder à la fusion de communes ne constitue pas un acte portant atteinte à la libre administration des collectivités territoriales »⁴¹³. Si le laconisme de ce considérant et sa généralité ne permettent guère de déterminer la motivation au soutien de cette décision, force est de constater qu'en comparaison aux exigences posées dans la jurisprudence allemande, le juge constitutionnel français accorde un total blanc-seing au législateur en matière de fusion de collectivités locales ordinaires.

⁴¹¹ V. *supra* §1 B. de cette section.

⁴¹² Sur la validité du recours à la QPC pour garantir le droit à l'autonomie locale des collectivités locales, v. *infra* la Section 2 du Chapitre 2 du présent Titre.

⁴¹³ Décision n°2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque* (cons. 4). V. note de M. VERPEAUX, « Question prioritaire de constitutionnalité et principe de libre administration des collectivités territoriales », *AJDA*, 2010, p. 1594-1598.

De la lecture du « Commentaire » publié à propos de cette décision⁴¹⁴, il ressort que de tels regroupements ne portent pas atteinte à l'organisation des collectivités locales dont la compétence revient exclusivement au législateur⁴¹⁵ : « l'organisation des collectivités territoriales ne relève pas de la libre administration de celles-ci et n'y porte pas atteinte. Si la Constitution permet aux collectivités territoriales de s'administrer librement par des conseils élus dans les conditions prévues par la loi, elle ne leur garantit aucune compétence en ce qui concerne leur organisation. Celle-ci relève du pouvoir législatif, dans sa définition, ou du pouvoir exécutif, dans sa mise en œuvre. Il n'existe en effet aucun principe d'auto-organisation des collectivités territoriales »⁴¹⁶. Par ailleurs, selon le « commentaire », l'article 72-1 de la Constitution serait dotée d'une « très faible valeur normative ». Il ne serait « qu'une simple habilitation laissée à l'appréciation du législateur et ne constitue ni un droit ni une liberté qui puisse être invoqué dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution »⁴¹⁷.

Si ce second point nous semble guère contestable, le premier argument l'est davantage car toute mesure relative à l'organisation des collectivités locales affecte leur droit constitutionnel à l'autonomie locale et nécessite, par conséquent, d'être conciliée avec lui. C'est justement ce qu'a reconnu le Conseil constitutionnel quelques temps plus tard en matière d'organisation des regroupements de communes au sein d'établissements publics intercommunaux. Dans trois décisions du 26 avril 2013, il juge qu'affectent la libre administration des communes les règles relatives à l'intégration⁴¹⁸ des communes dans un établissement public de coopération intercommunale ou à leur retrait⁴¹⁹ ainsi que celles relatives à la fusion des établissements publics de coopération intercommunale⁴²⁰. Partant de là, il note toutefois que de telles limitations à la libre administration des communes sont à

⁴¹⁴ Sur la valeur doctrinale de ces productions qui accompagnent les décisions du Conseil constitutionnel : D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle – Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, p. 2-16 ; X. MAGNON, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *NCCC*, 2013, n° 38, p. 206-211 ; M. CHARITÉ, « Les commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel », *RDP*, 2015, p. 451-464.

⁴¹⁵ Commentaire de la décision n°2010-12 QPC, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°30, 2010, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201012QPCccc_12qpc.pdf, consultée le 15 août 2017.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 2.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 3.

⁴¹⁸ Décision n°2013-303 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Puyravault* (cons. 10).

⁴¹⁹ Décision n°2013-303 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Maing* (cons. 6).

⁴²⁰ Décision n°2013-315 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Couvrot* (cons. 10). Sur ces décisions, v. les observations de P. LUTON, « Liberté communale et coopération intercommunale, trois décisions du Conseil constitutionnel du 26 avril 2013 », *Constitutions*, Juillet-septembre 2013, n°2013-3, p. 387-394.

chaque fois justifiées par des buts d'intérêt général, qu'il s'agisse de favoriser la rationalisation, la cohérence ou l'achèvement de la carte de l'intercommunalité. Il écarte alors dans les trois cas le grief tiré d'une méconnaissance excessive de la libre administration des collectivités territoriales.

Ce raisonnement démontre bien que toute modification relative à l'organisation des collectivités territoriales porte atteinte à leur libre administration et nécessité d'être justifié par un but d'intérêt général. De façon intéressante, le juge constitutionnel français relève dans les trois décisions citées qu'ont été prévues des possibilités pour le maire ou l'organe délibérant de la commune de donner leurs avis à propos des décisions la concernant. C'est précisément car une telle possibilité faisait défaut que le Conseil constitutionnel censura un an plus tard, dans une décision du 25 avril 2014, le dispositif de rattachement d'office introduit à l'article L. 5210-1-2 du Code général des collectivités territoriales par la loi du 16 décembre 2010⁴²¹.

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel jugea contrairement à l'article 72 de la Constitution les dispositions contestées au motif qu'elles portaient une atteinte manifestement disproportionnée à la libre administration des communes notamment car elles ne prévoyaient aucune consultation des conseils municipaux des communes intéressées par ce rattachement et, en particulier, du conseil municipal de la commune dont le rattachement est envisagé⁴²². Réintroduit par la loi dite « NOTRe » du 7 août 2015⁴²³, le nouvel article L. 5210-1-2 prévoit désormais la possibilité en cas d'intégration d'office de communes isolées dans un établissement public de coopération intercommunale que les conseils municipaux donnent leur avis sur le projet de rattachement.

2) L'absence de consultation lors de la fusion des régions par la loi du 16 janvier 2015

D'autant plus flagrant est dès lors le contraste avec la décision du Conseil portant sur la loi n°2015-29 du 16 janvier 2015 qui supprima neuf régions sur vingt-et-une sans aucune consultation de leurs organes délibérants voire des électeurs concernés. Saisi cette fois-ci par des parlementaires dans le cadre du contrôle dit « *a priori* », le Conseil juge dans un

⁴²¹ Cette disposition avait été légèrement modifiée par l'article 6 de la loi n°2012-281 du 29 février 2012.

⁴²² Considérant n°8 de la décision n°2014-391 QPC du 25 avril 2014 Commune de Thonon-les-Bains et autre (Rattachement d'office d'une commune à un EPCI à fiscalité propre).

⁴²³ Art. 45 de la loi n°2015-991 du 7 août 2015.

considérant d'une brièveté déconcertante que ni l'article 72, ni la dernière phrase de l'article 72-1, « ni aucune autre exigence constitutionnelle n'imposent la consultation des collectivités territoriales préalablement au dépôt d'un projet ou à l'adoption d'une loi modifiant leurs délimitations territoriales »⁴²⁴. Il rejette en cela notamment l'argument défendu par les requérants que la loi aurait méconnu un principe fondamental reconnu par les lois de la République imposant une telle consultation.

Ce très large pouvoir discrétionnaire accordé au législateur en matière de fusion de collectivités locales marque une différence notable avec l'Allemagne. Les juges constitutionnels fédéraux et fédérés, tout en laissant, au fond, un pouvoir discrétionnaire assez important au législateur fédéré, lui imposent à tout le moins une série de contraintes procédurales et argumentatives. Ils veillent en particulier à ce que les collectivités locales aient été consultées. C'est d'ailleurs ce qu'impose la Charte européenne de l'autonomie locale dont l'article 5 dispose que « pour toute modification des limites territoriales locales, les collectivités locales concernées doivent être consultées préalablement, éventuellement par voie de référendum là où la loi le permet ». Adoptée le 15 octobre 1985, la Charte a été ratifiée par l'Allemagne dès 1986⁴²⁵, la France suivant près de vingt-ans plus tard⁴²⁶. On peut dès lors en déduire que la loi du 16 janvier 2015 est contraire à la Charte européenne en ce qu'elle supprime sans consultation neuf des vingt-une régions françaises.

Cet argument a certes été soulevé par les parlementaires dans leur saisine du Conseil constitutionnel. Sans surprise, celui-ci a estimé, dans la lignée de sa jurisprudence IVG de 1975⁴²⁷, qu'il ne lui appartient pas d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international, quand bien même on peut considérer que cette compétence s'impose au Conseil en vertu des articles 55 et 61 de la Constitution⁴²⁸. Face à l'incompétence du Conseil constitutionnel, c'est finalement devant le Conseil d'État qu'a été posée la question de la conventionalité de la loi relative à la délimitation des régions.

⁴²⁴ Considérant n°5 de la décision n°2014-709 DC du 15 janvier 2015 sur la loi relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral.

⁴²⁵ Ratification datée du 10 décembre 1986 (*BGBI.* II, p. 65), la Charte n'est entrée en vigueur qu'au 1^{er} septembre 1988.

⁴²⁶ La ratification a eu lieu le 17 janvier 2007, la publication a été faite par le décret n°2007-679 du 3 mai 2007.

⁴²⁷ Décision IVG n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 (cons. 7).

⁴²⁸ V. L. PHILIP, L. FAVOREU, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 197-223.

Saisi par trois associations et cinq particuliers d'un recours en annulation du décret⁴²⁹ portant convocation des collèges électoraux pour procéder à l'élection des conseillers régionaux, les requérants souhaitaient obtenir, par la voie de l'exception, la censure de la loi du 16 janvier 2015 qui servait de base au décret, au motif qu'elle méconnaît les articles 4 et 5 de la Charte européenne de l'autonomie locale. Tandis que le juge administratif suprême dénie tout effet direct à la règle de subsidiarité descendante posée à l'article 4 de la Charte⁴³⁰, il laisse en revanche ouverte cette question pour l'article 5 et se contente à son propos d'affirmer que le moyen tiré de sa violation est inopérant au motif que le juge administratif « ne peut être utilement saisi d'un moyen tiré de ce que la procédure d'adoption de la loi n'aurait pas été conforme aux stipulations d'un tel traité ou accord ». Autrement dit, le Conseil d'État refuse de contrôler la régularité de la procédure législative française, qui relève du droit constitutionnel, à des traités internationaux. Or, cet argument formel ne convainc guère à partir du moment où l'on considère que le défaut de consultation affectait le droit conventionnel à l'autonomie locale reconnue par la Charte européenne et qu'était donc bien en jeu le contrôle du contenu de la loi au regard des engagements internationaux de la France, et non de sa seule procédure d'adoption⁴³¹.

En tout état de cause, il résulte de ces deux décisions qu'en droit français, le législateur peut modifier les limites territoriales des collectivités locales sans les consulter et sans craindre que la loi y procédant soit censurée comme étant au moins contraire à la Charte européenne de l'autonomie locale⁴³².

II. Un cadre législatif paradoxalement incitatif et libéral

Au vu de cette jurisprudence très permissive, il est fort surprenant de constater qu'en comparaison à l'Allemagne, le législateur français a davantage opté pour un régime libéral et incitatif qui s'appuie traditionnellement sur l'initiative et la consultation voire le consentement des collectivités locales. C'est d'ailleurs ce que soulignent les parlementaires

⁴²⁹ Décret n°2015-939 du 30 juillet 2015.

⁴³⁰ Article 4 de la Charte européenne de l'autonomie locale : « L'exercice des responsabilités publiques doit, de façon générale, incomber, de préférence, aux autorités les plus proches des citoyens. L'attribution d'une responsabilité à une autre autorité doit tenir compte de l'ampleur et de la nature de la tâche et des exigences d'efficacité et d'économie ». Le Conseil écarte ce moyen au motif que cette disposition qui s'apparente au principe dit de « subsidiarité » est dénué d'effet direct.

⁴³¹ Pour une analyse informée de la décision, v. les observations de L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « De l'art de contester une loi par des voies détournées », *AJDA*, 2015, p. 2374-2381.

⁴³² La ratification a eu lieu le 17 janvier 2007, la publication a été faite par le décret n°2007-679 du 3 mai 2007.

dans leurs saisines du Conseil constitutionnel contre la loi de janvier 2015 précitée organisant la fusion des régions : « Le principe de consultation préalable, anciennement assorti d'une obligation formelle d'enquête de *commodo* et *incommodo*, figure d'ailleurs dans toutes les législations sur les collectivités locales depuis le 19^{ème} siècle, sans aucune exception. La procédure généralisée de consultation atteste de l'importance accordée que l'on a de tout temps accordée à la dimension territoriale des collectivités, c'est-à-dire à l'assise géographique et humaine de ces institutions publiques, à leur cohérence et à leur acceptation »⁴³³. Cette impression d'une préférence accordée par le législateur au regroupement volontaire sur les regroupements d'office nécessite toutefois d'être différenciée voire relativisée autant en fonction du type de collectivité territoriale que d'un point de vue diachronique.

1) Le regroupement des communes

Cette préférence semble en particulier valoir au bénéfice des communes. Ainsi, le dispositif mis en place par la loi n°71-588 du 16 juillet 1971 dite « loi Marcellin » visait à faciliter les fusions et regroupements de communes en organisant la prise d'initiative de communes limitrophes, le consentement des conseils municipaux étant requis pour que soit procédé à une telle fusion⁴³⁴. Après que la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales avait même rendu obligatoire la consultation des électeurs sur les projets de fusion, la loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales lui a substitué une procédure rénovée de regroupement, aboutissant à la création d'une « commune nouvelle ». Dans le cas où une commune nouvelle est créée en lieu et place de communes contiguës, « la création est subordonnée à l'accord des deux tiers au moins des conseils municipaux des communes intéressées, représentant plus des deux tiers de la population totale de celles-ci »⁴³⁵ lorsque l'initiative de la fusion ne provient pas des conseils municipaux mais du représentant de l'État dans le département. De même, une consultation directe des citoyens des communes concernées sur l'opportunité de la création de la commune nouvelle peut dans certains cas être requise. La loi n° 2015-292 du 16 mars

⁴³³ Saisine par 60 sénateurs sous décision la décision n°2014-709 DC du 15 janvier 2015, disponible sur le site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2014-709-dc/saisine-par-60-senateurs.143026.html>, consultée le 15 août 2017.

⁴³⁴ V. notamment les articles 3, 7 et 8 de la loi dans sa version initiale.

⁴³⁵ Art. L. 2113-2 et s. pour la création de communes nouvelles.

2015 a enfin cherché à améliorer ce dispositif en intégrant des incitations financières temporaires afin de favoriser la création de communes nouvelles avant le 1er janvier 2016.

Malgré la réputation de centralisme du système français, force est de constater que les différentes tentatives du législateur national se sont en définitive révélées vaines à résorber l'émiettement communal. Avec environ 36.000 communes, la France continue de compter à elle seule près de la moitié de l'ensemble des communes de l'Union européenne⁴³⁶. En comparaison à l'Allemagne dont le nombre de communes a été réduit de plus de 40% entre 1950 et 2010, l'effectif communal en France n'a lui diminué que d'environ 5% sur la même période⁴³⁷. Les dernières réformes n'ont pas fondamentalement changé cet état de fait⁴³⁸.

À la différence de son homologue d'outre-rhin, le législateur français a fait le choix de davantage renforcer la coopération intercommunale⁴³⁹ que de forcer la fusion des communes, bien que d'un point de vue constitutionnel, rien ne l'y contraignît. Initialement incitatif, le rattachement d'une commune à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre peut néanmoins être désormais décidé d'office par le préfet du département dans le cas des communes dites « isolées », c'est-à-dire n'appartenant à aucun établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre ou créant une enclave ou une discontinuité territoriale au sein du périmètre d'un tel établissement public. Néanmoins, comme nous l'avons vu, tout en respectant le choix du législateur d'étendre cette rationalisation à l'ensemble du territoire, le Conseil constitutionnel veille à ce que les communes soient associées aux décisions les concernant, quand bien même leur consentement formel n'est lui en revanche pas requis. De ce choix fait en faveur de la

⁴³⁶ Sur l'échec de la loi dite « Marcellin » du 16 juillet 1971 : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 60 ; sur les raisons de cet échec : G. MARCOU, « L'autonomie des collectivités locales en Europe : fondements, formes et limites », *op. cit.*, p. 48-52.

⁴³⁷ Rapport n°169 (2009-2010) de M. Jean-Patrick Courtois, fait au nom de la commission des lois, déposé le 16 décembre 2009, p. 85.

⁴³⁸ Selon l'INSEE, en 2015, ce sont 1 090 communes qui se sont regroupées en 317 communes nouvelles : <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=nomenclatures/cog/communes-nouvelles-2015.html>, consultée le 13 mai 2016.

⁴³⁹ Art. L. 5210-1-2 CGCT. Au 1^{er} janvier 2012, l'intercommunalité s'étend déjà à 96,4% de l'ensemble des communes françaises : bulletin d'information statistique n°88 de la Direction générale des collectivités locales du Ministère de l'Intérieur, p. 1. Néanmoins, la coopération intercommunale n'aboutit pas à la suppression des communes.

coopération intercommunale résulte que la France compte aujourd'hui encore presque autant de communes qu'au moment de la Révolution française⁴⁴⁰.

2) Le regroupement des départements

Il en va quasiment de même pour les départements. Ceux-ci ont été institués à l'origine par la loi du 22 décembre 1789 non pas comme une communauté d'habitants mais comme un échelon relais de l'administration d'État dans les territoires⁴⁴¹. Cette fonction a ensuite été renforcée sous le régime napoléon avec la loi du 28 pluviôse an VIII et la création de l'institution préfectorale. Les départements ont néanmoins acquis à partir de la III^{ème} République⁴⁴² une fonction politique et démocratique et forment depuis un échelon de représentation des intérêts locaux. C'est sans doute cet ancrage séculaire dans le paysage politico-administratif français qui rend aujourd'hui difficile leur regroupement forcé⁴⁴³.

En témoignent, comme nous l'avons vu, les résistances face à la loi du 16 décembre 2010, laquelle organisait une fusion des élus régionaux et départementaux à défaut d'être en capacité d'organiser un regroupement des départements⁴⁴⁴. De même, la création des métropoles laisse présager que sont préférées les incitations à établir dans chaque portion de territoire les structures adaptées aux réalités, contingences et besoins locaux⁴⁴⁵. À l'instar de la législation relative aux communes, c'est en tous cas un régime incitatif et notamment l'exigence de l'initiative et de l'accord des conseils départementaux concernés qui prévaut en

⁴⁴⁰ Exception faite de la réforme en l'an VIII mise en œuvre par Napoléon et dont l'objet était de supprimer les communes de moins de 300 habitants.

⁴⁴¹ G. MARCOU, « L'autonomie des collectivités locales en Europe : fondements, formes et limites », *op. cit.*, p. 55 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 49-50.

⁴⁴² Loi du 10 août 1871 ; v. *Ibid.*, p. p. 53-54.

⁴⁴³ V. M. VERPEAUX, « Suppression ou renouvellement des conseils généraux », in C. FLOQUET (dir.), *Pour en finir avec la « dé-centralisation ». Scénario pour la réforme régionale et l'organisation des pouvoirs locaux*, Paris, Ed. de l'Aube, 2002, p. 175-181.

⁴⁴⁴ À propos des débats sur la suppression du département comme collectivité territoriale : *Ibid.*, p. 93-94 ; v. la décision 260 du « rapport Attali » : J. ATTALI, *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, Paris, La Documentation française, 2008, p. 195 ; v. G. CHAVRIER, « Les conseillers territoriaux : questions sur la constitutionnalité d'une création inspirée par la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2009, p. 2380 ; G. MARCOU, « La réforme territoriale : ambition et défaut de perspective », *RFDA*, 2010, p. 357-377, en particulier p. 367-372 ; M. LONG, « Le département après la loi Notre, un acte de décès non transformé », *AJDA*, 2015, p. 1912-1916 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁴⁵ LOI n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (« MAPTAM »). Voir sur la mise en œuvre de cette loi dans le cas de la création de la métropole de Lyon : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 109-110. Sur le développement des métropoles : E. NEGRIER, « Métropolisation et réforme territoriale », *RFAP*, 2012/1, p. 73-86.

cas de regroupements volontaires de départements⁴⁴⁶. Suite à l'échec du projet de fusion des départements du Bas et Haut-Rhin⁴⁴⁷ en 2014, paraît toutefois s'esquisser une évolution du cadre législatif visant à faciliter les regroupements volontaires en dépit des résistances des populations locales, le consentement obligatoire des électeurs des départements concernés n'étant désormais plus requis.

3) Le regroupement des régions

La suppression de neuf régions françaises sans consultation des populations ni des conseils régionaux tranche de façon flagrante avec la préférence jusqu'alors accordée par le législateur à des regroupements volontaires. Alors que celle-ci valait également pour les régions, l'article 3 de loi du 16 janvier 2015 modifie les modalités des regroupements volontaires. Réglés à l'article L.4123-1 CGCT⁴⁴⁸, de tels regroupements restent possibles sous réserve néanmoins de délibérations concordantes des conseils régionaux concernés, adoptées non pas à la majorité absolue, mais à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Ils ne le seront cependant plus à compter du 1^{er} mars 2019. Le dessein du législateur est ici d'éviter toute nouvelle modification de la carte territoriale dessinée par la loi du 16 janvier 2015, le maintien de cette option n'ayant été rendu possible qu'en raison de l'opposition farouche des sénateurs à sa suppression immédiate⁴⁴⁹.

À la différence des communes et des départements, la région est une institution relativement récente. Créée sous la forme d'établissement public par la loi du 5 juillet 1972, elle n'est devenue collectivité locale de plein exercice que par la loi du 2 mars 1982, les premières élections régionales n'ayant eu lieu qu'en 1986⁴⁵⁰. Ceci explique certainement qu'en comparaison aux communes et aux départements, le rapport de force est plus favorable au législateur national, la détermination de la carte des régions par la loi du 16 janvier 2015

⁴⁴⁶ L. 3114-1 CGCT.

⁴⁴⁷ V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 134.

⁴⁴⁸ L. 4123-1 CGCT pour les régions. L'article L. 4124-1 organise la fusion d'une région et des départements qui la compose en une collectivité unique.

⁴⁴⁹ F. HOURQUEBIE, « La nouvelle carte des régions : question de bon sens ou de baronnie ? », *AJDA*, 2015, p. 626.

⁴⁵⁰ M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 61-65.

ayant tout de même l'objet d'intenses débats. Comme le résume un observateur, « en pas moins de six mois, ce sont donc près de cinq cartes des régions qui se sont succédées »⁴⁵¹.

Tandis que les régions ont fait l'objet d'un regroupement d'office rompant de façon manifeste avec la préférence traditionnellement accordée au regroupement volontaire, cette préférence continue de valoir pour les départements et les communes⁴⁵². Toutefois, la législation récente tend d'une part à faciliter les fusions volontaires de départements en cessant de requérir la consultation voire le consentement des électeurs locaux, et, d'autre part, à achever à défaut de fusion des communes la rationalisation de la carte intercommunale⁴⁵³.

C. Le poids du « pouvoir périphérique » : les contraintes politiques et historiques aux réformes territoriales en France et en Allemagne

De ce panorama des limites constitutionnelles à la fusion de collectivités locales, il ressort la plus grande facilité des législateurs fédérés à procéder à des fusions forcées en Allemagne alors qu'en comparaison le législateur français a lui longtemps favorisé les regroupements volontaires sur les regroupements d'office. Comment en particulier expliquer que le maintien du nombre de communes et de départements est, *de facto*, mieux assuré en France qu'en Allemagne, bien qu'en droit les contraintes constitutionnelles y sont cependant nettement moins grandes ? Deux facteurs, politique et historique, peuvent très probablement contribuer à expliquer ce paradoxe.

I. Les effets différenciés du cumul des mandats et des fonctions

D'un point de vue politique, cette plus forte prise en compte des sensibilités locales dans le cas français peut résulter de l'imbrication des responsabilités locales et nationales. Singularité du système français, le « cumul des mandats et des fonctions » fait qu'une part considérable des parlementaires ainsi que des membres du Gouvernement⁴⁵⁴ disposent d'un mandat électif local voire exercent des fonctions exécutives locales. En 2012, ceci concernait près de 60% des parlementaires, lesquels cumulent ce mandat généralement avec la fonction

⁴⁵¹ F. HOURQUEBIE, « La nouvelle carte des régions : question de bon sens ou de baronnie ? », *op. cit.*, p. 626.

⁴⁵² Partageant également ce constat, B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 48-51.

⁴⁵⁴ C'était par exemple le cas de M. Le Drian, qui cumulait le mandat de président du Conseil régional de Bretagne et la fonction de Ministre de la défense en dépit des engagements de François Hollande lors de la campagne présidentielle de 2012. Nommé Ministre de la Défense sous la Présidence d'Emmanuel Macron, il a démissionné de ce mandat le 2 juin 2017, tout en restant conseiller régional.

de maire, de président ou vice-président de conseil général ou de président d'un établissement de coopération intercommunale à fiscalité propre. Certains ont pu en outre y voir la marque de la représentation par le Sénat des collectivités territoriales dont les intérêts seraient dès lors mieux pris en compte dans le cadre de la procédure législative qu'en Allemagne⁴⁵⁵, bien que le taux de députés et de sénateurs exerçant une fonction exécutive locale est du reste quasiment identique⁴⁵⁶.

Quoi qu'il en soit, le renforcement du travail parlementaire depuis la révision constitutionnelle de 2008 et l'accroissement constant des compétences transférées aux collectivités locales depuis 1982 ont rendu nécessaire, tout du moins aux yeux des français, de limiter les situations de cumul. Faute d'évolution des pratiques, leur encadrement juridique a été renforcé par la loi organique interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur⁴⁵⁷. Adoptée le 14 février 2014 à la suite d'un débat hautement controversé, cette loi était accusée de méconnaître la nécessité d'assurer un ancrage local aux élus nationaux afin de garantir leur connaissance des réalités locales, de menacer leur indépendance vis-à-vis des partis politiques en affaiblissant le caractère personnel de l'élection et de mettre fin à une pratique permettant de compenser la concentration des pouvoirs au profit de l'exécutif national⁴⁵⁸. Entrée en vigueur le 31 mars 2017, la loi n'empêche cependant nullement de cumuler un mandat local avec un mandat national ou européen, ce qui relativise quelque peu la portée des changements escomptés.

Cette singularité française en Europe du cumul des mandats, combinée avec la position traditionnellement forte du maire dans le système politico-administratif local, fait par ailleurs écho aux travaux de sociologie des organisations réalisés notamment par Pierre Grémion dans les années 70, lequel développa à ce propos le concept bien connu de « pouvoir

⁴⁵⁵ V. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

⁴⁵⁶ V. l'étude d'impact du 2 avril 2013 réalisée à l'occasion des discussions du projet de lois n°2014-125, p. 7-8.

⁴⁵⁷ Loi organique n°2014-125 du 14 février 2014. La loi ordinaire n°2014-126 du même jour concerne elle le cumul de fonction exécutives locales avec le mandat de parlementaire européen et a fait l'objet d'une étude d'impact séparée.

⁴⁵⁸ V. en ce sens les prises de positions de MM. Olivier Beaud et Pierre Avril lors de leur audition le 11 septembre 2013 au Sénat : Rapport n°832 (2012-2013) de M. Simon SUTOUR, fait au nom de la commission des lois, p. 17-19.

périphérique » pour décrire l'extension au niveau national de la sphère d'influence des notables locaux⁴⁵⁹.

A l'inverse, en Allemagne, s'il existe certes certaines formes de cumul de mandats, celles-ci sont très différentes de celles à l'œuvre dans le système français et ne produisent en tous cas pas les mêmes effets⁴⁶⁰. Surtout, l'organisation territoriale de l'administration locale compte parmi les rares domaines pour lesquels les *Länder* disposent d'une compétence exclusive. Elle est par conséquent plus fortement au cœur des campagnes politiques au moment des élections régionales. L'organisation territoriale de l'administration est un domaine au sein duquel s'exerce le pouvoir politique des élus régionaux. Dans un système politique fédéral, le gouvernement régional peut dès lors instaurer un rapport de force avec « ses » collectivités locales qui soit davantage en sa faveur que celui que peut établir un gouvernement central dans un État unitaire.

II. Le poids de la « dépendance au chemin emprunté »

Outre ces raisons politiques et institutionnels, certains facteurs historiques, notamment liés à l'enracinement durable de la commune rurale comme archétype de la commune, concourent sans doute à expliquer que, vis-à-vis de la situation allemande, la carte territoriale et en particulier communale soit restée si stable depuis la Révolution française. En ce sens, Gérard Marcou évoque, comme causes de cet enracinement spécifique, en particulier l'urbanisation et l'industrialisation plus lente en France qu'en Allemagne, l'importance du maintien des paroisses d'Ancien Régime⁴⁶¹ ainsi que le « compromis historique entre la bourgeoisie et la paysannerie »⁴⁶² sous la IIIe République. L'ensemble de ces facteurs a contribué à créer une force d'inertie et des conventions institutionnelles et organisationnelles particulièrement dures à modifier et permet de comprendre « l'importance de l'enracinement

⁴⁵⁹ P. GRÉMION, *Le pouvoir périphérique. Bureaucrates et notables dans le système politique français*, Le Seuil, Paris, 1976. Pour des analyses plus récentes, v. G. DUPUIS, *Le centre et la périphérie en France*, Paris, LGDJ, 2000 ; J. CAILLOSSE, *Les « mises en scènes » juridiques de la décentralisation*, *op. cit.*, p. 35-41 et p. 50-52

⁴⁶⁰ Ce cumul se fait en Allemagne essentiellement entre le mandat de député de la Diète du *Land* et un mandat municipal (32%) ou dans l'assemblée de l'arrondissement (23%) voire avec des fonctions exécutives locales (7%) : S. KUHLMANN, *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa. Subnationaler*, *op. cit.*, p. 76-78.

⁴⁶¹ G. MARCOU, « L'autonomie des collectivités locales en Europe : fondements, formes et limites », *op. cit.*, p. 47-49 ;

⁴⁶² G. MARCOU, « L'aménagement du territoire en France et en Allemagne », *op. cit.*, p. 37.

local dans la politique française jusqu'à nos jours »⁴⁶³. Ce poids de la « dépendance au chemin emprunté »⁴⁶⁴ est d'autant plus manifeste lorsqu'on compare la situation des communes et des départements à celle des régions françaises dont l'ancrage institutionnel est nettement plus récent et donc bien moins profond. Cette différence explique assurément que leur regroupement d'office ait été autrement plus aisé que celui des communes ou des départements.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 37

⁴⁶⁴ Sur ce concept, v. notamment : B. PALIER, « Path dependence », in L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT, P. RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses universitaires de Sciences Po, 2010, 3^{ème} éd., p. 411-419. Pour un exemple de recours à ce concept à propos de l'effet comparé des politiques de décentralisation en France et en Allemagne : S. KUHLMANN, *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa*, *op. cit.*, p. 136-148. On notera avec intérêt le recours plus fréquent à ce concept dans la réflexion doctrinale juridique allemande : U. VOLKMANN, « Pfadabhängigkeit im Recht », in H. AUST et al. (dir.), *Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 27-46 ; L. HARTMANN, « Das Konzept der Pfadabhängigkeit – Bedingungen und Grenzen seiner Rezeption durch die Wissenschaften vom Öffentlichen Recht », in Mainzer Assistententagung Öffentliches Recht e.V. (dir.), *op. cit.*, p. 71-92. Le juriste publiciste et historien comparatiste Rainer Wahl avait déjà conceptualisé cet usage dès le début des années 2000 dans sa contribution aux Mélanges offerts pour le cinquantième anniversaire de la Cour constitutionnelle fédérale : R. WAHL, « Die Reformfrage », in P. BADURA, H. DREIER (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 491.

Conclusion du Chapitre 1

L'objet de ce chapitre consistait à déterminer si et le cas échéant comment le droit à l'intégrité des collectivités locales est garanti en cas de réforme territoriale.

La première étape de cette entreprise a été d'identifier les structures territoriales qui, en France et en Allemagne, relèvent de la catégorie « collectivité locale ». Nous avons pour cela posé une définition au terme de laquelle les collectivités locales sont les structures territoriales habilitées par la constitution à administrer librement, dans le cadre des lois, les compétences qui leur sont attribuées. À ces critères généraux de définition, les droits positifs français et allemand ajoutent un autre élément : celui de disposer de conseils élus. En cela, la qualité démocratique de l'administration locale est pareillement garantie en France et en Allemagne. Toutefois, à la différence de l'Allemagne, cette obligation constitutionnelle n'exclut pas en France la possibilité d'un dédoublement fonctionnel de ces organes élus, lesquels peuvent administrer deux catégories de collectivités locales sans qu'un tel dispositif ne soit contraire à la Constitution française.

En outre, on peut constater une seconde différence qui résulte cette fois de la structure – fédérale ou unitaire – de l'État. Alors qu'en France, le statut des collectivités locales est marqué à première vue par l'uniformité, c'est au contraire la diversité institutionnelle qui domine en Allemagne, chaque Land étant habilité à fixer sa propre organisation administrative. Cette différence, flagrante à première vue, mérite cependant d'être relativisée. D'une part, en Allemagne, cette diversité ne peut se faire que dans le cadre de l'homogénéité garantie par la constitution fédérale. La Loi fondamentale impose l'institution de communes et d'arrondissements comme structures de base de l'organisation administrative et les variations des règles relatives à leur statut sont encadrées par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. D'autre part, la France n'est plus composée que de communes, de départements et de régions au statut identique. La multiplication de collectivités à statut dérogatoire au droit commun constitue une tendance majeure du droit des collectivités locales contemporain⁴⁶⁵. Outre les spécificités du droit local d'Alsace-Moselle et des collectivités d'outre-mer, la création récente de métropoles dans les zones urbaines tout comme la possibilité donnée au législateur depuis 2003 de créer une nouvelle catégorie de collectivité locale à statut unique, comme en Corse, souligne à quel point la France connaît elle aussi une

⁴⁶⁵ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 43-48, p. 83-88 et p. 347-460.

forme de diversité institutionnelle. La différence avec l'Allemagne, État fédéral, réside en cela que cette différenciation se réalise sur le fondement de la loi nationale. C'est par son truchement que s'opère la différenciation, les populations locales étant néanmoins politiquement associées, directement ou par la voie de leurs représentants dans les assemblées locales, à ce processus de différenciation institutionnelle.

Par ailleurs, la seconde étape de notre entreprise a été d'élaborer une classification dont l'objet est d'identifier le type de protection bénéficiant aux collectivités locales en tant que structures de l'ordre juridique. Nous avons alors distingué deux types de garanties : globale et nominale. La première protège une catégorie de collectivités locales, la seconde s'applique à une collectivité, à titre singulier. Au sein de cette distinction, nous avons ensuite différencié en fonction du degré de rigidité de cette protection. La garantie est absolue si elle interdit une révision de la constitution, renforcée si elle requiert une révision de la Constitution, simple si elle ne pose aucune règle limitant le pouvoir discrétionnaire du législateur ordinaire. La garantie maximale est par conséquent absolue et individuelle, la garantie minimale globale et simple.

Il ressort de ce premier chapitre que les collectivités locales françaises et allemandes sont pareillement protégées du point de vue de la garantie structurelle globale que leur accorde la constitution face au législateur national ou fédéré. En droit allemand, les Parlements des États fédérés ne peuvent supprimer les communes et les groupements de communes (*Gemeindeverband*) en tant que structures de l'administration autonome. Cette garantie institutionnelle globale s'étend au législateur constitutionnel fédéré en vertu de l'article 28 de la Loi fondamentale. En revanche, elle ne s'impose pas au législateur constitutionnel fédéral. Il en va de même en France, le législateur constitutionnel pouvant à sa guise décider de supprimer l'institution des régions, des départements ou des communes. Toutefois, ces catégories de collectivités locales bénéficient d'une protection globale et renforcée, opposable donc au législateur ordinaire. Elles ne peuvent être supprimées que sous réserve d'une révision de la Constitution.

De même, ni en France, ni en Allemagne, les collectivités locales ne bénéficient d'une garantie individuelle de rang constitutionnel. Le législateur – national ou fédéré – est libre de restructurer la carte territoriale et de procéder à des fusions de collectivités locales. Leur consentement n'est pas requis. Ceci distingue les collectivités locales des États fédérés qui sont nominalement mentionnés dans la Loi fondamentale et ne peuvent être fusionnés sans leur accord. Par ailleurs, le fédéralisme est garanti par l'article 79 alinéa 3 de la Loi

fondamentale. Par conséquent, l'organisation de l'Allemagne en *Länder* est une composante de l'ordre constitutionnel fondamental. Mais l'intangibilité des 16 *Länder* n'est pas non plus absolue. Le cas de la fusion des *Länder* de Bade et de Wurtemberg l'a démontré, quand bien même il a été réalisé sur le fondement d'une disposition particulière de la Loi fondamentale.

Il convient de souligner plusieurs autres différences. La première est qu'en France, certaines collectivités locales ultra-marines sont nommément mentionnées dans la Constitution. Elles bénéficient par conséquent aussi d'une garantie institutionnelle nominale et renforcée, leur suppression exigeant une révision de la Constitution française. À cet égard, la situation de la Nouvelle-Calédonie est encore plus singulière puisqu'une révision de la Constitution sans le consentement des populations de ce territoire semble, en tous cas politiquement, impossible. Outre cette première différence entre la France et l'Allemagne liée en l'espèce au legs de l'histoire coloniale française, on peut également relever une seconde différence en forme de paradoxe. En effet, en cas de fusion, le législateur français n'est soumis à aucune contrainte juridique, là où en Allemagne, les Cours constitutionnelles veillent à ce que les collectivités locales concernées aient été suffisamment consultées, le législateur fédéré devant de plus démontrer que les avantages de sa réforme sont fondés sur un intérêt général et que la fusion ne se réalise pas au détriment de la qualité de la vie démocratique locale. Néanmoins, force est de constater qu'en dépit de ces contraintes juridiques, les fusions forcées de communes et d'arrondissements en Allemagne ont été bien plus drastiques qu'en France, où s'est en revanche très largement maintenue la carte territoriale de 1789. De ce point de vue, la fusion unilatérale des régions en 2015 peut faire figure d'exception et s'explique sans doute par la « jeunesse » relative de cet échelon territorial ainsi que par le consentement politique implicite d'une partie des édiles régionaux favorables à l'idée de régions de taille adaptée au cadre européen. Quoi qu'il en soit, la proximité supposée entre l'échelon fédéré et celui des collectivités locales qui serait censée être immanente au fédéralisme et protectrice des intérêts locaux, ne semble en Allemagne en pratique guère jouer à l'avantage de ces dernières, au contraire. Leur maintien en l'état y paraît politiquement plus fragile qu'en France. Le pouvoir discrétionnaire du législateur français est certes juridiquement plus important et moins contrôlé qu'en Allemagne, sa

capacité politique en revanche plus restreinte et dépendante de la recherche d'un consensus, en tous cas au niveau municipal et départemental⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ V. G. MARCOU, « L'administration publique en France et en Allemagne : des systèmes différents, des valeurs communes », *RFAP*, 1996, p. 357-373 ; G. MARCOU, « L'autonomie des collectivités locales en Europe : fondements, formes et limites », *op. cit.*, p. 52-54.

Chapitre 2 : La garantie juridictionnelle de l'autonomie locale face à la loi

Après la garantie institutionnelle, l'accès au juge représente la seconde garantie formelle du droit à l'autonomie locale. Historiquement, les règles constitutionnelles garantissant aux collectivités locales un domaine de compétences et une liberté décisionnelle étaient traditionnellement peu étoffées en droit constitutionnel français⁴⁶⁷ et, du moins jusqu'aux années 1970, leur respect par le législateur guère contrôlé. En Allemagne, en revanche, la Cour de justice d'État (*Staatsgerichtshof*) de la République de Weimar avait dès les années 1920 accepté de contrôler la constitutionnalité de la législation fédérée au regard du droit constitutionnel fédéral à l'autonomie locale⁴⁶⁸. Ainsi que nous l'avons précédemment mentionné, elle juge dans sa décision des 10 et 11 décembre 1929 que « l'article 127 de la Constitution de Weimar n'est pas qu'une simple disposition programmatique dénuée de substance juridique. Il établit de façon contraignante que les communes et les groupements de communes disposent du droit à l'auto-administration. La législation fédérée ne peut par conséquent pas annuler ce droit, ni transférer aux autorités étatiques l'administration des affaires communales. Elle ne peut pas non plus restreindre l'auto-administration au point de la vider de sa substance, de lui faire perdre la possibilité d'agir de façon effective et de ne lui faire mener qu'un semblant d'existence »⁴⁶⁹. Cette jurisprudence sera reprise par la Cour constitutionnelle fédérale qui s'inscrira explicitement, au moins dans ses premières décisions, dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de justice d'État⁴⁷⁰, pour plus tard développer sa propre interprétation de l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale.

⁴⁶⁷ Sur l'introduction dans la Constitution de 1946 de dispositions relatives à la libre administration des collectivités territoriales : C. BACCOYANNIS, *op. cit.*, p. 94-108 ; G. PROTIÈRE, *La puissance territoriale : contribution à l'étude du droit constitutionnel local*, thèse, Lyon 2, 2006, p. 178-214 : http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2006/protiere_g/, consultée le 15 août 2018 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 57-58.

⁴⁶⁸ La première décision répertoriée dans le recueil Lammers-Simons date du 12 janvier 1922. Au total, on en compte sept relatives au droit à l'autonomie des collectivités locales. V. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

⁴⁶⁹ Décision des 10 et 11 décembre 1929, in H. LAMMERS, W. SIMONS (dir.), *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Art. 13 Abs 2 der Reichsverfassung*, t. 2, G. Stilke, Berlin, 1930, p. 107 et s. ; v. W. RUDLOFF, « Die kommunale Selbstverwaltung in der Weimarer Zeit », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, *op. cit.*, p. 93-118.

⁴⁷⁰ Décision précitée du 20 mars 1952 précitée sur la réintégration des agents publics radiés durant la guerre : BVerfGE 1, 167 (174 et s.) ; également décision du 12 juillet 1960 relative aux associations d'électeurs : BVerfGE 11, 266 (273 et s.) ; v. également, avec quelques nuances, la décision du 26 octobre 1994 relative aux fonctionnaires chargées de l'égalité des sexes (*Gleichstellungsbeauftragte*) : BVerfGE 91, 228 (236 et s.). À

Initialement importante, cette divergence entre la France et l'Allemagne s'est cependant réduite au fur et à mesure de la « constitutionnalisation » progressive du droit français des collectivités locales et du renforcement, entamé au tournant des années 1980, du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel⁴⁷¹. Ces évolutions ont néanmoins conduit à mettre à jour de profondes divergences entre la France et l'Allemagne dans la façon de concevoir l'administration autonome et en particulier sa place au sein du dualisme entre État et société (section 1). Or, comme nous le constaterons, ces divergences conceptuelles se reflètent également sur le plan contentieux (section 2).

propos des controverses sur la thèse de la continuité défendue par la Cour entre la Constitution de Weimar (jusqu'en 1933) et celle de Bonn : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 274-279 et p. 320-321 ; E. SCHMIDT-ABMANN, « Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung », in P. BADURA, H. DREIER (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 803-804.

⁴⁷¹ La littérature sur la constitutionnalisation est depuis cette date immense. Parmi les premières et plus notables contributions portant sur cette évolution, v. L. FAVOREU, « Le statut des collectivités territoriales de la République et le fonctionnement des pouvoirs constitutionnels : la décision du 23 mai 1979 », *RDP*, 1979, p. 1694-1704 ; C. AUTEXIER, « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la république », *RDP*, 1981, p. 581-620 ; Y. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnel de la décentralisation », *RDP*, 1982, p. 1542-1549 ; L. FAVOREU, « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1252-1287 ; L. FAVOREU, « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in F. MODERNE (dir.), *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, 1983, p. 15-37 ; L. FAVOREU, « Libertés locales et libertés universitaires. Les décisions du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984 », *RDP*, 1984, p. 687-730. M. BOURJOL insiste en particulier sur la distinction entre Constitution administrative et politique : M. BOURJOL, « Libre administration et décentralisation », in A. YAGUES, *Vertus et limites de la décentralisation*, Bordeaux, Editions Bergeret, Les Cahiers du droit public, 1985, p. 62-115. V. également Y. LUCHAIRE, « L'émergence d'un droit constitutionnel de la décentralisation », *AJDA*, 1992, numéro spécial, p. 25-29 ; A. ROUX, *Droit constitutionnel local, op. cit.*, p. 5-60 ; B. FAURE, « Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration du droit des collectivités locales », *Pouvoirs*, n°99, 2001, p. 117-133 ; L. FAVOREU, A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°12, 2002, p. 88-92. Pour une vue d'ensemble des évolutions plus récentes, notamment depuis la révision constitutionnelle de 2003 et l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en 2010, v. J-C. DOUENCE, *Le statut constitutionnel des collectivités territoriales, op. cit.*, Chapitre 1, n°2-7 ; A. ROUX, « Constitution, décentralisation, et libre administration des collectivités territoriales », in R. ANDERSEN et al. (dir.), *Mélanges en hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2007, p. 1379-1390 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2013, 10^{ème} éd., p. 275-287 ; v. les contributions réunies autour du thème « La Constitution et les collectivités territoriales », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°42, 2014, p. 7-87, ainsi que celles rassemblées dans le dossier « Les collectivités territoriales et le juge », *AJDA*, 2016, p. 582-609.

Section 1 : L'administration autonome face au dualisme entre État et société

De façon concomitante à la progressive soumission de la loi au contrôle juridictionnel et à l'ouverture de voies de recours en matière de protection des droits fondamentaux s'est posée la question, en France et Allemagne, de savoir si la libre administration peut être considérée comme un droit fondamental. L'enjeu de cette interrogation est à la fois procédural et théorique. Sur le plan procédural, il s'agit concrètement de savoir si les collectivités locales sont recevables à contester une loi portant atteinte à leur droit à la libre administration dans le cadre des recours ordinaires garantissant les droits fondamentaux. Ceci suppose en premier lieu d'accepter que les collectivités locales, en tant qu'organe de puissance publique, puissent être titulaires de droits fondamentaux au même titre que des personnes privées. Cela suppose en second lieu de classer la libre administration dans la catégorie des « droits fondamentaux ». Sur le plan théorique, ce questionnement amène à respectivement s'interroger sur les critères de définition de cette catégorie juridique et sur la nature de la libre administration.

Dans le contexte des théories françaises et surtout allemandes des droits fondamentaux, cette question a été abordée en référence au modèle de l'État de droit libéral et bourgeois. Conformément à ce modèle caractérisé par la distinction fondamentale entre l'État et la société civile, les droits fondamentaux constituent des droits subjectifs reconnus à l'individu contre la puissance publique et garantis par elle⁴⁷². Dès lors, la problématique centrale vis-à-vis de l'administration autonome est de déterminer sa place au sein de cette dichotomie. Les collectivités locales représentent-elles un démembrement de l'État ou un ensemble de communautés humaines ? L'autonomie locale est-elle un droit fondamental ou une garantie institutionnelle ? Or, contrairement à l'idée d'un modèle français profondément étatiste et d'un modèle allemand pluraliste et corporatiste, en France, nous verrons que la libre administration est rattachée à la sphère de la société et définie comme un « droit fondamental » (§1) tandis qu'en Allemagne, elle relève de la sphère de l'État et constitue « une garantie institutionnelle » (§2).

⁴⁷² V. en particulier A. GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, Paris, Dalloz, 2012.

§1 La libre administration des collectivités locales : un « droit fondamental »

Il est indéniable que la doctrine juridique de langue allemande s'est plus tôt et plus substantiellement intéressée à établir une théorie des droits fondamentaux que ne l'a fait la doctrine française⁴⁷³. L'influente classification élaborée par Georg Jellinek à la fin du XIX^{ème} siècle dans son magistral ouvrage sur le « système des droits publics subjectifs »⁴⁷⁴ témoigne de l'ancienneté de cet intérêt doctrinal des juristes de langue allemande. Ce constant intérêt se joint à la vigueur des réflexions théoriques centrées autour du concept d'État de droit et des rapports entre l'État et la société⁴⁷⁵. Rappeler ce contexte nous permettra de mieux appréhender les différences entre les doctrines française et allemande (A) et surtout de mieux comprendre pourquoi, en France, l'autonomie locale a été classée sans grand débat au sein de la catégorie des « droits fondamentaux » (B).

A. L'influence du « modèle » allemand en France

Afin de savoir si les collectivités locales en tant que personnes morales de droit public peuvent bénéficier de droits fondamentaux et si l'autonomie locale compte parmi ceux-ci, c'est la définition même du concept de « droits fondamentaux » qu'il importe en premier lieu de clarifier. On touche ici à une question controversée tant les conceptions ont divergé sur la définition à donner à ce concept issu à l'origine de la doctrine allemande (I) et importé dans la doctrine française par Michel Fromont en 1975⁴⁷⁶ (II).

I. Le concept de « droit fondamental » dans la tradition juridique allemande

Pour mieux appréhender ce que recouvre le système allemand de protection des droits fondamentaux, il importe de revenir tout d'abord sur le contexte d'émergence du concept de

⁴⁷³ Sur cette différence entre les doctrines française et allemande : T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, LGDJ, 2003, p. 11-65 ; T. HOCHMANN, « Grundrechte », in N. MARSCH, Y. VILAIN, M. WENDEL (dir.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2015, p. 329-332.

⁴⁷⁴ Pour une présentation générale de la classification avec une introduction de Jens Kersten, v. G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (2^{ème} éd., 1905), Tübingen, Mohr Siebeck, 2011 (1905), p. *37-*45 et p. 81-93. Sur la place des droits des communes dans cette classification, voir *Ibid.*, p. 275-294.

⁴⁷⁵ D. GRIMM, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1998, en particulier p. 13-16, p. 35-42, p. 69-73.

⁴⁷⁶ M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in M. WALINE (dir.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 49-64.

droit fondamentaux en Allemagne (1) avant de s'intéresser à la place qu'occupent les droits fondamentaux dans le droit constitutionnel allemand contemporain (2).

1) Droits fondamentaux, constitutionnalisme et État de droit libéral et bourgeois

C'est dans le sillage de la doctrine libérale de l'État de droit et du constitutionnalisme qu'ont émergé les exigences morales et politiques dont les droits fondamentaux sont la traduction juridique⁴⁷⁷. On peut emprunter à Dieter Grimm cette définition de l'État de droit qui résume la conception dominante qui est retenue de ce concept dans la littérature allemande contemporaine : « Au centre de l'idée d'État de droit réside l'exigence que l'État exerce sa puissance dans les formes du droit. Ceci revient à dire qu'il régit conformément et par des règles. Régir conformément à des règles signifie que l'État ne fixe pas seulement des règles pour les individus vivant dans son champ de compétences, mais que lui aussi se soumet à de telles règles. Régir par des règles signifie que les exigences en matière de conduite humaine que l'État adresse aux personnes se situant dans son champ de compétence sont prises dans la forme de règle et reposent sur des règles. Il est intrinsèque au concept de « règle » que celle-ci n'est pas liée à un cas particulier mais vaut pour une multitude de cas futurs, qu'elle ne peut pas être modifiée en cours d'exécution et qu'elle est applicable de façon identique à tous ceux qui sont dans la même situation. Le pouvoir de domination régulier, conforme à des règles, est le contraire de la domination arbitraire (...). Dans l'État de droit, l'exercice du pouvoir se fait en fonction de compétences et de procédures. C'est seulement sous réserve de leur respect que les actes de puissance publique deviennent juridiquement contraignants. Dans l'État de droit, l'État ne peut justement pas se soustraire au droit. »⁴⁷⁸.

Fruit de revendications politiques et de luttes sémantiques, l'expression « État de droit » (*Rechtsstaat*) a été initialement formée en Allemagne au tournant des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles. À l'origine, ce concept se forge en partie en réaction aux idées rousseauistes de gouvernement populaire (*Volksstaat*) et de souveraineté du peuple défendues lors de la

⁴⁷⁷ O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », in L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2016, 7^{ème} éd., p. 64-65 ; O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 45-47 ; M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », *op. cit.*, p. 49-50 ; H. HOFMANN, « Die Grundrechte 1789 – 1949 – 1989 », *NJW*, 1989, p. 3177-3187.

⁴⁷⁸ D. GRIMM, « Stufen der Rechtsstaatlichkeit », *JZ*, 2009, p. 596.

Révolution française⁴⁷⁹. Comme le note Rainer Wahl, à la différence de la France, il ne s'agissait pas en Allemagne de supprimer la Monarchie et d'instaurer un nouvel ordre démocratique, mais au contraire de « renforcer le régime monarchique dans son respect du droit (*Rechtsgebundenheit*) »⁴⁸⁰. Autrement dit, à cette époque, l'État de droit représente en Allemagne une contrepartie à l'absence de participation directe des individus à la formation du bien commun. Il traduit le repli de la bourgeoisie dans sa sphère privée. Ainsi que l'écrit ce même auteur, « le développement politique en Allemagne, qui était dans l'ensemble fortement déterminé par les gouvernants, a confié au droit un rôle particulier et aussi compensatoire. Si les sujets, qui ne sont que tardivement devenus des citoyens, ne pouvaient disposer d'aucun pouvoir politique déterminant, ceux-ci voulaient alors au moins protéger leur propre sphère de liberté et de propriété contre les atteintes arbitraires et imprévisibles venant d'en haut, au moyen d'un droit conforme à l'État de droit et d'une justice fonctionnant conformément à ce principe. »⁴⁸¹.

2) La place éminente des droits fondamentaux dans la Loi fondamentale allemande

Ces précisions historiques éclairent tout d'abord pourquoi les droits fondamentaux sont traditionnellement conçus en Allemagne comme des droits défensifs (*Abwehrrechte*) dont la fonction classique est de protéger l'individu contre les ingérences de la puissance publique⁴⁸². Le rappel de ce contexte originel met par ailleurs utilement en lumière le poids de cet héritage et de cette « dépendance au sentier emprunté »⁴⁸³ ainsi que les raisons des divergences

⁴⁷⁹ O. JOUANJAN, « Présentation », in O. JOUANJAN. (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 10-11 ; C. SCHÖNBERGER, « État de droit et État conservateur : Friedrich Julius Stahl », in *Ibid.* p. 182 ; D. GRIMM, « Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts », in D. GRIMM, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 308-346 ; A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 256-259. A propos des « trois âges de l'État de droit » et en particulier de cette première « phase revendicative » ainsi que des luttes sémantiques autour d'une compréhension formelle ou matérielle de l'État de droit, v. : O. PFERSMANN, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'État de droit », in O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, *op. cit.*, p. 53-78 ; J. HUMMEL, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, 2002, p. 113-137.

⁴⁸⁰ R. WAHL, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Francfort, Suhrkamp, 2003, p. 291.

⁴⁸¹ R. WAHL, *Herausforderung und Antworten : Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, De Gruyter, Berlin, 2006, p. 19.

⁴⁸² V. tout particulièrement J. MASING, « Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht » in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN, A. VOßKUHLE, (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. 1, Munich, C.H. Beck, 2012, 2^{ème} éd., p. 394-411 ; A. GAILLET, *op. cit.*, p. 105-109 et p. 192-195 ; D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2001, p. 109-136.

⁴⁸³ Sur ce concept de « *path dependency* » tiré des sciences sociales, et sa valeur heuristique en droit public, voir *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2 C.

initiales avec le système français. En effet, si l'adoption de la Loi fondamentale en 1949 s'est évidemment faite en réaction à l'injustice et l'arbitraire de « l'État totalitaire » national-socialiste⁴⁸⁴, elle renoue également avec cette longue tradition historique du droit public allemand.

La Constitution fédérale allemande accorde ainsi aux droits fondamentaux une place éminente, vigoureusement confortée par la jurisprudence très active de la Cour constitutionnelle fédérale. Alors qu'en France, l'État de droit n'est, comme nous le verrons plus loin, qu'un concept doctrinal, en Allemagne, l'article 28 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale en fait explicitement mention. En outre, les articles 20 alinéa 1^{er} et surtout 20 alinéa 3 de la Loi fondamentale y font eux matériellement référence, ce dernier alinéa disposant que « le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit ». Par ailleurs, la Cour constitutionnelle fédérale a déduit de ces dispositions un certain nombre de principes constitutionnels immanents au système juridique parmi lesquels le fameux « principe de proportionnalité », produit d'exportation par excellence du droit constitutionnel allemand⁴⁸⁵.

Face à cette importance inflationnaire prise par le principe d'État de droit en droit constitutionnel allemand, les efforts de la doctrine allemande ont alors consisté à systématiser ces données nouvelles en établissant une véritable dogmatique des droits fondamentaux. Cet investissement doctrinal a été considérable, au point que comme le relève l'historien du droit public Michael Stolleis, « la doctrine publiciste de la République fédérale d'Allemagne a été dominée de 1949 à 1972 par les thèmes de l'État de droit et la concrétisation progressive des

⁴⁸⁴ Sur la thèse défendue par Hans Kelsen d'une identité entre État, droit et État de droit et l'objection infondée « d'État injuste » à la lumière du cas de « l'État nazi » : O. PFERSMANN, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'« État de droit » », *op. cit.*, p. 56-60. V. également : M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 177-182 ; O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2016.

⁴⁸⁵ D. GRIMM, « Stufen der Rechtsstaatlichkeit », *op. cit.*, p. 596-600 ; O. LEPSIUS, « Sicherheit und Freiheit – ein zunehmend asymmetrisches Verhältnis » in G. F. SCHUPPERT et al. (dir.), *Der Rechtsstaat unter Bewährungsdruck*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 32. Sur cet export du principe de proportionnalité : D.-U. GALETTA, « Le principe de proportionnalité », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 2^{ème} éd., p. 501-526. Dans la littérature plus ancienne sur le principe de proportionnalité, voir G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le Juge et le droit public*, t. 2, Paris, LGDJ, 1974, p. 297-306 ; M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, numéro spécial, 1995, p. 156-165 ; J. ZILLER, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1996, p. 185-188 ; sur les évolutions récentes en droit constitutionnel français et notamment les inconvénients du contrôle effectué par le Conseil constitutionnel, cf. la thèse de J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2015.

droits fondamentaux »⁴⁸⁶. Là encore, le décalage avec la situation française est manifeste. La fameuse décision « Liberté d'association » du Conseil constitutionnel qui marque la création du bloc de constitutionnalité date elle de 1971, la première référence aux droits fondamentaux remontant elle à un article de Michel Fromont publié en 1975 aux Mélanges Eisenmann⁴⁸⁷.

II. Les controverses françaises autour de la réception du concept de « droit fondamental »

En comparaison à l'Allemagne, « l'apparition tardive de la justice constitutionnelle en France et le peu d'intérêt porté à la philosophie analytique du droit » ont conduit à ce que « la France accuse un assez important retard (...) en matière de théorie des droits fondamentaux⁴⁸⁸. Cette différence et ce retard sont à mettre en lien avec le rejet historique du concept d'« État de droit » dans la doctrine française. Ce refus notoire, c'est Carré de Malberg qui l'a sans doute théorisé le plus nettement. Ce dernier désigne la France de la IIIème République non pas comme un « État de droit », mais comme un « État légal »⁴⁸⁹. Ces deux systèmes ont en commun de subordonner l'action des autorités administratives à une loi, mais la notion de loi au sens de la doctrine impériale allemande est cependant, insiste Carré de Malberg, « dépourvue de tout contenu démocratique, qui, par contre, caractérise l'État légal de la IIIe République »⁴⁹⁰. En ce sens, « l'État de droit des Allemands » ne vise qu'à fournir une protection aux libertés individuelles, tandis que « l'État légal » français cherche à assurer la primauté de la volonté du peuple exprimée par ses représentants lors du vote de la loi. Puisque la loi en France est l'expression de la « souveraineté nationale », il ne peut donc être question, comme dans la version achevée de l'État de droit, de limiter le Corps législatif

⁴⁸⁶ M. STOLLEIS, « Die Staatsrechtslehre der fünfziger Jahre », in T. HENNE, A. RIEDLINGER (dir.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin, Berliner Wissenschaft-Verlag, 2005, p. 298.

⁴⁸⁷ M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », *op. cit.*, p. 49-64.

⁴⁸⁸ O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », in L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁸⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Sirey, 1920, p. 232-235, p. 49 et surtout p. 488-494 ; sur la théorie de Carré de Malberg, v. notamment A. GAILLET, *op. cit.*, p. 279-280 ; E. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003 ; M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992.

⁴⁹⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 490.

en accordant aux citoyens un moyen d'action en justice afin de contester la constitutionnalité d'une loi. Ceci reviendrait à établir un « gouvernement des juges »⁴⁹¹.

Bien qu'il ne soit désormais plus possible d'affirmer, comme jadis Adhémar Esmein, que « l'État de droit appartient à ces abstractions germaniques qui pénétreront difficilement les cerveaux français »⁴⁹², il n'en demeure pas moins qu'à la différence de l'Allemagne, « l'État de droit » n'est resté en France qu'un concept employé par la doctrine⁴⁹³. Afin de marquer cette différence, certains auteurs préfèrent ne parler à propos du droit français que d'un « principe de prééminence du droit », à l'instar de la formule employée dans le Préambule de la Convention Européenne des Droits de l'Homme⁴⁹⁴. D'autres, comme le Professeur Patrick Wachsmann, estiment même qu'au vu de ce « modèle allemand » et notamment du caractère élaboré, exigeant et différencié de la dogmatique allemande des droits fondamentaux, le système juridique français ne connaîtrait qu'un régime de « libertés publiques »⁴⁹⁵.

Il faut toutefois faire crédit aux auteurs réunis autour de Louis Favoreu et du Groupe d'Etudes et de Recherches Comparées sur la Justice Constitutionnelle d'avoir vigoureusement contredit l'idée qu'il serait inapproprié de parler de « droit fondamentaux » en France. Après avoir intensément investi la recherche en la matière dès les années 1980, la publication en l'an 2000 de leur Précis de « Droits des libertés fondamentales » livre un

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 493. V. à ce sujet : M. TROPER, O. PFERMSANN, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2001, p. 21-52.

⁴⁹² A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1927, 7^{ème} éd., p. 55.

⁴⁹³ En ce sens : C. GREWE, « Das Verständnis des Rechtsstaates in Frankreich und in Deutschland », in J. JURT et al. (dir.), *Wandel von Recht und Rechtsbewußtsein in Frankreich und Deutschland*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 1999, p. 157-167. Parmi les travaux universitaires récents ayant contribué à acclimater la doctrine française à ce concept issu du droit allemand, v. notamment : O. JOUANJAN, « Théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, numéro spécial, p. 44-51 ; D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit. ; O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit : le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, op. cit. ; N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2002 ; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002 ; T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, op. cit. ; C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral*, op. cit. ; A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit.

⁴⁹⁴ V. M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, op. cit., p. 249-250 ; O. JOUANJAN, « Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts », in A. v. BOGDANDY et al. (dir.), *Ius Publicum Europaeum*, t. 1, Heidelberg, C.F. Müller, 2007, § 2 Frankreich, p. 143-146.

⁴⁹⁵ P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », *RUDH*, 2004, p. 40 ; du même auteur, « Les droits fondamentaux, sans le savoir ni le vouloir », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 563.

condensé des travaux entamés à partir de cette période sur ce sujet⁴⁹⁶. Cette réflexion doctrinale a été accompagnée et renforcée par deux importants changements en droit positif : l'entrée en vigueur en 2001 du référé-liberté⁴⁹⁷ et de la question prioritaire de constitutionnalité⁴⁹⁸ en 2010.

La première procédure vise en cas d'urgence à autoriser le juge administratif à ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une « liberté fondamentale » à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, porté une atteinte grave et manifestement illégale. Le second recours permet, à l'occasion d'un procès, de saisir le Conseil constitutionnel d'une question préalable lorsqu'il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte « aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Dans les deux cas s'est par conséquent posée la question de définir ce que recouvrent ces deux nouvelles catégories juridiques en particulier au regard du concept de « droit fondamental ». Force est à cet égard de constater que la définition qu'en donnent les auteurs du Précis dirigé par Louis Favoreu semble désormais faire référence en doctrine et en jurisprudence⁴⁹⁹. Pour ces auteurs, les droits fondamentaux sont l'ensemble des permissions d'agir constitutionnellement ou conventionnellement garanties dont la violation par les normes législatives pourra être juridictionnellement sanctionnée⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ V. les travaux du colloque international de février 1981 organisé par le Groupe d'études et de recherches sur les juridictions constitutionnelles (devenu le Groupe d'Etudes et de Recherches Comparées sur la Justice Constitutionnelle / GERJC) à Aix-en Provence sur le thème de « La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe » et publiés à la *RIDC*, 1981, p. 251-671. Voir à ce sujet L. FAVOREU, « Avant-propos à la première édition », in L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. XII-XV. Sur le rôle joué par les auteurs dits de « l'Ecole d'Aix » réunis autour de Louis Favoreu : O. JOUANJAN, « Conseil constitutionnel und *Bundesverfassungsgericht* », in M. STOLLEIS (dir.), *Herzkammern der Republik : die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, Munich, C.H. Beck, 2011, p. 139.

⁴⁹⁷ Art. L. 521-2 du Code de Justice administrative, créé par l'article 4 de la loi n°2000-597 du 30 juin 2000.

⁴⁹⁸ Art. 61-1 de la Constitution, créée par l'article 29 de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. Il convient néanmoins de rappeler la genèse de cette réforme et notamment les travaux réalisés dans les années 90 en vue d'introduire en droit français une procédure d'exception d'inconstitutionnalité : J. BENETTI, « La genèse de la réforme », *AJDA*, 2010, p. 74.

⁴⁹⁹ V. L. BURGORGUE-LARSEN, « Le concept de liberté publique et de droit fondamental », in J.-B. AUBY, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 389-407. V. également la décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990 dans laquelle le Conseil constitutionnel parlait déjà de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » (cons. 33).

⁵⁰⁰ Nous nous référons ici très directement à la définition qu'en donne Otto Pfersmann : O. PFERSMANN « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », in L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 75.

B. Le maintien de divergences dans les conceptions françaises et allemandes du droit à l'autonomie locale

Lorsque le concept de « droits fondamentaux »⁵⁰¹ a véritablement émergé en France au cours des années 1990, l'idée que les collectivités locales puissent être bénéficiaires de droits fondamentaux a fait l'objet de contestations ponctuelles au motif que l'administration autonome participerait de la sphère étatique alors que les droits fondamentaux relèveraient de la sphère de la société civile (I). Analogue à la position majoritairement retenue dans la dogmatique allemande, cette approche n'a cependant pas été retenue et cette question ne fait aujourd'hui plus véritablement débat⁵⁰² (II).

I. Les objections à l'attribution de droits fondamentaux aux collectivités locales

En France, deux séries de critiques ont été adressées à l'encontre de la reconnaissance de la libre administration des collectivités locales au rang des droits fondamentaux. La première tend à exclure du bénéfice de tels droits les personnes morales de droit public (1). La seconde considère que l'autonomie locale est un principe d'organisation de l'État et représente donc une « garantie institutionnelle » et non une liberté fondamentale (2).

1) La protection « aspectuelle » des droits fondamentaux des personnes morales de droit public

La première série d'objection à l'attribution de droits fondamentaux aux personnes publiques consiste à réserver de tels droits et libertés aux seules personnes physiques en raison de l'impossible identité entre les droits des personnes physiques et ceux des personnes morales. Fictions juridiques, celles-ci ne pourraient prétendre à certains droits, comme le droit à la santé ou à la vie, ni jouir de droits politiques⁵⁰³. Etienne Picard défend en ce sens la thèse que les droits fondamentaux représentent une catégorie de droits individuels au fondement de l'État de droit, inspirés de principes objectifs qui puisent leur source et leur force dans des « textes fondamentaux » tels que la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. La finalité des droits fondamentaux serait selon cet auteur de garantir la

⁵⁰¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, 2010, p. 1-16.

⁵⁰² B. FAURE, « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDP*, 2008, p. 233-246 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », *Cahiers français*, n°354, 2010, p. 21.

⁵⁰³ B. FAURE, « Les droits fondamentaux des personnes morales », *op. cit.*, p. 235-237.

dignité humaine comme valeur ultime de nos sociétés, ce qui empêche d'en faire application aux personnes morales⁵⁰⁴. De même, la liberté étant par essence infinie, les personnes morales ne peuvent en bénéficier car leur objet est par définition limité. En attribuer le bénéfice à des structures créées par la fiction du droit reviendrait à dénaturer les droits fondamentaux en les déshumanisant, en leur retirant leur substrat humain, incarné.

Par ailleurs, dans le cas plus spécifique des personnes publiques, il était généralement objecté qu'elles n'ont que des compétences et des prérogatives de puissance publique⁵⁰⁵. En dépit de l'impression première mais trompeuse de parenté entre les droits des personnes privées et ceux des personnes publiques, il existerait en vérité une différence de nature entre l'authentique liberté des personnes privées et les fonctions des personnes morales de droit public. Alors que dans le cas des individus, leur motivation est la poursuite d'un but privé librement déterminé, l'action des personnes morales de droit public ne se légitime qu'en vertu de la satisfaction d'un intérêt général.

Dans le cas plus particulier des collectivités locales, il est intéressant de noter que pour Etienne Picard, « l'existence (...) d'un contrôle administratif (...) s'oppose à toute idée de liberté, laquelle est subjective dans ses fins, ses intérêts, sa validité ou sa valeur, ses moyens, ses profits, ses responsabilités »⁵⁰⁶. Il y aurait là une différence de nature entre la surveillance exercée par la police administrative sur les personnes et le contrôle administratif auquel sont soumises les collectivités locales. Si les personnes publiques et de façon générale les personnes morales peuvent certes bénéficier de droits, ceux-ci ne pourraient par conséquent prétendre à être « fondamentaux ».

D'un point de vue comparé, il est intéressant de noter que si les collectivités locales sont comme en Allemagne exclues du bénéfice de droits fondamentaux, c'est à l'issue d'un raisonnement différent. Comme nous le verrons plus loin, l'une des justifications données dans la doctrine allemande est que l'État étant lui-même dans l'obligation de garantir le respect des droits fondamentaux, sa situation de débiteur exclut qu'il soit titulaire de droits fondamentaux, au risque sinon de créer une situation de conflits d'intérêts⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Sur le concept de « fondamentalité » chez cet auteur : E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *ADJA*, 1998, numéro spécial, p. 6-42, en particulier p. 34-42.

⁵⁰⁵ E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental », *AJDA*, 1998, p. 34.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 34.

⁵⁰⁷ V. *infra* §2 B de la présente Section.

Cette différenciation entre personne morale et personne physique repose toutefois sur une série de confusions qui découlent en grande partie du caractère humaniste et moral de la définition des droits fondamentaux sous-tendant cette théorie⁵⁰⁸. Le postulat libéral de cette théorie repose sur l'idée que la liberté individuelle se comprend comme l'ensemble infini des possibles. Cette idée d'autonomie de la volonté serait un acquis de civilisation héritée de la pensée des Lumières qui servirait de fondement au droit. En atteste la référence centrale chez Étienne Picard à la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Or, cette infinitude de la volonté humaine serait par essence incompatible avec la qualité de personnes morale, *a fortiori* de personne morale de droit public. Les personnes morales sont des créations juridiques ayant un objet déterminé par autrui.

Cependant, bien que l'hétéro-détermination soit certes plus forte et surtout plus évidente pour les personnes morales, elle n'est d'un point de vue juridique pas fondamentalement différente de celle qui contraint les personnes privées. À la suite des travaux de Kelsen, on peut par analogie reprendre les propos d'Olivier Jouanjan à propos du mythe de l'autonomie de la volonté des individus dans la formation du contrat : si le contrat lie les parties, ceci résulte non de l'autonomie de leur volonté, mais du respect en droit français des conditions posées pour cela à l'article 1128 du Code civil. C'est bien le droit qui « habilite des individus à produire des normes en attribuant à certains de leurs actes de volonté une signification objective »⁵⁰⁹. Le dualisme opposant le droit privé au droit public comme étant deux sphères juridiques de nature différente est une construction idéologique qu'il convient de relativiser et qui est, par ailleurs, contingente des ordres juridiques⁵¹⁰. Ceci vaut également pour les droits subjectifs qui sont des habilitations d'agir accordés aux individus par l'État, entendu au sens d'ordre juridique⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Pour une critique, v. O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », in L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 70.

⁵⁰⁹ O. JOUANJAN, « Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen, Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010, p. 20.

⁵¹⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962 (traduction de la 2^{ème} édition allemande de 1959), p. 372-376 ; C. EISENMANN, « Droit public, droit privé », *RDP*, 1952, p. 903-979.

⁵¹¹ *Contra* : O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 165-166.

2) La libre administration des collectivités locales : un principe d'organisation de l'État ?

La seconde série de raison déniait aux collectivités locales le bénéfice de droits fondamentaux a trait aux doutes émis par quelques auteurs quant à la pertinence de qualifier la libre administration de « liberté fondamentale ». Se référant à la terminologie employée dans la dogmatique allemande, ceux-ci considèrent qu'il eut été préférable de parler ici de « garantie institutionnelle »⁵¹². Pour Michel Verpeaux, la libre administration ne serait qu'une modalité d'organisation des pouvoirs publics, au même titre que le principe de la séparation des pouvoirs : « L'un comme l'autre ne constituent pas des droits mais peuvent être conçus comme des conditions jugées constitutionnellement nécessaires, par l'article 72 de la Constitution pour l'un, par l'article 16 de la Déclaration des droits pour l'autre, pour l'affirmation des libertés reconnues dans d'autres dispositions qui ne sont plus alors organiques mais qui concernent des droits substantiels. La libre administration peut d'ailleurs 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. »⁵¹³.

Cette qualification de la libre administration comme « garantie institutionnelle » au sens d'un principe d'organisation des pouvoirs publics duquel découleraient certains droits et libertés n'a cependant pas trouvé d'écho en doctrine ou en jurisprudence en France. La conception dominante demeure celle selon laquelle l'autonomie locale constitue un droit fondamental. Il s'agit là d'une différence avec l'Allemagne où le sens donné à la distinction entre « droit fondamental » et « garantie institutionnelle » s'avère néanmoins sensiblement plus élaboré.

⁵¹² G. MARCOU, « Le référé administratif et les collectivités territoriales », *LPA*, n°95, 14 mai 2001, p. 43-47 ; M. VERPEAUX, « Libre administration, liberté fondamentale, référé-liberté », *RFDA*, 2001, p. 681-686 ; H. RUIZ FABRI, « Le Conseil de l'Europe et les collectivités infra-étatiques : peut-on parler de libertés locales ? », in SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL (dir.), *Les collectivités territoriales non étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone, 2002, p. 179 et intervention p. 200 ; P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 déc. 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1112.

⁵¹³ M. VERPEAUX, « Libre administration, liberté fondamentale, référé-liberté », *op. cit.*, p. 684.

II. La qualification de la libre administration comme droit fondamental des collectivités locales

La reconnaissance de la libre administration comme droit fondamental des collectivités locales par le Conseil constitutionnel s'inscrit dans le cadre de la formation depuis les années 80 d'un véritable droit constitutionnel local (1). Favorablement accueillie en doctrine, cette évolution a pu être analysée comme la reconnaissance de libertés locales face à l'État (2).

1) La libre administration et la constitutionnalisation du droit des collectivités locales

Conformément à la définition que nous en avons donnée préalablement, l'attribution de droits fondamentaux à des personnes morales est admissible à condition que le droit fondamental en question puisse s'appliquer à la personne morale considérée. En droit positif français, cette protection « aspectuelle » des droits fondamentaux n'est certes pas garantie en vertu d'un texte constitutionnel, mais le Conseil constitutionnel étend le bénéfice des droits fondamentaux à toute personne, y compris les personnes morales de droit public⁵¹⁴. Ceci rejoint la position majoritaire de la doctrine française qui, contrairement à la doctrine allemande, ne voit dans son ensemble guère de contradiction à ce que des organes de puissance publique puissent d'une part jouir et d'autre part être chargés de garantir les droits fondamentaux contre les atteintes perpétrés par d'autres organes de puissance publique⁵¹⁵. Ceci vaut également pour les collectivités locales⁵¹⁶ et explique en grande partie pourquoi la question de savoir si la libre administration des collectivités locales peut être considérée comme une liberté fondamentale n'a finalement été qu'assez peu controversée en France, en particulier en comparaison à l'Allemagne.

En jurisprudence, cette question a été tranchée lors d'une des premières saisines du Conseil constitutionnel formées dans le cadre d'une question prioritaire de

⁵¹⁴ Pour un exemple en matière de propriété : décision n°86-207 DC du Conseil constitutionnel du 26 juin 1986 relative aux lois de privatisation (cons. 58). V. L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 311-312 ; P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997, p. 568-574 ; Y. GAUDEMET, « Constitution et biens publics », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°37, 2012, p. 65-73.

⁵¹⁵ V. par exemple B. FAURE, « Les droits fondamentaux des personnes morales », op. cit., p. 233-246 ; B. FAURE, « La collaboration du publiciste et du privatiste au sujet des droits fondamentaux des personnes morales », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.), *La personnalité morale*, Paris, Dalloz, 2010, p. 93-100.

⁵¹⁶ Décision n°82-137 DC du 25 février 1982 portant sur la loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

constitutionnalité⁵¹⁷. Dans sa décision « Commune de Dunkerque » du 2 juillet 2010, le Conseil constitutionnel devait connaître de la recevabilité du recours formé par la collectivité locale requérante. Il a alors jugé que la libre administration constitue bien une liberté constitutionnellement garantie au sens de l'article 61-1 de la Constitution⁵¹⁸. Le Conseil constitutionnel rejoint sur ce point la décision de renvoi du Conseil d'État dont le rapporteur public avait considéré dans ses conclusions que le droit à l'autonomie locale « fait à l'évidence partie des droits et libertés garantis par la Constitution. Il constitue même un principe propre à l'ordre constitutionnel français. Il constitue ainsi l'un des rares principes qui ne font pas l'objet d'une protection conventionnelle, et pour lesquels par conséquent il n'existe pas d'éventuelle superposition entre le contrôle de constitutionnalité par le biais de la QPC et le contrôle de conventionalité »⁵¹⁹.

L'analyse du Conseil d'État n'est guère surprenante puisqu'il avait dès l'entrée en vigueur en janvier 2001 de la procédure de « référé-liberté », eu à se prononcer sur la qualification juridique du principe de libre administration. Il s'agissait alors de savoir si le droit à l'autonomie locale était une « liberté fondamentale », cette fois-ci au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. On sait que la Haute juridiction administrative avait répondu favorablement à cette question dans sa décision du 18 janvier 2001 « Commune de Venelles et Morbelli »⁵²⁰. Il eut néanmoins été possible que les « libertés fondamentales » protégées par le Conseil d'État dans le cadre du référé-liberté divergent de celles garanties par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Cependant, il avait été assez rapidement mis en lumière par la doctrine du Conseil d'État⁵²¹ que c'était « dans la catégorie des droits et libertés garantis par la Constitution ou par des conventions internationales qu'il faut rechercher le champ d'application du référé-liberté »⁵²². Il était dès lors cohérent de juger en 2010 que l'autonomie locale compte parmi les droits et

⁵¹⁷ Décision n°2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*.

⁵¹⁸ P. BON, « Premières questions, premières précisions », *RFDA*, 2010, p. 679-694.

⁵¹⁹ E. GEFFRAY, Conclusions sur Conseil d'État du 8 mai 2010 « Commune de Dunkerque », *RFDA*, 2010, p. 713 (nous soulignons). Déjà dans ce sens : CAA Versailles, 1^{er} avril 2010, *Commune de Clamart*, n°09VE02684.

⁵²⁰ CE, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles et Morbelli*, req. n°229247, Rec. Lebon, p. 18.

⁵²¹ V. les conclusions du Commissaire du gouvernement : L. TOUVET, « Premières applications des nouvelles procédures de référé », *RFDA*, 2001, p. 384-387 ; M. GUYOMAR, P. COLLIN, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 2001, p. 153-156, qui renvoient d'ailleurs dans leur chronique à la définition des libertés fondamentales retenues dans l'ouvrage dirigé par Louis Favoreu.

⁵²² *Ibid.*, p. 155.

libertés fondamentaux pouvant être invoqués dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, confirmant à cet égard l'analyse majoritairement faite par la doctrine universitaire⁵²³.

Ces clarifications jurisprudentielles s'insèrent plus globalement dans un mouvement de constitutionnalisation du droit des collectivités locales⁵²⁴. Celui-ci avait été entamé dès 1946 avec l'inscription à l'article 87 de la Constitution de la IV^{ème} République du principe de libre administration. Cette mention exprimait déjà « la volonté des constituants de consacrer les libertés locales et pas simplement un principe d'organisation administrative »⁵²⁵. Elle avait été par la suite reprise dans le texte de la Constitution de 1958.

C'est au Conseil constitutionnel qu'il revient toutefois d'avoir été le principal moteur de cette constitutionnalisation du droit des collectivités locales⁵²⁶. Sa première décision en la matière date du 23 mai 1979, le Conseil effectuant pour la première fois un contrôle de constitutionnalité de la loi à la lumière du principe constitutionnel de libre administration⁵²⁷. Mais comme nous le verrons plus loin⁵²⁸, c'est avant tout depuis les années 1990 que le Conseil constitutionnel vérifie explicitement si les lois dont il a à connaître ne portent pas excessivement atteinte au droit à l'autonomie des collectivités locales. En cela, il reprend les techniques employées dans le cadre du contentieux relatif aux droits et libertés⁵²⁹,

⁵²³ L. FAVOREU, A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *op. cit.*, p. 88-92. V. également J. FAVRE, B. TARDIVEL, « Recherche sur la catégorie jurisprudentielle des "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle" », *RDP*, 2000, p. 1415-1418.

⁵²⁴ V. B. FAURE, « La constitutionnalisation du droit des collectivités locales », *LPA*, 15 avril 1999, n°75, p. 12 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, 1998 et *supra* dans le présent Chapitre.

⁵²⁵ L. FAVOREU, A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *op. cit.*, p. 89. Leur affirmation reprenne l'analyse des travaux préparatoires faite par Constantinos Bacoyannis, lequel s'appuie notamment sur les propos d'André Philip, ancien Président de la commission de la Constitution : C. BACUYANNIS, *op. cit.*, p. 96-97.

⁵²⁶ B. FAURE, « Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration du droit des collectivités locales », *Pouvoirs*, n°99, 2001, p. 117-133.

⁵²⁷ Décision n°79-104 DC du 23 mai 1979 relative à la loi sur les élections en Nouvelle Calédonie (cons. 9) ; v. L. FAVOREU, « Le statut des collectivités territoriales de la République et le fonctionnement des pouvoirs constitutionnels : la décision du 23 mai 1979 », *RDP*, 1979, p. 1694-1704. Sur cette évolution, v. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 183-191.

⁵²⁸ V. *infra* la Section 2 du présent Chapitre.

⁵²⁹ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 32 et p. 35-38 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 133-174 ; G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2004, p. 179-182 et p. 189-216 ; R. BOUSTA, « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, p. 859-877 ; J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2015 ; G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de légalité*

conformément à l'attention portée depuis la Présidence de Robert Badinter aux techniques de contrôle et au souci d'une plus forte juridictionnalisation du Conseil constitutionnel⁵³⁰. En revanche, il n'en va pas de même du principe de « décentralisation » énoncé à l'article 1^{er} de la Constitution. Il a été jugé que ce principe ne compte pas parmi les « droits et libertés garantis par la Constitution » permettant de soulever une question prioritaire de constitutionnalité⁵³¹.

2) La libre administration des collectivités territoriales : une liberté locale de la société des citoyens face à l'État ?

À l'exception de quelques voix éparses, ces développements jurisprudentiels ont été dans l'ensemble favorablement accueillis en doctrine⁵³², en particulier car ils contribuent à plus nettement distinguer le concept d'autonomie locale de celui de décentralisation. La décentralisation serait d'origine étatique et représenterait une des formes de l'organisation administrative de l'État. La libre administration renverrait, elle, « à une liberté d'agir opposée à l'État »⁵³³. Cette conception repose sur l'idée que la libre administration relève davantage de la sphère de la Société et non de la sphère de l'État. Cette vision renoue en cela avec l'idée ancienne d'une renaissance des « libertés locales » qui correspondraient aux droits naturels de la commune.

On en retrouve historiquement la trace dans la Constitution de 1791 dont l'article 8 du Titre II intitulé « De la division du royaume, et de l'état des citoyens » renvoyait à cette idée de la commune comme groupement naturel de la société, analogue à la famille : « Les citoyens français considérés sous le rapport des relations locales qui naissent de leurs réunions dans les villes et dans de certains arrondissements du territoire des campagnes,

en France, Allemagne et Angleterre, Paris, LGDJ, 1995 ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, 1990.

⁵³⁰ R. BADINTER, « Une longue marche « Du Conseil à la Cour constitutionnelle » », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°25, 2008, p. 6-8 ; v. également D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes & Cie, 1997.

⁵³¹ CE, 15 septembre 2010, *Thalineau*, req. n°340570. V. A. DUFFY-MEUNIER, L. JANICOT, A. ROBLLOT-TROIZIER, « Observatoire de jurisprudence constitutionnelle », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°32, 2011, p. 219-221.

⁵³² V. par exemple B. FAURE, « Les collectivités territoriales et les juges », *AJDA*, 2016, p. 583-585 ; P. DE MONTALIVET, « QPC et droit des collectivités territoriales », *AJDA*, 2016, p. 586-591 ; J.-H. STAHL, « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°42, 2014, p. 31-41. Sur la portée et les limites de ce mouvement de constitutionnalisation : J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » de la décentralisation*, *op. cit.*, p. 175-216.

⁵³³ M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 183.

forment les Communes ». Ainsi que le note justement l'historien Benoît Gauthier, « dans l'esprit des constituants, la municipalité n'appartient pas tout à fait à l'ordre étatique, mais relève davantage d'une conception patrimoniale, communautaire voire même familiale de la gestion des intérêts locaux »⁵³⁴.

C'est cette conception que défend par exemple Constantinos Bacoyannis dans sa thèse lorsqu'il définit la libre administration comme « la liberté d'un groupe humain qui constitue la collectivité territoriale »⁵³⁵. Fortement inspirée de la théorie d'un pouvoir municipal originaire, la commune formerait « un groupement naturel qui est délimité grâce à son rattachement à un territoire et qui préexistait à sa reconnaissance par l'État »⁵³⁶. De façon comparable, Louis Favoreu rappelait que la libre administration met l'accent « sur l'existence des libertés locales, attachées au groupe humain, à la « société de citoyens » constituant la collectivité territoriale. Elles doivent être préservées non seulement des empiétements de l'État lui-même mais aussi de ceux pouvant émaner d'autres personnes publiques »⁵³⁷.

Cette citation tout comme la définition de la libre administration formulée par Constantinos Bacoyannis sont doublement riches d'enseignements. Tout d'abord, une telle conception de la libre administration défendue par ces auteurs peut s'avérer paradoxale de la part d'auteurs habituellement rangés dans le courant « positiviste » voire « normativiste ». En effet, l'antagonisme entre l'administration autonome et l'administration d'État et l'idée d'un pouvoir municipal anté-étatique s'opposent frontalement aux vues jadis développées par Hans Kelsen dans sa Théorie générale de l'État⁵³⁸. Ce paradoxe est d'autant plus remarquable qu'il met en lumière combien domine en France l'idée que l'autonomie locale relève de la sphère de la Société et non de l'État, cela même dans un courant de pensée dit « positiviste ». En outre, en comparaison à Allemagne, il est intéressant de noter qu'une telle conception s'oppose frontalement à la qualification retenue dans la dogmatique allemande. En Allemagne, la doctrine s'accorde tout au contraire pour voir dans l'auto-administration une

⁵³⁴ B. GAUTHIER, « Les relations entre le pouvoir central et les administrations locales sous la monarchie constitutionnelle (1789-1792) », in M. PERTUÉ (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, *op. cit.*, p. 296.

⁵³⁵ C. BACUYANNIS, *op. cit.*, p. 278.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 100.

⁵³⁷ L. FAVOREU, « La problématique constitutionnelle des projets de réforme des collectivités territoriales », *RFDA*, 1990, p. 400.

⁵³⁸ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 186-188.

« garantie institutionnelle » attribuée aux collectivités locales, lesquelles sont intégrées à la sphère de l'administration médiate de l'État.

§2 L'auto-administration des collectivités locales : une « garantie institutionnelle »

En France, l'émergence en doctrine de la question de savoir si le droit à l'autonomie locale peut ou non être qualifié de « droit fondamental » est finalement assez récente. Par contraste, en Allemagne, cette question a fait l'objet de discussions dès la fin des années 20 et de l'établissement par Carl Schmitt de la distinction entre deux concepts : les « garanties institutionnelles » et les « droits fondamentaux » (A). La réception de cette distinction dans la doctrine contemporaine et en droit positif, en particulier dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, explique qu'en Allemagne, à la différence de la France, l'autonomie locale n'est plus considérée comme relevant de la sphère de la société civile mais de la sphère étatique (B).

A. La distinction schmittienne entre les « garanties institutionnelles » et les « droits fondamentaux »

Bien qu'il ne fût pas le premier à la formuler⁵³⁹, il est cependant unanimement reconnu que c'est à Carl Schmitt qu'il revient d'avoir fait prospérer la distinction entre les « garanties institutionnelles » et les « droits fondamentaux »⁵⁴⁰. Cette différenciation résulte du principe de « répartition » (*Verteilungsprinzip*) fondamental entre la sphère de l'État et la sphère de l'individu tel qu'il ressort du modèle de la constitution de l'État de droit libéral et bourgeois (I). Elle conduit à réduire radicalement le champ de définition des droits fondamentaux (II).

I. Le modèle de la constitution de l'État de droit libéral et bourgeois

Élaborée dans sa « Théorie de la Constitution » publiée en 1928, cette distinction est indissociable de la conception plus générale défendue par Schmitt des rapports entre l'État et l'individu⁵⁴¹. En réaction à l'approche normativiste et formelle défendue par Hans Kelsen dans sa « Théorie générale de l'État » parue en 1925, Schmitt est lui partisan d'une

⁵³⁹ M. WOLFF, « Reichsverfassung und Eigentum », in *Festgabe Wilhelm Kahl*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1923, p. 3-30.

⁵⁴⁰ U. MAGER, *Einrichtungsgarantien*, op. cit., p. 21.

⁵⁴¹ A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, op. cit., p. 29.

conception matérielle, politique, institutionnelle du droit⁵⁴² dont l'une des sources d'inspiration est la théorie de l'institution de Maurice Hauriou⁵⁴³. Définir ce que recouvrent les « droits fondamentaux » dans un ordre constitutionnel spécifique exige par conséquent, selon Schmitt, de tout d'abord déterminer le type politique de la Constitution à considérer. Appuyant ses réflexions sur la Constitution de la République de Weimar, Schmitt qualifie ce texte de « Constitution d'un État de droit libéral et bourgeois »⁵⁴⁴. Pour Schmitt, ce type de Constitution « contient en premier lieu une décision en faveur de la liberté bourgeoise : liberté personnelle, propriété privée, liberté contractuelle, liberté de commerce et d'embauche, etc. L'État apparaît comme le serviteur de la société qui le contrôle de près »⁵⁴⁵.

Conformément à ce modèle, les droits fondamentaux seraient la traduction d'un « principe de répartition » fondamental entre la sphère de l'État et la sphère de l'individu. Dans l'État de droit libéral et bourgeois, « la sphère de liberté de l'individu est présupposée comme une donnée antérieure à l'État, et la liberté de l'individu est *en principe illimitée*, tandis que le pouvoir de l'État pour empiéter sur cette sphère est *en principe limité* (...). Le principe de répartition – liberté individuelle illimitée en principe, pouvoirs de l'État limités en principe – trouve son expression dans une série de « droits fondamentaux » ou « droits à la liberté⁵⁴⁶ ». Dans les constitutions dites « modernes », les droits fondamentaux sont donc des droits « antérieurs et supérieurs à l'État », illimités et défensifs, que l'individu peut donc lui opposer. La puissance étatique ne fait dès lors que les reconnaître et « sert à la protéger »⁵⁴⁷.

II. La réduction de la sphère des droits fondamentaux

Il s'ensuit que les « droits fondamentaux au sens propre du terme sont essentiellement des droits de l'*individu humain* libre, et en fait des droits qu'il possède envers l'*État* »⁵⁴⁸. Schmitt tire de cette réduction du champ de définition des droits fondamentaux deux conséquences

⁵⁴² O. BEAUD, « Kelsen contre Schmitt : un dialogue de sourds », in O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur le gardien de la Constitution*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2007, p. 197-200.

⁵⁴³ Sur l'influence de la théorie de l'institution d'Hauriou sur la différenciation établie par Schmitt, U. MAGER, *Einrichtungsgarantien*, *op. cit.*, p. 138-143. Sur l'influence générale de la pensée d'Hauriou sur Schmitt, v. O. BEAUD, « Avant-propos », in C. SCHMIDT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 7-8 et p. 37-40.

⁵⁴⁴ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 127.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 263.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 264-265. V. sur cette conception : O. JOUANJAN, « Théorie allemande des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 44 ; U. MAGER, *Einrichtungsgarantien*, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁴⁷ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 301.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 302.

qui ont très durablement influencé la théorie allemande des droits fondamentaux. La première est que les droits sociaux et politiques sont exclus du champ de définition des droits fondamentaux au sens strict⁵⁴⁹. Étant donné que les droits démocratiques présupposent l'État au sein duquel est intégré le citoyen, ils ne peuvent donc pas lui être antérieurs. Quant aux droits « socialistes », lesquels consistent à recevoir des prestations positives de l'État, eux aussi présupposent une organisation étatique et sont en outre limités, contrairement aux droits fondamentaux.

La seconde conséquence tirée de cette délimitation est que la puissance publique ne peut être à la fois débitrice et créancière de droits fondamentaux⁵⁵⁰. Alors que l'État est censé servir et protéger ces droits, il y aurait une contradiction ou du moins un conflit d'intérêts à ce qu'il puisse lui-même en bénéficier. Cette seconde restriction est tout à fait centrale pour la question de savoir si l'autonomie locale peut être qualifiée de droit fondamental. Nous avons vu qu'une telle conception assimilait généralement l'autonomie locale au droit d'une communauté naturelle antérieure à l'État. Or, Schmitt rejette avec vigueur l'idée qu'il puisse y avoir au sein de l'État des « droits fondamentaux d'une *communauté* naturelle ou organisée »⁵⁵¹. Ceci s'oppose non pas, comme il cherche à le faire croire, au modèle de l'État de droit bourgeois et libéral, mais bien davantage, comme nous le verrons, à la conception unitaire – voire totalitaire – de l'État schmittien. Quoiqu'il en soit, les collectivités locales ne peuvent en tous cas que dépendre de la sphère de l'État et non de la sphère de la société. Ceci exclut de ranger l'autonomie locale dans la catégorie des droits fondamentaux.

Pourtant, comme le note Carl Schmitt, il peut arriver que la législation constitutionnelle accorde aux collectivités locales tout comme à certaines autres « institutions » une protection constitutionnelle. Cette protection correspond à ce que Schmitt appelle une « garantie institutionnelle » afin de distinguer cette structure des droits fondamentaux. Au contraire des droits fondamentaux, les « garanties institutionnelles » n'existent qu'à l'intérieur de l'État et sont par essence limitées. Elles sont des créations légiconstitutionnelles dont le but est de protéger certaines institutions spéciales face au législateur. Ce dernier peut certes les aménager et les encadrer, mais non les supprimer. Au contraire des individus, ces institutions

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 306-307.

⁵⁵⁰ C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, p. 12 ; pour une critique : O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », in L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 96-98.

⁵⁵¹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 310.

sont reconnues juridiquement et servent à remplir des tâches et des buts définis, leur champ d'action pouvant toutefois être plus ou moins universel et indéterminé⁵⁵². Cela peut concerner des structures telles que la fonction publique, la famille, de façon générale les corps intermédiaires. Les garanties institutionnelles se distinguent des droits fondamentaux par conséquent ni en raison de leur caractère organique, ni au motif qu'elles seraient au service de l'exercice de droits fondamentaux substantiels. Comme le note Carl Schmitt, les garanties institutionnelles ne sont en effet pas nécessairement liées à des droits subjectifs d'individus ou de corporations⁵⁵³. Ce qui caractérise avant tout les garanties institutionnelles au sens large, c'est qu'elles relèvent de la sphère étatique et sont par essence limitées.

B. Réception et critique de la distinction entre les « garanties institutionnelles » et les « droits fondamentaux »

Cette manière de concevoir les rapports entre l'individu et l'État dans l'État de droit libéral et bourgeois et la distinction entre « garantie institutionnelle » et « droit fondamental » qui en découle a connu une prospérité indéniable au point où elle continue aujourd'hui encore de structurer la dogmatique allemande des droits fondamentaux (I). Elle n'a toutefois pas été exempte de critiques et témoigne de la vigueur de la pensée étatiste dans la doctrine allemande, courant de pensée souvent ignoré dans les études doctrinales françaises portant sur l'Allemagne (II).

I. La prospérité de la distinction entre les « garanties institutionnelles » et les « droits fondamentaux » sous la Loi fondamentale allemande

La théorie élaborée par Schmitt à la fin des années 1920 a influencé la dogmatique allemande contemporaine qui s'en est inspirée mais a su également s'en distancer (1). Les différences avec la conception française demeurent saillantes (2).

1) L'exclusion des personnes morales de droit public du champ d'application des droits fondamentaux

La doctrine allemande contemporaine a repris la distinction entre les « droits fondamentaux » et les « garanties institutionnelles » (*Einrichtungsgarantien*) au sens large. Elle différencie au sein de celles-ci, conformément à une typologie introduite par Carl

⁵⁵² *Ibid.*, p. 308.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 308.

Schmitt ⁵⁵⁴ , les « garanties d'institution » (*Institutionsgarantie*) des « garanties institutionnelles » (*institutionelle Garantien*) au sens strict. Tandis que les « garanties d'institution » sont des structures de droit privé comme la propriété, la famille ou le mariage⁵⁵⁵, les « garanties institutionnelles » au sens strict concernent certaines structures de droit public comme la fonction publique ou justement l'autonomie locale.

En revanche, alors que Schmitt réduit les « droits fondamentaux au sens propre » aux seuls droits de l'individu humain libre, les constituants allemands en 1949 ont fait le choix d'accorder le bénéfice des droits fondamentaux à certaines personnes morales. L'article 19 alinéa 3 de La fondamentale dispose à cet égard que « les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet ». La position adoptée en droit positif diverge donc dans une certaine mesure de la conception schmittienne des droits fondamentaux. Mais dans une certaine mesure seulement car cette protection aspectuelle ne s'étend en principe pas aux personnes morales de droit public. Ceci a été très clairement établi par la Cour constitutionnelle fédérale dans une décision de principe de mai 1967 relative aux organismes d'assurance sociale⁵⁵⁶.

La Cour justifie cette restriction principalement pour deux raisons. La première consiste à rappeler assez classiquement que la puissance publique ne pourrait être simultanément créancière et débitrice d'un droit fondamental. Ainsi que le souligne Dieter Grimm : « Les droits fondamentaux créent une relation juridique asymétrique. Les individus sont les titulaires, l'État est le débiteur. Pour ce dernier, les droits fondamentaux sont des limites à l'action, pour les premiers, ils constituent des droits de défense contre l'État. »⁵⁵⁷. La Cour reconnaît néanmoins que des conflits peuvent surgir entre des entités publiques, par exemple sous la forme d'une ingérence voire d'une atteinte irrégulière de l'État central dans les affaires ou le patrimoine de collectivités locales. Mais cette ingérence doit être analysée comme un conflit de compétences et non assimilée à une ingérence dans des droits

⁵⁵⁴ C. SCHMITT, « Freiheitsrechte und institutionelle Garantien in der Reichsverfassung », in *Rechtswissenschaftliche Beiträge zum 25jährigen Bestehen der Handelshochschule Berlin*, Berlin, Hobbing, 1931, p. 1-31, réédité in C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Duncker und Humblot, 1985, 3^{ème} éd., p. 140 et s.

⁵⁵⁵ U. MAGER, *Einrichtungsgarantien*, *op. cit.*, p. 173-175 et p. 405-411.

⁵⁵⁶ Décision du 2 mai 1967 relative aux organismes d'assurance sociale : BVerfGE 21, 362 (369 et s.).

⁵⁵⁷ D. GRIMM « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *Jus Politicum*, n°6, 2011, p. 15.

fondamentaux car le lien direct avec l'individu fait ici défaut⁵⁵⁸. Cette seconde justification éclaire encore plus fortement que la première combien les droits fondamentaux demeurent perçus en Allemagne comme étant des droits essentiellement individuels.

2) La dogmatique allemande des droits fondamentaux au prisme de la conception française

En comparaison au droit français, cette exclusion principielle des personnes morales de droit public du champ d'application des droits fondamentaux constitue une première différence avec la solution retenue en France où, comme nous l'avons vu, les personnes morales sont bénéficiaires de droits fondamentaux conformément à leur objet. Il convient néanmoins de modérer la portée de cette première différence étant donné que la Cour constitutionnelle fédérale accepte de faire trois exceptions à ce principe d'exclusion. La première a trait à certains droits procéduraux comme le droit à une justice équitable garantie aux articles 101 et 103 de la Loi fondamentale⁵⁵⁹. La seconde exception vaut également pour le droit à l'égalité de traitement entre les organes de puissance publique⁵⁶⁰. Mais comme les personnes morales de droit public ne peuvent être titulaires de droits fondamentaux, la Cour en fonde l'attribution non pas sur le droit à l'égalité de l'article 3 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale, mais sur l'interdiction des traitements arbitraires, principe constitutionnel corollaire au principe d'État de droit et issu de l'article 20 alinéa 3. Ce respect du principe de l'égalité de traitement s'impose notamment au législateur – fédéral ou fédéré – vis-à-vis des collectivités locales lorsqu'il lui revient d'attribuer des compétences ou des financements à certaines catégories de collectivités locales⁵⁶¹. La troisième exception concerne de façon intéressante certaines collectivités publiques particulières : communautés religieuses placées sous un statut de droit public, organismes publics de radiodiffusion, universités. Elle se justifie par le fait qu'elles représentent des institutions nécessaires à l'exercice de droits fondamentaux tels que la liberté religieuse, la liberté de la recherche ou liberté d'opinion. En

⁵⁵⁸ BVerfGE 21, 362 (371). Pour un exemple plus récent : décision du 7 octobre 2014 relative à l'article 91e de la Loi fondamentale et au principe d'égalité entre collectivités locales : BVerfGE 137, 108 (154).

⁵⁵⁹ V. par exemple la décision du 3 octobre 1961 sur les jours fériés en Bavière : BVerfGE 13, 132 (140). M. SACHS, « Art. 19 : Einzelfallgesetzverbot, Zitiergebot ; Wesensgehaltgarantie ; Geltung für juristische Personen ; Rechtsweggarantie », in M. SACHS (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, Munich, 2014, 7^{ème} éd., p. 759.

⁵⁶⁰ E. SCHMIDT-ABMANN, « Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 806.

⁵⁶¹ Pour un exemple en matière de financement, v. la décision du 7 février 1991 : BVerfGE 83, 363 (393). Plus récemment, v. la décision du 7 octobre 2014 relative aux critères de sélection des collectivités locales autorisées à prendre en charge l'aide sociale du retour à l'emploi : BVerfGE 137, 108 (154 et ss.).

outre, ces institutions sont suffisamment indépendantes de la puissance publique. Dans ce cas, ces collectivités publiques sont considérées comme étant bénéficiaires de droits fondamentaux.

Cette dernière exception souligne en même temps une seconde divergence entre la France et l'Allemagne, cette fois relative aux conceptions allemande et française des « garanties institutionnelles ». Ainsi que nous l'avons exposé, la doctrine française voit dans les garanties institutionnelles un principe d'organisation de l'État duquel découleraient certains droits et libertés et dont la protection s'impose au législateur. En Allemagne, outre le fait que les garanties institutionnelles dépassent, comme on l'a vu, très largement cette définition, le lien entre garantie institutionnelle et la protection de droits subjectifs n'est pas intrinsèque⁵⁶². En revanche, dans le cas où l'exercice de certains droits fondamentaux est justement indissociable de ces institutions, alors celles-ci seront titulaires de droits fondamentaux⁵⁶³.

La troisième différence qu'il importe de mettre en avant porte justement sur la nature juridique de l'autonomie locale. En France, la libre administration a été rangée dès l'une des premières décisions du Conseil constitutionnel prises à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité dans la catégorie des droits fondamentaux. En Allemagne, l'opinion dominante et la jurisprudence administrative et constitutionnelle fédérales se sont dès les années 50 accordées pour voir dans le droit à l'autonomie locale une « garantie institutionnelle », reprenant sur ce point la thèse défendue par Carl Schmitt sous la République de Weimar⁵⁶⁴. Cette position a été arrêtée en mars 1952 dans l'une des toutes premières décisions du premier Sénat de la Cour constitutionnelle fédérale⁵⁶⁵ et n'a depuis pas fait l'objet de variation⁵⁶⁶.

Conformément à cette jurisprudence constante, les collectivités locales sont en tant qu'organe de puissance publique avant tout un « fragment d'État »⁵⁶⁷ et non, si l'on veut, un « fragment de la société ». Leur distance vis-à-vis de la puissance publique s'avère par

⁵⁶² C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 310-311.

⁵⁶³ V. sur ce point : O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », in L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁶⁴ A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, *op. cit.*, p. 35-51.

⁵⁶⁵ Décision du 20 mars 1952 faisant suite au recours de la ville d'Offenbach : BVerfGE 1, 167 (173 et ss.).

⁵⁶⁶ V. M. BURGI, *op. cit.*, p. 49-52.

⁵⁶⁷ L'expression « un fragment d'État » (« *ein Stück Staat* ») est employée à propos des collectivités locales par la Cour constitutionnelle fédérale dans sa décision du 3 juin 1986 relative aux établissements de radiodiffusion : BVerfGE 73, 118 (191).

conséquent trop faible pour leur conférer des droits fondamentaux spécifiques, y compris le droit de propriété⁵⁶⁸. Bien que le contrôle des lois portant atteinte au droit à l'autonomie locale soit certes techniquement similaire au contrôle de proportionnalité, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a semblé renoncer à partir de son importante décision de 1988 dite « Rastede »⁵⁶⁹ à employer cette expression. Elle lui a préféré celle de contrôle de la répartition des compétences (*Aufgabenverteilungsprinzip*) afin de réserver l'expression de contrôle de proportionnalité au seul contrôle des atteintes aux droits fondamentaux. Cette décision ainsi que celle du 26 octobre 1994 portant sur l'obligation faite aux collectivités locales de nommer une fonctionnaire déléguée à l'égalité homme-femme ont été perçues en doctrine comme marquant la volonté de la Cour constitutionnelle de redéfinir la dogmatique applicable en matière de droit à l'autonomie locale en la distinguant plus strictement de celle applicable au contentieux des droits fondamentaux⁵⁷⁰. Il n'est sans doute pas anodin de noter que le rapporteur⁵⁷¹ de ces deux décisions était l'influent constitutionnaliste Ernst-Wolfgang Böckenförde : celui-là même que le biographe de Carl Schmitt, Reinhard Mehring, a pu désigner comme son « élève modèle »⁵⁷² et dont les idées sont généralement classées dans le courant « étatiste-libéral »⁵⁷³.

⁵⁶⁸ Article 14 de la Constitution allemande. Sur cette exclusion : décision du 8 juillet 1982 « Commune de Sasbach » : BVerfGE 61, 82 (102-105).

⁵⁶⁹ Décision « Rastede » précitée du 23 novembre 1988 : BVerfGE 79, 127 (150-155). V. sur cette décision : R. ARNOLD, « Autonomie régionale et locale et Constitutions : Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2006, p. 121 ; G. MARCOU, « Les collectivités locales dans les constitutions des États unitaires en Europe », *op. cit.*, p. 77 ; B. SCHÖNDORF-HAUBOLD, « L'émergence d'un droit commun de l'autonomie territoriale en Europe », *RFAP*, 2007, p. 215.

⁵⁷⁰ V. T. CLEMENS, « Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie : Neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das BVerfG », *NVwZ*, 1990, p. 834-843 ; E. SCHMIDT-ABMANN, « Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 803-804.

⁵⁷¹ La référence au fait que Böckenförde ait été rapporteur de cette décision et qu'il l'a possiblement imprégnée de sa vision « étatiste » peut être trouvée dans la communication de Jörn Ipsen lors des rencontres annuelles de Bad Iburger de 2011 : J. IPSEN (dir.), *Das neue Kommunalverfassungsgesetz*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 2011, p. 141.

⁵⁷² D. GOSEWINKEL, « "Beim Staat geht es nicht allein um Macht, sondern um die staatliche Ordnung als Freiheitsordnung". Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde », in E.-W. BÖCKENFÖRDE, D. GOSEWINKEL, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Francfort, Suhrkamp, 2011, p. 381.

⁵⁷³ V. C. SCHÖNBERGER, « Der Indian Summer eines liberalen Étatismus : Ernst-Wolfgang Böckenförde als Verfassungsrichter », in H.-J. GROBE KRACHT (dir.), *Religion - Recht - Republik : Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Paderborn, Schöningh, 2014, p. 121-136 ; C. MÖLLERS, « Römischer Konziliarismus und politische Reform. Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 80. Geburtstag », *Zeitschrift für Ideengeschichte*, n°4, 2010, p. 107-114. Pour une vision plus critique : C. v. OOYEN, *Bundesverfassungsgericht und politische Theorie*, Vienne, Springer, 2015, p. 15-29.

II. Limites et critiques de la conception étatiste des collectivités locales comme un « fragment d'État »

Cette exclusion de l'autonomie locale de la sphère des droits fondamentaux balaye la conception jadis prévalant dans la Constitution de Francfort de 1849⁵⁷⁴ et dans celle de la République de Weimar⁵⁷⁵. Ces textes définissaient l'autonomie locale comme un « droit fondamental » au sens ici d'un droit originaire et inaliénable qui ne serait que reconnu par l'État et non créé par lui. En témoigne le fait que le droit à l'autonomie locale était inclus dans ces deux Constitutions dans la partie relative aux « droits fondamentaux des Allemands » (1). Tout autre a été le choix des constituants ouest-allemands en 1949. Leur choix d'insérer le droit à l'autonomie locale dans la partie traitant de la « Fédération et des Länder » traduit un glissement vers une vision bien plus étatiste de l'autonomie locale, les collectivités locales étant dorénavant considérées comme une composante de l'administration médiate des États fédérés⁵⁷⁶ (2). La Cour constitutionnelle fédérale et les Cours constitutionnelles fédérées cherchent quant à elles dans leurs jurisprudences à concilier ces deux conceptions (3).

1) Aux origines des théories pluralistes de l'État et de l'administration autonome

À la suite de Georg Jellinek⁵⁷⁷, on associe cette idée que l'autonomie locale serait un « droit fondamental » plus particulièrement à l'influence de la doctrine jusnaturaliste du « pouvoir municipal » sur le concept allemand d'auto-administration alors en voie d'émergence⁵⁷⁸. Selon cette doctrine, l'autonomie locale serait l'expression juridique d'un quatrième pouvoir⁵⁷⁹, un pouvoir local propre aux communes et antérieur à l'État, comparable à la liberté de l'individu et de la famille. C'est ce qu'illustrent par exemple les

⁵⁷⁴ § 184 de la Constitution de l'Empire allemand du 28 mars 1849 : Chaque commune a en tant que droits fondamentaux de sa constitution : a) le choix de ses présidents et représentants ; b) l'administration autonome des affaires de la commune, y compris de la police locale, sous la surveillance de l'État telle qu'ordonnée par la loi ; c) la publication du budget de la commune ; d) le principe de publicité des négociations.

⁵⁷⁵ § 127 de la Constitution de Weimar du 11 août 1919 : « Les communes et les groupements de communes ont droit à l'autonomie administrative dans les limites de la loi. ».

⁵⁷⁶ À la demande des représentants des *Länder*, le principe d'autonomie locale n'était d'ailleurs même pas mentionné dans le projet de Loi fondamentale arrêté lors de la Convention constitutionnelle d'Herrenchiemsee : H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 674-675.

⁵⁷⁷ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 1914, 3^{ème} éd., p. 625.

⁵⁷⁸ G.-C. v. UNRUH, « Ursprung und Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung im frühkonstitutionellen Zeitalter », *op. cit.*, § 4, p. 57-71.

⁵⁷⁹ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Fribourg en Brisgau, Mohr Siebeck, 1892, p. 265 ; W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 58-60.

développements consacrés aux communes dans la célèbre encyclopédie du *Staatslexikon* dirigée par Carl von Rotteck et Carl Theodor Welcker. Véritable ouvrage de référence du courant libéral du *Vormärz* (1815-1848), les communes y sont comparées à la famille en ce que, comme elle, elles naissent sans l'État. Elles possèdent par ailleurs le droit, dicté par la raison, de régler par elle-même leur propre organisation ainsi que celui de mener une vie autonome et indépendante d'autres groupements. Le fait qu'elles intègrent par la suite une corporation intercommunale ou étatique n'implique pas qu'elles renoncent à ce droit⁵⁸⁰. Il ne saurait donc être question de les dégrader en les classant parmi les organes bureaucratiques de l'administration d'État (*Staatsanstalt*).

Il est intéressant de noter dans le cadre la présente étude que contrairement aux vues d'Otto von Gierke ou de Lorenz von Stein, Georg Jellinek souligne l'origine française de cette théorie du pouvoir municipal⁵⁸¹. Afin de démontrer cette filiation, le maître d'Heidelberg s'appuie d'une part sur les idées développées par les physiocrates et que s'étaient appropriés le Marquis d'Argenson et plus tard Turgot dans leurs projets respectifs de réforme de l'organisation municipale du Royaume discutés dans les années précédant la Révolution française. Mais Jellinek se fonde d'autre part et surtout sur la loi sur les municipalités votée par l'Assemblée Constituante le 14 décembre 1789⁵⁸². Jellinek rappelle que ce texte distingue entre les fonctions propres des communes et celles qui leurs sont déléguées par l'État et tend ainsi à reconnaître une sphère d'action propre aux libertés locales. Il écrit à ce propos : « La Révolution française avait relevé le défi formidable de mettre en œuvre la doctrine du droit naturel. La déclaration des droits de l'Homme ambitionnait de tracer une ligne claire entre l'État et l'individu en vue de conférer à ce dernier un ensemble

⁵⁸⁰ Les auteurs parlent ici de « Verband » : v. l'entrée « Gemeinde », in C. v. ROTTECK, C. v. WELCKER, *Das Staatslexikon : Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, t. 5, Leipzig, Brockhaus, 1862, 3^{ème} éd., p. 238. V. à propos des rapports entre l'État central et les collectivités locales la remarquable synthèse faite par Wolfgang Kahl des travaux d'auteurs tels que Carl von Rotteck, Robert von Mohl, Heinrich Albert Zachariä ou Heinrich Zoepfl ou, plus tardivement, Johann Caspar Bluntschi : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 96-109. V. également à propos de Arentin et Rotteck, E. FORSTHOFF, *Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat*, op. cit., p. 12-15. Sur ces auteurs, on pourra se reporter en français à M. STOLLEIS, *Histoire du droit public en Allemagne. 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014 ; O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918 : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, PUF, 2005, p. 198-202 ; J. HUMMEL, op. cit., p. 127-137 et *passim*.

⁵⁸¹ V. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, op. cit., p. 644 ; v. également G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, op. cit., p. 264-269 ; du même auteur, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Berlin, O. Häring, 1911, p. 310 et s. ; sur la réception par Georg Jellinek et Carl von Rotteck des réformes révolutionnaires et en particulier de la loi sur les municipalités du 14 décembre 1789, v. l'analyse de l'historienne Hedwig Hitze : H. HITZE, *Staatseinheit und Föderalismus im alten Frankreich und in der Revolution*, Francfort, Suhrkamp, 1989 (1928), p. 230-231.

⁵⁸² G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, op. cit., p. 265-268.

de droits propres et inaliénables. L'idée d'une sphère de tâches propres de la commune n'est rien d'autre que l'application de cette doctrine jusnaturaliste à ces collectivités. À l'instar des individus, les communes doivent aussi disposer de leurs propres droits fondamentaux qui ne leurs sont pas accordées par l'État mais reconnus par lui. »⁵⁸³. Or, il apparaît que cette différenciation vraisemblablement introduite pour la première fois par la Constituante en 1789 a été ensuite reprise aux articles 31 et 108 de la Constitution belge de 1831⁵⁸⁴, laquelle a elle-même servi de modèle au moment de l'élaboration de la Constitution de Francfort de 1849⁵⁸⁵.

En réalité, derrière cette volonté de protéger la sphère d'autonomie des collectivités locales en l'associant à un droit fondamental se dissimule la revendication d'une participation directe des citoyens aux affaires publiques, la démocratie ayant en Allemagne historiquement d'abord été locale avant d'être nationale⁵⁸⁶. Comme le résume Forsthoff, « l'administration autonome se situait dans le cadre du dualisme de l'État de la Société. La Société, c'est-à-dire le Tiers État, la bourgeoise, considérait que l'autonomie communale était une forme d'organisation qui lui appartenait et elle s'en servait contre l'État. L'administration de la commune n'incombait pas à l'État mais à la Société, comme le garantissait alors les lois sur les communes »⁵⁸⁷.

C'est d'ailleurs en cela que l'on peut voir une parenté avec les deux autres théories postérieures au *Vormärz* ayant encore plus durablement façonné le concept moderne d'auto-administration : la théorie inspirée du « self-gouvernement » britannique de Rudolf von Gneist et la théorie des communautés (*Genossenschaftstheorie*) défendue par Otto von

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 265-266.

⁵⁸⁴ Selon l'article 31, « les intérêts exclusivement communaux ou provinciaux sont réglés par les conseils communaux ou provinciaux, d'après les principes établis par la Constitution ». L'article 108 définit les principes généraux d'organisation des institutions provinciales et communales que le législateur devra respecter tels que l'élection directe des conseils provinciaux et communaux ainsi que les règles d'attributions de compétence.

⁵⁸⁵ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, op. cit., p. 268. V. sur cette influence des idées françaises et de la Constitution belge la contribution de C.D. CLASSEN, « Französischer Einfluß auf die Grundrechtsentwicklung in Deutschland », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 9, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, § 187, p. 161-168 (n°16 et 29) ; W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 96-99. Nous reviendrons plus tard sur cette influence des idées françaises sur le droit des collectivités locales allemand : v. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁵⁸⁶ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, op. cit., p. 182.

⁵⁸⁷ E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 680. Il s'agit de la traduction de l'allemand par Michel Fromont de l'ouvrage d'E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Munich, C.H. Beck, 1966, 9^{ème} ed. (sans les chapitres 25 à 28 de l'édition originale).

Gierke, Heinrich Rosin et plus tard par le père de la Constitution de Weimar, Hugo Preuß⁵⁸⁸. À la différence de la doctrine du « pouvoir municipal » progressivement tombée en désuétude⁵⁸⁹, ces théories renoncent à considérer que l'autonomie locale relèverait exclusivement de la sphère de la Société. L'administration autonome est davantage une communauté autonome disposant certes de droits originaires mais intégrée à l'État chez Otto von Gierke et ses disciples⁵⁹⁰. Dans une conception plus « étatiste », Rudolf von Gneist⁵⁹¹ ou Lorenz von Stein⁵⁹² estiment que l'administration autonome représente un échelon intermédiaire entre l'État et la Société. En dépit de ces différences, ces auteurs ont en commun de reconnaître aux collectivités locales des droits propres en vue de renforcer leur potentiel démocratique face aux ingérences d'un État central autocratique⁵⁹³.

2) L'unité de l'État et la doctrine de l'État total

On mesure l'écart qui sépare ces conceptions pluralistes de celle étatiste et unitaire défendue de façon triomphale par Schmitt puis par l'un de ses plus influents disciples, Ernst Forsthoff. C'est en effet Forsthoff qui s'est chargé de reprendre, développer et diffuser dans la doctrine contemporaine une telle vision étatiste de l'administration autonome⁵⁹⁴. Ce succès et cette pérennité de la pensée de Schmitt peut toutefois surprendre quand on connaît la sulfureuse réputation de celui qui est généralement désigné comme le « *Kronjurist* » du III^{ème} Reich. Présentée comme étant de prime abord l'œuvre d'un juriste savant attaché à établir un diagnostic scientifique du modèle de l'État de droit bourgeois et libéral⁵⁹⁵, les idées

⁵⁸⁸ Sur les origines de ces diverses influences sur le concept d'auto-administration et en particulier sur la législation prussienne de 1808 : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 58-60 ; U. MAGER, *Einrichtungsgarantien, op. cit.*, p. 328-329 ; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, op. cit.*, p. 398-399. S. FLOGAÏTIS, *op. cit.*, p. 69-94. Sur les liens entre administration locale et démocratie, v. *supra* Partie 1, Titre 1, chapitre 1 et *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

⁵⁸⁹ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 339-340.

⁵⁹⁰ A propos de Gierke, Rosin et Preuss : *Ibid.*, p. 163-172 ; S. FLOGAÏTIS, *op. cit.*, p. 74-79.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 82.

⁵⁹² A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, op. cit.*, p. 167-182 ; W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 138-145 ; E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif, op. cit.*, p. 681-685.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 681-682 ; H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, p. 181-189.

⁵⁹⁴ S. BAUME, « Destin de l'antilibéralisme schmittien : penser l'équilibre des pouvoirs après 1945 », *Raisons politiques*, n°16, 2004, p. 13. V. également notamment l'introduction aux échanges épistolaires entre Schmitt et Forsthoff : D. MÜßGNUG, R. MÜßGNUG, A. REINTHAL (dir.), *Ernst Forsthoff – Carl Schmitt. Briefwechsel 1926-1974*, Berlin, Akademie Verlag, 2007, p. 1-30 ; F. MEINEL, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft - Ernst Forsthoff und seine Zeit*, Berlin, Akademie Verlag, 2011, p. 43 et s. (et *passim*).

⁵⁹⁵ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution, op. cit.*, p. 126-127.

défendues par Schmitt dans sa « Théorie de la Constitution » s'avèrent à l'analyse celles d'un « juriste engagé », fervent défenseur d'une pensée autoritaire et antilibérale⁵⁹⁶. Comme nous le révèle Olivier Beaud, « pour concilier son métier de juriste avec ses opinions politiques « inavouables », il recourt en virtuose, à toutes les techniques rhétoriques destinées à faire passer dans la forme professionnellement reconnue du manuel de droit une critique oblique du régime de Weimar qui s'avère radicale aux yeux du lecteur averti »⁵⁹⁷.

Ni sa conception des droits fondamentaux ni la distinction qui en découle entre droits fondamentaux et garanties institutionnelles n'échappent selon nous à cette grille de lecture. La conception schmittienne des droits fondamentaux repose, comme nous l'avons dit, sur l'idée d'un « principe de répartition » fondamental de l'État de droit bourgeois entre la sphère de l'État et celle de l'individu et réduit les droits fondamentaux définis au sens propre aux seuls droits de « l'individu humain libre ». Or, cette réduction aux seuls droits individuels exclut du champ de définition des droits fondamentaux les droits sociaux et politiques et fait apparaître Schmitt non pas comme « un défenseur de l'État de droit libéral et bourgeois, mais bien comme un penseur de l'État autoritaire »⁵⁹⁸.

Sa distinction entre les droits fondamentaux et les garanties institutionnelles peut faire, à notre sens, l'objet de la même critique et s'avère encore plus significative pour la présente étude⁵⁹⁹. Ainsi que nous l'avons exposé, Schmitt exclut qu'il puisse y avoir au sein de l'État des « droits fondamentaux d'une *communauté* naturelle ou organisée »⁶⁰⁰ car ceci serait incompatible avec le modèle de l'État de droit bourgeois et libéral. En vérité, sa préoccupation est bien davantage d'opposer « une résistance idéologique au désenchantement de l'État dont il tient pour responsables les théories pluralistes, libérales et normativistes »⁶⁰¹.

Sa définition du concept d'État qui fonde et justifie sa distinction entre les droits fondamentaux et les garanties institutionnelles est de ce point de vue tout à fait éclairante. « Le mot d'État (*Staat*) définit avec une précision extrême la spécificité de cette entité

⁵⁹⁶ O. BEAUD, « Préface : Carl Schmitt ou le juriste engagé », in *Ibid.*, p. 94-95.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 95.

⁵⁹⁸ U. MAGER, *Einrichtungsgarantien*, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁹⁹ E. SCHMIDT-AßMANN, « Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 807-808. V. dans la littérature récente pour une critique à cette conception institutionnelle : A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, *op. cit.*, p. 18-23 et p. 54-100.

⁶⁰⁰ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 310.

⁶⁰¹ S. BAUME, « La réception critique de Carl Schmitt », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2008, p. 129.

politique moderne parce qu'il indique le rapport lexical et conceptuel avec le mot de *status*. Car le *status* global de l'unité politique relativise et englobe tous les autres rapports de *status* (...). L'État, c'est-à-dire le *status* politique, devient ainsi le *status* dans un sens absolu. Cet État moderne est souverain, sa souveraineté (*Staatsgewalt*) est indivisible ; des qualités comme l'unité close (*Geschlossenheit*) et l'imperméabilité découlent de l'essence de l'unité politique »⁶⁰². Plus loin, Schmitt précise encore : « L'État moderne est une unité politique close, par son essence il constitue le *status*, c'est-à-dire un *status* total qui relativise tous les autres *status* à l'intérieur du sien propre. Il ne peut reconnaître en son sein aucun *status* de droit public antérieur ou supérieur à lui et ayant de ce fait autant de droit que lui, pas davantage des corps intermédiaires qui s'immiscent dans son domaine par dessus-lui ou d'une façon indépendante à côté de lui. »⁶⁰³.

Sont ici posés les fondements non d'un pas de la définition de l'État libéral bourgeois mais bien de l'« État total » pour reprendre le titre d'un ouvrage qu'Ernst Forsthoff publiera en 1933 : « L'État total est l'opposé de l'État libéral ; c'est l'État dans sa vaste plénitude par opposition à l'État libéral rendu vide de contenu, minimalisé et annihilé par sa fragmentation, c'est-à-dire à cause des garanties juridiques déterminées par des lois relevant d'intérêts particuliers. »⁶⁰⁴. Le rapprochement de ces deux citations met en lumière le contexte idéologique dans lequel émerge la distinction dans doctrine allemande entre les garanties institutionnelles et les droits fondamentaux. S'il est indéniable que le sens donné aujourd'hui à cette distinction dans la dogmatique allemande n'est plus empreint d'antilibéralisme comme à l'époque de son émergence, il n'en demeure pas moins que dans son fondement, cette distinction reste marquée par son étatisme et fait d'ailleurs en cela l'objet de critiques récurrentes⁶⁰⁵. Par ailleurs, le rappel de la définition donnée par Schmitt de l'État contribue à mieux comprendre les raisons de l'influence intellectuelle considérable qu'a eue cet auteur dans la pensée contemporaine. Comme le note Sandrine Baume, la conception de l'État de Schmitt est en effet imprégnée de la volonté de réhabiliter l'État, sa souveraineté, son

⁶⁰² C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 181.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 310-311.

⁶⁰⁴ E. FORSTHOFF, « L'État total », in E. TRAVERSO (dir.), *Le Totalitarisme. Le XXe siècle en débat*, Paris, Seuil, 2001, p. 147-148.

⁶⁰⁵ V. par exemple : H. MAURER, « Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung », *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1995, p. 1037-1047 ; A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, *op. cit.*, p. 63-70.

autorité, cette sublimation de l'unité de l'État étant, comme l'a très bien cerné Jürgen Habermas, assurément une des clés du succès d'après-guerre de la pensée de Carl Schmitt⁶⁰⁶.

3) La conciliation entre doctrine pluraliste et doctrine unitaro-étatiste

Vains, les efforts contraires des thuriféraires des théories pluralistes de l'État ne le furent néanmoins pas totalement. On constate tout d'abord que certains textes constitutionnels fédérés associent, à l'exemple de la Constitution de Rhénanie-Palatinat, le droit à l'autonomie locale à un droit fondamental⁶⁰⁷. Ceci a trouvé un écho en jurisprudence surtout dans certaines décisions de Cours constitutionnelles fédérées qui ont assimilé l'autonomie locale à un « quasi-droit fondamental » (*grundrechtsähnlich*)⁶⁰⁸. Preuve supplémentaire de cette quasi-assimilation du droit à l'autonomie locale aux « droits fondamentaux », les collectivités locales jouissent du droit d'introduire un recours constitutionnel direct devant la juridiction constitutionnelle fédérale⁶⁰⁹. Si cette procédure se distingue du recours constitutionnel direct classique ouvert aux individus dont les droits fondamentaux ont été violés (*Verfassungsbeschwerde*), il est un moyen offert aux collectivités locales d'obtenir l'annulation d'une loi violant leur droit constitutionnel à l'autonomie.

Cette similitude des protections est particulièrement nette au vu de la dogmatique applicable au droit à l'autonomie locale. D'une part, la Cour constitutionnelle distingue entre le « domaine périphérique » (*Randbereich*) et le « noyau dur » (*Kernbereich*) du droit à l'autonomie locale, ce noyau dur caractérisant le « noyau essentiel » (*Wesengehalt*) et indisponible au législateur ordinaire du droit à l'autonomie locale. Nous y reviendrons plus loin⁶¹⁰. L'important est ici de souligner que cette différenciation s'inspire de celle valant classiquement pour les droits fondamentaux dans la dogmatique allemande. Par ailleurs, dans

⁶⁰⁶ S. BAUME, « La réception critique de Carl Schmitt », *op. cit.*, p. 129.

⁶⁰⁷ L'article 49 traitant de l'autonomie des collectivités locales est intégré à la première partie de la Constitution de ce *Land* relative aux droits et devoirs fondamentaux. V. également l'article 84 alinéa 1 de la Constitution de l'ancien *Land* du Württemberg-Hohenzollern – auquel a depuis succédé depuis 1953 le Bade-Wurtemberg - aux termes duquel « l'État reconnaît et protège le droit à l'autonomie locale des communes et des groupements de communes ». L'article 1^{er} de la loi sur les communes du Schleswig-Holstein désigne également l'autonomie locale comme un droit fondamental.

⁶⁰⁸ C'est en particulier le cas de la Cour constitutionnelle de Bavière. Pour plus de références, v. W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 337.

⁶⁰⁹ Art. 93 I 4b de la Loi fondamentale : « La Cour constitutionnelle fédérale statue sur les recours constitutionnels des communes et des groupements de communes, pour violation par une loi du droit à l'auto-administration prévu par l'article 28, à condition toutefois, s'il s'agit d'une loi de *Land*, qu'aucun recours ne puisse être introduit devant le tribunal constitutionnel dudit *Land* ».

⁶¹⁰ V. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

le « domaine périphérique », la Cour constitutionnelle fédérale procède, quoi qu'elle en dise, à un contrôle de la proportionnalité des atteintes portées au droit à l'autonomie des collectivités locales⁶¹¹. S'y référant explicitement⁶¹² jusqu'à la décision « Rastede » de 1988⁶¹³, la Cour cessa de le mentionner à partir de cette décision afin de réserver le « contrôle de proportionnalité » aux seuls droits fondamentaux⁶¹⁴. Tout en procédant à un contrôle du caractère excessif des lois restreignant l'autonomie des collectivités locales, la Cour constitutionnelle fédérale tenta alors confusément d'évoquer à la place un « principe constitutionnel de répartition décentralisé des compétences »⁶¹⁵. Il semble cependant qu'elle soit désormais revenue sur sa position, plusieurs récentes décisions faisant de nouveau explicitement référence au principe de proportionnalité⁶¹⁶. Du reste, la Cour administrative fédérale a pour sa part choisi ne pas modifier sa jurisprudence qui s'y réfère invariablement⁶¹⁷.

Ces variations dans la manière de désigner le type de contrôle applicable aux contentieux constitutionnel de l'autonomie locale reflètent en définitive toute l'ambiguïté de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale relative au principe d'autonomie locale⁶¹⁸. Celle-ci semble vouloir concilier une approche pluraliste minoritaire avec une conception étatiste et unitariste dominante. Dans le premier cas les collectivités locales – en particulier les communes – sont vues comme des structures autonomes représentant la cellule de base de

⁶¹¹ U. MAGER, *Einrichtungsgarantien*, *op. cit.*, p. 338-339 ; W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 323. V. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁶¹² V. par exemple la décision du 7 octobre 1980 relative aux limites respectives en matière d'aménagement du territoire du pouvoir réglementaire étatique et de l'autonomie locale (aéroport de Memmingen) : BVerfGE 56, 298 (322). V. également la décision du 24 juin 1969 sur la commune de Sorsum : BVerfGE 26, 228 (241).

⁶¹³ Décision « Rastede » précitée du 23 novembre 1988 : BVerfGE 79, 127.

⁶¹⁴ V. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁶¹⁵ BVerfGE 79, 127 (150).

⁶¹⁶ V. récemment cependant décision du 19 novembre 2014 (2 BvL 2/13), *NVwZ*, 2015, p. 728. V. également la décision du 7 mai 2001 relative à la loi sur la protection de l'environnement du Schleswig-Holstein : BVerfGE 103, 332 (366) ; décision du 19 novembre 2002 précitée : BVerfGE 107, 1 (12). La Cour y évoque bien le principe de proportionnalité. Dans ce sens déjà la décision du 7 octobre 1980 « Memmingen » précitée : BVerfGE 56, 298 (313). Sur la similarité de ces procédures : H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 731-732 ; U. MAGER, *Einrichtungsgarantien*, *op. cit.*, p. 338-347.

⁶¹⁷ Par exemple décision du 4 août 1983 : BVerwGE 67, 321 (322 et ss.) ; décision du 14 décembre 1990 : BVerwGE 87, 228 (236). Plus récemment encore, décision du 20 août 2015 : BVerwG 9 B 13.15, n°9.

⁶¹⁸ Sur cette évolution : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 327-330.

la démocratie. Dans le second cas, l'accent est mis sur le fait que les collectivités représentent une composante de l'administration médiate des États fédérés⁶¹⁹.

⁶¹⁹ Par exemple : décision du 18 octobre 1994 (2 BvR 611/91), *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1995, p. 286-290 (p. 287). Pour une tentative de conciliation de ces deux fonctions de l'autonomie communale : E. SCHMIDT-AßMANN, « Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 806-808.

Section 2 : La protection contentieuse du droit à l'autonomie locale

En France, la garantie juridictionnelle du droit à l'autonomie locale a longtemps été assurée exclusivement dans le cadre d'un contrôle abstrait de constitutionnalité mis en œuvre avant l'entrée en vigueur de la loi et initié par les seuls organes constitutionnels nationaux. En Allemagne, un tel contrôle abstrait est certes possible, mais il est en pratique peu fréquent⁶²⁰. La sanction des lois méconnaissant le droit à l'autonomie locale se réalise avant tout à l'occasion d'un recours direct et spécifiquement ouvert aux seules collectivités locales : le recours constitutionnel local (*Kommunalverfassungsbeschwerde*). De plus, à la différence de la France, les modalités procédurales de ce contrôle reflètent la structure fédérale de l'ordre juridique allemand puisque la saisine de la Cour constitutionnelle fédérale est subsidiaire à celle de la Cour constitutionnelle de l'État fédéré dans le cas où l'acte litigieux est une loi de *Land* (§1).

Cette différence s'est néanmoins estompée depuis l'introduction en droit français de la question prioritaire de constitutionnalité. Grâce à cette nouvelle procédure, les collectivités locales françaises bénéficient désormais d'un accès – certes non spécifique et filtré – au juge constitutionnel afin que ce dernier sanctionne les lois méconnaissant leur droit à l'autonomie locale. En dépit de modalités procédurales différentes, la question prioritaire de constitutionnalité constitue, comme nous le verrons, un équivalent fonctionnel au recours constitutionnel local du droit allemand⁶²¹ et marque un rapprochement des systèmes de justice constitutionnelle français et allemand (§2).

§1 : La dualité du contentieux constitutionnel du droit à l'autonomie locale en Allemagne

Conformément à la conception du fédéralisme retenue en droit allemand, on considère généralement que la sphère constitutionnelle fédérale est séparée et se juxtapose aux sphères

⁶²⁰ Cette faiblesse quantitative ne doit cependant pas conduire à penser que ce type de contentieux porterait sur des lois sans importance, tout au contraire. V. C. GREWE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs*, n°137, 2011, p. 147 ; C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand, op. cit.*, p. 78-80 ; N. MARSCH, « Verfassungsgerichtsbarkeit », in N. MARSCH, Y. VILAIN, M. WENDEL (dir.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht, op. cit.*, p. 302-303.

⁶²¹ En ce sens également *Ibid.*, p. 290.

constitutionnelles fédérées⁶²². Cette juxtaposition explique que les Cours constitutionnelles fédérales sont, dans leurs sphères de compétences respectives, en charge à titre principal du contentieux constitutionnel des lois ou des règlements étatiques fédérés (A). La Cour constitutionnelle fédérale est quant à elle compétente pour se prononcer sur ces textes de façon uniquement subsidiaire. Elle dispose en revanche d'une compétence exclusive pour juger de la conformité des lois et règlements fédéraux avec la Loi fondamentale et en particulier avec l'article 28 alinéa 2 (B).

A. Une compétence de principe des Cours constitutionnelles fédérées

La principale question juridique que pose le caractère subsidiaire du contrôle effectué par la Cour constitutionnelle fédérale sur les lois du *Land* concerne les critères en fonction desquels s'articulent les rapports entre le contentieux constitutionnel fédéral et le contentieux constitutionnel des États fédérés. Il existe deux conditions générales⁶²³ à la compétence des juridictions constitutionnelles fédérées (I), cette protection pouvant par ailleurs faire l'objet de variations entre les *Länder* (II).

I. Les conditions à la compétence contentieuse des Cours constitutionnelles fédérées

La première condition est qu'ait été institué dans l'État fédéré en cause un organe juridictionnel chargé de contrôler la constitutionnalité des lois portant atteinte à leur autonomie locale. Cette condition est désormais satisfaite dans tous les États fédérés allemands. Dans le cas particulier des villes-États, ceci suppose que ces collectivités fédérées soient composées de collectivités dotées du droit à l'autonomie locale. Si à Berlin comme à Hambourg, les arrondissements communaux n'ont que la qualité de circonscriptions administratives⁶²⁴, le *Land* de Brême regroupent en revanche deux collectivités locales : les communes de Brême et de Bremerhaven⁶²⁵. Parmi les autres États fédérés composés de collectivités locales, seul le *Land* du Schleswig-Holstein avait renoncé à créer un tribunal

⁶²² V. C. FERCOT, *op. cit.*, p. 414-423.

⁶²³ Sur les conditions procédurales, v. G. MARCOU, « Les collectivités locales dans les constitutions des États unitaires en Europe », *op. cit.*, p. 81-82.

⁶²⁴ L'autonomie des arrondissements de la ville de Berlin est plus grande qu'à Hambourg, les arrondissements berlinois devant « participer à l'administration selon les principes de l'auto-administration » (art. 66-77 de la constitution berlinoise) ; v. sur le droit applicable dans ces deux villes-États : W. HURNIK, « Berlin », *op. cit.*, §26a, p. 717-742 ; H.-P. BULL, « Hamburg », *op. cit.*, § 26b, p. 743-769.

⁶²⁵ V. M. GÖBEL, « Bremen », *op. cit.*, § 26 c, p. 771-796.

constitutionnel. Il revenait alors à la Cour constitutionnelle fédérale de trancher les litiges relatifs au respect de la Constitution de cet État, conformément à l'article 99 de la Loi fondamentale : « Une loi de *Land* peut attribuer à la Cour constitutionnelle fédérale le jugement de litiges constitutionnels internes au *Land*, et aux cours suprêmes mentionnées à l'article 95 al. 1^{er}, le jugement en dernière instance d'affaires dans lesquelles le droit de *Land* est applicable ». La Constitution du *Land* de Schleswig-Holstein représente la norme de référence du contrôle réalisé par la Cour constitutionnelle fédérale⁶²⁶. Cette situation de dédoublement fonctionnel de la Cour présentait l'avantage de lui permettre de développer une jurisprudence sur le droit à l'autonomie locale dont les principes directeurs allaient au-delà de l'application spécifique du droit de cet État et ont influencé les jurisprudences des autres Cours constitutionnelles. La création d'une juridiction constitutionnelle par la révision de la Constitution de ce *Land* en date du 13 mai 2008 a néanmoins mis fin à cette singularité⁶²⁷.

La seconde condition permettant de retenir la compétence du tribunal fédéré et d'exclure celle de la Cour constitutionnelle fédérale a trait au domaine de protection qu'offre le droit constitutionnel fédéré. En vertu de l'autonomie constitutionnelle dont bénéficient les collectivités fédérées conformément à l'article 28 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale, les *Länder* ne doivent aucunement copier à l'identique le recours constitutionnel local fédéral ni même prévoir les mêmes garanties que celles prévues à l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale. La clause d'homogénéité de l'article 28 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale n'impose qu'un seuil minimal de protection et non une identité procédurale ou matérielle⁶²⁸. Ce cadre constitutionnel autorise par conséquent des variations entre les différents droits fédérés et le droit fédéral.

II. Les variations dans le contentieux constitutionnel des États fédérés

Ces variations peuvent être tout d'abord porter sur les conditions relatives aux requérants. La Bavière ne connaît par exemple pas de recours spécifique accessible aux seules collectivités locales. La Cour constitutionnelle de ce *Land* juge en revanche recevable les

⁶²⁶ Pour un exemple récent en matière de droit électoral applicable aux collectivités locales : décision du 13 février 2008 BVerfGE 120, 82 (95 et s.). Sur l'état du droit avant la réforme de 2008 : J. IPSEN, « Die Entwicklung der Kommunalverfassung in Deutschland » in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., p. 642-643.

⁶²⁷ V. l'article 51 alinéa 2 n°4 de la Constitution du Schleswig-Holstein dans sa version du 2 décembre 2014.

⁶²⁸ C. FERCOT, op. cit., p. 250-256 ; H. BETHGE, « § 91 – Kommunale Verfassungsbeschwerde », in MAUNZ et al. (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.H. Beck, Munich, 2017, n°69-90.

recours des communes formées sur le fondement du recours de l'article 98 de la constitution bavaroise (*Popularklage*)⁶²⁹. Ceci ne vaut toutefois pas pour les recours des groupements de communes de Bavière qui ne peuvent dès lors que s'adresser à la Cour constitutionnelle fédérale lorsqu'ils souhaitent contester une loi de ce *Land* qui méconnaîtrait leur droit à l'autonomie locale⁶³⁰. La raison de cette différence de traitement est intéressante. La Cour accepte en effet les recours des communes car l'article 11, emprunt du « souffle de pathos jusnaturaliste »⁶³¹ en vogue dans l'immédiat après-guerre, au moment de l'adoption de la Constitution bavaroise en 1946, rattache les communes davantage à la sphère de la société qu'à celle de l'État⁶³². La Cour constitutionnelle bavaroise assimile donc leur droit à l'autonomie à un droit fondamental, ce qu'elle refuse de faire en faveur des groupements de communes, l'article 10 de la Constitution bavaroise ne contenant pas de telles dispositions à leur endroit⁶³³.

Ces variations entre *Länder* portent également sur la qualité de l'acte contesté. Ceci vise en particulier les cas où la compétence de la Cour constitutionnelle d'un *Land* se limite à l'examen des seules lois formelles⁶³⁴. Dans de tels cas, la Cour constitutionnelle fédérale sera

⁶²⁹ Art. 98 de la Constitution de Bavière : « Les droits fondamentaux garantis par la Constitution ne peuvent pas en principe être restreints. Des restrictions prévues par la loi ne sont seulement licites que si la sécurité publique, les mœurs, la santé publique et le salut public l'exigent impérativement. Les autres restrictions ne sont seulement licites que dans les conditions de l'article 48. La Cour constitutionnelle doit prononcer la nullité de lois et de règlements qui restreignent un droit fondamental en violation de la Constitution ». C'est également le cas en Hesse où il n'existe pas de recours spécifique : v. le §46 de la loi sur la juridiction constitutionnelle de Hesse (StGHG). V. C. STARCK, « Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder » in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 6, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, § 130, p. 343-344 ; C. FERCOT, *op. cit.*, p. 436-437.

⁶³⁰ Décision du 21 novembre 1949, VerfGHE 2/II, 143 (145, 164). V. J. IPSEN, « Die Entwicklung der Kommunalverfassung in Deutschland », *op. cit.*, § 24, p. 583 ; R. ARNOLD, « Autonomie locale et décentralisation et Constitution : Allemagne », *op. cit.*, p. 115.

⁶³¹ D. GRIMM, « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *op. cit.*, p. 5. V. également A.-M. LE GLOANNEC, « La conception de l'État en République fédérale : valeurs et démocratie », in A.-M. LE GLOANNEC (dir.), *L'État en Allemagne. La République fédérale après la réunification*, Paris, Presses de Sciences Po, 2001, p. 24-25.

⁶³² Art. 11 al. 2 et 4 : « Les communes sont des collectivités originaires de droit public (...). L'autonomie administrative des communes sert à organiser la démocratie en Bavière du bas vers le haut ». V. à titre d'exemple de cette conception naturaliste et toquevillienne des collectivités locales l'influent ouvrage de l'historien suisse et théoricien du fédéralisme A. GASSER, *Gemeindefreiheit als Rettung Europas*. Baden-Baden, Nomos, 2004 (1946). Adolf Gasser a été un des fondateurs du Conseil des communes et régions d'Europe et inspirateur de la Charte européenne de l'autonomie locale. V. sur cet auteur : K.-P. SOMMERMANN, « Kommunen und Föderalismusreform », in *Bitburger Gespräche*, Munich, C.H. Beck, 2006, p. 75-76 ; P. HÄBERLE, « Werkstatt Schweiz », *JÖR*, 1992, p. 169.

⁶³³ R. ARNOLD, « Autonomie locale et décentralisation et Constitution : Allemagne », *op. cit.*, p. 115.

⁶³⁴ C'est par exemple le cas dans le Bade-Wurtemberg où seules les lois formelles peuvent faire l'objet d'un recours. V. par exemple décision de la Cour constitutionnelle de ce *Land* (*Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg*) du 09 août 1977, requête n°1/77.

compétente pour contrôler la constitutionnalité des règlements étatiques fédérés en ce qu'ils constituent des lois au sens matériel⁶³⁵. En somme, tous les États fédérés ont intégré dans leurs Constitutions une procédure permettant aux collectivités locales de former un recours en vue de contester une loi qui méconnaîtrait leur droit à l'autonomie locale. À l'instar du droit constitutionnel fédéral, la majorité des *Länder* ont choisi d'établir un recours constitutionnel spécifique et restreint aux seules collectivités locales. Les variations procédurales restent en définitive d'importance assez faible⁶³⁶.

Outre ces variations procédurales, l'étude des droits constitutionnels fédérés montre que les garanties accordées par les constitutions fédérées complètent et renforcent celles prévues par l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale. C'est tout d'abord le cas au regard de l'autonomie financière des collectivités locales⁶³⁷. Dans ce domaine, la plupart des Constitutions des États fédérés connaissent un principe dit de « connexité » conformément auquel toute attribution d'une nouvelle compétence doit s'accompagner d'un transfert financier équivalent⁶³⁸. A l'exception de la Bavière, toutes les constitutions fédérées prévoient également que soit instauré un système de péréquation financière, comme c'est par exemple le cas en Rhénanie du Nord-Westphalie⁶³⁹. De même, à la différence de la Loi fondamentale qui n'attribue aux groupements de communes qu'une compétence limitée, la majorité des Constitutions fédérées étendent aux groupements de communes le bénéfice de la clause générale de compétence pour traiter de l'ensemble des tâches locales qui relèvent de leurs territoires⁶⁴⁰. Enfin, les constitutions fédérées font généralement obligation au

⁶³⁵ H. BETHGE, « Art. 91 », *op. cit.*, n°33-36.

⁶³⁶ Pour une vue d'ensemble, v. : C. BRÜNIG, K. VOGELANG, *Die Kommunalaufsicht*, Berlin, ESV, 2009, 2^{ème} éd., p. 189-193 ; H. BETHGE, « § 91 », *op. cit.*, n° 72-74 ; P. J. TETTINGER, « Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung », *op. cit.*, § 11, p. 209-214.

⁶³⁷ V. G. HENNEKE, *Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung*, Heidelberg, C.F. Müller, 2000, 2^{ème} éd., p. 329-366.

⁶³⁸ V. sur ce principe et sa mise en œuvre : *Ibid.*, p. 333-346 ; H. DREIER, « Artikel 28 », p. 747-752.

⁶³⁹ Art. 79 de la Constitution de Rhénanie du Nord-Westphalie. Cette compétence revient aux *Länder* conformément à l'article 106 alinéa 7 de la Loi fondamentale. Pour une vue d'ensemble sur ce système fédéré de péréquation : G. HENNEKE, *op. cit.*, p. 354-383.

⁶⁴⁰ V. par exemple le cas dans les Constitutions de Rhénanie du Nord-Westphalie (art. 78 al. 2), du Bade-Wurtemberg (art. 71 al. 2), du Brandebourg (art. 97 al. 1), de Hesse (art. 137 al. 2) ou encore de Rhénanie-Palatinat (art. 49 al. 2). Seule la Bavière fait exception. V. P. J. TETTINGER, « Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung », *op. cit.*, § 11, p. 212-214.

législateur de consulter les collectivités locales ou les associations les représentant lorsqu'une loi touche à des matières les concernant⁶⁴¹.

En définitive, le niveau de protection offert par les constitutions fédérées équivaut donc à celui requis par la Loi fondamentale. Il le complète essentiellement en matière financière et en leur accordant le droit d'être consulté en cas de réforme territoriale. Ce sont en effet avant tout dans ces deux domaines qu'ont généralement à se prononcer les Cours constitutionnelles des États fédérés⁶⁴². En dépit d'une renaissance du droit constitutionnel fédéré depuis les années 1990 et du fait que la compétence de la Cour constitutionnelle fédérale ne soit que subsidiaire, force est de constater que le droit jurisprudentiel constitutionnel élaboré par la Cour constitutionnelle fédérale en matière d'autonomie locale constitue une borne qui limite et oriente la jurisprudence des juridictions constitutionnelles fédérées⁶⁴³. Ce constat n'est du reste pas sans ironie quand on le met en perspective avec le refus initial des *Länder*, et en particulier de la Bavière, d'instaurer au niveau fédéral une garantie juridictionnelle de l'autonomie locale au motif que seules les collectivités fédérées seraient compétentes en matière de droit des collectivités locales⁶⁴⁴.

B. Le droit au recours des collectivités locales devant la Cour Constitutionnelle fédérale

Au niveau fédéral, la procédure spécifique de recours constitutionnel communal est réglée à l'article 93 alinéa 1^{er} n°4b de la Loi Fondamentale⁶⁴⁵ en relation avec le § 91 de la loi

⁶⁴¹ V. par exemple l'article 97 al. 4 de la Constitution du Brandebourg ou l'article 91 al. 4 de la Constitution de Thuringe.

⁶⁴² V. C. STARCK, « Verfassungsgerichtsbarkeit der *Länder* », *op. cit.*, p. 363-366.

⁶⁴³ V. dans ce sens les conclusions de l'étude d'A. DITTMANN, « Verfassungshoheit der *Länder* und Bundesstaatliche Verfassungshomogenität », *op. cit.*, p. 228-229. V. également M. HERDEGEN, « Strukturen und Institute des Verfassungsrechts der *Länder* », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 6, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, 3^{ème} éd., § 129, p. 297-298. V. également G. MARCOU, « L'évolution du fédéralisme allemand sous l'influence de l'intégration européenne et de la réunification », *RDP*, 1995, p. 883-919. Sur la similarité entre les droits fondamentaux fédéraux et fédérés, C. FERCOT, *op. cit.*, p. 320-343. Sur l'influence de la Cour constitutionnelle fédérale sur les juridictions fédérées dans le domaine des droits fondamentaux : *Ibid.*, p. 531-541.

⁶⁴⁴ S. MAGEN, « § 91 BVerfGG », in D. UMBACH et al. (dir.), *BVerfGG, Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, C.F. Müller, 2005, 2^{ème} éd., p. 1165-1167.

⁶⁴⁵ Art. 93 al. 1 n°4b : « La Cour constitutionnelle fédérale statue (...) sur les recours constitutionnels des communes et des groupements de communes, pour violation par une loi du droit à l'auto-administration prévu par l'article 28, à condition toutefois, s'il s'agit d'une loi de *Land*, qu'aucun recours ne puisse être introduit devant le tribunal constitutionnel dudit *Land* ». Cette disposition a été introduite en 1969 dans la Loi fondamentale, mais la procédure avait déjà été prévue dans la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale adoptée en 1951.

sur la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*). Aux termes de ce dernier paragraphe, « les communes et associations communales peuvent introduire un recours constitutionnel en prétendant qu'une loi de la Fédération ou du *Land* viole la disposition de l'article 28 de la Loi fondamentale. Le recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale est exclu dans la mesure où un recours peut être introduit pour violation du droit à l'auto-administration conformément au droit du *Land* devant le tribunal constitutionnel du *Land* ». Cette compétence de la Cour constitutionnelle fédérale porte donc d'une part sur les lois fédérales (I) et d'autre part sur les lois fédérées (II). Le classement de cette procédure parmi les types de recours contentieux laisse entrevoir les difficultés à en déterminer la nature (III).

I. La compétence exclusive de contrôle des lois fédérales

Conformément à l'article 91 de Constitution allemande et au §91 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, la Cour constitutionnelle fédérale est, en premier lieu, compétente à titre exclusif pour juger de la conformité d'une loi fédérale à l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale. Ceci va dans le sens d'une séparation des sphères constitutionnelle fédérale et fédérées. Comme on l'a vu, les atteintes portées au droit à l'autonomie locale résultent en pratique très majoritairement de lois fédérées, la compétence législative en matière de droit des collectivités locales relevant de la compétence exclusive des *Länder*. Par ailleurs, depuis la révision constitutionnelle de 2006, l'article 84 alinéa 1^{er} fait défense à la loi fédérale de transférer des tâches aux communes et groupements de communes. Le volume du contentieux constitutionnel lié à des lois fédérales demeure par conséquent assez limité⁶⁴⁶, quand bien même son importance et son influence sont décisives.

Une exception notable à l'exclusion de la compétence du législateur fédéral a toutefois été introduite en 2010 à l'article 91e de la Loi fondamentale⁶⁴⁷. Cette révision constitutionnelle fait suite à une décision de la Cour constitutionnelle de 2007 censurant un article du Code fédéral de l'action sociale⁶⁴⁸ qui prévoyait le transfert aux groupements de communes de la gestion de l'aide au retour à l'emploi. Ce transfert ayant été décidé par une loi fédérale

⁶⁴⁶ Dans ce sens également H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 730-731.

⁶⁴⁷ V. C. ZIEGMEIER, « Verfassungsrechtliche (Neu-)Organisation der Grundsicherung für Arbeitsuchende in Art. 91e GG », *Zeitschrift Kommunaljurist*, 2010, p. 441-446.

⁶⁴⁸ § 44 b III du deuxième livre du code fédéral de l'action sociale (*Sozialgesetzbuch II*).

adoptée avant la révision de 2006⁶⁴⁹, l'interdiction de l'article 84 alinéa 1^{er} ne lui était certes pas applicable⁶⁵⁰. La Cour jugea néanmoins que la disposition litigieuse du Code fédéral de l'action sociale portait atteinte au principe d'autonomie locale de l'article 28 alinéa 2 en lien avec l'article 83 de la Loi fondamentale⁶⁵¹. Étaient ainsi plus particulièrement méconnus la liberté décisionnelle des groupements de communes et le principe constitutionnel de séparation des administrations.

À la suite de cette décision, la Constitution fédérale a été tout d'abord révisée en juillet 2010 en vue d'y insérer l'article 91e précité. Une loi fédérale modifiant le Code de l'action sociale a ensuite été adoptée dans la foulée⁶⁵². Cette modification législative permet à des collectivités locales de poser leurs candidatures pour gérer en lieu et place des agences fédérales la compétence du retour à l'emploi, la loi d'août 2010 soumettant le dépôt de cette candidature au vote positif à la majorité qualifiée des deux-tiers de l'assemblée délibérante de la collectivité postulante. Appelée à se prononcer sur la constitutionnalité du nouveau dispositif mis en place, la Cour constitutionnelle fédérale l'a jugé en très large part conforme aux exigences posées par la Loi fondamentale⁶⁵³. Il l'a toutefois censuré en tant que le quorum requis par la loi fédérale méconnaissait leur droit à l'autonomie locale, en particulier leur liberté d'organisation, et empiétait sur la compétence exclusive des *Länder* en matière de droit des collectivités locales⁶⁵⁴. On peut néanmoins supposer qu'à l'avenir, le contrôle de la conformité des lois fédérales à l'article 28 alinéa 2 va perdre en importance sous l'effet de la révision constitutionnelle de 2006.

⁶⁴⁹ Il s'agissait de la loi dite « Hartz-IV » du 24 décembre 2003, entrée en vigueur le 1 janvier 2005.

⁶⁵⁰ V. H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 717-719.

⁶⁵¹ Décision du 20 décembre 2007 : BVerfGE 119, 331, n°144 et s. : v. le site de la Cour constitutionnelle fédérale, consulté le 15 août 2018 : http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20071220_2bvr243304. V. sur cette décision : F. SCHOCH, « Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltung durch das Bundesverfassungsgericht », *DVBl.*, 2008, p. 937-946 ; G. HENNEKE, « BVerfG : Arbeitsgemeinschaften nach §44 SGB II sind mit Art. 28 Abs. 2 i.V.m. Art. 83 unvereinbar », *Der Landkreis*, 2008, p. 5-16.

⁶⁵² Loi de révision de la Constitution fédérale du 21 juillet 2010 ((BGBl. I p. 944) et § 6a al. 2 du deuxième livre du code fédéral de l'action sociale (*Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisation der Grundsicherung für Arbeitsuchende* du 3 août 2010, BGBl. I, p. 1112.).

⁶⁵³ Décision du 7 octobre 2014 relative à l'article 91e et au code d'action sociale : BVerfGE 137, 108.

⁶⁵⁴ BVerfGE 137, 108 (162 et s.) : le quorum requis violait donc l'article 70 en lien avec l'article 28 al. 1 et 2 de la Loi fondamentale. Cette décision est intéressante en ce que la Cour réalise un contrôle de la compatibilité de la loi avec l'article 28 alinéa 2, mais étend son contrôle également à d'autres dispositions constitutionnelles et notamment au respect de l'article 70 et du respect de la répartition constitutionnelle des compétences.

II. La compétence subsidiaire de contrôle des lois fédérées

Outre la compétence de juger de la compatibilité des lois fédérales avec l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle fédérale est en second lieu compétente, à titre subsidiaire, pour l'examen de la conformité des lois fédérées avec cet article. Ceci suppose que le niveau de protection accordé par la constitution d'un État fédéré telle qu'interprétée par une Cour constitutionnelle fédérée s'avère se situer en-deçà de celui offert par l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale⁶⁵⁵. Comme on l'a dit, ceci vise par exemple la situation où seules les lois au sens formel peuvent être attaquées devant la Cour constitutionnelle fédérée, comme c'est le cas en Saxe-Anhalt. Les règlements étatiques pourront alors être examinés par la Cour constitutionnelle fédérale⁶⁵⁶. Tel est également le cas lorsque, comme en Bavière, les groupements de communes sont exclus du droit de former un recours devant la Cour constitutionnelle du *Land*. Dans de telles hypothèses, il est alors possible de contester l'acte fédéré litigieux devant la Cour constitutionnelle fédérale pour en examiner la constitutionnalité au regard de l'article 28 alinéa 2 de la constitution fédérale.

Le contrôle de constitutionnalité effectué par la Cour constitutionnelle fédérale n'a cependant pas vocation à faire de cet organe un juge de cassation des décisions prises par les juridictions constitutionnelles fédérées⁶⁵⁷. Il n'est en effet pas possible de saisir la Cour constitutionnelle de Karlsruhe d'un recours tendant à vérifier la conformité d'une décision d'une Cour constitutionnelle d'un *Land* au regard de l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale. En outre, la question s'est posée de savoir si elle pouvait être amenée à contrôler la décision d'une Cour constitutionnelle fédérée dans le cas où la collectivité requérante invoque la violation de ses droits processuels garantis à l'article 103 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale⁶⁵⁸. Par deux fois, la Cour constitutionnelle a cependant rejeté comme étant irrecevable de tels recours, cherchant ainsi à conforter le principe de séparation des sphères constitutionnelles⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵ H. BETHGE, « Art. 91 », *op. cit.*, n°79.

⁶⁵⁶ V. par exemple la décision 19 novembre 2002 sur un règlement étatique organisant la coopération intercommunale (*Verwaltungsgemeinschaft*) dans ce *Land* : BVerfGE 107, 1 (108).

⁶⁵⁷ H. BETHGE, « Art. 91 », *op. cit.*, n°81.

⁶⁵⁸ Art. 103 al. 1 LF : « Devant les tribunaux, chacun a le droit d'être entendu ».

⁶⁵⁹ Décision du 9 juillet 1997 concernant un referendum dans le *Land* de Bavière : BVerfGE 96, 231 (239 et s.). Décision prise à trois juges (*Kammer*) du 25 mars 2004, - 2 BvR 596/01. En l'espèce, il s'agissait d'une commune de Thuringe qui avait vainement contesté devant la Cour constitutionnelle de ce *Land* la loi fédérée organisant sa fusion forcée.

La portée de ce principe de stricte séparation mérite cependant quelques nuances. Si les juridictions constitutionnelles des États fédérés ne contrôlent la constitutionnalité des lois fédérées dont elles sont saisies qu'au vu du droit constitutionnel de leur propre *Land* et non de la Loi fondamentale, elles doivent néanmoins vérifier, à titre préalable et incident, que la disposition de la Constitution du *Land* applicable en l'espèce est bien conforme à la Loi fondamentale⁶⁶⁰. Dans le cas où un doute existe quant à la contrariété de l'acte constitutionnel fédéré avec la Constitution allemande, la Cour constitutionnelle fédérale exige que soit déposé un recours préjudiciel devant elle en vertu de l'article 100 alinéa 3 de la Loi fondamentale. Elle pourra de cette manière s'assurer que l'interprétation faite de la Loi fondamentale par la Cour constitutionnelle du *Land* correspond bien à celle qu'elle retient elle-même⁶⁶¹.

Par ailleurs, l'État fédéral a l'obligation de veiller au respect par les États fédérés du droit constitutionnel fédéral à l'autonomie locale. Cette obligation découle du troisième et dernier alinéa de l'article 28 qui dispose « L'État fédéral garantit la conformité de l'ordre constitutionnel des *Länder* avec les droits fondamentaux et les dispositions des alinéas 1 et 2 ». Concrètement, cette obligation impose au juge constitutionnel fédéral de vérifier que le niveau de protection offert par le droit fédéré est aussi efficient et adapté (*funktionsadequat*) que le droit constitutionnel local fédéral⁶⁶². En résumé, on peut dire que le caractère subsidiaire de cette procédure résulte de la nécessité de concilier l'exigence pesant sur l'État fédéral de garantir le respect du droit fédéral à l'autonomie locale avec l'autonomie constitutionnelle des États fédérés. Ainsi que le formule un commentateur avisé de la loi allemande sur la Cour constitutionnelle fédérale : « L'autonomie de la justice constitutionnelle fédérée trouve ses limites là où la Cour constitutionnelle fédérale est appelée

⁶⁶⁰ BVerfGE 103, 332 (352). V. H. BETHGE, « § 73 – Landesverfassungsstreitigkeiten auf Grund Landesrechtlicher Zuweisung », in T. MAUNZ et al. (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., n°47 ; C. FERCOT, op. cit., p. 418-419.

⁶⁶¹ V. H. BETHGE, « Art. 91 », op. cit., n°78. Pour un exemple, v. la décision du 26 novembre 1963 faisant suite au recours formé par la ville de Fribourg en Brisgau et portant sur la conformité de la loi du Bade-Wurtemberg sur la police à l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale : BVerfGE 17, 172 (181 et s.).

⁶⁶² V. la décision précitée 19 novembre 2002 : BVerfGE 107, 1 (108). Sur ce point : W. LÖWER, « Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts », in J. ISENSEE, J. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 3, C.F. Müller, Heidelberg, 2005, 3^{ème} éd., § 70, n°78.

à veiller au respect des obligations d'action (*Einstandpflichten*) de l'État fédéral qui découlent de la Loi fondamentale. »⁶⁶³.

III. La nature du recours constitutionnel des collectivités locales

Conformément à l'article de la Loi fondamentale qui institue la procédure spécifique de recours constitutionnel local, la principale norme de référence du contrôle de constitutionnalité réalisé dans ce cadre par la Cour constitutionnelle fédérale est l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale. Contrairement à ce que permet un contrôle abstrait des normes, les collectivités locales ne peuvent se fonder dans le cadre de ce recours spécifique que de façon limitée sur la violation d'autres dispositions de la Loi fondamentale⁶⁶⁴. Ceci vaut en particulier lorsqu'est invoquée la violation des règles constitutionnelles de répartition de compétences. Il est de jurisprudence constante qu'il faut alors que cette violation soit liée de façon accessoire à celle de l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale⁶⁶⁵.

Cette restriction soulève en creux la question controversée du classement de ce recours dans la typologie des procédures contentieuses devant la Cour constitutionnelle. Les qualifications proposées en doctrine sont à cet égard pléthoriques et témoignent du caractère malaisé de lui faire correspondre une catégorie existante. Certains auteurs la rangent parmi les procédures de contrôle abstrait des normes, à la différence « qu'elle serait parée des atours du recours individuel de droit public »⁶⁶⁶. D'autres y voient « une procédure spécifique de contrôle des normes avec qualité à agir du requérant limitée dans son objet »⁶⁶⁷. Ce malaise témoigne en vérité de la difficulté de la doctrine et de la jurisprudence à situer cette procédure vis-à-vis du recours individuel de droit public (*Verfassungsbeschwerde*). Ces difficultés étaient, du reste, déjà présentes au moment des discussions menées en 1949-1950 au cours des travaux préparatoires à la loi fédérale sur la Cour constitutionnelle, certains plaidant pour une extension du recours de droit public aux collectivités locales. C'est finalement en raison

⁶⁶³ H. BETHGE, « Art. 91 », *op. cit.*, n°87.

⁶⁶⁴ Décision du 20 décembre 2007 : BVerfGE 119, 331 (356). V. également G. MARCOU, « Les collectivités locales dans les constitutions des États unitaires en Europe », *op. cit.*, p. 81-82.

⁶⁶⁵ Décision du 7 octobre 2014 : BVerfGE 137, 108 (162).

⁶⁶⁶ V. H. BETHGE, « Vorbemerkung zum Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz », *op. cit.*, n°126.

⁶⁶⁷ V. S. MAGEN, « § 91 BVerfGG », *op. cit.*, p. 1167-1169.

du refus de ne pas voir dans l'autonomie locale un droit fondamental qu'a été fait le choix d'une procédure spécifique⁶⁶⁸. Il en va tout autrement en contentieux français.

§2 : La garantie juridictionnelle du droit à l'autonomie locale en contentieux français

À la différence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la jurisprudence constitutionnelle française « intègre le droit de libre administration à l'ensemble des droits et libertés protégés par la Constitution »⁶⁶⁹. La garantie juridictionnelle du droit à l'autonomie locale passe donc par les voies de droit ordinaire du contrôle de constitutionnalité. Cela signifie tout d'abord que cette garantie était assurée jusqu'à l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en 2010 dans le cadre du seul contrôle *a priori*. En comparaison à leurs homologues allemandes, les collectivités locales françaises ne disposaient donc jusqu'à cette date d'aucune voie de recours leur permettant de contester une loi devant une juridiction constitutionnelle. Il importe cependant de tempérer cette faiblesse de la garantie juridictionnelle en évoquant le rôle du juge administratif dans le contentieux de la protection du droit à l'autonomie locale (A). L'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité concourt en cela à rapprocher les droits constitutionnels locaux français et allemand (B).

A. La faible protection contentieuse du droit à l'autonomie locale par le juge administratif

En matière de contentieux des collectivités territoriales, le contrôle réalisé par le juge administratif français porte tout d'abord sur les actes réglementaires (I). Mais le juge administratif peut également être amené à réaliser un contrôle de la conventionalité des lois relatives à l'administration autonome (II).

I. La garantie de la libre administration par le « référé-liberté »

En comparaison au droit allemand, il importe tout d'abord de souligner que le contrôle de la constitutionnalité des actes réglementaires est opéré en France non pas par le juge

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 1167.

⁶⁶⁹ G. MARCOU, « Les collectivités locales dans les constitutions des États unitaires en Europe », *op. cit.*, p. 81.

constitutionnel, mais par le juge administratif⁶⁷⁰. En outre, la création en 2001 du référé-liberté a permis d'étendre la protection juridictionnelle du droit à l'autonomie locale, le Conseil d'État considérant que la libre administration appartient aux « libertés fondamentales » garanties par cette procédure. Saisi par une collectivité locale, le juge administratif est autorisé lors d'un référé-liberté à ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne publique porterait atteinte de façon grave et manifestement illégale⁶⁷¹.

En pratique, ce recours s'avère d'une utilité cependant réduite pour les collectivités locales. Comme le relève Olivier le Bot, d'un point de vue quantitatif, « les recours formés par les collectivités territoriales représentent une fraction extrêmement réduite des requêtes présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA », ce à quoi s'ajoute le fait que « le nombre de demandes accueillies est extrêmement limité »⁶⁷². D'un point de vue qualitatif et de façon plus générale, force est de reconnaître avec Bertrand Faure que « la jurisprudence administrative est peu limitative du pouvoir discrétionnaire du gouvernement lorsqu'il dispose, sur le fondement de la loi, à l'égard des collectivités »⁶⁷³.

II. La garantie de la libre administration à travers le contrôle de conventionnalité des lois

Une manière de contourner la « théorie de la loi-écran » et d'obtenir un contrôle de la loi par le juge administratif est d'exciper de la contrariété d'une loi avec une convention internationale⁶⁷⁴. Deux principaux textes internationaux peuvent ici servir de fondement à un recours formé par une collectivité locale en protection de ses droits : la Convention européenne des droits de l'Homme (1) et la Charte européenne de l'autonomie locale (2).

⁶⁷⁰ V. M. FROMONT, « Le juge administratif et les collectivités locales en Allemagne, en France et en Italie », *Diritto processuale amministrativo*, 2002, p. 364-383 ; M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, *op. cit.*, p. 273-285.

⁶⁷¹ V. O. LE BOT, « L'utilisation du référé-liberté par les collectivités territoriales », *AJDA*, 2015, p. 592-597 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 1204-209.

⁶⁷² O. LE BOT, « L'utilisation du référé-liberté par les collectivités territoriales », *AJDA*, 2015, p. 592.

⁶⁷³ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 61. Nous mentionnons ici pour note l'action en justice du contribuable au nom de sa collectivité (art. L. 2135-5 du Code de justice administrative).

⁶⁷⁴ Sur le contrôle de conventionnalité des lois en France et en Allemagne : C. GREWE, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : à la recherche d'une frontière introuvable », *RFDC*, 2014, p. 961-970 ; M. WENDEL, « Verfassungsrecht – Völkerrecht – Europarecht », in N. MARSCH, Y. VILAIN, M. WENDEL (dir.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, *op. cit.*, p. 383-385.

Nous évoquerons enfin les garanties qu'offre le droit de l'Union européenne en la matière (3).

1) La protection de l'autonomie locale par le contrôle de conventionnalité du juge administratif : le cas de la Convention européenne des droits de l'Homme

Le premier texte pertinent est la Convention européenne des droits de l'Homme. On sait que la Cour européenne des droits de l'Homme refuse d'accorder aux collectivités locales le statut de requérant au motif qu'elles représentent des « organisations gouvernementales ». Elles ne remplissent par conséquent pas les conditions de recevabilité fixées à l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁶⁷⁵. Cependant, il importe de distinguer deux types de droits conventionnels. Les droits conventionnels au sens strict sont ceux « résultant d'une obligation conventionnelle de l'État et appliqués par des organes internationaux »⁶⁷⁶, comme en l'espèce la Cour européenne des droits de l'Homme. La seconde catégorie est formée par les droits conventionnels nationaux « résultant de la transposition d'une norme internationale et appliqués par des organes nationaux »⁶⁷⁷. Autrement dit, comme l'écrit Jean-François Flauss, « la titularité d'un droit de l'Homme au plan interne et la défense de celui-ci au plan international ne constituent aucunement les deux faces d'une même médaille »⁶⁷⁸.

Cette distinction est importante et révèle ici tout son intérêt car le juge administratif français a pu reconnaître dans certaines espèces aux collectivités locales le bénéfice de certains droits fondamentaux conventionnels nationaux en s'appuyant sur le texte de la Convention européenne des droits de l'Homme⁶⁷⁹. Il en va ainsi par exemple du droit à un

⁶⁷⁵ Art. 34 CEDH : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ». V. pour un exemple la décision Cour EDH, 23 novembre 1999, *Section de commune d'Antilly c. France*, req. 45129/98. V. H. RUIZ FABRI, « Le Conseil de l'Europe et les collectivités infra-étatiques : peut-on parler de libertés locales ? », *op. cit.*, p. 169-184.

⁶⁷⁶ O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », in L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 86.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 90.

⁶⁷⁸ J.-F. FLAUSSE, « Note sous TA Strasbourg 6 février 2001, Aéroport de Bâle-Mulhouse c. Préfet du Rhin », *AJDA*, 2001, p. 660.

⁶⁷⁹ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 23-25.

procès équitable devant un tribunal impartial⁶⁸⁰ et dans certains cas du droit de propriété⁶⁸¹. La jurisprudence du Conseil d'État demeure cependant controversée⁶⁸². À l'instar du constat précédemment fait à propos du référé-liberté, Cela confirme que la portée de la garantie juridictionnelle résultant de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme s'avère en tout état de cause fortement réduite.

2) La protection de l'autonomie locale par le contrôle de conventionnalité du juge administratif : le cas de la Charte européenne de l'autonomie locale

Second texte international à pouvoir servir au contrôle de conventionnalité d'une loi française portant atteinte à l'autonomie des collectivités locales, la Charte européenne de l'autonomie locale accorde justement aux collectivités locales des États qui y sont parties le bénéfice de droits spécifiques. Ratifiée en 2006 près de vingt-ans après avoir été signée par la France, la Charte est entrée en vigueur en 2007⁶⁸³ et prime sur les lois nationales conformément à l'article 55 de la Constitution.

Appelé en octobre 2015 à se prononcer sur la conformité de la loi relative à la délimitation des régions avec la Charte européenne de l'autonomie locale, le juge administratif suprême dénie en premier lieu tout effet direct à la règle de subsidiarité descendante posée à l'article 4 de la Charte⁶⁸⁴. Il laisse en second lieu ouverte cette question

⁶⁸⁰ CE, 29 juillet 1994, *Département de l'Indre*, req. n°111251, Rec. Lebon, p. 363 (application de l'article 6§1 CEDH).

⁶⁸¹ Dans un sens positif : CE, 29 juin 2005, *Commune de Puteaux*, req. n°264714. Dans un sens contraire : CE, 23 mai 2007, *Département des Landes*, req. n°288378 : « le département requérant ne saurait utilement invoquer le protocole additionnel n° 1 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui ne crée pas de droits dont les collectivités territoriales puissent se prévaloir ». Cette formulation tend à exclure tout recours à la CEDH portée par une collectivité locale qui chercherait à protéger son droit à l'autonomie. Il semble plus juste de penser qu'il sera recevable de se fonder sur ce protocole dans les cas de litige à caractère civil (au sens de l'article 6§1 CEDH). Il en va autrement quand le litige ne porte pas sur des relations de droit public ou sur les relations financières entre collectivités publiques. V. par exemple : CE, 23 janvier 2003, *Ville d'Annecy*, req. n°247909.

⁶⁸² V. B. FAURE, *Droit des collectivités locales*, op. cit., p. 24 ; S. PLATON, « Le périmètre de l'obligation de respecter les droits fondamentaux en droit de l'Union européenne », in R. TINIERE, C. VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 70-74.

⁶⁸³ Loi n°2006-823. V. P. WILLIAMS-RIQUIER, « La Charte européenne de l'autonomie locale : un instrument juridique international pour la décentralisation », *RFAP*, 2007, p. 191-202 ; F. DURAND, « Le 30^{ème} anniversaire de la charte européenne de l'autonomie locale », *AJDA*, 2015 p. 2313-2320 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 21-23.

⁶⁸⁴ Article 4 de la Charte européenne de l'autonomie locale : « L'exercice des responsabilités publiques doit, de façon générale, incomber, de préférence, aux autorités les plus proches des citoyens. L'attribution d'une responsabilité à une autre autorité doit tenir compte de l'ampleur et de la nature de la tâche et des exigences d'efficacité et d'économie ». Le Conseil écarte ce moyen au motif que cette disposition qui s'apparente au

pour l'article 5, estimant que le juge administratif « ne peut être utilement saisi d'un moyen tiré de ce que la procédure d'adoption de la loi n'aurait pas été conforme aux stipulations d'un tel traité ou accord ». Alors que certains dénoncent à juste titre la violation par la loi d'un traité international et une interprétation exagérément restrictive de la Charte⁶⁸⁵, pour d'autres, l'usage de ce recours n'était en l'espèce qu'un moyen de « contester une loi par des voies détournées »⁶⁸⁶. Quoiqu'il en soit, force est une fois encore de constater que la garantie par le juge administratif des droits fondamentaux conventionnels nationaux des collectivités locales s'avère peu effective. La protection des droits fondamentaux conventionnels au sens strict n'est ici pas plus fortement garantie en raison de l'absence de mécanisme international de sanction prévue dans la Charte⁶⁸⁷.

3) La garantie de l'autonomie locale dans le droit de l'Union européenne

Au niveau de l'Union européenne enfin, le constat longtemps fait a été celui d'une indifférence du droit de l'Union européenne aux autonomies locales et régionales. Généralement justifiée en raison du principe d'autonomie institutionnelle des États membres, cet « aveuglement » (*Kommunalblindheit*) était cependant critiquée en raison de l'influence grandissante du droit de l'Union européenne sur l'action des collectivités locales, lesquelles ne disposaient cependant d'aucun moyen spécifique de faire valoir leurs intérêts et de protéger leur autonomie locale⁶⁸⁸.

Cette indifférence est désormais moins prononcée depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'article 4 alinéa 2 faisant référence au respect par l'Union de l'identité nationale des États membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale⁶⁸⁹. Par ailleurs, la garantie du principe de subsidiarité a été renforcée avec l'instauration d'un recours permettant aux

principe dit de « subsidiarité » est dépourvue d'effet direct. V. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 23 et p. 50 et *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁶⁸⁵ F. DURAND, « Le 30^{ème} anniversaire de la charte européenne de l'autonomie locale », *op. cit.*, p. 2313-2320.

⁶⁸⁶ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « De l'art de contester une loi par des voies détournées », *AJDA*, 2015, p. 2374-2381.

⁶⁸⁷ Sur le contrôle international de l'application de la Charte : P. WILLIAMS-RIQUIER, « La Charte européenne de l'autonomie locale : un instrument juridique international pour la décentralisation », *op. cit.*, p. 200-202.

⁶⁸⁸ V. M. RUFFERT, « Unions- und gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung », *op. cit.*, §37, p. 1080-1081.

⁶⁸⁹ Art. 4 alinéa 2 du Traité sur l'Union européenne.

collectivités locales, à travers le Comité des régions, de mieux faire valoir leurs intérêts dans le processus législatif européen⁶⁹⁰. Néanmoins, d'un point de vue contentieux, autant au niveau européen que national, les avancées sont timides au point que l'on peut sans doute partager le bilan que tire Bertrand Faure des relations entre collectivités locales et juges lorsqu'il déplore « la relative innocuité de ces garanties et de ces procédures »⁶⁹¹ en dépit de l'inflation généreuse des voies de recours et de la diversification des sources du droit à l'autonomie locale.

B. Le renforcement modéré de la garantie juridictionnelle du droit à l'autonomie locale au moyen du contentieux constitutionnel

Ce constat en demi-teinte vaut-il également pour le contentieux constitutionnel ? Deux types de recours doivent être ici distingués : le premier est le plus ancien puisqu'il s'agit du contrôle de constitutionnalité dit *a priori* (I). Le second résulte de l'introduction en 2010 de la question prioritaire de constitutionnalité (II).

I. La libre administration saisie par le juge constitutionnel : l'émergence tardive d'un droit constitutionnel local

Contrairement au droit allemand où l'autonomie locale a été reconnue comme une garantie institutionnelle dès 1951, ce n'est qu'en 1979 que le Conseil constitutionnel français accepte de procéder pour la première fois au contrôle de constitutionnalité d'une loi au regard du principe constitutionnel de libre administration⁶⁹². Cette prise en compte a gagné en

⁶⁹⁰ Art. 8 du Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). La littérature sur les rapports entre collectivités locales et Union européenne a crû de façon exponentielle ces dernières années. En langue française, on se reportera pour les aspects notamment contentieux de ces rapports à L. POTVIN-SOLIS (dir.), *L'Union européenne et l'autonomie locale et régionale*, Bruxelles, Bruylant, 2015 ; M. DOUENCE, « L'influence du droit communautaire sur les collectivités territoriales », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, op. cit., p. 1089-1126 ; L. MALO, *Autonomie locale et Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2010 ; A. RACCAH, « Le contentieux communautaire des autorités régionales et locales », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne de septembre*, 2009, p. 649-652, ainsi que les autres contributions réunies par Anne Meyer-Heine au numéro 531 de cette revue ; B. SCHÖNDORF-HAUBOLD, « L'émergence d'un droit commun de l'autonomie territoriale en Europe », *RFAP*, 2007, p. 203-218 ; F. DELPERÉE, « Les collectivités locales et l'Europe », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2006, p. 315-351 ; X. MAGNON, « Le statut constitutionnel des collectivités infra-étatiques dans l'Union européenne », *Revue des Affaires Européennes*, 2006, p. 395-404 ; J. RIDEAU, « Le statut des collectivités infra-étatiques devant les juridictions communautaires », *Revue des Affaires Européennes*, 2006, p. 405-431.

⁶⁹¹ B. FAURE, « Les collectivités territoriales et les juges », *AJDA*, 2016, p. 585.

⁶⁹² Décision n°79-104 DC du 23 mai 1979 relative à la Nouvelle-Calédonie.

importance dans le sillage des lois de décentralisation au cours des années 1980 et 1990 au point de voir émerger un véritable droit constitutionnel local. Depuis cette période, le juge constitutionnel accepte dans le cadre de son contrôle *a priori* d'examiner, et le cas échéant de censurer, les lois qui « restreignent de façon excessive ou privent de garanties légales suffisantes » le droit constitutionnel à l'autonomie des collectivités locales⁶⁹³. Une partie des règles de ce droit constitutionnel local d'origine jurisprudentielle a été ensuite intégrée dans la Constitution lors de la révision de mars 2003.

Néanmoins, conformément aux conditions de saisine du Conseil constitutionnel fixées à l'article 61 alinéa 2 de la Constitution française, seuls le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs peuvent déférer au Conseil une loi en vue d'en faire contrôler la constitutionnalité avant sa promulgation. Il s'agissait là d'une différence considérable avec le droit allemand. Sans doute est-il possible de légèrement tempérer cette différence en relevant que la représentation massive des élus locaux à l'Assemblée nationale et au Sénat à travers la pratique française du cumul des mandats a pu permettre aux parlementaires de prendre en compte l'intérêt des collectivités locales lors de saisine du Conseil constitutionnel⁶⁹⁴. Il n'en demeure pas moins que la garantie juridictionnelle de l'autonomie locale restait imparfaite et, en tous cas, plus faiblement assurée en France qu'en Allemagne.

II. La garantie des libertés locales à travers la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité : comparaisons avec le recours constitutionnel local en droit allemand

En créant une procédure entretenant une certaine parenté avec le recours constitutionnel ouvert aux collectivités locales en Allemagne, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en 2010 a contribué à réduire cette différence initiale. Les deux procédures ne sont certes pas identiques et se distinguent sous plusieurs aspects.

Le recours constitutionnel local du droit allemand est tout d'abord un recours direct et spécifique, tandis qu'en France, la question prioritaire de constitutionnalité est une voie de

⁶⁹³ Formulation établie dans la décision n°90-274 DC du 29 mai 1990 relative au droit au logement (cons. 16). Sur la protection par le Conseil constitutionnel du droit à l'autonomie locale, v. notamment M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 186-191 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 275-287 ; L. FAVOREU et al (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 486-500 ; J. H. STAHL, « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°42, 2014, p. 35-41.

⁶⁹⁴ B. FAURE, *Droit des collectivités locales*, op. cit., p. 107-108.

droit ordinaire qui est par ailleurs exercée dans le cadre d'un contrôle concret des normes. La question prioritaire de constitutionnalité fait ainsi l'objet d'un filtrage par les juridictions saisies du litige à titre principal. La décision de renvoi par le Conseil d'État d'une question prioritaire de constitutionnalité déposée par une collectivité locale lors d'une instance suppose de satisfaire aux conditions de recevabilité d'un tel recours. Celles-ci sont fixées aux articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Il est premièrement exigé que la disposition contestée soit applicable au litige. Il est en second lieu requis que la disposition en cause n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances. Il faut enfin que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux⁶⁹⁵. La QPC française et le recours constitutionnel local allemand se distinguent de plus au regard des catégories de normes pouvant être contestées. En France, seule une loi pourra être déférée au Conseil constitutionnel, alors qu'en Allemagne, le contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale pourra s'étendre au règlement étatique.

À la différence de l'Allemagne, il est possible aux collectivités locales françaises d'invoquer dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité une atteinte à leur droit de propriété⁶⁹⁶, au principe d'égalité devant les charges publiques⁶⁹⁷ ou encore à leur droit d'exercer un recours devant une juridiction⁶⁹⁸. L'intérêt protégé au moyen de ce contentieux demeure cependant à titre principal le droit constitutionnel à la libre administration des collectivités locales, de façon ici convergente avec le droit allemand. Le Conseil constitutionnel accepte également d'examiner les recours portés contre des dispositions qui porteraient atteinte au droit à l'autonomie financière des collectivités locales⁶⁹⁹.

En outre, à la différence du droit allemand où des règles constitutionnelles de répartition de compétence peuvent, à titre accessoire, être invoquées au soutien du recours constitutionnel local, en France, les Cours suprêmes dans leur filtrage ou le Conseil

⁶⁹⁵ Sur ces conditions de recevabilité, v. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 243-255 ; L. FAVOREUX et al. (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 333-338.

⁶⁹⁶ Décision n°2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010 (cons. 8).

⁶⁹⁷ Décision n°2012-255/265 QPC du 29 juin 2012 (cons. 3-8).

⁶⁹⁸ Décision n°2013-350 QPC du 25 octobre 2013 (cons. 3-7).

⁶⁹⁹ Décision n°2010-56 QPC du 18 octobre 2010 (cons. 3-6).

constitutionnel semblent à cet égard plus strict. Ils refusent d'intégrer une série de règles institutionnelles encadrant en particulier la procédure législative parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Tel est le cas par exemple des principes constitutionnels de subsidiarité⁷⁰⁰, d'unité de l'État⁷⁰¹ ou de décentralisation⁷⁰². Ceci vaut également pour la possibilité donnée au législateur d'organiser une consultation des électeurs en cas de modification des limites d'une collectivité territoriale⁷⁰³ ou de l'appartenance des langues régionales au patrimoine de la France⁷⁰⁴. Ces règles constitutionnelles ne valent par conséquent comme norme de référence du contrôle de constitutionnalité que dans le cadre du contrôle *a priori*⁷⁰⁵. Il en va sensiblement de même de l'objectif d'égalité financière des collectivités territoriales poursuivi par des dispositifs de péréquation⁷⁰⁶ qui ne peut « en lui-même » être invoqué à l'appui d'une QPC. Il convient cependant de relever qu'il en va autrement du principe de séparation des pouvoirs qui peut, lui, être valablement invoqué lors d'une QPC déposée par une collectivité locale⁷⁰⁷. Quoiqu'il en soit, ces différentes restrictions témoignent d'une part des implications procédurales de la conception française de la libre administration comme « droit fondamental » et marquent d'autre part une divergence, modérée mais notable, avec le droit du contentieux constitutionnel allemand.

Contrairement aux attentes de certains auteurs, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité n'a entraîné aucun bouleversement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de droit des collectivités locales⁷⁰⁸. Ainsi que le note justement

⁷⁰⁰ Art. 72 al. 2 de la Constitution : décision n°2013-304 QPC du 26 avril 2013 (cons. 7).

⁷⁰¹ Art. 1^{er} de la Constitution : Cour de Cassation, 2^e chambre civile, 12 octobre 2011, req. n°11-40.064.

⁷⁰² Art. 1^{er} de la Constitution : CE, 15 septembre 2010, *Thalineau*, req. n°330734.

⁷⁰³ Article 72-1 alinéa 3 de la Constitution : décision n°2010-12 QPC du 2 juillet 2010 (cons. 3).

⁷⁰⁴ Art. 75-1 de la Constitution : décision n°2011-130 QPC du 20 mai 2011 (cons. 3). Il s'agissait ici du recours d'une association.

⁷⁰⁵ V. sur ces différences : J. BONNET, « Les contrôles a priori et a posteriori », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°40, 2013, p. 105-115.

⁷⁰⁶ Art. 72-2 de la Constitution : décision n°2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010 (cons. 5) ; v. également pour une confirmation : CE, 23 décembre 2010, *Commune de Lisse*, req. n°343993.

⁷⁰⁷ Art. 16 de la DDHC : décision n°2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010 (cons. 9 et 10). Il s'agissait ici d'un cas de validation législative. On peut supposer que c'est en raison des répercussions de ces validations sur les droits, en l'espèce des communes, que le Conseil a accepté de l'intégrer à la catégorie des « droits et libertés constitutionnellement garantis ».

⁷⁰⁸ J. MONTAIN-DOMENACH, « Autonomie des collectivités et QPC : une portée très relative des principes de libre administration et d'autonomie financière », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, 2011, p. 48 ; A. TREPPOZ BRUANT, « Libre administration des collectivités territoriales et QPC : entre espoir et amertume »,

Pierre de Montalivet, « en définitive, le paradoxe de la QPC est qu'elle renforce l'invocabilité des droits des collectivités territoriales tout en révélant les limites de leur protection »⁷⁰⁹.

Droit administratif, n°12, 2012, p. 11-20. Pour un bilan plus récent de l'apport de la QPC au droit constitutionnel local : P. DE MONTALIVET, « QPC et droit des collectivités territoriales », *op. cit.*, p. 586-591.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 591.

Conclusion du Chapitre 2

Deux aspects de la garantie juridictionnelle du droit à l'autonomie locale étaient au cœur de ce chapitre. Le premier concerne la question de savoir si ce droit relève dans le droit positif étudié de la catégorie des « droits fondamentaux ». Le second porte sur le type de recours mis à la disposition des collectivités locales pour contester un acte réglementaire ou législatif portant atteinte à leur droit à l'autonomie locale. Ces deux aspects renvoient en creux à la question de la place de l'administration locale dans le dualisme entre État et société. Sans avoir cherché à discuter les fondements théoriques d'un tel dualisme qui tend à hypostasier l'État, nous nous sommes ici contentés d'exposer les termes du débat tels qu'ils se présentent dans les doctrines française et allemande.

Nous avons vu qu'en Allemagne, les collectivités locales ne peuvent être titulaires de « droits fondamentaux » car elles relèvent de la sphère de l'État. Or, la puissance publique ne peut être à la fois débitrice et titulaire de droits fondamentaux. Le droit à l'autonomie locale est alors protégé en tant que « garantie institutionnelle », au sens où il correspond à une structure protégée par la constitution et à laquelle il est interdit au législateur de porter atteinte au point de la vider de son contenu. En cela, la dogmatique allemande contemporaine se réfère à une classification élaborée par Carl Schmitt à la fin des années 1920, selon laquelle les droits fondamentaux de l'État libéral et bourgeois sont par essence des droits de l'individu contre l'État. Ils ne sont pas institués par lui, mais s'imposent à lui et le limitent.

En France, la question de savoir si les collectivités locales peuvent être titulaires de « droits fondamentaux » s'est posée un demi-siècle plus tard et a néanmoins promptement, presque évidemment, trouvé une réponse positive au cours des années 1980. De même, il ne s'est trouvé que quelques voix isolées en doctrine pour défendre l'idée selon laquelle l'autonomie locale serait une « garantie institutionnelle », au sens ici d'un principe d'organisation de l'État. Minoritaire, cette position a été emportée par la majorité de la doctrine et par la jurisprudence qui ont conjointement hissé la libre administration au rang de « droit fondamental », au sens d'un droit constitutionnellement garanti. Dans les justifications apportées à cette qualification, la doctrine – y compris positiviste – a généralement plaidé l'idée que la libre administration relevait des « libertés locales » attachées au groupe humain que forme la « société des citoyens » de la collectivité locale. Il convenait par conséquent de protéger les collectivités locales contre les empiètements de l'État ou ceux d'autres

collectivités publiques en classant la libre administration parmi les droits et libertés garantis par la Constitution.

Cette divergence conceptuelle se reflète sur le plan contentieux. En France, les collectivités locales peuvent s'appuyer sur les mêmes voies de recours que les individus. Elles sont recevables à contester une loi en formant une question prioritaire de constitutionnalité et le sont également à contester une mesure administrative en déposant un référé-liberté, sous réserve de satisfaire aux conditions respectivement applicables à ces deux procédures. En revanche, en Allemagne, la contestation d'un acte réglementaire ou d'une loi qui porterait atteinte au droit à l'auto-administration des collectivités locales exige d'être portée dans le cadre d'un recours constitutionnel spécifique aux collectivités locales et distinct du recours de droit constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*) que peuvent former les individus. En outre, en France, une collectivité locale est fondée à s'appuyer sur la Convention européenne des droits de l'Homme lors d'un recours devant le juge administratif, sous réserve que le droit invoqué lui soit adapté. À l'inverse, en Allemagne comme d'ailleurs auprès de la Cour européenne des Droits de l'Homme, les collectivités locales ne sont pas recevables à invoquer le bénéfice des droits conventionnels. Enfin, il convient de souligner une ultime différence, cette fois liée à la structure territoriale de l'État. En Allemagne, la compétence de la Cour constitutionnelle fédérale est subsidiaire à celle des Cours constitutionnelles des États fédérés. En outre, les constitutions fédérées peuvent contenir des dispositions plus favorables que celles de la Loi fondamentale, par exemple prévoir un principe dit de « connexité » en matière financière qui oblige le législateur fédéré à lier le transfert de toute nouvelle compétence au transfert des ressources afférentes.

De cette mise en parallèle, il serait à première vue possible de tirer deux conclusions contradictoires. La première consisterait à déduire de la possibilité qu'ont les collectivités locales allemandes de disposer d'une voie de recours au niveau fédéré et subsidiairement au niveau fédéral, l'idée que le fédéralisme contribue à une meilleure protection du droit à l'autonomie locale. Or, il s'agit bien d'une voie de recours subsidiaire et non cumulative. D'autre part, rien ne préjuge que la jurisprudence des Cours constitutionnelles fédérées serait nécessairement plus favorable à la garantie du droit à l'autonomie locale. Une telle conclusion serait donc erronée. La seconde conclusion reposerait, à l'inverse, sur l'impression que les conditions de protection du droit à l'autonomie locale peuvent être plus favorables en France car la libre administration y est rangée parmi les « droits fondamentaux ». Ceci serait tout autant un paralogisme dont il importe de se prémunir. Le

fait que le Conseil d'État puis le Conseil constitutionnel aient accepté de connaître des recours des collectivités locales portés dans le cadre du référé-liberté, puis de la question prioritaire de constitutionnalité, résulte bien davantage d'une décision pragmatique. Cette décision vise à améliorer la garantie juridictionnelle du droit à l'autonomie locale dans le cadre des procédures existantes, et à défaut d'autres procédures spécifiquement organisées au profit des collectivités locales. Par ailleurs, en comparaison à l'Allemagne, la France ne dispose pas de véritable dogmatique des droits fondamentaux qui serait portée par une théorie des droits fondamentaux. C'est sans doute ce qui a conduit à ce qu'en France, ces questions ne fassent en définitive guère l'objet de débats en doctrine. Ceci illustre les limites et surtout les enjeux d'un dialogue franco-allemand sur ces questions.

Enfin, la seule qualification du droit à l'autonomie locale comme « garantie institutionnelle » ne suffit pas à déduire que l'autonomie locale serait moins protégée en Allemagne qu'en France où elle est classée parmi les « droits fondamentaux ». Cette divergence est en revanche intéressante en cela qu'elle donne à voir la survivance de deux traditions doctrinales aux antipodes des représentations habituelles : en Allemagne, celle liée au courant étatiste et selon laquelle les collectivités locales ressortent de la sphère de l'État ; en France celle de libertés locales réinterprétées dans le cadre de l'État constitutionnel et formant un contre-pouvoir territorial face à la puissance de l'État central.

Conclusion du Titre 1

Les développements précédents ont permis de faire le constat d'un rapprochement dans les garanties formelles accordées en France et en Allemagne aux collectivités locales. Ceci vaut en particulier au regard de la garantie juridictionnelle du droit constitutionnel à l'autonomie locale. En dépit de notables divergences d'approche, il convient surtout d'observer que depuis 2010, les collectivités locales françaises disposent pareillement aux collectivités locales allemandes du droit de contester une loi au motif qu'elle porterait atteinte à leur droit constitutionnel à l'autonomie locale. Mais ceci vaut également au regard de la garantie institutionnelle dont bénéficient en France les communes, les départements et les régions et en Allemagne les communes et les arrondissements, au sens générique des groupements de communes (*Gemeindeverband*). Ces collectivités locales à statut constitutionnel bénéficient d'une garantie institutionnelle globale et renforcée qui s'impose donc au législateur ordinaire, central ou fédéré. Celui-ci est en revanche autorisé à procéder à des suppressions de collectivités individuelles.

Cette situation distingue les collectivités locales des collectivités fédérées qui bénéficient d'une protection individuelle renforcée. Cette protection nominale n'est cependant pas absolument garantie, intangible. L'article 29 de la Loi fondamentale qui fixe les conditions de restructuration du territoire fédéral, peut en effet faire l'objet d'une révision, comme ce fut d'ailleurs le cas par le passé. La participation des *Länder* au processus de révision de la Constitution rend toutefois improbable le cas d'une révision constitutionnelle qui conduirait à autoriser une restructuration forcée, outre le fait qu'une telle restructuration serait politiquement contestée. À ceci s'ajoute le fait que le fédéralisme relève des règles constitutionnelles comptant parmi les limites matérielles à la révision de la Constitution. La division territoriale de l'État allemand en *Länder* ne peut donc être remise en cause dans le cadre de la Loi fondamentale.

Titre 2 : Les garanties matérielles du droit à l'autonomie locale

La garantie matérielle du droit des collectivités locales à s'administrer librement a trait aux compétences qui leur sont attribuées. Il s'agit de protéger la « liberté d'action » des collectivités locales pour reprendre la formule généralement employée dans la doctrine française, la doctrine allemande parlant à ce propos de « garantie objective en tant qu'institution juridique » (*objektive Rechtsinstitutionsgarantie*) afin de la distinguer de la garantie institutionnelle et juridictionnelle qui a fait l'objet des précédents développements. Bien qu'il s'agisse de la seconde propriété du droit à l'autonomie locale ici traitée, elle n'est pas moins prépondérante pour évaluer le degré d'autonomie accordée aux collectivités locales en France et en Allemagne⁷¹⁰.

À l'instar de la compétence accordée au législateur ordinaire en matière d'organisation du territoire, les constitutions française et allemande renvoient de nouveau pareillement à la loi le soin d'organiser le régime général des compétences des collectivités locales. Autrement dit, la loi représente en France comme en Allemagne la norme principale d'attribution des missions dévolues à l'administration décentralisée. En cas de doute sur la régularité juridique des législations adoptées, le contrôle de constitutionnalité des lois permet de garantir le respect de l'autonomie locale.

De cela résulte qu'il importera en premier lieu de déterminer les limites constitutionnelles du pouvoir discrétionnaire accordé au législateur. Ceci nous permettra de mesurer la portée véritable des compétences matérielles accordées en France et en Allemagne aux collectivités locales (Chapitre 1). L'analyse des garanties matérielles du droit à l'autonomie locale dans ces deux ordres juridiques exigera dans un second temps de procéder à l'étude du pouvoir normatif des collectivités locales. Il conviendra de porter notre attention sur les formes prises par ce pouvoir normatif des collectivités locales françaises et allemandes et de nous interroger sur ses rapports avec les autres sources de droit, en particulier avec la loi et le règlement national. Ceci nous donnera enfin l'occasion de considérer une évolution relativement récente et commune aux droits positifs de ces deux pays consistant à autoriser

⁷¹⁰ Dans ce sens également H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 725-726.

les autorités locales décentralisées à déroger aux lois en vigueur, mais également d'étudier dans quelle mesure les collectivités locales participent au processus législatif (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La protection du domaine constitutionnel de compétences des collectivités locales

On l'a vu, les droits constitutionnels français et allemand accordent aux collectivités locales le droit de disposer de compétences librement administrées. Il incombe au législateur de concrétiser cette habilitation constitutionnelle en leur confiant un nombre suffisant d'attributions effectives. Les organes législatifs ont à cet égard un important pouvoir discrétionnaire. Toutefois, le domaine constitutionnel de compétences des collectivités locales est doublement protégé.

D'un point de vue matériel, le pouvoir discrétionnaire du législateur est limité par les règles constitutionnelles de répartition des compétences (Section 1). D'un point de vue formel, il importe de prendre en considération les rapports de la loi avec les autres sources de droit habilitées à intervenir dans le domaine du droit des collectivités locales. Ceci implique donc de s'intéresser en particulier aux rapports de la loi avec le pouvoir réglementaire étatique mais également, dans le cas allemand, d'envisager la façon dont s'articulent les rapports entre législation fédérale et législation fédérée. C'est au juge constitutionnel qu'il revient en définitive de contrôler le respect de ces règles par le législateur. Sa jurisprudence contribue à définir le domaine constitutionnel de compétences des collectivités locales (Section 2).

Section 1 : Les règles constitutionnelles d'attribution de compétences aux collectivités locales

Engagée à partir de la décision du 23 mai 1979 du Conseil constitutionnel et renforcée suite à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, la constitutionnalisation des règles déterminant les compétences des collectivités locales concourt à restreindre la liberté du législateur français de les organiser purement à sa guise. Le contrôle du respect de ces règles incombe au juge constitutionnel dont le rôle s'avère par conséquent décisif. Il en va de même en droit allemand. Cependant, à la différence de la France, l'exposé de la dogmatique allemande applicable au droit à l'autonomie locale suppose de distinguer entre les règles de compétences résultant du droit fédéral et celles résultant des droits fédérés.

L'étude de la dimension matérielle du droit à l'autonomie locale appelle tout d'abord à distinguer entre deux aspects. Le premier est relatif à la liberté décisionnelle des collectivités locales. Par cette expression, nous entendons désigner l'autonomie dont disposent les collectivités locales dans l'exercice de leurs compétences (§1). Le second concerne non pas la manière d'exercer ces compétences, mais l'étendue des attributions dont bénéficient les collectivités locales (§2). Ceci implique de revenir et de s'interroger sur le sens et la portée d'une distinction traditionnelle entre deux types de compétences locales : les compétences propres et les compétences déléguées (§3).

§1 La garantie constitutionnelle de la liberté décisionnelle des collectivités locales

Dans sa dimension matérielle, le droit à l'autonomie locale suppose que les collectivités locales disposent d'une pleine capacité juridique dans la manière d'exercer leurs attributions. Celles-ci doivent être librement administrées, ou, pour reprendre l'expression employée dans la Loi fondamentale, exercées « sous leur propre responsabilité » (*in eigener Verantwortung*). Cela implique que les collectivités locales disposent des moyens d'agir en dehors de toute instruction étatique.

La liberté décisionnelle des collectivités locales comporte donc deux aspects. Positivement, elle implique que les collectivités locales disposent de prérogatives de puissance publiques (*Hoheiten*) adéquats pour mettre en œuvre de façon autonome leurs

attributions (A). Négativement, elle suppose que ces compétences doivent être exercées en dehors de toute direction ou instruction étatique (*weisungsfrei*) (B).

A. Les prérogatives liées à la liberté décisionnelle des collectivités locales

Quatre types de prérogatives caractérisant la liberté décisionnelle des collectivités locales peuvent être distingués : le pouvoir normatif, l'autonomie financière, l'autonomie organisationnelle et enfin celle de gérer son territoire. Cette typologie s'inspire de celle traditionnellement établie par la dogmatique allemande⁷¹¹, mais s'en distingue notamment en ce qu'elle ne reprend pas le pouvoir général de planification (*Planungshoheit*). La définition de ce pouvoir est en effet controversée. Dans un sens général, il s'agit du pouvoir d'élaborer un schéma politique d'ensemble. Dans un sens plus restreint, qui est notamment celui adopté par la Cour constitutionnelle fédérale, il s'agit du pouvoir de planification locale, ce qui le rapproche du pouvoir de planifier l'aménagement du territoire (*Raumplanungshoheit*). La Cour constitutionnelle laisse d'ailleurs ouverte la question de savoir si ce pouvoir constitue un élément du noyau de l'autonomie des collectivités locales⁷¹². En tout état de cause, cette prérogative constitue non pas une prérogative nécessaire à la liberté décisionnelle, comme le sont les autres prérogatives étudiées ci-après, mais une des compétences, certes traditionnellement importante, que le législateur peut accorder aux collectivités locales. Voilà pourquoi elle n'est pas intégrée dans notre typologie⁷¹³.

La première compétence concerne le pouvoir normatif (*Rechtssetzungshoheit*) des collectivités locales. Celui-ci est double : il se traduit en premier lieu par l'attribution aux collectivités locales d'un pouvoir réglementaire (*Satzungshoheit*) et en second lieu par la possibilité qui leur est offerte de faire usage de leur liberté contractuelle⁷¹⁴. Ainsi, pour la

⁷¹¹ K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 409 ; H. DREIER, « Artikel 28 », op. cit., p. 719.

⁷¹² Décision de la Cour Constitutionnelle fédérale en tant que Cour constitutionnelle du *Land* du Schleswig Holstein du 7 mai 2001 *Naturschutzgesetz Schleswig Holstein*, BVerfGE 103, 332 (365).

⁷¹³ Dans ce sens également : T. CLEMENS, « Kommunale Selbstverwaltung und institutionnelle Garantie : neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das Bundesverfassungsgericht », *NVwZ*, 1990, p. 838. Voir en droit comparé sur cette compétence : G. MARCOU, H. KISTENMACHER, H.-G. CLEV, *L'aménagement du territoire en France et en Allemagne*, Paris, La documentation française, 2003 ; M. FROMONT (dir.), *Les compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement : Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suisse*, Paris/Bruxelles, Litec/Bruylant, 1987.

⁷¹⁴ V. W. SPANNOWSKY, « Allemagne », in M. TROPER (dir.), *Interventionnisme économique et pouvoir local en Europe*, Paris, Economica, p. 58-76 ; P. TERNEYRE, « France », in *Ibid.*, p. 77-86. Sur la liberté contractuelle des collectivités locales, voir *infra* Partie 1, Titre 2, chapitre 2, Section 1.

Cour constitutionnelle allemande, une loi d'attribution de compétences dont les dispositions seraient si concrètes qu'elle retirerait aux collectivités locales la possibilité de faire effectivement usage de leur pouvoir réglementaire porterait atteinte à la liberté décisionnelle des collectivités locales⁷¹⁵. De même, en droit français, l'article 72 alinéa 3 de la Constitution confirme que les collectivités locales disposent du pouvoir réglementaire dans l'exercice de leurs compétences. De plus, le Conseil constitutionnel a pour sa part invalidé une loi contraignant trop fortement la liberté contractuelle des collectivités locales car cette contrainte privait de garanties suffisantes l'exercice de leur libre administration⁷¹⁶.

La seconde prérogative concerne l'autonomie financière des collectivités locales (*Finanzhoheit*). Il s'agit d'une composante tout à fait centrale de la liberté décisionnelle des collectivités locales, comme le notaient d'ailleurs déjà Charles Eisenmann ou Adolf Merkl⁷¹⁷. Ceci explique sans doute que cette question ait fait l'objet, autant en France qu'en Allemagne, d'une clarification lors des révisions constitutionnelles récemment adoptées. En témoigne l'insertion par les révisions du 27 octobre 1994 et du 20 octobre 1997 d'un complément à l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale aux termes duquel « la garantie de l'auto-administration englobe également les bases de l'autonomie financière ; ces bases comprennent une ressource fiscale revenant aux communes, qui est assise sur le potentiel économique et dont les communes peuvent fixer le taux de perception ». À ceci s'ajoutent les dispositions de l'article 106 de la Loi Fondamentale ainsi que celles des constitutions fédérées, en particulier celles relatives à la compensation des charges transférées par les *Länder*. En comparaison, la Constitution française comporte elle aussi depuis 2003 une série de dispositions figurant à l'article 72-2 et visant à garantir l'autonomie financière des collectivités locales⁷¹⁸. Les collectivités locales doivent donc disposer de ressources propres

⁷¹⁵ Décision du 26 octobre 1994 *Gleichstellungsbeauftragte*, BVerfGE 91, 228 (239). Néanmoins, la question de savoir si le pouvoir réglementaire appartient en tant que tel au noyau dur du principe constitutionnel d'auto-administration ou si cela dépend de la matière en cause, semble être considérée dans la dogmatique allemande comme ayant été laissée ouverte par la Cour constitutionnelle fédérale : décision du 2 novembre 1981 (2 BvR 671/81), *DVBl.*, 1982, p. 27-28. V. sur ce point : H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 742.

⁷¹⁶ Décision n°92-316 DC du 20 janvier 1993 (cons. 41). La liberté contractuelle des collectivités locales bénéficie également d'un fondement distinct dans l'article 4 de la DDHC. Dans ce sens, voir la décision n°2006-543 DC précitée portant sur la loi relative à l'énergie qui faisait obligation aux collectivités locales de conserver leurs contrats de concession avec GDF (cons. 29 et 45) ; voir également la décision n°92-316 DC (cons. 57).

⁷¹⁷ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 352.

⁷¹⁸ Art. 72-2 alinéa 1^{er} : « Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi ».

et suffisantes qu'elles peuvent librement gérer⁷¹⁹, le législateur devant en outre compenser tout transfert ou extension de compétences obligatoires.

Ces obligations vis-à-vis des collectivités locales avaient du reste déjà été établies par les juges constitutionnels qui les rattachait traditionnellement aux garanties liées à la liberté décisionnelle des collectivités locales. En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale reconnut très tôt aux collectivités locales le droit de librement gérer leurs dépenses et leurs ressources⁷²⁰ (*eigenverantwortliche Einnahme- und Ausgabewirtschaft*), tout en autorisant le législateur à leur imposer des dépenses obligatoires. En revanche, au moins jusqu'à la révision de 1994, la Cour laissa sans réponse la question de savoir si la liberté décisionnelle garantie à l'article 28 alinéa 2 comportait l'obligation pour le législateur d'assurer aux collectivités locales une autonomie financière minimale⁷²¹.

En France, dans sa décision précitée de 1990 relative au droit au logement, le Conseil constitutionnel indique en ce sens que « le législateur peut définir des catégories de dépenses qui revêtent pour une collectivité territoriale un caractère obligatoire ». Toutefois, les obligations ainsi mises à la charge d'une collectivité territoriale, souligne le Conseil, « doivent être définies avec précision quant à leur objet et à leur portée et ne sauraient méconnaître la compétence propre des collectivités territoriales ni entraver leur libre administration »⁷²². Il en va de même pour la compensation des charges transférées. Si celle-ci est certes calculée à la date du transfert de compétences et non en fonction de l'évolution éventuelle de celles-ci, le juge constitutionnel impose, sous forme de réserve d'interprétation, que soit procédé à un ajustement sous conditions de cette compensation⁷²³. De façon tout à fait intéressante, il ressort d'ailleurs des études comparant les systèmes français et allemand

⁷¹⁹ Décision n°2011-146 QPC, *Département des Landes* du 8 juillet 2011 (cons. 4). En l'espèce, la loi interdisait aux départements de moduler leurs subventions allouées aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement en fonction du mode de gestion du service en cause.

⁷²⁰ Décision du 21 mai 1968 *Breitenborn-Gelnhausen* : BVerfGE 23, 353 (369).

⁷²¹ Voir dans ce sens la décision du 15 octobre 1985 *Kommunalverfassungsbeschwerden* : BVerfGE 71, 25 (36) ; v. également la décision du 7 février 1991 *Krankenhausumlage* : BVerfGE 83, 363 (382).

⁷²² Décision n°90-274 précitée (cons. 16). Dans le même sens, décision 2001-447 DC du 18 juillet 2001 (cons. 24).

⁷²³ Décisions n°2011-143 et n°2011-144 QPC relatives à la prestation de compensation du handicap et à l'allocation personnalisée d'autonomie. Dans le même sens, arrêt du CE 29 octobre 2010, *Département de la Haute-Garonne*, req. n° 342072, relative aux transferts dans le domaine routier.

que, contrairement aux idées reçues, l'autonomie financière des collectivités locales françaises est égale voire plus élevée que celles des collectivités locales allemandes⁷²⁴.

La troisième prérogative habituellement reconnue aux collectivités locales au regard de leur liberté décisionnelle est celle de disposer et de gérer leur territoire (*Gebietshoheit*). Celui-ci constitue le domaine de validité spatiale des normes locales. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer ces questions⁷²⁵. Il suffit ici de rappeler que, pour la Cour constitutionnelle fédérale, violent le noyau dur de la liberté décisionnelle les fusions ou modifications territoriales de collectivités locales qui ne seraient pas fondées sur un motif d'intérêt général et qui seraient réalisées sans qu'aient été préalablement entendues les collectivités concernées⁷²⁶. On a vu qu'en France, le Conseil constitutionnel accordait un plus grand pouvoir discrétionnaire au législateur dans cette matière.

La quatrième prérogative commune aux collectivités françaises et allemandes est celle relative à l'organisation de la collectivité locale (*Organisationshoheit*), c'est-à-dire au pouvoir de régler le fonctionnement interne de la collectivité locale, aussi bien du point de vue des structures, des procédures, que des moyens en personnel. Par conséquent, nous rattachons à cette prérogative la liberté de gestion de leur personnel, c'est-à-dire le pouvoir de disposer d'un personnel librement choisi et librement géré (*Personalhoheit*), ce qui va au-delà de la définition traditionnellement donnée dans la dogmatique allemande du pouvoir d'organisation⁷²⁷. Ainsi, pour le Conseil constitutionnel, méconnaît la libre administration des collectivités locales la loi imposant aux débats de la commission permanente des conseils régionaux d'être public plutôt que de laisser au règlement intérieur du conseil régional le soin de déterminer cette règle de fonctionnement⁷²⁸. De même, est contraire à la Constitution la loi

⁷²⁴ V. S. KUHLMANN, *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa*, op. cit., p. 141-144. Voir également : V. HOFFMANN-MARTINOT, *Finances et pouvoir local. L'expérience allemande*, Paris, PUF, 1992, p. 66-67 et p. 69-126 ; R. HERTZOG, « Les dépenses des collectivités territoriales en Europe : une grande diversité, difficile à bien connaître », *Droit et gestion des collectivités territoriales*, 2011, p. 185-189.

⁷²⁵ V. *infra* Partie 1, Titre 1, chapitre 1.

⁷²⁶ Décision du 27 novembre 1978 relative à la commune de *Laatzen* (BVerfGE 50, 50) ; décision relative à la ville de *Rheda-Wiedenbrück* : BVerfGE 50, 195 (202) ; voir également la décision de censure du 12 mai 1992 relative à la réforme territoriale s'appliquant à la commune de *Papenburg* : BVerfGE 86, 90 (107).

⁷²⁷ Pour la Cour constitutionnelle fédérale, le pouvoir d'organisation permet aux collectivités locales de fixer le détail des procédures et des compétences ce qui leur permet de déterminer l'importance, la qualité et le contenu de leurs décisions : décision du 26 octobre 1994 *Gleichstellungsbeauftragte*, BVerfGE 91, 228 (236).

⁷²⁸ Décision n°98-407 DC du 14 janvier 1999 relative aux règles de fonctionnement du conseil général notamment quant à la publicité des débats (cons. 26).

restreignant le droit des collectivités locales de se prononcer librement sur les créations et les suppressions d'emplois et de procéder librement à la nomination de leurs agents⁷²⁹.

Il en va dans une certaine mesure de même en droit allemand. La Cour constitutionnelle a en effet eu l'occasion de préciser que l'interdiction de créer un service administratif autre que celui prévu par la loi serait contraire au noyau dur du pouvoir d'organisation des collectivités locales. De même elle interdit au législateur de réduire à néant le pouvoir d'organisation de la collectivité locale en réglant lui-même l'organisation des services communaux. En revanche, elle considère que cette limite n'est pas franchie lorsqu'une loi impose aux collectivités locales de nommer une fonctionnaire à plein temps déléguée à l'égalité des sexes⁷³⁰ (*Gleichstellungsbeauftragte*). Pour la Cour, une telle obligation ne porte pas atteinte à la liberté décisionnelle des collectivités locales. Or, comme l'ont très bien noté MM. Fromont et Jouanjan, « la Cour ne souffla mot de la surcharge financière qui en résultait, ni de l'atteinte portée aux pouvoirs de la commune à l'égard de son personnel. Bref, c'est une décision qui rend assez illusoire la garantie constitutionnelle de l'autonomie communale qui était jusqu'à présent l'un des titres de gloire du droit public allemand »⁷³¹.

B. Le droit d'agir en dehors de toute instruction étatique

Outre ces quatre prérogatives, la liberté décisionnelle des collectivités locales suppose en second lieu que leur droit d'agir s'exerce en dehors de toute instruction étatique⁷³² (*weisungsfrei*). Cette délimitation a été très justement et très clairement établie par la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui, de façon constante, rappelle que porterait atteinte au noyau dur de la liberté décisionnelle des collectivités locales la situation où son organisation pourrait être à loisir aménagée par une autorité étatique. En ce sens, poursuit la Cour, une loi

⁷²⁹ Décision n°83-168 DC du 20 janvier 1984 (cons. 10 et 15).

⁷³⁰ Décision du 26 octobre 1994 *Gleichstellungsbeauftragte*, BVerfGE 91, 228 (242).

⁷³¹ O. JOUANJAN, M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne – Chroniques de jurisprudence constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1994, 1995, p. 736.

⁷³² V. E. SCHMIDT-ABMANN, « Garantie der kommunalen Selbstverwaltung », in P. BADURA, H. DREIER (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 820-821 ; F.-L. KNEMEYER, « Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinde und Landkreise », in A. v. MUTIUS (dir.), *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft. Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh*, 1983, p. 223.

accordant aux organes de l'administration d'État un pouvoir d'instruction dont la portée serait insuffisamment définie aurait de fortes chances d'être jugée irrégulière⁷³³.

Le Conseil constitutionnel a pour sa part également invalidé par deux fois des lois en raison du défaut de précision quant à l'objet et à la portée du pouvoir de surveillance et des conséquences possibles de ce défaut sur la libre administration des collectivités locales. Dans la décision du 7 décembre 2007, c'est au regard du caractère automatique et indifférencié des sanctions prononcées par le préfet à l'encontre des communes n'ayant pas respecté leurs engagements en matière de logement social que le Conseil constitutionnel censure la loi comme étant contraire à l'article 72 de la Constitution⁷³⁴. Dans sa décision 2010-107 QPC, c'est cette fois du fait de la généralité des pouvoirs de contrôle conférés au représentant de l'État sur les actes des maires de communes de Polynésie française que le Conseil constitutionnel juge l'exercice de la libre administration privé de garanties suffisantes⁷³⁵.

§2 La garantie constitutionnelle du champ de compétences des collectivités locales

Par « garantie du champ de compétences des collectivités locales », nous entendons désigner ici les règles constitutionnelles qui assurent aux collectivités locales un domaine d'action propre qu'il incombe au législateur de respecter. On distinguera ici entre trois règles : le droit d'initiative des collectivités locales (A), le principe de subsidiarité (B) et la protection des « affaires locales » (C).

A. Un droit d'initiative limité et différencié en fonction des catégories de collectivités locales

Conformément à l'article 4 alinéa 2 de la Charte européenne de l'autonomie locale, « les collectivités locales ont, dans le cadre de la loi, toute latitude pour exercer leur initiative pour toute question qui n'est pas exclue de leur compétence ou attribuée à une autre autorité ». Ce droit d'initiative est généralement désigné dans la doctrine française comme instituant une

⁷³³ V. pour plus de références : H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 727-729.

⁷³⁴ Décision n°2000-436 DC précitée (cons. 47). Cette décision n'est étonnamment pas recensée dans les tables analytiques de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à la rubrique « violation du principe de libre administration » (14.1.3.1).

⁷³⁵ La loi en cause autorisait le haut-commissaire de la République à déclarer, à toute époque, nuls de droit les arrêtés du maire : décision n°2010-107 QPC du 17 mars 2011.

« clause de compétence générale »⁷³⁶. En Allemagne, l'expression retenue en doctrine est également celle de la « compétence générale » ou de « compétence universelle » (*Allzuständigkeit*). Dans les deux cas, le sens donné à ce droit d'initiative est identique. Il autorise une collectivité locale à se saisir d'une matière que la loi ne lui a pas spécialement attribuée. Cette faculté demeure cependant juridiquement encadrée : outre la nécessité de disposer d'un intérêt local et d'être ainsi territorialement et matériellement limité, il importe que la matière dont la collectivité souhaite se saisir ne soit pas exclue de sa compétence ou attribuée à une autre autorité publique, ni que l'intervention locale n'affecte la liberté notamment économique des personnes privées⁷³⁷.

En France, ce droit d'initiative bénéficiait traditionnellement tant aux communes qu'aux départements et aux régions. Il était ainsi censé distinguer les collectivités territoriales de structures administratives spécialisées tels que les établissements publics. Or, les controverses récentes sur l'opportunité de priver les régions et les départements de cette faculté afin de « simplifier le mille-feuille administratif français »⁷³⁸ a conduit tant à s'interroger sur la constitutionnalité d'une telle suppression qu'à questionner la pertinence d'un tel critère de distinction entre collectivité territoriale et établissement public (I). En comparaison, la Loi fondamentale allemande avait dès 1949 restreint cette faculté aux communes dont les compétences sont les seules à avoir une vocation générale ou universelle, à l'exclusion donc de celles des arrondissements (II).

⁷³⁶ Nous préférons parler ici de « clause de compétence générale » que de « clause générale de compétence » car il s'agit bien d'une habilitation accordée aux collectivités locales de se saisir de toute compétence, sous réserve que cette compétence n'ait pas été attribuée à une autre autorité publique ou qu'une telle intervention de la collectivité locale n'ait pas été interdite. Sur cette précision : M. VERPEAUX, « « Vous avez dit « clause générale de compétence » ? », *Commentaire*, 2010, n°1, p. 81-88. En faveur de l'expression « clause générale de compétence » : J.-M. PONTIER, « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Clause Douence*, Paris, Dalloz, 2006, p. 365-395. Voir déjà sa thèse : J.-M. PONTIER, *L'État et les collectivités locales*, Paris, LGDJ, 1978.

⁷³⁷ V. dans le cas français pour une définition relative en l'espèce aux communes : CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Barœul*, req. n° 193716.

⁷³⁸ V. J.-M. PONTIER, « L'enchevêtrement des compétences », in J.-C. NÉMERY (dir.), *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales*, L'Harmattan-GRALÉ, 2010, p. 107 ; J.-M. PONTIER, « Compétences locales et politiques publiques », *RFAP*, 2012, n°141, p. 148-149 ; pour une approche comparative : H. WOLLMANN, G. BOUCKAERT, « Réorganisation de l'État en France et en Allemagne », *Pouvoirs locaux*, n°76, 2008, p. 113-120.

I. La suppression de la « clause de compétence générale » et le maintien du droit d'initiative des communes

On peut en premier lieu commencer par relever que parmi les dispositions introduites dans la Constitution française en 2003, le second alinéa de l'article 72 de la Constitution française dispose désormais que « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». Lue en combinaison avec le principe de libre administration inscrit au troisième alinéa de l'article 72, il eut été possible de déduire que ces dispositions garantissent aux collectivités locales une faculté d'initiative les autorisant à se saisir en dehors d'une habilitation législative spéciale de toute matière d'intérêt public relevant de leur ressort territorial. Cette lecture semblait d'ailleurs confirmée par la décision du Conseil constitutionnel du 9 décembre 2010 relative à la loi de réforme des collectivités territoriales (1). Elle fut cependant remise en cause dans une décision ultérieure en date du 16 septembre 2016 (2).

1) La limitation de la clause de compétence générale par la loi du 16 décembre 2010

La loi du 16 décembre 2010⁷³⁹ visait à clarifier les compétences entre les différentes collectivités locales en restreignant la capacité d'initiative des départements et régions⁷⁴⁰. L'article 73 de cette loi disposait en ce sens que les assemblées départementales et régionales avaient pour compétence de régler les affaires de leur ressort territorial « dans les domaines de compétence que la loi leur attribue ». Toutefois, un tempérament était apporté à cette restriction puisque la loi maintenait la possibilité pour ces assemblées de se saisir de tout objet d'intérêt départemental ou régional pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique, sous réserve de le faire par « délibération spécialement motivée ».

Alors qu'une partie de la doctrine voyait dans cette loi la suppression de la vocation universelle des compétences des départements et des régions⁷⁴¹, ces dispositions législatives obligeaient en vérité simplement ces collectivités locales à formellement justifier le bien-fondé de leur prise d'initiative dans le but d'éviter toute imbrication contreproductive de

⁷³⁹ Article 73 de la loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

⁷⁴⁰ Voir sur cette thématique : J.-F. BRISSON (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, Paris, L'Harmattan, 2009.

⁷⁴¹ V. notamment V. DONIER, « Les clairs-obscur de la nouvelle répartition des compétences », *AJDA*, 2011, p. 92-98 ; dans un sens moins tranché : M. VERPEAUX, « Les ambiguïtés entretenues du droit constitutionnel des collectivités territoriales », *AJDA*, 2011, p. 104-106.

compétences⁷⁴². Dans sa décision, le Conseil considère que l'habilitation accordée aux départements et aux régions de se saisir de tout objet de leur ressort territorial, pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre autorité, satisfait aux exigences posées par les articles 72 alinéa 2 et 3 de la Constitution⁷⁴³. L'obligation de motivation n'emportait donc pas suppression de la capacité d'initiative des collectivités locales.

En revanche, il rejette le moyen selon lequel la loi du 10 août 1871 aurait fait de la clause de compétence générale un principe fondamental reconnu par les lois de la République⁷⁴⁴. Il n'accompagne cependant ce rejet d'aucune motivation détaillée dans sa décision, le commentaire publié sous cette décision n'étant du reste guère plus disert. Cette absence de justification est d'autant plus regrettable qu'en l'espèce, le moyen selon lequel la loi du 10 août 1871 aurait fait de la clause de compétence générale un principe fondamental reconnu par les lois de la République semblait tout à fait recevable et fondé au vu des critères habituellement retenus par le Conseil constitutionnel pour reconnaître un tel principe⁷⁴⁵. Cette décision laisse en tous cas planer une ambiguïté sur la question de savoir si le législateur pouvait priver les collectivités locales du droit d'exercer leur initiative pour toute question qui n'est pas exclue de leur compétence ou attribuée à une autre autorité. Cette ambiguïté sera levée six ans plus tard dans une décision relative à la loi du 7 août 2015.

⁷⁴² Dans ce sens : G. MARCOU, « Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales », *AJDA*, 2011, p. 129 ; v. également G. MARCOU, « Changements et permanences dans le système français d'administration territoriale », *RFAP*, 2012, n°141, p. 5-17, en particulier p. 15. De façon moins déterminée et dans le sens d'une possible équivalence entre le principe de libre administration et la clause de compétence générale : Y. JEGOUZO, M. VERPEAUX, « Les collectivités territoriales », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Paris, Dalloz, 2011, p. 313-314.

⁷⁴³ Décision n°2010-618 DC du 9 décembre 2010 (cons. 54 et 55).

⁷⁴⁴ Les requérants s'appuyaient sur la loi du 10 août 1871 rendant le département compétent pour traiter de toute affaire ayant un lien avec son territoire et qui est sur ce point similaire à celle du 5 avril 1884 relative aux communes. L'argument tendant à tirer de ces deux lois des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » est en effet apparu concomitamment à la création par le juge constitutionnel de cette catégorie de normes constitutionnelles par sa décision du 16 juillet 1971 « Liberté d'association ». Voir à ce propos : C. AUTEXIER, « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *RDJ*, 1981, p. 615-617 et le commentaire d'Yves Weber sous l'arrêt de section du Conseil d'État, 7 octobre 1977, *Commune de Tomblaine*, *AJDA*, 1978, p. 153-157, cité par Christian Autexier. En faveur d'un fondement reposant exclusivement sur l'article 61 de la loi du 5 avril 1884 : J.-M. PONTIER, « Compétences locales et politiques publiques », *op. cit.*, p. 145 et 148.

⁷⁴⁵ V. sur ces critères le Commentaire publié sous la décision n°2010-618 DC précitée, *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°30, 2010, p. 29-31.

2) La suppression de la clause de compétence générale par la loi du 7 août 2015

Censée entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015, la réforme de janvier 2010 fut dans, un premier temps, abandonnée par la loi du 27 janvier 2014⁷⁴⁶. Mais quelques mois plus tard, la loi du 7 août 2015⁷⁴⁷ reprendra et amplifiera finalement la restriction initialement posée par la loi de 2010. Alors que la loi de 2010 laissait aux assemblées départementales et régionales une capacité d'initiative en dehors de toute habilitation législative spéciale, sous réserve pour elles de motiver leur décision, la loi de 2015 cesse de leur réserver cette faculté. Son article 94 limite la capacité d'initiative des collectivités départementales et régionales aux seules affaires relevant des domaines de compétences que la loi leur attribue. En d'autres termes, départements et régions n'ont plus de vocation générale à se saisir de toute matière relevant de leur ressort et disposant d'un intérêt territorial.

Amené une première fois à juger de la constitutionnalité de cette loi suite à une saisine de parlementaires⁷⁴⁸, le Conseil constitutionnel ne se prononce pas sur la question de savoir si la suppression de cette faculté pour les départements et les régions porte atteinte à leur droit à l'autonomie locale. Or, on pouvait considérer que tel était le cas étant donné que la loi de 2015 ne contenait aucun tempérament à une telle restriction de la capacité d'initiative des départements et des régions, contrairement à celle de 2010. Cette question a été finalement spécifiquement posée au Conseil constitutionnel en 2016 à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité initiée par l'Assemblée des départements de France. Dans sa décision, le Conseil estime « qu'il est loisible au législateur d'énumérer limitativement » les attributions des collectivités locales. Il précise à cet égard que le « troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution n'implique pas, par lui-même, que les collectivités territoriales doivent pouvoir intervenir dans les domaines pour lesquels aucune autre personne publique ne dispose d'une compétence attribuée par la loi »⁷⁴⁹. Autrement dit, le principe de libre administration n'implique pas le droit d'agir dans des domaines non réservés à d'autres personnes publiques⁷⁵⁰.

⁷⁴⁶ Article 1^{er} de la loi par la loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (MAPTAM).

⁷⁴⁷ Loi n°2015-991 portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe).

⁷⁴⁸ Décision n° 2015-717 DC du 6 août 2015.

⁷⁴⁹ Décision n° 2016-565 QPC du 16 septembre 2016, *Assemblée des départements de France* (cons. 4 et 5).

⁷⁵⁰ Pour une appréciation critique : B. FAURE, « La fin d'une catégorie juridique : la collectivité territoriale ? », *AJDA*, 2016, p. 2438-2444. Voir également : A. DURANTHON, « À propos d'un cheval de Troie : le Conseil constitutionnel et la suppression de la clause de compétence générale », *Constitutions*, 2016, p. 677-686 ; N.

Cette décision prise par le Conseil constitutionnel étonne. Pour ce dernier, seul compte le fait que les collectivités locales bénéficient d'attributions effectives. C'est la seule obligation faite au législateur en vertu du principe constitutionnel de libre administration garanti à l'article 72 alinéa 3. Peu importe en revanche que ces attributions découlent d'une habilitation législative spéciale ou générale. Or, cette lecture nous semble méconnaître la référence à la vocation des collectivités locales « à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon » qui leur est garantie par l'article 72 alinéa 2 de la Constitution française⁷⁵¹. Cette disposition nous semble précisément interdire au législateur de priver les collectivités locales de la faculté de se saisir de toute matière qui relève de leur ressort territorial et qui n'est pas exclue de leur compétence ou attribuée à une autre autorité. Une telle interprétation de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution française est d'ailleurs confirmée par une disposition analogue de la Charte européenne de l'autonomie locale⁷⁵². Il est en tous cas remarquable que le Conseil constitutionnel ne se donne pas la peine de mentionner cet article de la Constitution française dans sa décision, d'autant plus qu'il évoquait dans celle de 2010.

Quoi qu'il en soit, force est de constater qu'une nouvelle fois, les communes bénéficient d'un traitement plus favorable que celui réservé aux départements et aux régions, à l'instar du constat que nous avons réalisé à l'occasion de l'étude des réformes territoriales. En effet, la loi de 2015 crée une différence dans le régime des compétences d'un côté des communes⁷⁵³ et de l'autre des départements⁷⁵⁴ et des régions⁷⁵⁵. Désormais, les communes représentent la seule catégorie de collectivité locale à disposer du droit de se saisir de toute matière qui n'est pas exclue de leur compétence ou attribuée à une autre autorité⁷⁵⁶. Une telle différenciation

GERARDIN, « L'objectif de simplification dans les réformes territoriales récentes : l'exemple de la clause de compétence générale », *RFAP*, 2016, n°1, 95-104 ; B. PLESSIX, « Clause minimum de compétence », *Droit administratif*, 2016, n° 12, p. 1-2 ; M. VERPEAUX, « Suppression de la compétence générale des départements : la fin du Vendée globe ? », *La Semaine juridique. Édition générale*, 2016, n° 43-44, p. 1971-1975.

⁷⁵¹ V. J.-M. PONTIER, « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », *op. cit.*, p. 365-395.

⁷⁵² Article 4 alinéa 2 de la charte européenne de l'autonomie locale : « Les collectivités locales ont, dans le cadre de la loi, toute latitude pour exercer leur initiative pour toute question qui n'est pas exclue de leur compétence ou attribuée à une autre autorité ». Dans ce sens, B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 21-23 et p. 626-627.

⁷⁵³ Article L. 2221-29 CGCT : « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune ».

⁷⁵⁴ Article L. 3211-1 CGCT : « Le conseil départemental règle par ses délibérations les affaires du département dans les domaines de compétences que la loi lui attribue ».

⁷⁵⁵ Article L. 4221-1 CGCT : « Le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région dans les domaines de compétences que la loi lui attribue ».

⁷⁵⁶ Sur cette évolution, v. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 625-628.

n'est cependant pas spécifique au droit français puisqu'on la retrouve également en droit allemand.

II. Un droit d'initiative réservé aux communes en droit allemand

En Allemagne, l'idée que les communes ont également vocation à régler « toutes les affaires de la communauté locale » n'est pas neuve et était par exemple déjà établie dans le code des villes prussien de 1808 ou en jurisprudence par le Tribunal supérieur de Prusse dans une décision de 1886⁷⁵⁷. Sous la Loi fondamentale, l'article 28 alinéa 2 accorde à son tour une telle faculté aux communes, dans le cadre des lois.

Pour la Cour constitutionnelle fédérale, le droit des communes de se saisir de « toute affaire de la communauté locale » qui n'est pas exclue de leurs compétences ou attribuée à une autre autorité (*Aufgabenerfindungs- und zugriffsrecht*)⁷⁵⁸ relève du noyau dur (*Kernbereich*) des compétences des communes. C'est d'ailleurs, au regard du champ des compétences des collectivités locales (*Aufgabenbestand*) la seule règle qui en relève. Il est dès lors interdit au législateur d'y porter atteinte⁷⁵⁹. Mais cette interdiction reste largement tributaire de l'appréciation des juges constitutionnels en raison du caractère parfaitement indéterminé de ces « affaires locales » qui délimite le domaine matériel et territorial de cette habilitation accordée aux communes. En dehors du noyau dur, le législateur pourra en effet réduire ou accroître le volume de compétences communales. Il faut pour cela que ces modifications soient en premier lieu justifiées par un motif d'intérêt général et en second lieu proportionnelles au but poursuivi⁷⁶⁰.

Pour les groupements de communes, la situation est en revanche différente car la Loi fondamentale ne fait référence qu'à « leurs attributions légales » et non à leur vocation universelle. En tout état de cause, si les arrondissements bénéficient du droit de se saisir de

⁷⁵⁷ Décision de la Cour administrative de Prusse (*Preußisches Oberverwaltungsgericht*), PrOVGE 13, 89/106. V. G.-C. v. UNRUHE, « Ursprung und Entwicklung der Selbstverwaltung im frühkonstitutionellen Zeitalter », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., p. 57-71 ; W. HOFMANN, « Die Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung von 1848 bis 1918 », in *ibid.*, p. 75-83 ; M. BURGI, *Kommunalrecht*, op. cit., p. 21-25.

⁷⁵⁸ V. H. DREIER, « Artikel 28 », op. cit., p. 727.

⁷⁵⁹ Décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 23 novembre 1988, *Rastede*, BVerfGE 79, 127 (146-155). Sur les limites à la « réserve de loi » : F. OSSENBUHL, « Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 5, Heidelberg, C. F. Müller, 3^{ème} éd., 2007, § 101, p. 216.

⁷⁶⁰ Voir *infra*, section 2, §2.

toute matière qui n'est pas exclue de leur compétence ou attribuée à une autre autorité, ce n'est qu'en vertu des constitutions fédérées et non de la Loi fondamentale. Ils ne peuvent donc valablement s'appuyer sur cet aspect du droit à l'autonomie locale lors d'un recours porté devant la Cour constitutionnelle fédérale, ainsi que l'a indiqué la Cour dans sa décision « *Rastede* » de 1988 ou plus récemment dans sa décision de 2007 relative à loi « Hartz IV »⁷⁶¹.

B. Le principe de subsidiarité et la présomption de compétences au profit des collectivités locales

Si la référence à la vocation universelle des compétences des collectivités locales dans l'article 72 alinéa 2 de la Constitution française ne leur garantit pas de disposer d'une faculté d'initiative en dehors de leurs attributions légales explicites, elle établit au moins une présomption de compétence en leur faveur. Cette présomption de compétence s'impose au législateur. Il peut néanmoins s'en libérer sous réserve de démontrer qu'au regard des objectifs poursuivis par la loi, les compétences seront mieux exercées par un autre échelon. On désignera cette présomption de compétence par « principe de subsidiarité »⁷⁶². Le principe de subsidiarité ne signifie en effet pas que le meilleur échelon soit nécessairement celui des collectivités locales, ni parmi celles-ci, la commune. Il s'agit bien plus d'une règle de répartition des compétences bivalente qui peut, en ce sens, aboutir à une centralisation comme à une décentralisation de l'ordre juridique. Elle n'impose en vérité au législateur que de justifier le bien-fondé de sa décision⁷⁶³ et lui accorde dans ce cadre un fort pouvoir

⁷⁶¹ V. A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, op. cit., p. 525-542.

⁷⁶² La littérature est pléthorique sur les origines canoniques de ce principe, sa conceptualisation par Althusius, son établissement dans le droit de l'Union européenne et sa fonction en droit français. Il nous serait impossible et ne nous appartient d'ailleurs pas de revenir sur ces différents aspects, nous nous contenterons donc de renvoyer aux travaux suivants : D. GRIMM, « Subsidiarité et fédéralisme », in S. ROHLING-DIJOUX, K. PEGLOW (dir.), *La subsidiarité*, Bern, Peter Lang, 2014, p. 139-152 ; J. BARROCHE, *État, libéralisme et christianisme. Critique de la subsidiarité européenne*, Paris, Dalloz, 2012 ; J. ZILLER, « Le principe de subsidiarité », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 2^{ème} éd., p. 527-542. Dans le sens d'une opposition entre les concepts « État/souveraineté » et « Fédération/subsidiarité », v. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 147-148. En droit allemand, v. S. OETER, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht. Untersuchungen zu Bundesstaatslehre unter dem Grundgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998 ; J. SCHWARZE, « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 615-619.

⁷⁶³ Cette justification doit se fonder sur un motif d'intérêt général, voir sur ce point *infra* nos développements sur les « limites aux limites ».

discrétionnaire. Face à une décision litigieuse, il reviendra au juge constitutionnel d'en vérifier la régularité.

Au vu des divergences entre les droits français et allemand dans la dénomination des concepts recouvrant le sens du principe de subsidiarité tel qu'ici défini, il paraît utile de revenir sur ces différentes expressions afin d'en clarifier la signification (I). Ceci fait, il apparaît que sur le fond, ce sont en revanche les similitudes qui dominent (II).

I. Subsidiarité, proportionnalité et répartition décentralisée des compétences : clarification conceptuelle

À la différence de la doctrine française, la doctrine allemande réserve le terme de « subsidiarité » pour désigner la règle de répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres⁷⁶⁴ ou entre la Fédération et les *Länder*⁷⁶⁵. Quand il est question des règles constitutionnelles de répartition des compétences entre l'administration étatique et les collectivités locales, doctrine et jurisprudence rechignent généralement à parler de subsidiarité⁷⁶⁶ voire nient tout fondement positif à ce principe en droit allemand⁷⁶⁷. Ainsi, dans l'affaire « *Rastede* » précitée, la Cour administrative de Lüneburg⁷⁶⁸ saisie en appel avait vu dans l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale le fondement d'un principe de subsidiarité. Cette interprétation fut toutefois invalidée en cassation par la Cour administrative fédérale⁷⁶⁹. Saisie, la Cour constitutionnelle fédérale évita soigneusement d'y

⁷⁶⁴ V. A. PUTTLER, « Die deutschen Länder in der Europäischen Union », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 5, Heidelberg, C. F. Müller, 3^{ème} éd., 2007, § 142, p. 1058-1067. V. également la décision de la Cour constitutionnelle fédérale sur le Traité de Lisbonne du 30 juin 2009 et en particulier ses développements sur le principe de subsidiarité et les garanties données au *Bundestag* en la matière : BVerfGE 123, 267 (383).

⁷⁶⁵ V. J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 152-154. Pour une vision critique de ces rapports entre fédéralisme et subsidiarité : P. LERCHE, « Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip », *VVDStRL*, n°21, 1964, p. 66-78.

⁷⁶⁶ V. pour plus de références : H. AUST, *Das Recht der globalen Stadt : Grenzüberschreitende Dimensionen kommunaler Selbstverwaltung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 91-94. Cet auteur insiste sur le lien entre les concepts de « subsidiarité » et d'« autonomie locale » d'un point de vue politique et se réfère pour cela notamment aux idées de Hugo Preuß. Dans le même temps, il appelle à la retenue lorsqu'il s'agit en droit positif de déduire du principe de subsidiarité une règle constitutionnelle de répartition de compétences. C'est la ligne généralement suivie dans la doctrine allemande.

⁷⁶⁷ Dans ce sens, A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, *op. cit.*, p. 475-477. Dans un sens contraire : M. MÖLLER, *Subsidiaritätsprinzip und kommunale Selbstverwaltung*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 170-171.

⁷⁶⁸ Décision de la Cour administrative supérieure de Lunebourg (Basse-Saxe), du 8 mars 1979, OVG Lüneburg, *DÖV*, 1980, S. 417-419.

⁷⁶⁹ Décision de la Cour administrative fédérale du 4 août 1983, *Rastede* : BVerwGE 67, 321 (324-330). En revanche, elle considère possible de recourir au principe de proportionnalité.

faire référence. À la place, elle créa un « principe constitutionnel de répartition décentralisée des compétences », le fondant sur la disposition de l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale qui garantit le droit aux communes à régler l'ensemble des affaires de la communauté locale⁷⁷⁰.

Dans son analyse de cette jurisprudence, la doctrine a majoritairement interprété ce principe comme un « ersatz » du principe de proportionnalité applicable aux relations entre l'État et les communes⁷⁷¹. Comme nous l'avons vu précédemment, la Cour constitutionnelle fédérale tend en effet à réserver le principe de proportionnalité au contentieux des droits fondamentaux⁷⁷². Étant donné que le droit à l'autonomie locale constitue, dans la dogmatique allemande, une « garantie institutionnelle » et non un « droit fondamental »⁷⁷³, la Cour constitutionnelle, pour marquer cette différence, formula dans l'arrêt « *Rastede* » le « principe constitutionnel de répartition décentralisée des compétences »⁷⁷⁴.

Néanmoins, il nous semble que cette analyse repose sur une confusion car d'un point de vue déontique, le « principe de répartition décentralisée des compétences » ne correspond pas strictement au principe de proportionnalité, mais bien à la définition préalablement donnée du concept de subsidiarité. En effet, cette règle de répartition de compétence oblige dans un premier temps le législateur à respecter, énonce la Cour, « la présomption de compétences qui profite aux communes quant aux affaires à caractère local se situant en dehors du noyau dur du champ de compétences des communes », c'est-à-dire se situant dans le domaine qui relève du pouvoir discrétionnaire du législateur. Ce n'est que dans un deuxième temps qu'il revient

⁷⁷⁰ Décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 23 novembre 1988, *Rastede* : BVerfGE 79, 127 (150).

⁷⁷¹ V. M. CORNILS, « Aufgabenverteilungsprinzip statt Verhältnismäßigkeit. Die Neuorientierung der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung », in J. MENZEL, R. MÜLLER-TERPITZ (dir.), *Verfassungsrechtsprechung. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, 3^{ème} éd., p. 415-442 ; K. WACHTER, « Verfassungsrechtlicher Schutz der gemeindlichen Selbstverwaltung gegen Eingriffe durch Gesetz », *AÖR*, 2010, p. 356.

⁷⁷² Elle l'affirme très explicitement dans sa décision du 22 mai 1990 *Kalkar II* : BVerfGE 81, 330 (338) : « Les limites découlant du principe d'État de droit et s'appliquant aux ingérences de l'État dans la sphère juridique des individus sont inapplicables aux relations entre le *Bund* et les *Länder*. Ceci vaut en particulier pour le principe de proportionnalité ». Voir sur ce principe et sa portée, D. GRIMM, « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *op. cit.*, p. 12.

⁷⁷³ Sur cette différence, voir *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

⁷⁷⁴ La Cour parle dans sa décision *Rastede* précitée d'un transfert décentralisé des compétences voulu par la Loi fondamentale (« *die vom Grundgesetz gewollte dezentrale Aufgabenansiedlung* ») et d'un principe constitutionnel de répartition des compétences applicables aux affaires locales et favorables aux communes, que le législateur doit prendre en compte (« *ein verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip hinsichtlich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zugunsten der Gemeinden, das der zuständigkeitsverteilende Gesetzgeber zu berücksichtigen hat* ») : BVerfGE 79, 127 (150 et 153).

au juge constitutionnel de procéder à un contrôle du bien-fondé de la conciliation opérée par le législateur entre la présomption de compétence en faveur des communes et les objectifs d'intérêt général poursuivis par la loi et justifiant le cas échéant de déroger à cette présomption.

Afin de strictement délimiter ces deux étapes, il serait alors préférable de désigner la règle de répartition des compétences par « principe de subsidiarité » et le contrôle de son application par « principe de proportionnalité », à l'instar de ce que fait par exemple la Cour constitutionnelle fédérée du Brandebourg dans sa décision du 19 mai 1994⁷⁷⁵. Le fait que les juges de Karlsruhe fassent de nouveau référence au principe de proportionnalité dans leurs récentes décisions relatives au droit à l'autonomie locale rend en tout cas possible cette clarification⁷⁷⁶.

II. Le principe de subsidiarité dans les ordres juridiques français et allemand

1) Règles générales d'attribution de compétences

a) La situation en droit français

Sur le fond, en droit français, il incombe au législateur de définir les compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales conformément au principe de subsidiarité. C'est ce qui résulte de la référence dans l'article 72 alinéa 2 de la Constitution au choix du meilleur échelon de mise en œuvre. Si cette disposition établit une présomption de compétence tendanciellement favorable aux collectivités locales, on le sait, cette présomption n'est pas irréfragable. Discrétionnaire, le pouvoir du législateur l'est d'autant plus que la Constitution française, aux termes de son article 34, laisse le soin au législateur de « déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». Par conséquent, le contrôle par le

⁷⁷⁵ Décision de la Cour constitutionnelle de Brandebourg du 19 mai 1994 (Az. 9/93) censurant l'interdiction faite à une commune de continuer à exploiter une caisse d'épargne suite au transfert de cette compétence au profit des arrondissements.

⁷⁷⁶ V. par exemple la décision du 27 janvier 2010 sur la fixation légale du taux de la taxe professionnelle (*Gewerbesteuer*) : BVerfGE 125, 141 (2 BvR 2185/04 et 2 BvR 2189/04). Sur ces évolutions jurisprudentielles, voir notamment A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, op. cit., p. 47-48.

juge constitutionnel de cette justification est lui d'autant plus restreint⁷⁷⁷, ce qui explique que la force contraignante de cette disposition soit généralement mise en doute⁷⁷⁸.

b) La situation en droit allemand

La situation en droit allemand est plus complexe. Il faut en effet distinguer entre le cas des compétences déléguées (aa) et celui des compétences « propres » (bb), mais aussi entre la situation des communes et celles des arrondissements, sachant de surcroît que les constitutions fédérées peuvent comporter des règles particulières vis-à-vis des règles générales posées par la Loi fondamentale.

aa) Subsidiarité et compétences étatiques déléguées

En ce qui concerne les compétences étatiques déléguées, c'est-à-dire les compétences exercées sous la direction des organes centraux⁷⁷⁹, la Loi fondamentale ne comporte aucune indication positive qui oblige à un transfert en faveur des collectivités locales⁷⁸⁰. En revanche, la Cour constitutionnelle fédérale a indiqué dans sa décision relative à la loi « *Hartz IV* » que le droit des collectivités locales à disposer de « compétences propres » interdit au législateur de leur déléguer des compétences étatiques lorsque cette délégation conduit à ce que, surchargées par ces compétences étatiques, les collectivités locales ne peuvent plus assumer leurs compétences propres⁷⁸¹. Hormis cette interdiction, au regard de la Loi fondamentale, le pouvoir discrétionnaire des législateurs fédérés est entier.

⁷⁷⁷ Décision n°2005-516 DC du 7 juillet 2005 (cons. 12) : « Il résulte de la généralité des termes retenus par le constituant que le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'État plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause, sur le fondement de cette disposition, que s'il était *manifeste* qu'en égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale » (nous soulignons).

⁷⁷⁸ Dans ce sens, Y. JEGOUZO, M. VERPEAUX, « Les collectivités territoriales », *op. cit.*, p. 310-311 ; plus clairement encore : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 350. Dans un sens favorable à la valeur normative du principe de subsidiarité : J.-P. DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation – Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*, 2007, p. 107-140 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 564.

⁷⁷⁹ Voir *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

⁷⁸⁰ Décision du 23 novembre 1988, *Rastede*, BVerfGE 79, 127 (152).

⁷⁸¹ Une telle atteinte est plus facilement réalisée vis-à-vis des communes que des arrondissements. Pour les communes, il suffit que le transfert rende plus difficile l'usage par la commune de son droit d'initiative. En ce qui concerne les arrondissements, une telle atteinte est en principe exclue étant donné qu'ils reçoivent leurs attributions – compétences propres et déléguées – du législateur. Celles-ci peuvent donc être modifiées, sauf s'il est prouvé par elles que le législateur ne leur a pas confié suffisamment de compétences propres et substantielles ou que leur capacité administrative à librement administrer leurs compétences propres est amputée par la surcharge causée par la masse de compétences étatiques déléguées : décision du 20 décembre 2007 *Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften*, BVerfGE 119, 331 (353). Dans tous les cas, étant donné que le législateur fédéré devra

Ceci étant posé, il importe, dans un second temps, de déterminer si les constitutions fédérées peuvent, elles, comporter des dispositions pertinentes. Certaines habilent (*Kann-Vorschrift*) le législateur à déléguer les compétences étatiques aux collectivités locales, d'autres – en particulier celles ayant adopté le système de Weinheim⁷⁸² – y obligent (*Soll-Vorschrift*) en faisant de l'administration locale, l'administration de droit commun pour l'ensemble des compétences administratives. Ainsi, en Saxe, la seconde phrase du premier alinéa de l'article 85 de la Constitution fait obligation au législateur de transférer les compétences étatiques aux communes et aux groupements de communes, sous réserve qu'elles puissent les exécuter de façon sûre et opportune. Au vu de cette marge d'appréciation laissée au législateur, la Cour constitutionnelle de Saxe a restreint son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation⁷⁸³. Il en va généralement de même dans les autres *Länder*. On notera enfin qu'à l'exception de la Constitution de Basse-Saxe⁷⁸⁴, les constitutions fédérées ne différencient pas entre les communes et les groupements de communes dans l'attribution de ces compétences.

bb) Subsidiarité et compétences « propres »

À la différence des compétences déléguées, en ce qui concerne les compétences « propres », c'est-à-dire les compétences dépendant du ressort territorial des collectivités locales et librement administrées par elles, la Loi fondamentale opère une distinction entre les communes et les groupements de communes, y compris les arrondissements. Seules les premières bénéficient d'une présomption de compétences que le législateur est tenu de respecter⁷⁸⁵. Ainsi en a décidé la Cour constitutionnelle fédérale dans sa décision « Rastede » de novembre 1988. Ceci a été plus tard confirmée par la décision sur la loi « Hartz IV » du 20

compenser le transfert en vertu de l'obligation figurant à cet égard dans les Constitutions fédérées (« principe de connexité »), la probabilité d'une telle atteinte demeure en pratique assez réduite. V. M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 63-64.

⁷⁸² Voir *infra* §3.

⁷⁸³ Voir la décision de la Cour constitutionnelle de Saxe du 26 juin 2009 relative à la loi sur la réforme territoriale et fonctionnelle menée en Saxe (Vf. 79-II-08, p. 44 sq). Sur le caractère sûr de l'exécution, la Cour vérifie notamment si l'échelon choisi dispose d'une capacité administrative suffisante (ressources techniques, personnelles, matérielles et financières). Quant au caractère opportun, le juge contrôle si la réalisation à l'échelon local ne présente pas, du point de vue des coûts engagés, une efficacité qui serait sensiblement moins grande qu'une exécution centralisée.

⁷⁸⁴ Art. 57 alinéa 3 de la Constitution de Basse-Saxe.

⁷⁸⁵ V. H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 727

décembre 2007⁷⁸⁶. Se fondant sur la seconde phrase du second alinéa de l'article 28 de la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle fédérale rappelle que les arrondissements doivent certes pouvoir s'administrer librement et donc disposer d'un minimum de compétences propres et effectives. Elle souligne cependant dans le même temps que ce droit s'exerce « dans le cadre de leurs attributions légales ». À l'inverse, les communes ont, elles, vocation à régler l'ensemble des affaires locales, conformément à la première phrase du second alinéa de l'article 28 de la Loi fondamentale. En conséquence, peu importe que certaines constitutions fédérées reconnaissent aux arrondissements et aux communes une pareille vocation à exercer l'ensemble des compétences d'administration publique⁷⁸⁷. Le législateur fédéré doit, en vertu de la Loi fondamentale, prioritairement transférer les compétences à caractère local aux communes et non arrondissements ou à l'administration d'État⁷⁸⁸.

2) La primauté de l'échelon communal en droit allemand

En comparaison avec le droit français, il semble que cette primauté donnée aux communes vise à éviter que ne se forme une relation de subordination entre les communes et les groupements de communes, inégalité qui est, dans le système français, proscrite depuis la révision de 2003 à l'article 72 alinéa 5 de la Constitution française. Cette disposition interdit à une collectivité territoriale d'exercer une « tutelle » sur une autre collectivité territoriale. Ce n'est que lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, que la loi est autorisée à habiliter l'une d'entre elles à organiser les modalités de leur action commune.

Par contraste, en droit allemand, les groupements de communes se superposent aux communes. Comme le souligne la Cour constitutionnelle fédérale, « les arrondissements et les communes forment une communauté qui n'est pas seulement territoriale, mais elles sont également très étroitement liées et imbriquées du point de vue des fonctions et de leurs finalités. Les compétences des arrondissements et des communes se touchent très étroitement ». En plus des compétences supralocales qui leur sont accordées, les arrondissements ont, en tant que collectivité dotée de l'autonomie locale, une fonction

⁷⁸⁶ Décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 20 décembre 2007 relative à la loi *Hartz IV* : BVerfGE 119, 331 (2 BvR 2433/04 et 2 BvR 2434/04, §117-121).

⁷⁸⁷ Voir notamment l'art. 78 de la Constitution de Rhénanie du Nord-Westphalie ; art. 97 de la Constitution du Brandebourg ; art. 46 de la Constitution du Schleswig-Holstein.

⁷⁸⁸ Pour une illustration d'un conflit possible entre norme constitutionnelle fédérée et norme constitutionnelle fédérale, voir la décision de la Cour constitutionnelle de Brandebourg du 19 mai 1994 (Az. 9/93).

compensatoire et complémentaire⁷⁸⁹ (*Ergänzungs- und Ausgleichsfunktion*) par rapport aux communes dépendant de leur ressort territorial (*kreisangehörige Gemeinde*). Concrètement, ceci signifie que leurs sont attribuées les compétences que ces dernières ne peuvent pas assumer seules en raison de la faiblesse de leur capacité administrative. En second lieu, ils font traditionnellement fonction de relais territorial du pouvoir étatique. En témoigne l'importance des compétences étatiques qui leurs sont déléguées, en particulier le pouvoir de surveillance qu'exerce le chef de l'exécutif de l'arrondissement (*Landrat*) sur les communes.

Il découle de ces deux caractéristiques que le législateur peut tendre à privilégier les arrondissements dans la répartition des compétences entre collectivités locales. En effet, le « processus de pérégrination » (*Wanderungsprozess*) des compétences à l'œuvre dans le cadre des réformes fonctionnelles a conduit à ce que des services publics qui étaient jusqu'à présent confiées aux communes acquièrent une dimension supra-communale afin d'être plus efficacement gérés et mieux rendus. Par ailleurs se multiplient les cas de « situations mixtes » où communes et arrondissements sont amenées à coopérer. Or, les arrondissements bénéficient généralement d'une capacité administrative et organisationnelle plus importante que les communes⁷⁹⁰. Afin par conséquent d'éviter que le législateur ne transfère systématiquement aux groupements de communes de telles compétences (*Hochzonung*), la Cour décida dans l'arrêt « *Rastede* » de réserver aux seules communes le bénéfice du principe de subsidiarité⁷⁹¹.

Dès lors, en droit fédéral allemand, ce principe oblige le législateur à transférer aux communes les compétences à caractère local, sauf à démontrer un intérêt général contraire et supérieur. Ne peuvent être retirées aux communes et transférées aux arrondissements que les compétences dont l'exécution serait menacée par une prise en charge par les communes. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle fédérale exclut que les motifs liés à la simplification administrative ou à la concentration des compétences puissent autoriser le législateur à se

⁷⁸⁹ Décision du 6 octobre 1981 précitée : BVerfGE 58, 177 (196) ; décision du 2 novembre 1988 : BVerfGE 79,127 (152).

⁷⁹⁰ Cette idée d'une érosion de l'autonomie locale et particulièrement communale était en 1977 au cours des discussions de l'Association des Professeur allemands de droits public et en particulier des rapports de Willi Blümel et Ralf Growert : W. BLÜMEL, « Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart », *VVDStRL* 1978, n° 36, p. 206-216 ; R. GRAWERT, « Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart », *VVDStRL*, 1978, n° 36, p. 284 et p. 312-314. Pour une présentation de ces débats dans la doctrine contemporaine : A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, *op. cit.*, p. 5-14.

⁷⁹¹ Décision du 23 novembre 1988, *Rastede* : BVerfGE 79, 127 (148).

libérer de cette présomption de compétence au profit des communes. De même, c'est uniquement si l'exécution par les communes conduit à un surcoût disproportionné que le législateur fédéré peut justifier un tel transfert en invoquant des motifs économiques⁷⁹². Ces prescriptions doivent être respectées en droit fédéré, y compris constitutionnel. Mais ici encore, il revient au législateur de déterminer, sous le contrôle du juge constitutionnel, si les compétences en cause doivent être ou non qualifiées de compétence à « caractère local ». Le caractère indéterminé de ce concept affaiblit par conséquent le degré de contrainte pesant sur le choix du législateur qui dispose d'un important pouvoir discrétionnaire lors de cette subsomption⁷⁹³.

De façon tout à fait remarquable, le Cour justifie cette restriction au profit des communes, non pas en vertu de la préservation d'une égalité entre collectivités locales, mais en raison de la proximité supposée des communes avec les citoyens. Selon une jurisprudence constante de la Cour et établie dès ses premières décisions, les communes disposent – vraisemblablement par nature – d'une *légitimité* démocratique accrue vis-à-vis des arrondissements et de l'administration d'État, ce dont attesterait leur vocation à gérer l'ensemble des « affaires locales ». Il était donc de l'intention du pouvoir constituant de souligner leur spécificité, ainsi qu'en témoignent les travaux préparatoires du Conseil parlementaire relatifs à cette question et plus globalement l'histoire même de l'autonomie locale en Allemagne⁷⁹⁴.

Certes, la Cour ne manque pas de rappeler que les communes représentent par rapport aux *Länder* un « fragment d'État » (*ein Stück Staat*) en ce qu'elles sont intégrées à l'administration indirecte des *Länder*⁷⁹⁵. En d'autres termes, elles sont, selon la célèbre formule de Maurice Hauriou, une « manière d'être de l'État ». Mais elles sont également «

⁷⁹² Décision *Rastede* précitée, BVerfGE 79, 127 (153) : « Le transfert au profit des arrondissement d'une compétence initialement exercée par les communes (*Hochzonung*) ne peut être justifié par des motifs liés à la seule rentabilité et à l'efficacité de l'administration publique qu'à la seule condition que le fait de laisser les communes exercer cette compétence conduise à une augmentation disproportionnée des coûts de gestion. Une administration organisée de façon centralisée peut à bien des égards certes travailler de façon plus rationnelle et moins coûteuse ; la Constitution oppose cependant à ces préoccupations économiques des considérations politico-démocratiques liées à la participation de la communauté locale des citoyens à l'exécution des affaires locales et fait primer ces considérations politiques ».

⁷⁹³ Il bénéficie en effet du droit de « typifier », c'est-à-dire d'établir de prévoir sa réforme en fonction de critères généraux et de distinguer sur cette base différents types de collectivités locales (en fonction de leur taille, de leurs ressources...). Il n'est donc pas nécessaire de traiter les collectivités locales individuellement : H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 726 ; M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 62-64, p. 69 et p. 71-72.

⁷⁹⁴ Voir notamment la décision du 12 juillet 1960 relative aux associations d'électeurs, *Wählerversammlung* : BVerfGE 11, 266 (274).

⁷⁹⁵ Sur la doctrine unitariste allemande, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

autrui par rapport à l'État » en ce qu'elles forment, nous dit la Cour, la « cellule de base de la démocratie » et sont les « plus rétives à la dictature »⁷⁹⁶. Énoncée dans les années 50, à un moment où la jurisprudence de la Cour était marquée par un « souffle de pathos jusnaturaliste »⁷⁹⁷, on comprend que suite à l'effondrement du régime national-socialiste, la Cour ait politiquement souhaité refonder la démocratie allemande en renouant avec l'idée déjà présente au XIX^e siècle d'une administration communale qui serait une « école de la démocratie »⁷⁹⁸. Mais cette assimilation entre participation démocratique et niveau communal n'a depuis jamais été démentie⁷⁹⁹. Elle a au contraire été fermement réaffirmée par la Cour dans sa décision « *Rastede* » de 1988.

Pourtant, fonder une différenciation entre les arrondissements et les communes sur la vocation spécifiquement démocratique des communes apparaît juridiquement contestable et politiquement douteux. D'un point de vue juridique, les assemblées des communes et des arrondissements doivent en effet être pareillement issues d'élections au suffrage universel direct, libre, égal et secret, conformément aux prescriptions de l'article 28 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale. Dès lors, l'argument démocratique conduirait juridiquement, au contraire de la position de la Cour, à traiter les communes et les arrondissements sur un pied d'égalité. Mais, alors que leur *légitimation démocratique* est équivalente, la Cour maintient que la *légitimité démocratique* des communes et des arrondissements diffère. De telles considérations reflètent en vérité l'attachement de la Cour fédérale constitutionnelle à l'idée politique chère à Tocqueville et à Gneist d'une immédiateté (*Unmittelbarkeit*) voire d'une pureté de la vie démocratique municipale qui serait exercée à titre honorifique (*ehrenamtlich*) et ne serait pas nécessairement médiatisée par les partis. Il paraît cependant pour le moins douteux que suite à la réduction drastique du nombre de communes et à la professionnalisation des édiles

⁷⁹⁶ Décision du 23 novembre 1988, *Rastede* : BVerfGE 79, 127 (149).

⁷⁹⁷ V. D. GRIMM, « L'interprétation constitutionnelle », *op. cit.*, p. 5.

⁷⁹⁸ Cette volonté de renouer avec cette tradition est tout à fait explicite dans la décision du 12 juillet 1960 précitée relative aux associations d'électeurs : BVerfGE 11, 266 (274).

⁷⁹⁹ Pour la Cour, « en dépit de la consolidation de la démocratie allemande, rien n'a changé. La prudence dont a fait preuve le constituant fédéral vis-à-vis des formes de démocratie directe au niveau fédéral, est compensée au niveau des communes par l'établissement d'une administration autonome dotée de véritables responsabilités qui rend possible une participation active des citoyens aux affaires du bien commun ». Sur la dimension politico-démocratique de la libre administration dans la jurisprudence constitutionnelle allemande : E. SCHMIDT-ABMANN, « Garantie der kommunalen Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 803-807.

locaux, cette idéologie correspond, en Allemagne, à une réalité sociale et politique qui puisse aujourd'hui justifier de distinguer démocratie municipale et démocratie supralocale⁸⁰⁰.

C. La garantie constitutionnelle d'un seuil minimal de compétences :
l'indétermination des « affaires locales »

Au-delà de cette obligation liée au principe de subsidiarité, une autre obligation – elle aussi faiblement contraignante – pèse sur les législateurs français et allemand en vertu du droit constitutionnel à l'autonomie locale : celle d'accorder des attributions minimales aux collectivités locales. Toute autre interprétation reviendrait sinon à retirer une quelconque portée normative au droit constitutionnel à l'autonomie locale. Reste ensuite la question du *contenu* de ce seuil minimal de compétences. Son indétermination n'est guère originale : les constitutions ne comportent en général que très rarement des listes de compétences spécifiquement attribuées aux collectivités locales, à la différence de la situation des collectivités fédérées⁸⁰¹. Ce contenu doit donc être concrétisé par le législateur qui dispose pour cela d'un large pouvoir discrétionnaire. Néanmoins, alors que la dogmatique allemande considère que le contenu des affaires locales est certes indéterminé, mouvant, mais déterminable, la doctrine française a elle à juste titre renoncé à de telles chimères.

En Allemagne, le bénéfice d'un seuil minimal de compétences doit profiter autant aux communes qu'aux arrondissements. Cependant, alors que le contenu de celles attribuées aux arrondissements dépend de la décision du législateur, en ce qui concerne les compétences des communes, celles-ci doivent pouvoir, en vertu de l'article 28 alinéa 2 de la Loi Fondamentale, régler les « affaires de la communauté locale ». S'appuyant sur cette formulation, la Cour constitutionnelle fédérale a alors tâché de circonscrire le pouvoir discrétionnaire du législateur en posant une définition du concept « d'affaires de la communauté locale ».

⁸⁰⁰ Voir pour plus de références la version remaniée de la conférence du politologue Jörg Bogumil tenue lors de la Réunion des Professeurs allemands de droit public de 2009 : J. BOGUMIL, « Die Zukunft der ehrenamtlichen Kommunalverwaltung », *Die Verwaltung*, 2010, p. 151-166.

⁸⁰¹ C'est le cas dans les constitutions du Mexique (art. 115III), du Brésil (art. 30) et d'Afrique du Sud (chapitre 7). C'est également le cas de certaines constitutions fédérées, comme la constitution bavaroise (art. 83I) ou la constitution de certains États fédérés américains de l'Ouest, comme la Constitution de Californie. Enfin, la Constitution autrichienne fait quant à elle référence au pouvoir de police locale de sécurité (art. 15II). Il est intéressant de noter que cette exception concerne des États fédéraux.

Dans une formulation très générale, la Cour définit les affaires locales d'une part en les différenciant aux affaires de la politique générale⁸⁰² mais surtout en les assimilant aux matières pour lesquelles la Loi fondamentale a voulu organiser une participation du citoyen. En ce sens, les affaires de la communauté locale sont les « besoins et les intérêts qui puisent leurs racines dans la communauté locale ou ont avec elle un rapport spécifique, au sens où les habitants de la commune les ont précisément en partage, en cela qu'ils concernent la vie en commun des individus au sein de la commune (politique) »⁸⁰³. Autrement dit, dans la dogmatique allemande, les affaires locales sont d'une part les matières historiquement locales et d'autre part celles de la démocratie locale. Dans le contrôle de la subsumption réalisée par le législateur, la Cour vérifie que ce dernier ait différencié en fonction de la taille des communes en cause, mais n'exige pas qu'il ait pris en considération la situation particulière de la collectivité locale en cause. Au contraire, il lui reconnaît la possibilité de typifier son appréciation en fonction de catégories de communes⁸⁰⁴. S'il est certes admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que la référence aux « affaires de la communauté locale » ne permet pas de fixer un catalogue de compétences⁸⁰⁵, l'attachement de la dogmatique allemande à la représentation de compétences locales historiquement enracinée est tout à fait frappant.

En France, le Conseil constitutionnel a lui aussi reconnu au législateur l'obligation d'attribuer aux collectivités locales un seuil minimal de compétences sous peine sinon de restreindre de façon excessive ou de priver de garanties suffisantes la libre administration des collectivités locales⁸⁰⁶. Cependant, la détermination du contenu de ces compétences relève du pouvoir discrétionnaire du législateur. Ceci n'est d'ailleurs guère discuté dans la doctrine française qui unanimement reconnaît que la référence « aux affaires locales » ne permet nullement de déterminer plus finement le contenu de ce seuil d'attributions. Comme le résume fort justement Christian Autexier, la notion d'« affaires locales » est une notion piège en raison de son caractère subjectif et de son contenu idéologique⁸⁰⁷. Elle suggère, comme

⁸⁰² Voir la décision du 30 juillet 1958 relative à la consultation dans le *Land* de Hesse sur le réarmement nucléaire de l'Allemagne : BVerfGE 8, 122 (134). V. également la décision du 23 novembre 1988, *Rastede* : BVerfGE 79, 127 (151) ainsi que la décision du 17 janvier 1967 : BVerfGE 21, 117 (128).

⁸⁰³ Décision du 23 novembre 1988, *Rastede*, BVerfGE 79, 127 (151).

⁸⁰⁴ Décision *Rastede* précitée : BVerfGE 79, 127 (153). V. H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 726-727.

⁸⁰⁵ Voir W. KAHL, *Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 468-469 ; K. STERN, *Staatsrecht*, *op. cit.*, p. 412. Il s'agit d'une jurisprudence constante : v. la décision du 23 novembre 1988 : *Rastede*, BVerfGE 79, 127 (146). V. déjà la décision du 30 juillet 1958 précitée : BVerfGE 8, 122 (134).

⁸⁰⁶ Décision n°90-274 du 29 mai 1990 relative au droit au logement (cons. 16).

⁸⁰⁷ V. C. AUTEXIER, « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *op. cit.*, p. 607-615.

l'avait déjà démontré Hans Kelsen, qu'existerait une sphère de compétences locales par nature, indisponibles au législateur et opposées aux affaires étatiques⁸⁰⁸. Il s'agirait en d'autres termes d'une sphère de compétences qui ne serait pas fondée en droit positif mais en vertu d'un ordre naturel. Cette notion constitue en vérité un faux critère du droit à l'autonomie locale. Or, ceci relativise fortement l'observation de Stéphanie Dagrón et d'Eberhardt Schmidt-Aßmann selon laquelle, « contrairement à la France, la Loi fondamentale garantit elle-même directement un ensemble de tâches à la charge des autorités locales, faisant de ces autorités non seulement des instances d'exécution mais encore des instances décisionnelles compétentes pour les affaires de la commune »⁸⁰⁹. Cette conclusion apparaît pour le moins exagérée au regard de l'indétermination du concept « d'affaires de la communauté locale ».

Enfin, il importe de souligner que contester la pertinence du concept « d'affaires locales » fondées sur un prétendu droit antépositif n'implique pas de tirer la même conclusion à l'égard de la « clause de compétence générale ». Autre chose est en effet de reconnaître aux collectivités locales une habilitation à agir sans médiation législative dans la mesure où cette habilitation peut découler de dispositions constitutionnelles, comme dans le cadre de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution française. Il en va de même pour l'exigence constitutionnelle d'un seuil minimal de compétences car sa négation conduirait sinon à vider le droit constitutionnel à l'autonomie locale de sa substance juridique. Il ne s'agit de surcroît pas d'une question de contenu, mais de volume. Enfin, le scepticisme sur la valeur heuristique des affaires locales n'impose nullement de devoir abandonner la distinction entre compétences « propres » et « déléguées ». C'est précisément sur l'intérêt de cette distinction que nous souhaitons revenir plus en détail.

§3 : La distinction entre les compétences propres et déléguées des collectivités locales

Si l'on s'intéresse maintenant à la typologie des compétences attribuées aux collectivités locales, force est tout d'abord de constater qu'existe une convergence entre les législations

⁸⁰⁸ V. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 186-188.

⁸⁰⁹ E. SCHMIDT-ABMANN, S. DAGRON, « Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand », *RFAP*, n°127, 2008, p. 539 ; E. SCHMIDT-ABMANN, S. DAGRON, « Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen », *ZaöRV*, n°67, 2007, p. 462 ; v. aussi H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 685.

française et allemande qui distinguent pareillement entre deux catégories de compétences : les compétences dites « propres » et les compétences dites « déléguées ». Les compétences « propres » des collectivités locales sont des compétences librement administrées, mais dans des espaces déterminés par le législateur et non immanents aux collectivités locales. Les compétences « déléguées » sont elles soumises à la direction des organes étatiques. Après avoir rappelé l'origine de cette distinction et démontré sa valeur heuristique (A), nous chercherons à comparer les modèles français et allemand d'organisation administrative et leurs effets sur l'autonomie locale (B).

A. Origine et valeur heuristique de la distinction entre compétences propres et compétences déléguées

L'étude de cette distinction est riche d'enseignements pour notre recherche. Elle illustre en premier lieu l'influence de la doctrine française sur les catégories dogmatiques allemandes contemporaines et réfute, en cela, la thèse d'une opposition frontale entre une conception purement germanique et une conception « romane » de l'autonomie locale (I). Elle permet de s'interroger sur la pertinence du maintien de cette différenciation qu'Hans Kelsen appelait jadis à abandonner (II). Contrairement à cette injonction, il nous semble au contraire utile de conserver cette distinction qu'il importe de clairement définir (III).

I. L'origine française de la typologie dualiste des compétences locales : l'influence de la doctrine du « pouvoir municipal »

Empruntant à la théorie de l'ordre naturel des physiocrates⁸¹⁰, la typologie dualiste des compétences locales repose à l'origine sur l'idée que la ville ou la communauté d'habitants, à l'instar de la famille, dispose d'un droit naturel à gérer les affaires locales, au premier rang

⁸¹⁰ On rattache en général cette distinction aux idées défendues par le marquis d'Argenson et développées ultérieurement par Dupont de Nemours. C'est cependant Loménie de Brienne qui apparemment établira cette distinction entre les affaires de l'administration générale déléguées par l'État et placées sous son autorité et celles de l'administration locale ou particulière qui sont, elles, placées sous la surveillance de l'État. V. B. GAUTHIER, « Les relations entre le pouvoir central et les administrations locales sous la monarchie constitutionnelle (1789-1792) », in M. PERTUÉ (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Orléans, Presse de l'Université d'Orléans, 1998, p. 295. Sur l'influence des idées physiocrates sur la culture politique de la Révolution française et au-delà, notamment sur la figure du « propriétaire-citoyen » : P. ROSANVALLON, « Les physiocrates », in F. FURET, M. OZOUF (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées, op. cit.*, p. 359-371.

desquelles le patrimoine de la communauté locale, la police et les affaires sanitaires⁸¹¹. Esquissée pour la première fois dans l'édit de juin 1787⁸¹² qui est élaboré dans la lignée des idées physiocrates par Loménie de Brienne, alors Ministre de Louis XVI, cette distinction entre les affaires particulières de la commune et celles relatives à l'intérêt général de l'État qui lui sont déléguées⁸¹³ sera ensuite reprise par la loi du 14 décembre 1789 ainsi que par la Constitution de 1791.

Ce texte qui condense les premiers acquis de la Révolution française affirme certes dès ses premiers articles l'unité de la Nation, l'indivisibilité du Royaume et de la souveraineté nationale. Mais il reflète également la diversité de ses courants d'inspiration et le fait que la Révolution française est, tout du moins dans un premier temps, principalement municipale⁸¹⁴. Après avoir rejeté en novembre 1789 le projet porté par Thouret et Sieyès d'une nouvelle organisation municipale, découpée géométriquement⁸¹⁵, la Constituante démontre de nouveau son attachement à la singularité des communes et à la doctrine du « pouvoir municipal » lors de l'adoption de la Constitution de 1791.

En témoignent ses dispositions relatives aux communes, *a fortiori* si on les compare à celles portant sur les districts et les départements⁸¹⁶ ou à celles de la Constitution de 1793 relatives aux « corps municipaux »⁸¹⁷. Comme le souligne le Titre II de la Constitution de

⁸¹¹ V. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 186 ; F. BURDEAU, « Affaires locales et décentralisation : évolution d'un couple de la fin de l'ancien Régime à la Restauration », in *Le pouvoir. Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 773-774.

⁸¹² Édit royal enregistré au Parlement de Paris le 22 juin 1787 et portant création d'assemblées provinciales et municipales.

⁸¹³ G. SAUTEL, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française : administration, justice, finances*, Paris, Dalloz, 1990, 7^{ème} éd., p. 110.

⁸¹⁴ F. BURDEAU, « Affaires locales et décentralisation : évolution d'un couple de la fin de l'ancien Régime à la Restauration », *op. cit.*, p. 772 ; B. GAUTHIER, « Les relations entre le pouvoir central et les administrations locales sous la monarchie constitutionnelle (1789-1792) », *op. cit.*, p. 291-304.

⁸¹⁵ V. AZIMI, « La nation contre les petites nations. L'organisation de la France selon l'abbé Sieyès », in M. PERTUÉ (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, *op. cit.*, p. 365-385.

⁸¹⁶ Ceux-ci sont dès cette époque davantage considérés comme des relais du pouvoir étatique. Ainsi, l'instruction législative du 8 janvier 1790 sur la formation des assemblées administratives et des corps administratifs énonce : « L'État est un, les départements ne sont que des sections du même tout ; une administration uniforme doit donc les embrasser tous dans un régime commun » : *Archives parlementaires*, t. 9, p. 203. Néanmoins, l'article 5 section III de la loi du 22 décembre 1790 fait également référence aux affaires particulières du département pour lesquels le contrôle du pouvoir central est réduit. Sur les compétences et la hiérarchisation des structures administratives locales durant la période 1787-1791, v. G. SAUTEL, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, *op. cit.*, p. 125-130.

⁸¹⁷ À la différence de la Constitution de 1791, la Constitution de l'an I élaborée par la Convention nationale procède au rattachement de la commune à la hiérarchie administrative. Ainsi, le peuple « est distribué pour l'administration et pour la justice, en départements, districts, municipalités » (art. 3). Voir également les articles

1791⁸¹⁸, les communes sont rattachées aux droits des citoyens. L'article 8 de ce Titre les définit en outre comme suit : « Les citoyens français considérés sous le rapport des relations locales qui naissent de leurs réunions dans les villes et dans de certains arrondissements du territoire des campagnes, forment les Communes ». De cette particularité liée à l'antériorité des relations sociales unissant les citoyens des communes résulte que leurs élus sont censés disposer d'un « véritable pouvoir municipal »⁸¹⁹, c'est-à-dire d'un pouvoir originel de gérer les « affaires particulières de la commune » que la Constitution distingue des « fonctions relatives à l'intérêt général de l'État » qui pourront également leur être déléguées⁸²⁰. Les communes représentent aux yeux des Hommes de 1789 une « sphère libérée de l'État » (*staatsfrei*) pour reprendre l'expression de Georg Jellinek⁸²¹, rattachée à la société. On comprend donc mieux la prudence de la Constituante qui se borna à ajuster la réforme municipale au cadre paroissial, laissant ainsi intact le morcellement communal. Celui-ci était alors perçu comme correspondant, « dans un pays d'antique peuplement comme la France, à des divisions très anciennes, fondées sur une extrême variété de terroirs, à une multiplicité des noyaux d'habitat et à la stabilité des délimitations »⁸²².

Nonobstant cette antériorité supposée des communes, l'exercice des compétences de la sphère propre, pour libre qu'il soit, ne se fait toutefois pas sans surveillance étatique. Comme

78 à 83 relatifs aux « Corps administratifs et municipaux ». Dans ce sens : M. PERTUÉ, « L'administration territoriale dans les projets constitutionnels de 1793 », *op. cit.*, p. 397.

⁸¹⁸ Titre II : « De la division du royaume, et de l'état des citoyens ». Ce titre pose les conditions d'accès à la qualité de citoyen et les unions qui peuvent être formées en vertu de cette qualité : le mariage (et derrière cela, la famille) et les communes.

⁸¹⁹ S. SOLEIL, L. JAUME, « Centralisation/Décentralisation. Retour sur quelques incertitudes historiques », *AJDA*, 2005, p. 764.

⁸²⁰ Art. 9 du Titre II de la Constitution de 1791 : « Les citoyens qui composent chaque commune, ont le droit d'élire à temps, suivant les formes déterminées par la loi, ceux d'entre eux qui, sous le titre d'Officiers municipaux, sont chargés de gérer les affaires particulières de la commune. Il pourra être délégué aux officiers municipaux quelques fonctions relatives à l'intérêt général de l'État ». Pour certains auteurs, le pouvoir municipal devait même aller jusqu'à former une quatrième forme de pouvoir, à côté des pouvoirs législatifs, exécutif et judiciaire. En ce sens : H. DE PANSEY, *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, Paris, Benjamin Duprat/Videcoq, 1840, 4e éd., p. 1 : « Au-dessous des pouvoirs législatifs, exécutif et judiciaire, il en est un quatrième qui, tout à la fois public et privé, réunit l'autorité du magistrat et celle du père de famille : c'est le pouvoir municipal ». Sur le pouvoir municipal, voir F. BURDEAU, *Libertés, Libertés locales chéries !*, Paris, Cujas, 1983, p. 40 ; M. BOURJOL, « Pouvoir municipal et décentralisation : De Barante, Henrion De Pansey, Maurice Hauriou », in M. BOURJOL (dir.), *La commune, l'État et le droit*, Paris, LGDJ, 1990, p. 179-182.

⁸²¹ O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *ADJA*, numéro spécial, 1998, p. 45

⁸²² Michel Pertué, citant des propos de Pierre Legendre : M. PERTUÉ, « L'administration territoriale dans les projets constitutionnels de 1793 », in M. PERTUÉ (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, *op. cit.*, p. 388.

nous le verrons plus loin, de la différenciation entre les deux catégories de fonctions municipales naît en effet la différenciation entre deux types de contrôle : les « affaires particulières de la commune » sont propres au pouvoir municipal et soumises à la « surveillance et l'inspection des assemblées administratives » ; les fonctions relatives « à l'intérêt général de l'État » déléguées aux municipalités sont, elles, placées sous « l'autorité » des assemblées administratives⁸²³. Or, cette distinction est essentielle car elle détermine le degré d'autonomie accordée aux collectivités locales dans l'exercice de leurs attributions⁸²⁴.

Élaborée par la doctrine française, cette différenciation entre les affaires propres de la communauté locale et les affaires étatiques déléguées sera introduite en Allemagne à partir du code des villes prussien de 1808⁸²⁵ qui est traditionnellement présenté comme « l'acte de naissance de l'organisation administrative allemande moderne en général et de l'autonomie locale et du pouvoir de surveillance au sens moderne en particulier »⁸²⁶. C'est avec cet acte que sont posées les conditions d'exercice de l'autonomie locale à travers l'attribution d'une sphère de compétences « propres » distinctes des compétences « déléguées ». Cette différenciation conditionne une seconde différenciation entre deux modalités de contrôle étatique : un contrôle de légalité respectant l'initiative des collectivités locales (*Rechtsaufsicht*), un contrôle hiérarchique autorisant l'édiction d'instructions étatiques (*Fachaufsicht*).

Or, la parenté du code communal prussien avec les techniques et les idées développées sous la Révolution française et en particulier sous la Constituante est tout à fait frappante. Si l'intensité et les effets de l'influence française sur les différentes réformes prussiennes du

⁸²³ Article 2, section II, Chapitre IV, Titre III de la Constitution de 1791. Cet article reprend la distinction préalablement établie aux articles 49 et 50 de la loi relative à l'organisation des communes du royaume de France du 14 décembre 1789. Voir *infra* Partie 2, Titre 2, chapitre 2.

⁸²⁴ Voir *infra* Partie 1, Titre 1, chapitre 1.

⁸²⁵ §108 du statut de 1808 : « Les élus municipaux obtiennent par leur élection la procuration illimitée de représenter les citoyens municipaux dans toutes les affaires d'intérêt public de la ville, de se charger pour elle de toutes les affaires publiques et eu égard au patrimoine commun, aux droits et aux engagements de la ville et de la communauté de ses citoyens, en son nom, d'adopter des déclarations contraignantes ». Par ailleurs, le §166 fait lui référence aux compétences étatiques en matière de police qui peuvent être déléguées au « maire » de la ville (*Magistrat*). De façon tout à fait intéressante, la Cour constitutionnelle allemande s'est également prononcée sur ce point dans sa décision « *Rastede* » du 23 novembre 1988 lorsqu'elle évoque l'histoire du principe d'autonomie locale et fait effectivement remonter cette différenciation au code de 1808 : BVerfGE 79, 127 (146). Sa formulation explicite est en fait plus tardive et généralement attribuée à Rudolf von Gneist : H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 668.

⁸²⁶ Wolfgang Kahl, citant Eberhard Laux : W. KAHL, *Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 64-65. Cette présentation s'oppose à celle, minoritaire, d'une tradition continue depuis les libertés municipales du Moyen-âge jusqu'à aujourd'hui que l'absolutisme n'aurait que relativiser mais non remise en cause.

début du XIX^{ème} siècle – réformes agraire, fiscale, de la fonction publique, proclamation de la liberté du commerce et de l'industrie – restent discutés en doctrine et dans l'historiographie allemande⁸²⁷, en ce qui concerne le code des communes, comme le note Christian Starck, il « se rattache en revanche clairement au droit municipal français par la transposition de texte de lois françaises »⁸²⁸. Le code de 1808 semble certes prendre ses distances avec la représentation ayant prévalu sous la Constituante d'un pouvoir municipal opposé à l'État dans la mesure où il subordonne explicitement les affaires des communes à la domination de la puissance étatique⁸²⁹. Il ne s'agit pas d'organiser l'autonomie des villes – et derrière la liberté politique de la bourgeoisie – contre l'État, mais dans l'État⁸³⁰. Cette prise de distance est d'autant plus appuyée si l'on compare sur ce point le code de 1808 avec d'autres textes qui assimilent la « liberté municipale » à un droit fondamental de la société contre l'État⁸³¹. C'est le cas de certaines lois municipales du Sud-Ouest de l'Allemagne ou d'autres textes constitutionnels datant de cette époque voire plus tardifs, tels que la Constitution de Francfort de 1849. Malgré cette divergence, il n'en demeure pas moins que le code fait définitivement entrer en droit allemand la typologie des compétences préalablement consacrée par la

⁸²⁷ Cette controverse a été ouverte par les travaux de l'historien allemand Max Lehmann qui mettait en avant l'influence des idées physiocrates et de la législation française sous la Constituante sur les réformes initiées par le Baron vom und zum Stein : M. LEHMANN, « Der Ursprung der Städteordnung von 1808 », *Preußische Jahrbücher*, vol. 93, 1898, p. 471-514. Cette thèse fut ensuite réfutée par Ernst von Meier : E. v. MEIER, *Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Preußens im 19. Jahrhundert*, 2 tomes, Leipzig, Duncker und Humboldt, 1907 et 1908. À propos de l'influence des idées de la Révolution française sur le baron vom Stein, v. E. FORSTHOFF, *Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat*, *op. cit.*, p. 7-9 ; U. SCHEUNER, « Der Einfluß des französischen Verwaltungsrecht auf die deutsche Rechtsentwicklung », *DÖV*, 1963, p. 715-719. À propos des controverses sur l'influence de la Révolution française sur les réformes prussiennes, en particulier au regard de la doctrine du pouvoir municipal et de la différenciation entre les compétences propres et déléguées : C. STARCK, « La Révolution française et le droit public en Allemagne », *RIDC*, 1990, p. 251-272. Voir également la présentation qu'en fait Wolfgang Kahl : W. KAHL, *Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 59-60 et p. 76-77. Cet auteur se contredit néanmoins en affirmant tout d'abord que les réformateurs prussiens auraient été influencés par la doctrine du pouvoir municipal pour ensuite rejeter toute influence de la Révolution française et de la distinction initiée par elle entre la sphère étatique et la sphère sociétale à laquelle est rattachée le « pouvoir municipal ». Pour Kahl, l'œuvre de Stein devrait se comprendre comme l'expression de cet « inépuisable esprit d'association des germains » qui est au cœur de la théorie des communautés (*Genossenschaftslehre*). Dans un sens plus ouvert, G.-C. v. UNRUHE, « Ursprung und Entwicklung der Selbstverwaltung im frühkonstitutionnellem Zeitalter », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, *op. cit.*, p. 69.

⁸²⁸ C. STARCK, « La révolution française et le droit public en Allemagne », *op. cit.*, p. 266.

⁸²⁹ Ses deux premiers articles rappellent en effet que les affaires locales sont soumises à la « surveillance supérieure » de l'État.

⁸³⁰ G.-C. v. UNRUHE, « Ursprung und Entwicklung der Selbstverwaltung im frühkonstitutionnellem Zeitalter », p. 58.

⁸³¹ À propos de l'influence de la doctrine française du pouvoir municipal sur les doctrines et les revendications du libéralisme en Allemagne durant la première moitié du XIX^e siècle : G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 1914, 3^{ème} éd., p. 431-432 et p. 644-645. Voir *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

Constitution française de 1791⁸³². Cette typologie n'a depuis guère été remise en cause par les législateurs français et allemand⁸³³.

II. La valeur heuristique de la distinction entre compétences propres et compétences déléguées au prisme de la critique kelsenienne

Faut-il néanmoins, comme y invitait Hans Kelsen dans sa théorie générale de l'État, abandonner cette distinction entre les compétences « propres » et les compétences « déléguées » pour décrire l'état du droit positif au motif que cette distinction « érige en droit naturel un postulat politique »⁸³⁴ ? Pour Hans Kelsen, cette distinction tout comme la revendication corrélative d'un seuil minimal de compétences repose en effet non pas sur des normes de droit positif, mais sur le postulat d'un ordre naturel au sein duquel les communes disposeraient par rapport à l'État d'une antériorité et d'une singularité liée aux relations sociales unissant les membres de la communauté locale. Derrière cette justification jusnaturaliste, cette doctrine poursuivrait en vérité un dessein politique : celui de conforter la démocratie communale face à la toute-puissante autocratie étatique⁸³⁵. Et Kelsen de conclure : « Aujourd'hui, avec la démocratisation générale de l'État, il n'y a plus de motif, même politique, d'établir une opposition de principe entre administration étatique et administration autonome. L'administration autonome n'apparaît plus que comme une forme particulière de l'administration étatique. »⁸³⁶.

S'il est juste de ne pas opposer ces deux administrations⁸³⁷ et de considérer, à l'instar de la majorité de la doctrine contemporaine autant en France qu'en Allemagne, que les

⁸³² K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *op. cit.*, p. 409.

⁸³³ Certaines législations fédérées ont cherché à adopter un système dit « moniste » de compétences où les collectivités locales sont présentées comme responsables de l'ensemble de l'administration locale. Cependant, ce système revient en définitive à distinguer entre les compétences librement administrées soumises à la surveillance des organes étatiques et celles déléguées et soumises au pouvoir d'instruction. Sur le système de Weinheim, v. *infra* dans ce chapitre.

⁸³⁴ H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDJ*, 1926, p. 612 ; H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 186-188.

⁸³⁵ « L'idée démocratique est l'élément déterminant de la forme continentale de l'autonomie locale » : *Ibid.*, p. 182. Alors que les organes centraux de l'État sont nommés et organisés de façon autocratique, les organes locaux, grâce à la lutte en faveur d'une plus grande participation des citoyens à la formation de la volonté de l'État, sont eux démocratiquement élus. Dans un sens similaire, G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 647.

⁸³⁶ H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 612.

⁸³⁷ Sur la surdétermination nationale des oppositions entre déconcentration et décentralisation, surveillance et pouvoir hiérarchique, voir *infra* Partie 2, Titre 1, chapitre 1.

collectivités locales sont créées, intégrées et non reconnues par l'ordre juridique étatique⁸³⁸, cette distinction s'avère toutefois davantage justifiée aujourd'hui qu'au moment de son élaboration. Il apparaît premièrement que l'analyse de Kelsen s'appuie sur un état du droit marqué par un fort légicentrisme et par la faiblesse du contrôle de constitutionnalité des lois⁸³⁹. Ainsi, pour Kelsen, en droit positif, « rien ne peut empêcher la loi de restreindre ou d'étendre une compétence de la commune préalablement déterminée par elle »⁸⁴⁰. Cependant, le développement des règles constitutionnelles relatives aux collectivités locales et surtout le contrôle par le juge constitutionnel de leur régulière concrétisation législative a depuis notoirement conduit à limiter le pouvoir discrétionnaire du législateur. En second lieu, cette distinction entre ces deux catégories de compétences est utile d'un point de vue heuristique car elle permet de rendre compte que ce n'est pas le volume seul qui détermine le degré d'autonomie des collectivités locales. Au contraire, le type de compétences transférées et, à travers cela, le type de contrôle étatique afférent joue un rôle prépondérant dans l'étendue des marges de manœuvre reconnues aux collectivités locales⁸⁴¹. Elle modifie de façon déterminante le degré de leur liberté décisionnelle.

III. La structure dualiste des compétences locales et les modalités afférentes du contrôle étatique

Les compétences locales peuvent ainsi se répartir en deux catégories. Les compétences propres qui sont librement administrées par les collectivités locales (1) et celles qu'elles administrent conformément à la volonté de l'autorité étatique qui les leur délègue (2).

⁸³⁸ On retrouve néanmoins dans la jurisprudence constitutionnelle allemande l'évocation des sources historiques des compétences des collectivités locales, la Cour recherchant à savoir si la loi modifiant les compétences locales porte atteinte à une compétence qui serait historiquement caractéristique de l'autonomie accordée aux collectivités locales : décision du 23 novembre 1988, *Rastede*, BVerfGE 79, 127 (144).

⁸³⁹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 197-257. Kelsen y écrit ainsi : « La liberté du législateur, qui n'est subordonnée qu'à la Constitution, n'est soumise qu'à des limitations relativement faibles ; son pouvoir de création reste relativement grand » : *Ibid.*, p. 200. Sur le légicentrisme du droit français alors en vigueur : B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1936, 2^{ème} éd., p. 32-35.

⁸⁴⁰ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 187.

⁸⁴¹ V. G. MARCOU, « L'autonomie communale : étude comparative », *Revue Pouvoirs*, n°95, 2000, p. 84-85.

1) Les deux types de compétence propres : la différenciation entre compétence obligatoire et compétence facultative

Par « compétences propres » sont ainsi désignées les attributions exercées par les collectivités locales dans le cadre de leur droit constitutionnel à l'autonomie locale⁸⁴², et non celles qui relèveraient d'un supposé domaine qui leur serait naturellement acquis⁸⁴³. Elles sont exercées librement par les collectivités locales, sous leur propre responsabilité. Elles sont mises en œuvre en dehors de toute instruction étatique et sont contrôlées du point de vue de leur seule régularité juridique. Ces compétences librement administrées sont de deux types : elles peuvent être obligatoires ou facultatives.

Dans le premier cas, le législateur pose une obligation d'agir et laisse à la discrétion des collectivités locales le seul choix des modalités de concrétisation de cette compétence⁸⁴⁴. Leur autonomie sera donc davantage restreinte que dans le cas des compétences facultatives où elles disposent au contraire d'une permission et non d'une obligation d'agir. Ceci couvre généralement le domaine des services locaux d'intérêt général⁸⁴⁵. « La commune décidera donc si (*ob*) elle prend la matière en charge et comment (*wie*) elle le fera »⁸⁴⁶ pour reprendre la formule classiquement employée dans la doctrine allemande.

En droit français, ces compétences obligatoires sont notamment prévues aux articles L. 2321-1 et L. 2321-2 CGCT et dans des lois particulières de transfert de compétences. Il s'agit notamment du service d'élimination des déchets ménagers et de l'assainissement, de l'accueil des gens du voyage, du service minimum d'accueil des enfants dans les écoles communales en grève⁸⁴⁷. En droit allemand, ceci concerne par exemple l'entretien des écoles, la construction et l'entretien des voies publiques, l'établissement plans communaux

⁸⁴² En droit allemand, on fait ici référence aux « *Selbstverwaltungsangelegenheiten* ».

⁸⁴³ L'article 4 alinéa 1^{er} de la Charte européenne de l'autonomie locale parle à ce propos des « compétences de base ».

⁸⁴⁴ C. AUTEXIER, *Droit public allemand, op. cit.*, p. 208.

⁸⁴⁵ Par exemple la construction d'équipements sportifs, de musées, les services sociaux et culturels. V. *Ibid.*, p. 208. V. pour une étude comparée : G. MARCOU, F. MODERNE (dir.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, L'Harmattan, 2001 ; M. BULLINGER, « Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge », *JZ*, 2003, p. 597-604. V. dans le cas du droit allemand : M. BULLINGER, « Droit de la régulation, services publics et intégration régionale en Allemagne », in G. MARCOU, F. MODERNE (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, t. 2, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 143-178 ; G. MARCOU, « Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le problème de l'ouverture à la concurrence », *RFDA*, 1995, p. 462-496.

⁸⁴⁶ C. AUTEXIER, « Le système de la « *Kommunalaufsicht* » en droit allemand », *op. cit.*, p. 272.

⁸⁴⁷ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 476-478.

d'aménagement. Ces compétences peuvent varier d'un *Land* à l'autre. L'article 28 alinéa 2 de la Loi Fondamentale ne permet en principe une telle intrusion du législateur dans le domaine de la libre administration que dans la mesure d'un motif d'intérêt général, par exemple afin d'assurer une infrastructure minimale dans chaque commune, dans une perspective d'harmonisation des conditions de vie. Ainsi un *Land* peut-il décider de faire de l'épuration des eaux usées une mission obligatoire des communes⁸⁴⁸.

La seconde catégorie de compétences « propres » concerne les attributions facultatives. Celles-ci sont également de deux types. Les premières sont explicitement prévues par la loi qui peut ainsi inciter les collectivités locales à en faire usage. Les secondes sont celles qui sont prises dans le cadre de la faculté d'initiative des collectivités locales qui les autorise, comme nous l'avons vu, à se saisir de toute matière d'intérêt public local relevant de leur ressort territorial, sous réserve de respecter les règles constitutionnelles et législatives de répartition de compétences⁸⁴⁹.

2) Les deux types de compétence étatiques déléguées aux collectivités locales

À la différence des compétences librement administrées, les compétences « déléguées » sont soumises au pouvoir de contrôle hiérarchique des organes étatiques et notamment à leur pouvoir d'instruction⁸⁵⁰. Autrement dit, la collectivité locale ou certains de ses organes se situent dans un cas de « démultiplication fonctionnelle »⁸⁵¹ car elle exerce ses compétences sous la direction de l'État. Il convient d'en différencier deux sortes.

Les premières sont exécutées « au nom et pour le compte de l'État » : dans ce cas, la responsabilité des actes de l'organe de la collectivité est directement imputée à ce dernier. De

⁸⁴⁸ Dans le cas de l'établissement plans communaux d'aménagement v. §1 III du code de l'urbanisme – BauGB (*Bauleitpläne*). Voir pour d'autres exemples : C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 77-79.

⁸⁴⁹ V. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 476, p. 555-559. En cela, notre typologie diffère de celles retenues traditionnellement dans les doctrines française et allemande qui rattachent la compétence universelle aux compétences facultatives.

⁸⁵⁰ V. en France : B. SEILLER, « Le pouvoir disciplinaire sur les maires », *AJDA*, 2004, p. 1637-1643 ; P. CASSIA, « Le maire, agent de l'État », *AJDA*, 2004, p. 245-259. En droit allemand : C. AUTEXIER, *Droit public allemand*, op. cit., p. 194-195 et p. 208-209 ; M. BURGI, « Kommunalisierung als gestaltungsbedürftiger Wandel von Staatlichkeit und von Selbstverwaltung », *Die Verwaltung*, 2009, p. 155-177.

⁸⁵¹ Il ne s'agit pas simplement d'un « dédoublement fonctionnel » car c'est bien d'une multiplicité de type de compétences dont il est ici question et d'un dualisme de compétences. Au-delà des compétences ici évoquées, les organes exécutifs des collectivités locales peuvent de surcroît disposer de compétences qui sont exercées sans habilitation de l'organe délibérant de la commune mais par habilitation de la loi, par exemple en matière de police administrative. Les organes de délibération sont incompétents : v. P. CASSIA, « Le maire, agent de l'État », op. cit., p. 245-259 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 651-655.

même, l'organe est alors soumis au pouvoir disciplinaire de l'administration d'État⁸⁵². En Allemagne, ceci vise le cas du « prêt d'organe » (*Organleihe*) qui concerne principalement le chef de l'exécutif de l'arrondissement (*Landrat*), par exemple lorsqu'il est en charge de la protection civile mais également dans ses fonctions de surveillance de la légalité des actes des communes. En France, c'est avant tout le maire qui est concerné par cette première sorte de compétences déléguées par exemple lorsqu'il délivre un permis de construire⁸⁵³.

La seconde catégorie de compétences dites « déléguées » vise le cas où la collectivité agit certes sous sa propre responsabilité – donc en son nom – mais sous la *direction* de l'administration d'État qui peut vérifier la légalité mais également l'opportunité (*Fachaufsicht* ou *Sonderaufsicht*) de leur mise en œuvre par les collectivités locales. En Allemagne, ces compétences – attribuées à la collectivité locale et non à l'un de ses organes en particulier – sont exercées sur instruction⁸⁵⁴ (*Weisungsaufgaben*). En France, ceci est beaucoup plus rare. C'est par exemple le cas des compétences visées à l'article L. 581-14 du code de l'environnement mais également de celles évoquées à l'article L. 2122-27 CGCT⁸⁵⁵. Ces attributions relèvent de l'administration de l'État, ne sont pas exercées dans le cadre du droit à l'autonomie des collectivités locales et ne bénéficient donc pas des garanties qui y sont afférentes.

B. La comparaison des types de compétences des collectivités locales en France et en Allemagne

Ce cadre d'analyse fixé, il est alors possible de comparer la structure des compétences transférées aux collectivités locales en France et en Allemagne. Il faut pour cela prendre en considération les différences entre les modèles d'organisation de l'administration territoriale de ces deux pays. La France se caractérise en effet par une séparation organique très forte entre l'administration étatique déconcentrée d'une part, et l'administration autonome

⁸⁵² Sur les autres effets de ce premier type de délégation, notamment d'un point de vue contentieux, voir P. CASSIA, « Le maire, agent de l'État », *op. cit.*, p. 254-259 ; C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 186-187. On parle de « *Dienstaufsicht* ».

⁸⁵³ Article L. 422-1 du Code de l'urbanisme.

⁸⁵⁴ On parle également de compétences obligatoires exercées sur instruction (*Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung*).

⁸⁵⁵ Dans ce sens, P. CASSIA, « Le maire, agent de l'État », *op. cit.*, p. 245-250. Il s'agit dans le premier cas des compétences relatives arrêtés délimitant les zones de publicité. Dans le second cas, le Code Générale des collectivités territoriales énonce que « le maire est chargé, sous l'autorité du représentant de l'État dans le département : 1° De la publication et de l'exécution des lois et règlements ; 2° De l'exécution des mesures de sûreté générale ; 3° Des fonctions spéciales qui lui sont attribuées par les lois ».

décentralisée d'autre part. Il n'y a donc guère de nécessité dans le système administratif français de déléguer aux collectivités locales des compétences qu'elles exécuteraient sous la direction de l'État. Il en va autrement dans le système administratif allemand où les collectivités locales jouent le rôle d'administration « multifonctionnelle » ou de droit commun. Or, un tel système de démultiplication fonctionnelle peut déboucher sur une « fausse décentralisation » et ainsi conduire à affaiblir l'autonomie des collectivités locales (I). Un tel risque est d'autant plus développé dans les *Länder* ayant opté en faveur d'une structure moniste de compétences locales, renforçant ainsi le possible amalgame entre compétences exercées dans le cadre du droit à l'autonomie locale et celles exercées au nom de l'État (II).

I. La démultiplication fonctionnelle des collectivités locales et les risques d'une « fausse décentralisation »

De façon schématique, on peut dire que les compétences transférées aux collectivités locales françaises correspondent à des compétences librement administrées. Rares sont en effet les cas où les collectivités locales sont soumises au pouvoir de direction et d'instruction des organes centraux⁸⁵⁶. Ceci explique notamment que la doctrine française assimile d'une part le pouvoir de surveillance aux collectivités décentralisées et d'autre part le pouvoir hiérarchique à l'administration déconcentrée⁸⁵⁷. Perçue en France comme une curiosité ou du moins une originalité juridique⁸⁵⁸, la démultiplication fonctionnelle est au contraire la règle en Allemagne. En effet, le volume de compétences transférées aux collectivités locales y est traditionnellement bien plus important qu'en France. Cette tendance s'est en outre accrue ces dernières années avec les réformes dites « fonctionnelles » (*Funktionalreform*) menées dans de nombreux *Länder* allemands et ayant consisté à réorganiser la répartition des compétences administratives en supprimant des administrations étatiques déconcentrées spécialisées (*Sonderbehörde*) pour transférer leurs compétences aux collectivités locales⁸⁵⁹.

⁸⁵⁶ V. G. MARCOU, « L'autonomie communale : étude comparative », *op. cit.*, p. 83-85. Les cas de dédoublement fonctionnels sont rares : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 332.

⁸⁵⁷ Voir *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1 et *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

⁸⁵⁸ V. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 651 ; P. CASSIA, « Le maire, agent de l'État », *op. cit.*, p. 245.

⁸⁵⁹ Pour une vue d'ensemble de cette réforme, S. KUHLMANN, *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa*, *op. cit.*, p. 113-136. On parle à ce propos de ce modèle d'administration locale de droit

Cependant, il serait faux de conclure que les collectivités allemandes disposent d'une plus grande autonomie, puisqu'une partie importante des compétences transférées sont uniquement « déléguées » par le *Land* aux collectivités locales. Elles sont donc exercées *sous sa direction*. Comme le souligne très justement Gérard Marcou, « lorsque les communes gèrent les services publics dans un cadre qui fait d'elles des agents de l'État, la situation réelle peut ne pas être très éloignée de celle de la déconcentration »⁸⁶⁰. Ce point a d'ailleurs été bien perçu dans la doctrine allemande qui parle à propos de ce type de transfert de « fausse décentralisation »⁸⁶¹ (*unechte Kommunalisierung*) puisqu'il ne s'agit ici nullement de renforcer l'autonomie des collectivités locales en leur attribuant un pouvoir d'initiative et de gestion⁸⁶². Ces compétences sont au contraire directement attribuées au maire ou au chef de l'exécutif de l'arrondissement (*Landrat*) et sont exécutées sans que les organes locaux de délibération ne puissent décider de leur opportunité ou simplement des modalités de leur mise en œuvre⁸⁶³.

En vérité, on peut même dire que si le modèle « multifonctionnel » tend à faire des collectivités locales l'administration de droit commun en accroissant le volume de leurs compétences, il contribue cependant à simultanément affaiblir leur autonomie, autant en raison des difficultés liées à la différenciation des compétences transférées que de l'effet négatif de ces délégations sur la capacité d'initiative des collectivités locales. En ce qui concerne ce dernier aspect, le constat unanimement établi ces dernières années de « crise de

commun de modèle « multifonctionnel » ou de modèle « nordique ». Voir G. MARCOU, « L'autonomie communale : étude comparative », *op. cit.*, p. 83.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 85.

⁸⁶¹ La doctrine allemande parle également de décentralisation apolitique ou administrative (*administrative/unpolitische Dezentralisierung*). Voir S. KUHLMANN, *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa*, *op. cit.*, p. 136-137 ; M. BURGI, « Kommunalisierung staatlicher Aufgaben. Möglichkeiten, Grenzen und Folgefragen aus rechtlicher Sicht », in J. BOGUMIL, S. KUHLMANN (dir.), *Kommunale Aufgabenwahrnehmung im Wandel*, Wiesbaden, Springer/VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2010, p. 29-30 ; H. WOLLMANN, « Des systèmes communaux européens en mutation : Étude comparée de la France, de l'Allemagne, de l'Italie, du Royaume-Uni et de la Suède », *Pouvoir Locaux*, n°81, 2009, p. 59-60.

⁸⁶² Décision de la Cour Constitutionnelle fédérale du 21 juin 1988 *Nordhorn* : BVerfGE 78, 331 (340) ; décision du 19 novembre 2002 précitées : BVerfGE 107, 1 (18). V. également la décision du 17 janvier 2007 de la Cour administrative fédérale, *NvwZ*, 2007, p. 584. Néanmoins, les constitutions fédérées peuvent aller au-delà de la protection accordée par l'article 28 alinéa 2 de Loi fondamentale qui ne garantit que les affaires de la communauté locale. Dès lors, certaines cours constitutionnelles ont pu étendre le domaine de protection du droit à l'autonomie locale aux compétences déléguées et ainsi soumettre les lois fédérées à un contrôle de proportionnalité. Par exemple : décision du 6 décembre 2007 de la Cour constitutionnelle fédérée de Basse-Saxe, *NdsVBl*, 2008, p. 37.

⁸⁶³ À propos de ce renforcement de l'exécutif local au détriment des assemblées délibératives locales, S. KUHLMANN, *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa*, *op. cit.*, p. 135-136.

l'autonomie locale » en Allemagne découle non pas comme dans les années 1970 ou 1980 de la réduction de leurs compétences « propres » (*Aufgabenentzug*), mais de l'accroissement considérable des compétences « déléguées » (*Aufgabenüberbürdung*). Ainsi que le souligne la Cour constitutionnelle fédérale dans sa décision de décembre 2007 relative à la loi « *Hartz IV* », porte atteinte au droit à l'autonomie locale tout transfert de compétences « déléguées » qui freine les collectivités locales dans leur possibilité de prendre en charge leurs compétences propres⁸⁶⁴. Ces délégations de compétences étatiques représentent la plus grande partie du volume de compétences attribuées aux collectivités locales. Il s'agit même de leur quasi-totalité si l'on y adjoint les compétences propres obligatoires dont les collectivités locales décident seulement des modalités de mise en œuvre⁸⁶⁵. Ces délégations de compétences étatiques mobilisent par conséquent la plupart de leurs moyens matériels et humains.

À ceci s'ajoute, comme nous l'avons vu, que l'autonomie financière des collectivités locales a été particulièrement affectée par les nombreux transferts de compétences réalisés avant 2006 sans compensation financière et dans des domaines particulièrement coûteux car liés à l'action sociale. De tout cela il ressort que la capacité d'initiative des collectivités locales est en définitive réduite à portion congrue. Le fait que ne soient transférées aux collectivités locales françaises quasiment que des compétences qu'elles administrent librement, les compétences étatiques étant prises en charge par les « services extérieurs de l'État », s'avère en comparaison assurément plus protecteur de leurs marges de manœuvre.

Par ailleurs, ce système multifonctionnel comporte le risque qu'en raison de l'imbrication entre compétences propres et compétences déléguées, l'autorité de contrôle hiérarchique adopte des instructions empiétant sur le domaine des compétences propres dans lequel celles-ci sont pourtant proscrites. Autrement dit, entre compétences propres et compétences déléguées, et par conséquent entre contrôle de légalité et contrôle d'opportunité, les frontières peuvent concrètement se révéler difficiles à établir. Or, ceci est d'autant plus délicat que la

⁸⁶⁴ Décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 20 décembre 2007 relative à la loi *Hartz IV*, BVerfGE 119, 331. Les Cours constitutionnelles fédérées avaient déjà opté pour la même interprétation : décision du 10 janvier 1994 de la Cour constitutionnelle de la Sarre, *NWZ-RR*, 1995, p. 153) ; décision de la Cour constitutionnelle de Rhénanie du Nord-Westphalie du 22 septembre 1992 relative à l'accueil des demandeurs d'asile, *DVBl.*, 1993, p. 197 ; décision de la Cour constitutionnelle de Rhénanie-Palatinat du 16 mars 2001, *NWZ*, 2001, p. 912 – 914 ; décision de la Cour constitutionnelle de Saxe-Anhalt du 8 janvier 1998, *NWZ-RR*, 1999, p. 393. Dans ce sens également H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 730-731.

⁸⁶⁵ Les compétences déléguées représentent selon les estimations entre 60 et 80% du volume des compétences des collectivités locales. Ce chiffre monte à 90% si on y ajoute les compétences propres obligatoires. V. *Ibid.*, p. 711-714 ; M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 85-96.

jurisprudence administrative allemande juge que le recours en annulation (*Anfechtungsklage*) de la collectivité locale contre une mesure d'instruction est irrecevable quand elle agit dans le cadre de ses compétences « déléguées ». Ce recours suppose effectivement que la mesure contestée n'a pas d'effet de droit à l'extérieur de l'administration (*Außenwirkung*), la collectivité locale étant incorporée à l'administration d'État⁸⁶⁶. Ceci tend donc à réduire sa protection juridictionnelle et derrière cela, à fragiliser son droit à l'autonomie locale.

II. Les faiblesses du système moniste de Weinheim

Pour finir, il convient d'indiquer qu'une partie des *Länder* allemands ont opté pour une typologie de compétences dite « moniste » inspirée du projet de Weinheim⁸⁶⁷. Ce projet de législation communale élaboré en 1948 part du postulat que les collectivités locales ont vocation à prendre en charge à titre de compétences propres l'ensemble des missions publiques. Autrement dit, il cherche non seulement à supprimer tout « service extérieur de l'État » dans les territoires mais surtout à faire de l'administration décentralisée l'administration de droit commun en dépassant le dualisme entre les compétences d'État et les compétences communales.

Cependant, ce principe selon lequel les compétences transférées aux collectivités locales sont des compétences relevant de leur droit à l'autonomie locale et uniquement soumises au pouvoir de surveillance ne s'applique que si la loi n'en dispose pas autrement. Dès lors, on le voit, est réintroduite une distinction entre au moins deux types de compétences puisque la loi pourra prévoir que certaines matières sont obligatoires et surtout soumises au pouvoir d'instruction général ou particulier des organes d'État⁸⁶⁸. Toute la question, âprement discutée en doctrine, est alors de savoir comment qualifier les compétences de ce dernier

⁸⁶⁶ Pour prouver que la mesure attaquée dispose d'un tel effet, il lui faudra justement démontrer qu'elle porte atteinte à son droit à l'autonomie locale. Décision de la Cour administrative fédérale du 14 décembre 1994 relative à une instruction prise en matière de circulation routière, 11 C 4/94, *NVwZ* 1995, p. 910. Cette question fait cependant l'objet d'importantes controverses doctrinales : voir F.-L. KNEMEYER, « Die Staatsaufsicht über die Gemeinden und Kreise », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, *op. cit.*, p. 238-239 ; C. AUTEXIER, « Le système de la « Kommunalaufsicht » en droit allemand », *op. cit.*, p. 286-287.

⁸⁶⁷ Bade-Wurtemberg, Brandebourg, Hesse, Rhénanie du Nord-Westphalie, Saxe et Schleswig-Holstein, le Meckembourg, Poméranie antérieure.

⁸⁶⁸ La doctrine décrit paradoxalement ce système moniste selon une classification trinaire et distingue les compétences libres, les compétences obligatoires et les compétences obligatoires soumises à instruction. Voir C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 80-81 ; M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 93-95.

groupe : sont-elles des compétences propres, des compétences « déléguées » simplement désignées autrement ou toute autre chose ?

Si l'on peut certes admettre que le système de Weinheim est tendanciellement plus favorable à l'autonomie locale car il tend à limiter les cas de démultiplication fonctionnelle et à restreindre le contrôle hiérarchique⁸⁶⁹ (*Sonderaufsicht*), les différences juridiques entre les compétences « déléguées » (*Auftragsangelegenheiten*) et les compétences exercées sur instructions (*Weisungsaufgaben*) apparaissent en définitive négligeables. En outre, cette typologie s'avère elle aussi problématique au regard du droit à l'autonomie locale. Car comme le résume justement Christian Autexier, cette controverse souligne combien « la présentation moniste brouille la frontière entre missions des collectivités locales et missions de l'État, en ne précisant pas à partir de quand un pouvoir d'instruction prévu par la loi cesse d'être compatible avec la notion d'auto-administration de l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale, pour basculer dans le cadre de la gestion déléguée au sens de la typologie dualiste. Or, ce basculement modifie totalement la nature du contrôle par les autorités d'administration d'État, avec le passage de la légalité à l'opportunité. »⁸⁷⁰.

Vue comme la preuve la plus flagrante du centralisme du système français et des résistances à opérer une véritable décentralisation en accordant un volume important de compétences aux collectivités locales, la déconcentration⁸⁷¹ s'avère, en comparaison au système de « démultiplication fonctionnelle » en vigueur en Allemagne, loin de ne receler que des inconvénients du point de vue du droit de l'autonomie locale. Car plus les collectivités locales bénéficient de compétences « déléguées », plus leur capacité à prendre en charge des compétences facultatives ou à développer une capacité d'initiative est restreinte.

⁸⁶⁹ Pour la doctrine majoritaire, ces compétences obligatoires soumises à instruction sont similaires aux compétences déléguées, seul leur nom a été changé. Pour une autre partie de la doctrine, ces compétences sont soit sui generis, soit des compétences « propres » d'un type spécifique. Certaines cours constitutionnelles fédérées, comme celle du Brandebourg ou de Rhénanie du Nord-Westphalie, ont adopté cette conception et considèrent que les compétences obligatoires soumises à instruction comme des « formes affaiblies » de compétences propres. Par conséquent, le choix du législateur de les soumettre à instruction constitue possiblement une atteinte au droit à l'autonomie des collectivités locales. Elle doit donc être justifiée par des raisons d'intérêt général. Toute instruction exige dès lors d'être autorisée par une loi spécifique dont la Cour pourra contrôler la proportionnalité par rapport au droit à l'autonomie locale. Sur ces controverses, voir C. BRÜNING, K. VOGELSSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 80-81.

⁸⁷⁰ V. C. AUTEXIER, « Le système de la « *Kommunalaufsicht* » en droit allemand », *op. cit.*, p. 274.

⁸⁷¹ On entend par « déconcentration » l'établissement de structures administratives étatiques spécifiques dans les territoires et dont le préfet est le parfait exemple. La doctrine allemande parle à ce propos de « déconcentration verticale » (*vertikale Dekonzentration*), voir H. DREIER, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat* Genese. Aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive, Tübingen, Mohr Siebeck, 1991, p. 224-225. V. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

Section 2 : Les limites constitutionnelles au pouvoir législatif dans la détermination des compétences locales

En France comme en Allemagne, la compétence pour déterminer les attributions des collectivités locales ressort du domaine de la loi. L'article 34 de la Constitution française énonce que « la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». L'article 72 précise en outre dans son troisième alinéa que « *dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ». En outre, depuis la révision constitutionnelle de 2003, les renvois à la compétence du législateur ordinaire ont été multipliés⁸⁷². De façon tout à fait similaire aux dispositions de la Constitution française, l'article 28 de la Loi fondamentale énonce : « Aux communes doit être garanti le droit de régler, sous leur propre responsabilité, toutes les affaires de la communauté locale, *dans le cadre des lois*. Les groupements de communes ont également le droit d'auto-administration *dans le cadre de leurs attributions légales et dans les conditions définies par la loi* »⁸⁷³.

Cette convergence générale entre les droits constitutionnels français et allemand constatée, il importe maintenant de déterminer plus précisément comment cette habilitation accordée au législateur s'articule avec les autres sources de droit habilitées à intervenir dans le domaine du droit des collectivités locales. Cette question se pose en effet de façon différente dans un État unitaire et dans un État fédéral. Il sera par conséquent intéressant de s'interroger en particulier sur les répercussions positives ou négatives que peut avoir la forme de l'État sur les attributions transférées aux collectivités locales (§1).

En outre, l'étude de la jurisprudence constitutionnelle s'avère centrale pour savoir si les règles garantissant l'autonomie des collectivités locales sont correctement appliquées. Or, on a vu que les voies de recours devant le juge constitutionnel visant à garantir le droit à l'autonomie locale étaient traditionnellement plus développées en Allemagne qu'en France. Cette différence initiale tend toutefois à se résorber depuis l'introduction en droit français de la question prioritaire de constitutionnalité⁸⁷⁴. Un tel rapprochement entre la France et

⁸⁷² Voir par exemple les articles 72 alinéa 5, 72-1 alinéa 1, 72-2 alinéa 2.

⁸⁷³ Nous soulignons.

⁸⁷⁴ Voir *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

l'Allemagne peut-il être également observé au regard des jurisprudences constitutionnelles relatives à l'autonomie locale ? Peut-on en outre déduire de l'existence et du renforcement de telles voies de recours que le juge constitutionnel contrôle pour autant plus strictement le pouvoir discrétionnaire du législateur en matière de droit des collectivités locales ? Nous chercherons par conséquent à savoir si le renforcement de la garantie juridictionnelle de l'autonomie locale s'est accompagné d'un renforcement du contrôle de constitutionnalité des lois relatives aux compétences des collectivités locales. Ceci nous donnera l'occasion de considérer l'hypothèse d'un rapprochement entre les jurisprudences constitutionnelles françaises et allemande dans ce domaine (§2).

§1 La délimitation de la compétence législative en matière d'attribution de compétences aux collectivités locales

L'étendue de la compétence du législateur à définir les compétences des collectivités locales a suscité en France comme en Allemagne une série d'interrogations sur sa délimitation. Conséquence du fait que ces deux pays se caractérisent toutefois par des formes d'État différentes, ces interrogations divergent néanmoins quant à leur objet. Alors qu'il s'est agi en France de déterminer l'étendue du pouvoir législatif vis-à-vis du pouvoir réglementaire national (A), c'est sous l'angle de la délimitation des compétences entre législateur fédéré et législateur fédéral que s'est posée cette question en Allemagne (B).

A. La délimitation de la compétence du législateur face au pouvoir réglementaire national

En ce qui concerne le droit français, la délimitation des domaines respectifs du pouvoir réglementaire et du pouvoir législatif fait l'objet d'une jurisprudence étoffée autant du Conseil d'État que du Conseil constitutionnel dont on peut globalement dire qu'elle s'avère sensiblement plus favorable au pouvoir législatif.

Ainsi, s'il appartient en vertu de l'article 21 de la Constitution au Premier ministre d'assurer l'exécution des lois⁸⁷⁵, le juge constitutionnel autorise le Parlement à déterminer avec une précision suffisante les conditions dans lesquelles les lois adoptées doivent être mises en œuvre. En outre, le Conseil constitutionnel refuse de longue date de déclarer une loi

⁸⁷⁵ Cette compétence repose sur les articles 13 et surtout 21 de la Constitution : « Le Premier ministre (...) assure l'exécution des lois ».

inconstitutionnelle au motif qu'elle empiète dans le domaine réglementaire de l'article 37⁸⁷⁶. En se penchant maintenant plus spécifiquement sur le droit à l'autonomie locale, le Conseil constitutionnel constate qu'il « revient au législateur de définir les compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales »⁸⁷⁷, sous peine pour lui de méconnaître l'étendue de sa compétence qu'il est tenu d'épuiser. Il ne peut la déléguer, même implicitement, au règlement, conformément à la prescription formulée par le Conseil constitutionnel au regard des articles 34 et 72 de la Constitution⁸⁷⁸.

Cette lecture compréhensive par le juge constitutionnel de la compétence du Parlement concorde avec la lecture restrictive qu'il fait de la compétence du pouvoir réglementaire. Elle s'accorde de plus avec celle du juge administratif pour, *in fine*, aboutir à renforcer la dimension matérielle du droit à l'autonomie locale. Étant donné que le gouvernement ne peut en effet agir directement par voie de règlement autonome, sa compétence est subordonnée à l'exécution de la loi. Puisqu'il n'est donc autorisé qu'à fixer les modalités concrètes d'application des lois, sous réserve qu'il n'ait plu au législateur de s'en charger lui-même⁸⁷⁹, il ne peut attribuer de nouvelles compétences ou imposer des charges supplémentaires aux collectivités locales, sous peine de voir sinon ses décisions censurées par le juge administratif⁸⁸⁰. Ainsi que l'a très tôt établi le Conseil constitutionnel, dès lors qu'il s'agit d'imposer une obligation nouvelle aux collectivités locales, seule la loi est compétente à l'exclusion du pouvoir réglementaire, quel qu'en soit d'ailleurs le titulaire. En somme, est

⁸⁷⁶ Cette jurisprudence a été posée par la décision n°82-143 du 30 juillet 1982 dite « Blocage des prix » (cons. 11). Pour un exemple récent : décision 2012-649 DC du 15 mars 2012.

⁸⁷⁷ Conseil constitutionnel, décision n°90-274 du 29 mai 1990 « Droit au logement » (cons. 13).

⁸⁷⁸ La décision de principe introduisant l'incompétence négative comme motif d'inconstitutionnalité d'une loi est la décision n°67-31 DC du 26 janvier 1967 relative au statut des magistrats (cons.4). Pour un exemple d'application en matière de libre administration des collectivités locales : décision n°87-233 DC du 05 janvier 1988 censurant l'article 2 de la loi relative aux élections cantonales (cons. 7). Néanmoins, l'article 34 n'oblige le législateur qu'à « déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ».

⁸⁷⁹ M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 28-29.

⁸⁸⁰ Par exemple : CE, 5 janvier 2005 Commune de Versailles, req. n°232888, Rec. p. 5. V. la note de P. CASSIA, « La compétence exclusive du législateur pour imposer aux collectivités territoriales une dépense à la charge de l'État », RFDA, 2005, p. 714-720. Sur le refus du Conseil d'État d'examiner la régularité constitutionnelle des actes réglementaires d'application des lois en raison de « l'écran législatif », v. cependant CE, 27 novembre 1992, *Fédération Interco CFDT*, req. n°129600, Rec. p. 427. Sur cette question et les effets de la QPC, v. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 35 et p. 507 ; B. FAURE, « Règlements locaux et règlements nationaux », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°42, 2014, p. 47-51.

proscrite en droit français toute « mise en cause » par le pouvoir réglementaire des compétences accordées par le législateur aux collectivités locales⁸⁸¹.

En Allemagne, la question de l'étendue de la compétence législative vis-à-vis du pouvoir réglementaire n'a guère suscité de controverses⁸⁸². Si le droit constitutionnel à l'autonomie locale doit être garanti « dans le cadre des *lois* », il a été très tôt admis que ceci n'excluait pas l'intervention du pouvoir réglementaire qui, en vertu de son caractère général et abstrait, est assimilé aux lois au sens matériel. Il s'agit ici des règlements étatiques des *Länder* (*Verordnung*) mais aussi de règlements corporatifs (*Satzung*) d'autres personnes publiques, comme ceux des arrondissements par exemple. Doctrine et jurisprudence s'accordent toutefois pour considérer que la fixation des principes généraux relatifs à l'autonomie des collectivités locales relève de la « réserve de loi. »⁸⁸³. De façon générale, les « règlement » ici évoqués ne doivent pas être compris au sens d'un pouvoir réglementaire autonome inconnu du droit allemand, mais d'actes administratifs unilatéraux de caractère général et abstrait pris en vertu d'une habilitation législative spécifique⁸⁸⁴.

En définitive, bien que la question de l'étendue de la compétence législative face au pouvoir réglementaire se présente de façon différente en France et en Allemagne et ait fait l'objet de discussions doctrinales et développements contentieux d'intensité plus poussée du côté français que du côté allemand, il semble qu'au fond, il incombe pareillement au législateur le soin de fixer les règles applicables en matière de compétence des collectivités locales.

⁸⁸¹ V. décisions du Conseil constitutionnel n°64-29 L du 12 mai 1964, Rec. p. 37 ; décision n°71-69 L du 1^{er} avril 1971, Rec. p. 37 ; décision n°76-89 L du 2 juin 1976, Rec. p. 52 ; décision n°80-120 L du 30 déc. 1980, Rec. p. 78. Dans ce sens également B. FAURE, « Existe-t-il un « pouvoir local » en droit constitutionnel français », *RDJ*, 1996, p. 1545 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 28-29.

⁸⁸² Dans ce sens, décision de la Cour administrative fédérale du 24 avril 1996 : BVerwG 101, 99 (110). V. H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 742. M. OERDER, « Grenzen der kommunalen Satzungsautonomie », *NJW*, 1990, p. 2104-2108. Si avant la révision de 2006, les règlements fédéraux de l'article 80 pouvaient également transférer des compétences aux communes (par exemple : BVerfGE 56, 298 – 309 : décision relative à un règlement fédéral sur les limitations sonores), ceci n'est désormais plus possible.

⁸⁸³ Voir par exemple la décision du 23 novembre 1988, *Rastede* : BVerfGE 79,127 (143). Voir également, H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 742. Ceci tend à rapprocher la dogmatique applicable au droit à l'autonomie locale de celle valant pour les droits fondamentaux. Sur ce rapprochement, voir *infra* section 2. Voir L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2015, 7^{ème} éd., p. 89-92.

⁸⁸⁴ Sur la différence entre les règlements en droit français et en droit allemand, et sur les différences entre règlement étatique et règlement corporatifs, voir C. AUTEXIER, *Droit public allemand, op. cit.*, p. 183. Voir également *infra* Partie 1, Titre 1, chapitre 2, section 1.

B. La répartition controversée des compétences législatives entre le Bund et les Länder

Il est en revanche une question qui, au regard de la délimitation de la compétence du législateur en matière d'organisation des compétences des collectivités locales, est restée en France sans objet tandis qu'elle a, en Allemagne, été âprement discutée : c'est celle de la répartition des compétences entre le niveau fédéral et le niveau fédéré. Or, cette question a été à l'origine de contentieux et de controverses dont il nous semble particulièrement utile de rendre compte (I) car ils illustrent de façon significative certains effets possiblement préjudiciables du fédéralisme sur la dimension matérielle du droit à l'autonomie locale, effets négatifs que l'importante révision constitutionnelle de 2006 a toutefois cherché à résorber (II)⁸⁸⁵.

I. La situation avant la révision constitutionnelle de 2006

Rendre compte de ces controverses nous invite par souci de clarté à commencer par brièvement exposer le droit positif en vigueur suite aux récentes réformes de l'organisation fédérale allemande. Depuis la révision constitutionnelle de 2006, tout transfert de tâches (*Aufgabe*) entre le *Bund* et les collectivités locales est en principe strictement interdit⁸⁸⁶. Ce principe connaît cependant une première exception inscrite depuis juillet 2010 à l'article 91e de la Loi fondamentale. Aux termes de cette disposition, la Fédération est autorisée à collaborer avec les collectivités locales au sein d'agences communes d'aide au retour à l'emploi⁸⁸⁷. En outre, l'importante révision constitutionnelle de 2009 puis celle de 2017 a

⁸⁸⁵ Voir M. FROMONT, « La réforme du fédéralisme allemand de 2006 », *RFDC*, 2006, p. 227-248 ; Y. VILAIN, « Le fédéralisme allemand, 60 ans après l'adoption de la Loi fondamentale : entre crise et renouveau », *Pouvoirs locaux*, 2009, p. 113-120 ; P. LAUVAUX/A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2015, p. 727-739.

⁸⁸⁶ Cette interdiction concerne autant les compétences exécutées à titre de compétences propres (84 alinéa 1er 7ème phrase de la Loi fondamentale) que celles exécutées par délégation de la Fédération (art. 85 I2 LF). Selon ces dispositions, « La loi fédérale ne doit pas transférer de tâches aux communes et groupements de communes ».

⁸⁸⁷ Cette révision a été rendue nécessaire suite à la décision de la Cour constitutionnelle du 20 décembre 2007 (BVerfGE 119, 331) censurant la loi du 24 décembre 2003 dite « *Loi Hartz IV* ». Cette loi prévoyait l'institution de structures communes au *Bund* et aux collectivités locales contrairement, juge la Cour, à l'interdiction d'administration mixte et attentatoire à l'autonomie des collectivités locales. L'article 91e a été introduit dans la Loi fondamentale par la révision du 21 juillet 2010 : « Pour l'exécution des lois fédérales relatives à l'aide sociale accordée aux chercheurs d'emploi, la Fédération et les *Länder* ou leurs communes et groupements de communes compétents en la matière collaborent en principe au sein d'institutions communes. La Fédération peut autoriser, avec l'accord des plus hautes autorités fédérées, un nombre limité de communes et de groupements de communes en ayant fait la demande à prendre en charge seuls les tâches évoquées au premier alinéa ».

modifié en profondeur les règles organisant les rapports financiers entre le *Bund*, les *Länder* et les communes. Ainsi, le nouvel article 104 c de la Loi fondamentale permet par exemple à la Fédération d'accorder au profit de collectivités locales économiquement défavorisées des dotations aux *Länder* en vue d'assurer dans le domaine des infrastructures éducatives locales le financement d'investissements d'importants pour l'ensemble du pays. Les conditions d'attribution de ces financements sont fixées par une loi fédérale. Hormis ces cas autorisés par la Loi fondamentale⁸⁸⁸, le principe demeure que la législation fédérée « fait écran » – pour reprendre une image usuelle de la doctrine française – entre la législation fédérale et les collectivités locales. En d'autres termes, le *Bund* ne peut déléguer l'exécution de compétences qu'aux *Länder*, loisible à eux ensuite d'attribuer ces compétences aux collectivités locales.

Il n'en a cependant pas toujours été ainsi. L'objet de la révision de 2006 était justement d'interdire une pratique devenue ruineuse pour les collectivités locales, et consistant à permettre au législateur fédéral de transférer des compétences directement aux collectivités locales. La constitutionnalité de cette ingérence fédérale (*unmittelbarer Bundesdurchgriff*) était hautement douteuse puisqu'aux termes de la répartition constitutionnelle des compétences en vigueur avant même la révision de 2006, seuls les législateurs fédérés étaient en principe habilités à directement retirer ou créer de nouvelles compétences en direction des collectivités locales. Toute administration mixte entre la Fédération et ces dernières est en principe proscrite. Conformément aux règles de répartition de compétences posées dans la Loi fondamentale, le fédéralisme allemand est un fédéralisme dit « administratif » où le *Bund* dispose d'une large compétence en matière législative, les *Länder* étant plus particulièrement compétent pour l'exécution des lois. Si les articles 84 et 85 de la Loi fondamentale prévoyaient dans leurs anciennes versions que les *Länder* étaient seuls compétents pour fixer les modalités d'applications des lois fédérales, le législateur fédéral était, par exception, autorisé à fixer ces modalités sous réserve de l'approbation du *Bundesrat*.

⁸⁸⁸ En dehors de l'article 91e, la Loi fondamentale prévoit depuis la révision de 1969, modifiée en 2006, la possibilité pour le *Bund* de financer sous certaines conditions les investissements particulièrement importants des communes et groupements de communes (art. 104b depuis 2006, avant 104a). À l'origine, seules deux exceptions étaient prévues. La première est celle relative à la compétence législative élargie de la Fédération en cas d'état de défense (art. 115c III). La seconde concerne l'article 131 qui prévoit qu'une loi fédérale doit régler la situation juridique des anciens membres de la fonction publique en poste avant 1945, la Cour constitutionnelle ayant décidé dans l'un de ses premiers arrêts que cette loi fédérale est applicable aux collectivités locales (décision du 20 mars 1952 : BVerfGE 1, 167). Voir notamment sur cette évolution du fédéralisme allemand : D. GRIMM, « Les relations financières dans le système fédéral allemand », in J.F. AUBERT et al. (dir.), *Les problèmes financiers dans l'État régionalisé*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 1-28.

En pratique, l'exception était toutefois devenue la règle. L'interprétation par la Cour constitutionnelle de ces dispositions avait d'ailleurs renforcé cette imbrication des compétences contraire au principe de séparation des compétences contenu aux articles 30, 70 et 83 de la Loi fondamentale. Procédant à une interprétation extensive et controversée de l'ancien article 84 de Constitution allemande, la Cour constitutionnelle fédérale avait fait le choix d'élargir l'étendue de la compétence du législateur fédéral en l'autorisant à directement transférer des charges administratives aux collectivités locales. On remarque ici au passage une similitude intéressante entre les jurisprudences constitutionnelles française et allemande qui toutes deux ont interprété la Constitution de sorte à élargir la compétence du législateur « national ». Cherchant tout de même à en limiter la portée, les juges de Karlsruhe exigeaient qu'en plus de l'approbation des *Länder* au *Bundesrat*, ces lois fédérales satisfassent à deux conditions non prévues par la Loi fondamentale : le transfert en cause devait tout d'abord ne représenter qu'un point annexe de la loi (*punktueller Annexregelung*) ; il devait ensuite s'avérer indispensable à l'exécution efficace de ses dispositions matérielles⁸⁸⁹.

Cette exception créée par le juge constitutionnel fédéral s'est révélée d'autant plus problématique pour l'autonomie des collectivités locales qu'il leur était interdit de directement percevoir des ressources financières fédérales. Seuls les *Länder* sont autorisés par la Loi fondamentale à recevoir de tels financements, les collectivités locales étant de ce point de vue intégrées à l'administration médiate des États fédérés⁸⁹⁰. Bien que toutes les constitutions fédérées prévoient certes la compensation obligatoire des transferts de compétences⁸⁹¹, ce « principe de connexité », comparable à celui figurant à l'article 72-2 alinéa 4 de la Constitution française, n'oblige les *Länder* allemands qu'à condition qu'une loi fédérée soit à l'origine dudit transfert. Il ne s'applique donc pas aux lois fédérales qui étaient ici en cause.

⁸⁸⁹ Décision du 18 juillet 1967, BVerfGE 22, 180 (209) ; décision précitée du 9 décembre 1987, BVerfGE 77, 288 (299).

⁸⁹⁰ Selon l'article 106 alinéa 9 de la Loi Fondamentale, « sont également considérées comme recettes et dépenses des *Länder* au sens du présent article les recettes et les dépenses des communes (ou groupements de communes) ». L'article 104b (anciennement 104a) et le nouvel article 104 c représentent des exceptions à ce principe, mais ne concerne que certains investissements particulièrement importants et nécessaires. La Cour a confirmé cette interprétation, par exemple dans son jugement du 4 mars 1975 relative à la loi de soutien à la construction urbaine : BVerfGE 39, 96 (122). C'est également le cas dans sa décision du 10 février 1976 sur les dotations structurelles : BVerfGE 41, 291 (310).

⁸⁹¹ V. K. ENGELKEN, *Das Konnexitätsprinzip im Landesverfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2012 ; H.-G. HENNEKE, *Öffentliches Finanzwesen, op. cit.*, p. 338-346.

En somme, le transfert direct de missions administratives par la Fédération aux collectivités locales permettait aux *Länder* de bénéficier des fonds fédéraux sans devoir compenser les charges financières des missions administratives transférées aux collectivités locales. Leur profit était donc double, ce qui explique que les lois fédérales de transfert de compétences aux collectivités locales aient été sans grande difficulté approuvées par les *Länder* au *Bundesrat*. De sorte que si ces derniers sont censés médiatiser les intérêts des collectivités locales au niveau fédéral⁸⁹², on voit bien ici combien les intérêts respectifs de ces deux collectivités territoriales peuvent au contraire diverger, les *Länder* privilégiant en définitive leurs propres intérêts au détriment de ceux des collectivités locales. Déjà dégradées, les finances des collectivités locales allemandes ont été lourdement grevées par les compétences transférées qui couvraient principalement le domaine de l'aide sociale⁸⁹³. Devenue courante et ruineuse, cette pratique législative autorisée par la Cour constitutionnelle eut donc pour effet de considérablement fragiliser l'autonomie des collectivités locales.

II. Les effets des révisions constitutionnelles de 2006, 2009 et 2017

En principe, la révision constitutionnelle de septembre 2006 était censée durablement remédier à ce problème en interdisant clairement et explicitement au législateur fédéral de transférer des « tâches » (*Aufgaben*) aux collectivités locales allemandes. Rare nouveauté de la réforme du fédéralisme ayant été unanimement approuvée en doctrine et dans le milieu politique, ce concert à l'unisson fut rapidement mis à mal lorsqu'il s'est agi, trois mois à peine après ladite réforme, de déterminer la portée de cette interdiction et en particulier de définir ce que recouvre le concept de « tâches » mentionné dans la Loi fondamentale aux articles 84 alinéa 1^{er}, 7^{ème} phrase et 85 alinéa 1^{er}, 2^{ème} phrase⁸⁹⁴.

⁸⁹² Voir *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

⁸⁹³ La Fédération dispose en ce domaine au titre de l'article 74 I n°7 d'une compétence législative concurrente aux *Länder*. Les exemples sont pléthoriques et vont de l'adoption de la loi fédérale relative à la création de nouvelles places en crèche (§24 SGB VIII), à la prise en charge du revenu minimum d'existence (§4GSiG), en passant par l'aide sociale (§96 I 1 BSHG) ou encore l'aide à l'enfance et à la jeunesse (§69 I 2 SGB VIII).

⁸⁹⁴ Les questions étaient multiples : ces « tâches » englobent-elles toute obligation mise à la charge des collectivités par le législateur fédéral ou seulement les nouvelles ? Dans quelle mesure une modification des attributions passées relève-t-elle de cette interdiction ? De même, les tâches concernées incluent-elles les obligations des collectivités locales vis-à-vis du *Bund*, par exemple celles visant à transférer des données relatives à la population locale, ou seulement celles obligeant les collectivités locales vis-à-vis des personnes privées ? Convient-il de faire une exception pour le droit de l'Union européenne ? On le voit, les interrogations sont nombreuses et les éléments de réponses aujourd'hui encore assez minces.

Un premier élément de réponse a été notoirement apporté par le refus – rare dans l’histoire constitutionnelle allemande – de l’ancien Président de la République fédérale Horst Köhler de signer la loi sur l’information des consommateurs (*Verbraucherinformationsgesetz*) au motif que l’extension de l’obligation d’information pesant sur les collectivités locales représentait une nouvelle charge et était dès lors contraire au nouvel article 84 alinéa 1 7^{ème} phrase de la Loi fondamentale. On peut souligner au passage que cette loi fut votée avec l’approbation des *Länder* au *Bundesrat* en dépit des doutes exprimés quant à sa constitutionnalité eu égard à ses effets sur l’autonomie des collectivités locales, preuve supplémentaire des divergences entre les intérêts des *Länder* et ceux des collectivités locales⁸⁹⁵.

Quant à la Cour constitutionnelle fédérale, sa ligne jurisprudentielle relative à la conciliation à opérer entre le pouvoir discrétionnaire du législateur fédéral et les principes constitutionnels de répartition des compétences reste soumise à de fortes tensions internes. Bien qu’elle n’a jusqu’à présent pas eu à se prononcer directement sur la portée du nouvel article précité, elle a toutefois incidemment affirmé, dans un *obiter dictum* figurant dans sa décision du 20 décembre 2007 relative à la loi dite « *Hartz IV* »⁸⁹⁶, que ce nouvel article venait effectivement concrétiser le droit à l’autonomie locale garanti à l’article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale en fondant « une interdiction absolue » pour le législateur fédéral de transférer des tâches aux collectivités locales⁸⁹⁷. Pour autant, selon l’opinion dissidente de trois des huit juges du deuxième sénat de la Cour ayant statué sur cette même décision⁸⁹⁸, il importe au contraire de garantir la propension du législateur à développer de nouvelles formes de coopération entre la Fédération et les *Länder* moyennant certaines imprécisions provisoires et des phases d’expérimentation. Si cette opinion dissidente des juges Broß, Osterloh et Gerhardt s’applique à la décision de censure dans sa totalité et non à cet *obiter*

⁸⁹⁵ F. SCHOCH, « Verfassungswidrigkeit des Bundesgesetzlichen Durchgriffs auf Kommune », *DVBl.*, 2007, p. 261-269.

⁸⁹⁶ *Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt*, *BGBI.*, I, 2003, p. 2954. Cette loi transfère aux arrondissements et aux villes à statut d’arrondissement certaines compétences en matière sociale et crée également des agences d’aide au retour à l’emploi (*Job-Center*) réunissant dans une même structure des agents de l’administrations fédérale et de l’administration des collectivités locales. En l’espèce, la Cour considère que le transfert de compétence n’est pas contraire au droit à l’autonomie locale des arrondissements et à la répartition des compétences de l’ancien article 84 de la Loi fondamentale. En revanche, la création des agences d’aide au retour à l’emploi méconnaît le principe de séparation des administrations fédérales et fédérées de l’article 83 et l’autonomie locale des arrondissements de l’article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale.

⁸⁹⁷ Décision du 20 décembre 2007 précitée : BVerfGE 119, 331 (359).

⁸⁹⁸ Opinion dissidente des juges Broß, Osterloh et Gerhardt.

dictum en particulier, elle indique cependant que la question reste ouverte de savoir si et dans quelle mesure cette tolérance du juge constitutionnel envers le législateur fédéral peut se faire au détriment de la dimension matérielle de l'autonomie des collectivités locales⁸⁹⁹.

Quoi qu'il en soit, c'est à un retour aux cas de coopération et en particulier de financements croisés que l'on assiste depuis la réforme de 2006. La situation financière très favorable de la Fédération a conduit en 2009 puis en 2017 à réformer en profondeur la Constitution financière allemande et les règles de péréquation financière. S'il est encore tôt pour dresser un bilan substantiel de l'importante réforme de 2017, on peut toutefois constater qu'elle a en tous cas conduit à renforcer les compétences de la Fédération au détriment de celles des *Länder*. La réforme actuellement en préparation en 2018 renforcera également ce mouvement de centralisation au profit du législateur fédéral en élargissant notamment les possibilités pour la Fédération de financer les investissements des collectivités locales non seulement dans le domaine des infrastructures scolaires mais également du logement social⁹⁰⁰.

§2 : La défense de l'autonomie locale dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande

Si le législateur est habilité à déterminer et limiter l'autonomie des collectivités locales, obligation lui est cependant faite de ne pas user de son habilitation constitutionnelle au point de vider ce droit de son contenu essentiel. Chargés de vérifier que ces « limites aux limites »⁹⁰¹ sont correctement respectées par le législateur, les juges constitutionnels français et allemands procèdent tous deux à un contrôle de l'atteinte manifestement excessives à l'autonomie des collectivités locales. Si les techniques juridictionnelles employées à cet égard diffèrent sensiblement, en pratique, les cas d'invalidations législatives pour violation du droit à l'autonomie locale sont eux pareillement résiduels⁹⁰².

⁸⁹⁹ V. E. BENDA, E. KLEIN, O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, 3^{ème} éd., p. 268.

⁹⁰⁰ V. le communiqué de presse du Gouvernement fédéral : <https://www.Bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/mehr-geld-fuer-laender-und-gemeinden-1007988>, consulté le 9 octobre 2018.

⁹⁰¹ V. L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 90.

⁹⁰² Sur le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande : G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris LGDJ, 1995 ; M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, op. cit., p. 256-261. Sur l'Allemagne : B. SCHLINK, « Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit », in P. BADURA, H. DREIER (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck,

A. La garantie de l'autonomie locale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Si le Conseil constitutionnel accepte depuis de nombreuses années de contrôler les lois qui restreignent de façon excessive ou privent de garanties légales suffisantes le droit constitutionnel à l'autonomie des collectivités locales⁹⁰³, il n'avait jusqu'en 2010 censuré que cinq lois au motif de leur contrariété avec le principe constitutionnel de libre administration⁹⁰⁴. L'introduction en 2010 de la question prioritaire de constitutionnalité et le renforcement subséquent de la garantie juridictionnelle du droit à l'autonomie locale a certes permis de multiplier les recours et de formaliser davantage le droit constitutionnel local. Elle n'a cependant pas profondément changé cette tendance⁹⁰⁵.

Ainsi, en dépit de ce renforcement récent de la garantie juridictionnelle mais également de la consolidation des règles garantissant la dimension matérielle du droit à l'autonomie des collectivités locales lors de la révision constitutionnelle de 2003, force est de constater que les décisions du Conseil constitutionnel constatant la violation du principe de libre administration restent peu fréquentes, à l'instar d'ailleurs des rares cas d'inconstitutionnalité relevés en Allemagne⁹⁰⁶. Comment expliquer cette faiblesse statistique qui tend à suggérer que le droit à l'autonomie locale serait faiblement protégé ? Il faut pour cela porter notre

2001, p. 445–465. Sur la France : J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2015.

⁹⁰³ Décision n°90-274 du 29 mai 1990 relative au droit au logement (cons. 16).

⁹⁰⁴ Décision n°83-168 DC du 20 janvier 1984, Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (cons. 10, 15 et 19) ; décision n°84-174 DC du 25 juillet 1984, Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion (cons. 21 et 25) ; décision n°92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (cons. 43 et 57) ; décision n°98-407 DC du 14 janvier 1999, Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux (cons. 26) ; décision n°2000-436 DC du 7 décembre 2000, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains (cons. 47).

⁹⁰⁵ V. pour les décisions prises dans le cadre la QPC par le Conseil constitutionnel : décision n°2010-107 QPC du 17 mars 2011, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete* (cons. 6) ; décision n°2011-146 QPC du 8 juillet 2011, Département des Landes (cons. 3 à 6) ; décision n°2014-391 QPC du 25 avril 2014, *Commune de Thonon-les-Bains et autre* (cons. 8) ; décision n°2016-588 QPC du 21 octobre 2016, *Communauté de communes des sources du lac d'Annecy et autre* (cons. 7-9). À cette liste s'ajoutent quelques décisions prises dans le cadre du contrôle *a priori* : décision n°2013-667 DC du 16 mai 2013, Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral (cons. 2) ; décision n°2016-745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté (cons. 61 et 63 à 69) ; décisions n°2017-752 DC et n°2017-753 DC du 8 décembre 2017, Loi ordinaire et loi organique pour la confiance dans la vie politique.

⁹⁰⁶ V. P. J. TETTINGER, « Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., p. 187-215.

attention sur les critères et l'intensité du contrôle réalisé par le juge constitutionnel. On pourrait résumer la « double limite »⁹⁰⁷ posée par jurisprudence du Conseil constitutionnel comme suit : le législateur peut d'une part restreindre l'autonomie des collectivités locales en raison « d'exigences constitutionnelles » ou d'un motif « d'intérêt général » (I). Néanmoins, ces limites devront être, d'une part, adéquates au but poursuivi et suffisantes et d'autres part ne pas causer d'atteintes manifestement excessives à l'autonomie des collectivités locales (II). Il en résulte qu'en pratique, le bilan du Conseil constitutionnel en matière de garantie matérielle du principe d'autonomie locale confie un pouvoir très largement discrétionnaire au législateur (III).

I. La nécessité de justifier l'ingérence par des « exigences constitutionnelles » ou un motif « d'intérêt général »

On peut en premier lieu observer que les motifs justifiant de porter atteinte à l'autonomie des collectivités locales sont marqués par leur caractère fortement indéterminé. Comme cela a été très bien démontré, le concept « d'exigences constitutionnelles » permet en effet au juge constitutionnel « d'éviter de lier pour l'avenir aussi bien le législateur que lui-même, en optant pour une appréciation *in concreto* »⁹⁰⁸. Il en va de même du recours au motif de l'intérêt général qui est « particulièrement utile au juge constitutionnel parce qu'il est extrêmement difficile de connaître avec précision son contenu »⁹⁰⁹.

Quelles sont les exigences constitutionnelles permettant de justifier une restriction à la libre administration ? La première d'entre-elles est relative à l'établissement d'un contrôle administratif étatique sur les actes des collectivités locales. Afin de remédier aux cas de décision ou de carence des autorités décentralisées risquant de compromettre l'application des lois et des engagements internationaux, il appartient en effet au législateur, conformément à l'article 72 alinéa 5 de la Constitution française, d'attribuer au préfet un pouvoir de sanction et de substitution. Une limite est cependant posée par le Conseil constitutionnel à la compétence du législateur dans l'établissement de ce contrôle administratif : les conditions posées en vue de l'exercice de ce pouvoir de surveillance doivent avoir été définies de façon

⁹⁰⁷ V. L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 93.

⁹⁰⁸ V. notamment T. DUBUT, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des « exigences constitutionnelles », *RFDC*, 2009, p. 749-764.

⁹⁰⁹ V. G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ 2004 ; M. VERPEAUX, B. MATHIEU, *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007.

suffisamment précise quant à leur objet et à leur portée⁹¹⁰. Parmi les autres exigences constitutionnelles évoquées par le Conseil constitutionnel, on peut citer le soin de veiller au fonctionnement régulier des services publics⁹¹¹, la garantie des conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique⁹¹², et plus globalement le respect du principe d'égalité⁹¹³.

La référence à un motif d'intérêt général est encore plus indéterminée⁹¹⁴. Comme l'a démontré Guillaume Merland, « le juge constitutionnel utilise l'intérêt général comme une condition de constitutionnalité destinée à autoriser les restrictions législatives à un certain nombre de droits et libertés » dont le point commun est qu'ils bénéficient traditionnellement dans la jurisprudence du Conseil d'une protection constitutionnelle limitée⁹¹⁵. À la différence des « exigences constitutionnelles », l'objectif d'intérêt général poursuivi peut être « simplement » législatif. Autrement dit, la loi est en principe l'expression de l'intérêt général. Dès lors, il appartient au législateur de qualifier lui-même « d'intérêt général » le motif de l'atteinte portée au droit à l'autonomie locale sans devoir se référer au texte constitutionnel. Si le juge constitutionnel français refuse traditionnellement de substituer son appréciation à celle du législateur sur ce point, il cherche néanmoins à le contraindre à formaliser ces objectifs de façon suffisamment claire et intelligible.

II. Un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation du législateur

Au vu de l'important pouvoir discrétionnaire ainsi concédé au législateur, l'essentiel du contrôle du juge constitutionnel s'effectue par conséquent lors de l'examen de la concordance entre les motifs invoqués et les restrictions au droit à l'autonomie locale. De ce point de vue, le juge vérifie tout d'abord le caractère adéquat et suffisant de ces exigences ou des objectifs

⁹¹⁰ Sur l'obligation d'organiser un contrôle de la légalité des décisions des collectivités locales : décision n°82-137 DC précitée. Sur les obligations du législateur dans la définition des limites de ce contrôle : décision n°2001-452DC du 6 décembre 2001 (cons. 11) ; décision n°2005-556 DC du 16 août 2007 (cons. 24) ; décision n°2005-559 DC du 6 décembre 2007 (cons.18).

⁹¹¹ Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006 (cons. 31) : « Considérant, toutefois, que cette limitation de la libre administration des collectivités territoriales et de la liberté contractuelle trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement géré par Gaz de France et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution ».

⁹¹² Décision n° 84-185 DC du 18 janvier 1985 (cons. 18)

⁹¹³ Décision n°96-373 DC du 9 avril 1996 (cons. 24 à 26). V. sur ces questions et sur les limites à la décentralisation, les développements de B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 75-91.

⁹¹⁴ V. G. VEDEL, « Préface », in F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, p. 1-6.

⁹¹⁵ Guillaume Merland cite à cet égard la liberté d'entreprendre, le droit de propriété, le principe d'égalité et la libre administration.

d'intérêt général évoqués. Il contrôle ensuite que les restrictions qu'ils impliquent ne soient pas manifestement excessives. Ceci dit, la doctrine s'accorde à juste titre pour dénoncer la libre pratique de ce contrôle qui « échappe à toute systématisme »⁹¹⁶.

Ainsi, dans sa décision précitée de 1990 relative au droit au logement, le juge indique déjà classiquement que « le législateur peut définir des catégories de dépenses qui revêtent pour une collectivité territoriale un caractère obligatoire ». Toutefois, les obligations ainsi mises à la charge d'une collectivité territoriale, souligne la Cour, « doivent être définies avec précision quant à leur objet et à leur portée et ne sauraient méconnaître la compétence propre des collectivités territoriales ni entraver leur libre administration »⁹¹⁷. Il en va de même pour la compensation des charges transférées. Si celle-ci est certes calculée à la date du transfert de compétences et non en fonction de l'évolution éventuelle de celles-ci, le juge constitutionnel impose, sous forme de réserve d'interprétation, que soit procédé à un ajustement sous conditions de cette compensation⁹¹⁸.

Le législateur est donc habilité à les modifier et bénéficie à cet égard d'un important pouvoir discrétionnaire. Mais le Conseil constitutionnel pourra censurer ces modifications si elles restreignent de façon excessive ou privent de garanties suffisantes la libre administration des collectivités locales⁹¹⁹. C'est ce qu'établit le Conseil constitutionnel dans un considérant de principe énoncé dans sa décision 2000-436 DC : « Considérant que, si le législateur peut, sur le fondement des dispositions des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les

⁹¹⁶ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 38. V. également les différentes études tirant le bilan de la jurisprudence constitutionnelle : P. DE MONTALIVET, « QPC et droit des collectivités territoriales », *AJDA*, 2016, p. 586-591 ; P.-E. LEHMANN, « Libre administration et QPC : les enseignements de quatre années de jurisprudence », *Civitas Europa*, n° 34, 2015, p. 211-241 ; P. DE MONTALIVET, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit administratif », *Droit administratif*, n°12, 2012, p. 21-28. ; A. TREPPOZ BRUANT, « Libre administration des collectivités territoriales et QPC : entre espoir et amertume », *Droit Administratif*, n°12, 2012, p. 11-16 ; H. ALCARAZ, « Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Illustration des limites du contrôle de constitutionnalité », *RFDA*, 2009, p. 497-514 ; M. VERPEAUX, « Le droit constitutionnel des collectivités territoriales, avant-propos », *Cahier du Conseil Constitutionnel*, n°12, 2002, p. 12. V. également les décisions n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011 du Département des Landes (cons. 4) et n°2011-149 QPC du 13 juillet 2011, *Département de la Haute-Savoie* (cons. 4) ; M. VERPEAUX, « Quand le Conseil constitutionnel veille au respect de la libre administration des collectivités territoriales », *AJDA*, 2011, p. 2067-2071.

⁹¹⁷ Décision n°90-274 précitée (cons. 16). Dans le même sens, décision n°2001-447 DC du 18 juillet 2001 (cons. 24).

⁹¹⁸ Décisions n°2011-143 et 2011-144 QPC relatives à la prestation de compensation du handicap et à l'allocation personnalisée d'autonomie. Dans le même sens, arrêt du CE 29 octobre 2010, *Département de la Haute-Garonne*, req. n° 342072, relative aux transferts dans le domaine routier.

⁹¹⁹ Décision n°90-274 du 29 mai 1990 relative au droit au logement (cons. 16).

collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations et à des charges, c'est à la condition que celles-ci répondent à des exigences constitutionnelles ou concourent à des fins d'intérêt général, qu'elles ne méconnaissent pas la compétence propre des collectivités concernées, qu'elles n'entravent pas leur libre administration et qu'elles soient définies de façon suffisamment précise quant à leur objet et à leur portée. »⁹²⁰. Il en va de même quand le législateur soumet les collectivités locales à des interdictions⁹²¹.

L'étude de la jurisprudence constitutionnelle relative au principe de subsidiarité confirme toutefois la faiblesse de l'intensité du contrôle effectué par le juge constitutionnel français. Pour le Conseil, « il résulte de la généralité des termes retenus par le constituant que le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'État plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause, sur le fondement de cette disposition, que s'il était *manifeste* qu'eu égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale »⁹²². Autrement dit, le juge constitutionnel français n'accepte d'effectuer en matière de subsidiarité qu'un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation, laissant au législateur un très large pouvoir discrétionnaire dans la distribution territoriale des compétences administratives. Ce choix fait en faveur d'un contrôle restreint explique pourquoi aucune loi n'a jusqu'à présent été jugée contraire au principe de subsidiarité. Une telle censure est à l'avenir d'autant moins probable que le Conseil constitutionnel a jugé, à juste titre, que le principe de subsidiarité définit une règle de répartition de compétences entre autorités publiques, à l'instar du principe de décentralisation. En conséquence, il ne compte pas parmi les droits ou libertés pouvant être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité⁹²³.

⁹²⁰ Décision n°2000-436 DC du 7 décembre 2000 (cons. 12) ; voir également la décision n°90-274 DC précitée ; décision n°2006-543 DC du 30 novembre 2006 (cons. 29). Ce considérant reprend celui plus généralement formulé par le Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité des lois restreignant un droit ou une liberté. Pour le Conseil, « il est loisible au législateur d'apporter à cette liberté des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ». Voir par exemple la décision n°2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société Somodia* (interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle).

⁹²¹ Décision 2011-146 QPC du 8 juillet 2011 (cons. 4).

⁹²² Décision n°2005-516 DC du 7 juillet 2005 (cons. 12, nous soulignons).

⁹²³ Décision n°2013-304 QPC, 26 avril 2013, *Commune de Maing* (cons. 7).

III. Un bilan jurisprudentiel favorable au pouvoir discrétionnaire du législateur

Des décisions du Conseil constitutionnel constatant une contrariété entre la loi soumise à son contrôle et le principe constitutionnel de libre administration, on peut déduire que les collectivités locales disposent, en vertu du principe de libre administration, d'une liberté de gestion de leur personnel⁹²⁴ et de leurs ressources⁹²⁵, d'une liberté d'organiser leur fonctionnement interne⁹²⁶ et d'une liberté contractuelle⁹²⁷. En outre, le Conseil constitutionnel a également censuré par deux fois des lois à cause de leurs dispositions relatives au pouvoir de surveillance du représentant de l'État sur les actes des collectivités locales. Dans la décision du 7 décembre 2007, c'est au regard du caractère automatique et indifférencié des sanctions prononcées par le préfet à l'encontre des communes n'ayant pas respecté leurs engagements en matière de logement social que le Conseil constitutionnel censure la loi comme étant contraire à l'article 72 de la Constitution⁹²⁸. Dans sa décision 2010-107 QPC, c'est cette fois du fait de la généralité des pouvoirs de contrôle conférés au représentant de l'État sur les actes des maires de communes de Polynésie française que le Conseil constitutionnel juge l'exercice de la libre administration privé de garanties suffisantes⁹²⁹. Dans les deux cas, c'est donc en raison du défaut de précision quant à l'objet et à la portée du pouvoir de surveillance et des conséquences possibles de ce défaut sur la libre administration des collectivités locales que le juge constitutionnel français invalide les deux textes législatifs.

Mais les garanties des compétences accordées par la Constitution aux collectivités locales ne résultent pas seulement des décisions d'invalidation, mais également des décisions

⁹²⁴ Décision n°83-168 DC du 20 janvier 1984 (cons. 10 et 15).

⁹²⁵ Décision n°2011-146 QPC du 8 juillet 2011 (cons. 4). En l'espèce, la loi interdisait aux départements de moduler leurs subventions allouées aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement en fonction du mode de gestion du service en cause. Dans ce sens, voir également l'article 72-2 I de la Constitution.

⁹²⁶ Décision n°98-407 DC du 14 janvier 1999 relative aux règles de fonctionnement du conseil général notamment quant à la publicité des débats (cons. 26).

⁹²⁷ Décision n°92-316 DC du 20 janvier 1993 (cons. 41). La liberté contractuelle des collectivités locales bénéficie également d'un fondement distinct dans l'article 4 de la DDHC. Dans ce sens, voir le considérant 29 de la décision n°2006-543 DC précitée portant sur la loi relative à l'énergie qui faisait obligation aux collectivités locales de conserver leurs contrats de concession avec GDF.

⁹²⁸ Décision n°2000-436 DC précitée (cons. 45). Cette décision n'est étonnamment pas recensée dans les tables analytiques de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à la rubrique « violation du principe de libre administration » (14.1.3.1).

⁹²⁹ La loi en cause autorisait le haut-commissaire de la République à déclarer, à toute époque, nuls de droit les arrêtés du maire : décision n°2010-107 QPC du 17 mars 2011.

confortant la constitutionnalité d'une loi, parfois prononcée avec une réserve d'interprétation. Ainsi, méconnaîtrait la libre administration des collectivités locales une loi retirant des compétences aux collectivités locales au-delà d'un seuil minimal⁹³⁰. En plus de ces cas précédemment évoqués, il convient de noter que la révision de 2003 avait inséré des dispositions dans le texte constitutionnel énonçant des règles qui avaient été préalablement établies par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence. La confirmation dans le premier alinéa de l'article 72 de l'attribution d'un pouvoir réglementaire aux collectivités locales en témoigne⁹³¹. Ceci vaut également pour la règle désormais fixée à l'article 72 alinéa 5 interdisant au législateur de répartir les compétences des collectivités locales de sorte à organiser « une tutelle » d'une collectivité sur une autre.

En définitive, l'examen par le juge constitutionnel des lois pouvant méconnaître les garanties matérielles du droit à l'autonomie locale se limite à un contrôle restreint où ne sont censurées que les atteintes manifestement disproportionnées à ces garanties. Il n'est dès lors guère surprenant que les décisions dans lesquelles est constatée l'absence de méconnaissance du principe de libre administration soient beaucoup plus nombreuses que les décisions constatant sa violation⁹³².

B. La garantie de l'autonomie locale dans la jurisprudence constitutionnelle allemande

La comparaison des jurisprudences constitutionnelles française et allemande relatives aux lois d'attribution de compétences aux collectivités locales est à l'image des différences traditionnelles que l'on peut plus généralement observer entre ces deux systèmes juridiques dans le domaine de la justice constitutionnelle⁹³³ et en particulier du contentieux des droits fondamentaux⁹³⁴. Tandis que le Conseil constitutionnel français n'a développé sa jurisprudence en matière de droit constitutionnel local qu'à partir de 1979, la Cour

⁹³⁰ V. sur ce point : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 25-27 et p. 36.

⁹³¹ Voir *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

⁹³² Un recensement dans les tables analytiques publiées par les services du Conseil constitutionnel permet de comptabiliser plus de soixante décisions attestant une absence de méconnaissance du principe de libre administration : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-07/1958_2017tables.pdf, consulté le 9 octobre 2018.

⁹³³ V. O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n°2, 2009 ; V. N. MARSCH, « Verfassungsgerichtbarkeit », *op. cit.*, p. 275-322.

⁹³⁴ Pour plus de références : T. HOCHMANN, « Grundrechte », *op. cit.*, p. 323-372.

constitutionnelle fédérale allemande en avait déjà posé les bases dès ses toutes premières décisions en 1952, se référant de surcroît à la jurisprudence de la Cour de Justice d'État (*Staatsgerichtshof*) de la République de Weimar. La Cour constitutionnelle fédérale distingue dans sa jurisprudence entre le domaine du noyau dur de l'autonomie locale et son domaine périphérique (I). En fonction du domaine en question, l'intensité de son contrôle divergera (II).

I. La distinction entre le noyau dur du droit à l'autonomie locale et son domaine périphérique

Reprenant une distinction initialement établie en doctrine à l'occasion de la décision « Lüttringhausen » de 1929⁹³⁵, la Cour constitutionnelle fédérale distingue traditionnellement entre deux degrés de protection du droit à l'autonomie locale, qu'il s'agisse de l'aspect relatif au domaine territorial des collectivités, à leur champ de compétences (*Aufgabenbestand*) ou à leur pouvoir d'agir de façon autonome (*Eigenverantwortlichkeit*). Le degré le plus fort est celui du noyau dur (*Kernbereich*)⁹³⁶ ou du contenu essentiel (*Wesengehalt*) du droit à l'autonomie locale, le second est celui du domaine périphérique ou extrinsèque (*Vorfeld*).

Vis-à-vis du noyau dur, toute atteinte au droit à l'autonomie locale correspond à une violation de ce droit. Si ce noyau dur est certes intangible, son contenu est lui extrêmement marginal et fortement indéterminé, la Cour s'étant contentée de n'en donner qu'une définition circulaire. Le noyau dur serait composé de la substance essentielle du droit à l'autonomie locale, cette définition poussant dès lors à s'interroger sur ce qu'il faut entendre par « substance essentielle » et « caractéristiques accidentelles » de l'autonomie locale.

La Cour constitutionnelle fédérale a toutefois cherché à objectiver sa définition de la composition du « noyau dur » de l'autonomie locale en se référant à l'image traditionnelle ou

⁹³⁵ Voir notamment A. DOMINICUS, *RPRVBl.*, n°50, 1929 p. 327-328, cité par J.-D. KÜHNE, « Zur Kernbereichsermittlung bei der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie », in *Die Gemeinde : Verfassung, Planung, Wirtschaft und das kommunale Selbstverwaltungsrecht. Festschrift zum 70. Geburtstag von H. Faber*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 36.

⁹³⁶ Cette idée d'un noyau dur était déjà présente dans l'une des premières décisions de la Cour relative à la réintégration des agents publics en date du 20 mars 1952 : BVerfGE 1, 167 (175). La doctrine allemande majoritaire considère que l'interdiction de porter atteinte à ce noyau dur ne résulte néanmoins pas de l'interdiction de porter atteinte aux droits fondamentaux en général figurant à l'article 19 alinéa 2 de la Loi fondamentale étant donné que le droit à l'autonomie locale n'est pas un droit fondamental. Voir en ce sens H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 732-733. Cependant, force est de constater que sur le fond, la reconnaissance de ce noyau dur de l'autonomie locale remplit peu ou prou la même fonction. V. M. BURGI, *Kommunalrecht, op. cit.*, p. 75-77.

caractéristique du droit allemand à l'autonomie locale ⁹³⁷ (*charakteristisches Erscheinungsbild*). Un tel renvoi à une tradition historique nationale ⁹³⁸ constitue un des canons d'interprétation utilisé par la Cour constitutionnelle fédérale qui s'inscrit à cet égard dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de justice d'État de Weimar ⁹³⁹. Cependant, ce critère d'interprétation est statique alors que l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale ne garantit pas de droit au statut-quo et encore moins un catalogue de prérogatives précisément déterminées ⁹⁴⁰. Cherchant alors à expliciter son propos, la Cour a régulièrement pris soin d'illustrer ce que recouvraient concrètement les éléments caractéristiques de ce noyau dur ⁹⁴¹, même si les cas d'invalidation pour ce motif demeurent à ce jour extrêmement rares. Or, cette extrême parcimonie et en tout état de cause l'indétermination du contenu même de ce noyau dur dont la définition revient tout entière au juge constitutionnel a conduit une partie de la doctrine à questionner la valeur ajoutée de cette différenciation entre le noyau dur et le domaine extrinsèque du droit à l'autonomie locale dont on peut en effet raisonnablement douter ⁹⁴².

En dehors du noyau dur, le droit à l'autonomie locale est soumis au pouvoir d'aménagement du législateur (*gesetzliche Ausgestaltung und Formung*) qui est habilité à en limiter l'exercice. Si son pouvoir discrétionnaire est certes ici plus important qu'en matière de droits fondamentaux, cette habilitation demeure néanmoins elle-même limitée : le législateur

⁹³⁷ La Cour administrative fédérale recourait elle à la méthode de la soustraction (*Substraktionsmethode*) visant à déterminer ce qui restait de l'autonomie suite à l'atteinte. Cette méthode a depuis été abandonnée. Voir K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *op. cit.*, p. 416 ; H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 732.

⁹³⁸ Pour un exemple en matière de gestion des déchets, voir l'arrêt Rastede ; pour un exemple en matière d'enseignement, voir la décision du 24 juin 1969 *Sorsum* : BVerfGE 26, 228 ; pour un exemple en matière d'organisation de la collectivité locale, décision du 26 octobre 1994, *Gleichstellung* : BVerfGE 91, 228.

⁹³⁹ Voir J.-D. KÜHNE, « Zur Kernbereichsermittlung bei der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie », *op. cit.*, p. 37. Voir K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *op. cit.*, p. 416.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 416.

⁹⁴¹ Méconnaît ce noyau dur « toute mesure qui conduirait au final à étouffer la capacité de la collectivité locale à agir de façon autonome » telle qu'une surveillance trop étroite : décision du 26 octobre 1994 *Gleichstellungsbeauftragte*, BVerfGE 91, 228 (239). Il relève en définitive de l'appréciation souveraine de la Cour de déterminer à partir de quand une surveillance est « étouffante ». De même, en ce qui concerne cette fois le domaine de compétences des communes, est prohibée toute mise en cause de leur droit de se saisir des « affaires locales » dont on sait néanmoins que la délimitation est incertaine. En revanche, l'exigence posée par la Cour que toute réforme territoriale ait donné lieu à une audition suffisante des collectivités locales concernées est plus déterminée. Il lui revient néanmoins d'apprécier le caractère « suffisant » de l'audition.

⁹⁴² V. P. J. TETTINGER, « Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, *op. cit.*, p. 198. V. également sur ces aspects déjà, C. AUTEXIER, « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *op. cit.*, p. 615-620.

doit en effet procéder à une conciliation entre les objectifs d'intérêt général qu'il souhaite voir réaliser et le droit constitutionnel à l'autonomie des collectivités locales, la proportionnalité de cette conciliation étant contrôlée par le juge constitutionnel.

II. Le contrôle de proportionnalité des atteintes portées au droit à l'autonomie locale

En comparaison aux modalités du contrôle effectué par le Conseil constitutionnel, le contrôle de proportionnalité réalisé par la Cour constitutionnelle fédérale est nettement plus élaboré. Ceci n'étonnera guère au regard des origines allemandes du principe de proportionnalité et de l'essor spectaculaire qu'il a connu dans la jurisprudence constitutionnelle allemande qui a conduit à en faire un formidable « produit d'export » de la théorie allemande de l'État de droit⁹⁴³. En ce qui concerne plus spécialement le droit à l'autonomie locale, on l'a vu, le recours à la figure de la proportionnalité reste théoriquement controversé, même si en pratique, le contrôle des atteintes portées au droit à l'autonomie locale auquel procède la Cour constitutionnelle en possède tous les stigmates⁹⁴⁴.

⁹⁴³ Sur les origines allemandes du principe de proportionnalité, notamment à partir des arrêts dits de « Kreuzberg » de la Cour administrative supérieure de Prusse en 1880 et 1882 portant sur les lois de police de cet État ainsi que sur sa réception : A. PETERS, « Verhältnismäßigkeit als globales Verfassungsprinzip », in B. BAADE et al. (dir.), *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, p. 1-18 ; D. GRIMM, « The Basic Law at 60 – Identity and Change », *German Law Journal*, Numéro spécial n°11, 2009, p. 42 ; D. GRIMM, « Stufen der Rechtsstaatlichkeit », *op. cit.*, p. 596-600.

⁹⁴⁴ Pour Thomas Clemens, l'ordre d'examen (*Prüfungsabfolge*) par le juge des droits fondamentaux et des garanties institutionnelles divergerait en raison de la différence de nature entre ces deux objets. En effet, contrairement aux droits fondamentaux qui sont simplement « reconnus », les garanties institutionnelles n'existent elles que dans le cadre de l'État et exigent d'être d'abord déterminées par le législateur ordinaire. Par conséquent, alors qu'il conviendrait pour les droits fondamentaux de commencer par analyser si le domaine de protection du droit fondamental (*Schutzbereich*) est touché avant d'examiner les limites (*Schranke*) que la loi peut y fixer et enfin les limites aux limites (*Schranken-Schranken*), pour les garanties institutionnelles, il conviendrait de commencer par l'étude de la loi ordinaire puis des limites que le respect de la garantie institutionnelle lui impose. Enfin, le contrôle ne serait pas un contrôle de proportionnalité, sauf dans des cas d'atteintes à des droits collectivités locales particulières : T. CLEMENS, « Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie - Neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das BVerfG », *NVwZ*, 1990, p. 834-843. Cette observation faite à propos de la décision Rastede est intéressante, mais ne convainc pas. D'une part, car la distinction faite en jurisprudence entre noyau dur et noyau périphérique va à l'encontre de cette interprétation puisqu'est ainsi supposé un noyau intangible, indisponible au législateur ordinaire. D'autre part, la question de l'ordre de l'examen n'est qu'une question cosmétique et ne change rien au fait que le droit à l'autonomie locale est au fond soumis à une double détermination, cette dialectique « habilitation/restriction » étant précisément la caractéristique du contrôle juridictionnel s'appliquant aux droits fondamentaux. Enfin, la Cour n'a jamais cessé sur le fond de procéder à un contrôle de proportionnalité des lois portant atteinte au droit à l'autonomie locale. D'ailleurs, la doctrine allemande se sert généralement de la structure d'analyse classique applicable aux droits fondamentaux pour décrire la dogmatique applicable à l'autonomie locale, bien qu'elle considère dans le même temps l'autonomie locale comme une garantie institutionnelle. En ce sens, elle distingue généralement le domaine de protection avec les différents types de garanties (institutionnelle et matérielle), la réserve de loi et les « limites aux limites ». Voir à ce sujet H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 731-734.

La mesure prise par le législateur doit premièrement poursuivre un objectif d'intérêt général qui soit adéquat et suffisant⁹⁴⁵. Cette appréciation pourra être modulée en fonction des situations. Ainsi, en cas de réforme fonctionnelle, plus la compétence a un caractère local, plus l'intérêt général évoqué devra être important, la Cour cherchant à faire primer la vocation démocratique de l'administration communale sur les objectifs bureaucratiques, cette vocation étant censée constituer l'ultime fonction du droit des communes à régler leurs affaires locales⁹⁴⁶. Qu'il s'agisse des réformes territoriales ou fonctionnelles, on peut dire de façon générale que le législateur doit faire la preuve que la capacité administrative des collectivités locales ne suffit plus à « assurer l'exécution régulière des compétences à caractère local ».

Contraint d'explicitier ses choix, le législateur bénéficie cependant d'un assez large pouvoir discrétionnaire. Il peut en effet « typifier » son appréciation en fonction de critères généraux et n'est donc pas forcé de prendre en compte la situation particulière de chaque commune. En ce qui concerne par exemple les compétences des communes, la Cour reconnaît un pouvoir discrétionnaire au législateur dans la détermination des critères – nombres d'habitants, tissu économique, divergences sociales – permettant d'apprécier la capacité administrative requise pour assumer une compétence à caractère local⁹⁴⁷. On le voit, il ne s'agit nullement d'une limite absolue, le législateur étant ici simplement tenu d'assumer la charge de la preuve. Il en va de même en cas de réforme territoriale⁹⁴⁸.

En fin de compte, la Cour procédera à un contrôle de proportionnalité au sens large consistant à vérifier d'une part si la mesure litigieuse ne dissimule pas un détournement de pouvoir (*sachfremde Erwägung*) ou aurait été prise de façon arbitraire (*Willkürsverbot*), et si d'autre part elle bien adéquate, nécessaire et mesurée (proportionnelle au sens strict). C'est par exemple le cas lorsque le juge contrôle une loi de réforme territoriale. Dans les cas de réforme portant sur les compétences, la Cour constitutionnelle se réfère parfois non pas à la figure de la proportionnalité, mais à celle de la plausibilité (*Vertretbarkeit*) de la mise en

⁹⁴⁵ La Cour exclut par exemple que soit retirée une compétence à caractère local à une commune si l'objectif poursuivi est uniquement de simplifier l'organisation administrative et la répartition des compétences. Ceci vaut également lorsque le législateur invoque l'impératif de bonne gestion des deniers publics ou la nécessité de réaliser des économies, à moins que les coûts autrement engendrés par le maintien de la compétence au profit des communes se révèlent manifestement disproportionnés.

⁹⁴⁶ Par exemple, voir les décisions précitées BVerfGE 83, 363 (381) et BVerfGE 91, 228.

⁹⁴⁷ V. la décision du 23 novembre 1988 *Rastede* : BVerfGE 79, 127.

⁹⁴⁸ V. P. J. TETTINGER, « Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung », op. cit., p. 202 ; v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

balance opérée par la loi, examen dont la doctrine s'accorde à dire qu'il s'approche du contrôle de proportionnalité classique, mais concédant toutefois au législateur un plus grand pouvoir discrétionnaire⁹⁴⁹.

⁹⁴⁹ V. la décision du 23 novembre 1988 *Rastede* : BVerfGE 79, 127 (154). V. plus récemment : décision du 19 novembre 2014 : BVerfGE 138, 1 (2 BvL 2/13, n°54) relative à la compétence des communes en matière scolaire. V. H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 731-734.

Conclusion du Chapitre 1

Le présent chapitre avait pour but de décrire et comparer les limites constitutionnelles au pouvoir discrétionnaire du législateur en matière d'attribution de compétences aux collectivités locales. Cela revenait à poser deux questions : quelles sont les règles constitutionnelles applicables et comment les juges constitutionnels les concrétisent-ils ?

Il ressort de cette étude que les textes constitutionnels français et allemands ne contiennent que des règles fortement indéterminées en matière d'attributions de compétences aux collectivités locales. Qu'il s'agisse de la référence aux « affaires de la communauté locale » en Allemagne ou de la vocation des collectivités locales « à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon » en France, ces dispositions constitutionnelles laissent aux organes législatifs un important pouvoir discrétionnaire. Ceci distingue la situation des collectivités locales de celles des collectivités fédérées, la répartition des compétences entre le *Bund* et les *Länder* faisant l'objet d'un ensemble de dispositions bien plus déterminées dans la Loi fondamentale.

La différence entre la situation française et la situation allemande réside ici, une fois encore, dans le fait que le contrôle de constitutionnalité réalisé par la Cour constitutionnelle fédérale ou les Cours constitutionnelles fédérées s'avère plus élaboré que celui effectué par le Conseil constitutionnel. En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale distingue entre le noyau dur du droit à l'autonomie locale et son noyau périphérique, et interdit au législateur d'adopter une mesure qui conduirait au final à étouffer la capacité de la collectivité locale à agir de façon autonome. En France, le Conseil constitutionnel n'opère certes pas une telle distinction, mais censure toute loi établissant une obligation ou une interdiction qui, d'une part, n'est pas fondée sur un motif d'intérêt général ou une exigence constitutionnelle, et, d'autre part, entrave la libre administration des collectivités locales ou dont l'objet et la portée ne sont pas suffisamment définis.

En dépit de cette différence, les cas d'invalidation d'une loi relative à l'organisation des compétences locales au motif de sa contrariété avec le droit à l'autonomie locale sont tout aussi peu fréquents en Allemagne qu'en France. Ainsi que le résume très justement Christian Autexier, en matière de droit à l'autonomie locale, la ligne jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle allemande relève plus du pointillé que de la ligne pleine⁹⁵⁰, ce manque de

⁹⁵⁰ V. C. AUTEXIER, *Droit public allemand, op. cit.*, p. 205.

systematicité étant lui aussi généralement reproché à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Il est en outre possible de faire une seconde observation. Si les droits constitutionnels français et allemand garantissent pareillement la liberté décisionnelle de toutes les collectivités locales, en revanche, la France et l'Allemagne se distinguaient au regard des garanties constitutionnelles relatives au champ de compétences des collectivités locales. En Allemagne, les arrondissements ne peuvent exercer en vertu de la Constitution fédérale allemande que les compétences qui leur sont légalement attribuées, contrairement aux communes qui bénéficient d'un droit d'initiative dans le domaine des affaires de la communauté locale. Conformément à cette distinction, la Cour constitutionnelle fédérale a à partir des années 1990, spécialement veillé à ce que le législateur ne retire aucune compétence à la commune au profit d'un groupement de communes, au seul motif que ce transfert garantirait un meilleur service rendu. Il importe de prendre également en compte la dimension démocratique d'une telle décision pour la vie municipale. En France, une telle variation entre les collectivités locales n'a été entérinée que très récemment, à l'occasion de la réforme législative de 2015 qui retire aux collectivités départementales et régionales leur droit d'initiative. De ce point de vue, on constate une forme de différenciation non pas seulement des compétences des collectivités locales, mais des règles – constitutionnelles en Allemagne, législatives en France – d'attribution de compétences aux différentes collectivités locales. L'instauration de cette asymétrie tend à faire converger le droit français vers un dispositif qui existait déjà en droit allemand.

En revanche, il importe de relever un aspect vis-à-vis duquel la divergence entre les systèmes français et allemand est nette et qui a trait aux incidences de la structure de l'État sur l'organisation des compétences. Si la distinction entre les compétences propres librement administrées, et celles déléguées et exercées au nom et pour le compte de l'État est d'origine française, notre étude a mis en lumière une propension notablement plus forte en Allemagne qu'en France à recourir à la formule des compétences déléguées. Or, une telle propension a pour effet de transformer les collectivités locales en relais local du pouvoir central et à les subordonner aux instructions des organes centraux pour les compétences étatiques qu'elles doivent exercer. Voilà pourquoi ce procédé a pu être considéré comme établissant une « fausse décentralisation », au sens d'une décentralisation qui n'est plus par « autonomie locale », mais purement administrative, au sens de notre typologie. On comprend en tous cas

mieux au vu de ce dédoublement fonctionnel pourquoi les collectivités locales sont présentées en Allemagne comme relevant de l'administration indirecte d'État.

Chapitre 2 : Le pouvoir normatif des collectivités locales

La poursuite de notre analyse du degré de décentralisation des ordres juridiques français et allemand exige de maintenant procéder à l'étude du pouvoir normatif des collectivités locales de ces deux pays. Conformément à ce que nous avons précédemment démontré, ce sont les normes locales qui permettent de concrétiser l'autonomie constitutionnellement reconnue aux collectivités locales. Mais l'intérêt du présent chapitre ne se limitera toutefois pas à fournir une présentation synthétique et comparée des formes prises par le pouvoir normatif des collectivités locales.

Les prochains développements nous donneront de surcroît l'occasion de prolonger notre questionnement sur les rapports qui existent entre les formes d'État et le degré d'autonomie des collectivités locales. Est-il juste de considérer comme une partie de la doctrine que la forme fédérale de l'État est plus favorable à l'autonomie normative des collectivités locales ? Dans un État unitaire, seule la loi nationale est « habilitée, en vertu de la Constitution, à poser à titre initial des normes de portée générale ou individuelle d'où résulteront des droits ou des obligations pour ses destinataires »⁹⁵¹. Autrement dit, le pouvoir législatif relève dans un État unitaire en principe du monopole du Parlement national. C'est ce que prévoit en France l'article 34 de la Constitution. Au contraire, dans un État fédéral, le pouvoir législatif est partagé entre la Fédération et les collectivités fédérées. Cette répartition est organisée en droit allemand aux articles 70 et suivants de la Loi fondamentale. Mais qu'en est-il du pouvoir normatif accordé aux collectivités locales ? Comment s'articule-t-il avec les autres sources de droit ? Existe-t-il une concurrence entre le pouvoir normatif des collectivités locales et celui des collectivités fédérées ? Il conviendra par conséquent de s'interroger plus particulièrement sur la répartition constitutionnelle des compétences entre le pouvoir normatif du législateur, celui des organes administratifs centraux et celui des autorités décentralisées.

Si le pouvoir normatif des collectivités locales comprend certes le recours au contrat qui, en pratique, prend une ampleur grandissante⁹⁵², c'est la catégorie des actes administratifs

⁹⁵¹ L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2018, 5^{ème} éd., p. 227-228 (nous soulignons). V. également B. MATHIEU, *La loi*, Paris, Dalloz, 2010, 3^{ème} éd.

⁹⁵² Sur cette évolution et plus généralement sur la liberté contractuelle des collectivités territoriales : B. HUGLO, *La contractualisation des relations entre l'État et les collectivités territoriales*, thèse dactylographiée, Paris, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2014 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 508-513 ; S. CAYLET, « Décentralisation et contractualisation », in S. REGOUD, J. CARLES, D. GUIGNARD (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, Toulouse/Paris, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole/LGDJ,

unilatéraux qui retiendra ici notre attention. Parmi cette catégorie d'actes, on distingue traditionnellement les actes administratifs généraux et abstraits des actes administratifs individuels. Nous nous concentrerons pour notre part sur les premiers car ce sont eux qui s'avèrent les plus intéressants à étudier dans le cadre de notre travail. D'un point de vue dogmatique tout d'abord se pose la question de la distinction de ces règles administratives à caractère général et abstrait prises par les collectivités locales des autres règles à caractère général et abstrait, qu'il s'agisse des lois formelles ou des règlements étatiques. D'un point de vue comparatif ensuite, le pouvoir réglementaire des collectivités locales allemandes (*Satzungsrecht*) « relève d'un type réputé mal isolé par les typologies françaises »⁹⁵³. Il n'est donc pas inutile dans le cadre du présent travail d'y consacrer quelques efforts d'analyse.

Il importera dans ce contexte de commencer par comparer les conditions juridiques de validité des règlements locaux en droit allemand et en droit français (section 1). La compétence des collectivités locales à créer des normes à caractère général et abstrait ne s'épuise cependant pas dans leur seul pouvoir réglementaire. Bien que cette idée paraisse de prime abord guère compatible avec le statut de « collectivités locales », généralement définies comme des structures ne disposant que de compétences administratives, c'est pourtant bien la question de l'exercice par les collectivités locales d'un pouvoir législatif que nous souhaitons envisager. Ceci nous permettra de mettre en relief les répercussions qu'a la forme d'État – unitaire ou fédérale – sur l'attribution de telles compétences législatives aux collectivités locales. En outre, ceci nous servira à apprécier plus finement le degré de décentralisation des ordres juridiques français et allemand, en particulier au vu des récentes réformes adoptées en France et en Allemagne tendant à accorder un pouvoir d'expérimentation aux collectivités locales. Il paraît dès lors utile d'étudier d'une part les possibilités offertes aux collectivités locales en France et en Allemagne de déroger aux règles législatives communément applicables (section 2), pour ensuite envisager celles de la participation des collectivités locales au processus législatif (section 3).

2013, p. 253-264 ; O. GOHIN, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, p. 95-102 ; G. MARCOU, « Les contrats entre l'État et les collectivités territoriales, réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », *AJDA*, 2003, p. 982-985. Pour une approche comparative : M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, *op. cit.*, p. 297-324 ; G. MARCOU, « Les réformes des collectivités territoriales en Europe : problématiques communes et idiosyncrasies », *RFAP*, 2012, n° 141, p. 183-205 ; L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 531-532 ; W. SPANNOVSKY, « Allemagne », in M. TROPER (dir.), *Interventionnisme économique et pouvoir local en Europe*, Paris, Economica, p. 58-76 ; P. TERNEYRE, « France », in *Ibid.*, p. 77-86.

⁹⁵³ C. AUTEXIER, *Droit public allemand*, *op. cit.*, p. 183.

Section 1 : Le pouvoir réglementaire local

En France comme en Allemagne, le pouvoir réglementaire local résulte de l'autonomie que les textes constitutionnels français et allemands accordent aux collectivités locales. Nous avons vu qu'en droit allemand, l'article 28 de la Loi fondamentale donne aux communes et aux arrondissements « le droit de *régler* sous leur propre responsabilité » les affaires relevant de leurs compétences respectives. De même, en droit français, l'alinéa 3 de l'article 72 affirme que les collectivités locales « disposent d'un *pouvoir réglementaire* pour l'exercice de leurs compétences ».

Ceci étant dit, s'interroger sur le pouvoir réglementaire des collectivités locales impose en premier lieu d'en définir l'objet et les contours et suppose donc d'exposer la place de ce pouvoir face aux autres sources de droit interne, et en particulier face à la loi (§1) et au règlement (§2).

§1 La subordination des règlements locaux à la loi formelle

La question ici posée peut être formulée comme suit : la constitution concède-t-elle aux autorités locales un pouvoir réglementaire local « autonome » ? Par règlement local autonome, on entend une norme générale et abstraite adoptée par une collectivité locale, sans habilitation législative, en vue de régler une affaire relevant de sa compétence propre. Autrement dit, ceci viserait le cas d'une norme initiale, prise directement sur le fondement du droit à l'autonomie locale reconnue aux collectivités locales par la Constitution.

À cette question, les droits constitutionnels français et allemand apportent une réponse similaire dans son principe, puisque la Constitution française tout comme la Loi fondamentale allemande précisent que le droit à l'autonomie locale s'exerce « dans le cadre des lois ». Cette limitation a toutefois inspiré des questionnements doctrinaux différents en France (A) et en Allemagne (B).

A. La subordination des règlements locaux à la loi formelle en droit français

La question des limites constitutionnelles aux pouvoirs réglementaires des collectivités locales a été, depuis le colloque d'Anger de 1983⁹⁵⁴, au cœur d'une vive querelle doctrinale

⁹⁵⁴ V. M. BOURJOL, L. FAVOREU, « Élaboration du statut : compétence exclusive de l'État ou compétence partagée ? », *Cahiers du CFPC*, n° 13, 1983, p. V-XIV. Sur l'importance de ce colloque, v. B. FAURE,

qui a vu s'affronter principalement deux thèses : une thèse dite « maximaliste »⁹⁵⁵ à une thèse que l'on appellera « unitariste » (I). Depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, l'article 72 alinéa 3 de la Constitution fait désormais explicitement mention du pouvoir réglementaire des collectivités locales. Cette modification ne représente toutefois pas une innovation⁹⁵⁶, mais vient simplement inscrire dans le texte constitutionnel ce que le Conseil constitutionnel avait préalablement déjà clarifié (II).

I. État des controverses doctrinales : thèse « maximaliste » contre thèse « unitariste »

Pour les tenants de la première option⁹⁵⁷, les collectivités locales disposent d'un pouvoir réglementaire initial, fondé directement sur l'article 72 de la Constitution et valide en l'absence même de loi⁹⁵⁸. Pour Maurice Boujol, la libre administration se différencie précisément de la décentralisation en vertu de ce fondement constitutionnel, lequel serait l'expression d'un pouvoir municipal anté-étatique et par essence démocratique. Autrement dit, à la différence de la décentralisation, l'autonomie locale n'est pas créée par le droit positif ou concédé par l'État, mais simplement reconnue par lui. Selon cet auteur, en passant de la décentralisation comme « manière d'être de l'État » à l'inscription, depuis 1946, de la libre administration dans la Constitution française, on serait ainsi passé de la « sphère de la constitution administrative de l'État à celle de la constitution politique de la Nation »⁹⁵⁹. Dès lors, la différence entre les normes législatives et les normes locales s'établirait à partir du

« Règlements locaux et règlements nationaux », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n° 42, p. 44 ; M. VERPEAUX, « Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité », in A.-M. LE POURHIET (dir.), *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, Paris/Aix-en-Provence, Economica / Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 33-35 ; B. FAURE, « Le pouvoir réglementaire des collectivités locales », in CAISSE DES DÉPÔTS ET DES CONSIGNATIONS, *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales*, « Le pouvoir réglementaire des collectivités locales », in CAISSE DES DÉPÔTS ET DES CONSIGNATIONS, *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, Paris, L'aube Territoire, 1999, p. 343-344.

⁹⁵⁵ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 502.

⁹⁵⁶ V. sur ce point : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 170-171 et p. 185-186 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 503 ; P.-L. FRIER, « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA*, 2003, p. 553-559.

⁹⁵⁷ Voir F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », *RDP*, 1982 p. 1543-1565, en particulier p. 1557 ; J.-M. BECET, *La commune dans le système administratif français*, Paris, Centre de Formation des Personnels Communaux, 1983, p. 140 ; J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984, p. 468-477, en particulier p. 475.

⁹⁵⁸ M. BOURJOL, « Statut constitutionnel », *Jurisclasseur des collectivités locales*, Fascicule 93, 1994, n°58.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, n°46.

degré de généralité des normes⁹⁶⁰ et non d'un rapport hiérarchique qui imposerait aux secondes d'être subordonnées aux premières.

Cette thèse a cependant tout de suite été vigoureusement contestée par le Doyen Favoreu dont les objections à la thèse « maximaliste » sont aujourd'hui bien connues⁹⁶¹. Pour cet auteur, dans un État « indivisible » comme l'est la République française en vertu de l'article 1^{er} de la Constitution, le pouvoir normatif des collectivités locales ne peut être que subordonné aux normes législatives, au risque sinon de précisément sortir du cadre de l'État unitaire. Autrement dit, du principe constitutionnel d'autonomie locale ne résulterait nullement le droit pour les collectivités locales de se gouverner librement, de fixer leurs propres normes, à l'instar de ce que le sens étymologique du terme « autonomie » pourrait laisser entendre. L'autonomie locale les autoriserait uniquement à se gérer librement⁹⁶². Par ailleurs, l'article 34 confie au législateur le soin de déterminer « les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». Cette « réserve de loi » interdit l'attribution aux collectivités locales d'un pouvoir réglementaire autonome concurrent au pouvoir législatif⁹⁶³.

II. La position du Conseil constitutionnel

Ceci rejoint d'ailleurs la position constante du Conseil constitutionnel⁹⁶⁴ dont rend très bien compte sa décision n°2001-454 DC du 20 janvier 2002. Dans cette décision portant sur la loi relative à la Corse, le Conseil rappelle de façon univoque et traditionnelle que « le pouvoir réglementaire dont dispose une collectivité territoriale (...) ne peut s'exercer en dehors du cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi ». Cependant, il ajoute deux

⁹⁶⁰ M. BOURJOL, « Libre administration et décentralisation », in *Vertus et limites de la décentralisation. Colloque des 2 et 3 mai 1985, Université de Clermont-Ferrand*, Bordeaux, Les Cahiers du droit, 1985, p. 92.

⁹⁶¹ V. L. FAVOREU, « Libre administration et principes constitutionnels », in J. MOREAU, G. D'ARCY (dir.), *La libre administration des collectivités locales*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1984, p. 63-71 ; L. FAVOREU, A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2002, n°12, p. 88-92. V. également B. FAURE, « Règlements locaux et règlements nationaux », *op. cit.*, p. 45.

⁹⁶² Pour Maurice Bourjol, « réduire la libre administration à la libre gestion reviendrait à transformer la collectivité territoriale en agent d'exécution des décisions étatiques » et « contredit la Constitution qui parle de « libre administration » et non de « libre gestion » : M. BOURJOL, « Libre administration et décentralisation », *op. cit.*, p. 91. On voit bien les raisons pour lesquelles la position de cet auteur aura été qualifiée de thèse « maximaliste ».

⁹⁶³ Voir *infra* Section 2 à ce sujet.

⁹⁶⁴ V. par exemple les décisions n°83-168 DC du 20 janvier 1984 (cons. 19) ou n°90-274 DC du 29 mai 1990 (cons. 24).

précisions intéressantes. Il souligne en premier lieu que les collectivités locales disposent, en vertu de l'article 72 de la Constitution, du pouvoir de définir certaines modalités d'application d'une loi. Or, ce faisant, il fonde pour la première fois le pouvoir réglementaire local sur une disposition constitutionnelle, en l'occurrence celle établissant l'autonomie constitutionnelle des collectivités locales. Il rappelle à cette occasion que ce pouvoir est sans ambiguïté subordonné aux lois votées par le Parlement⁹⁶⁵.

En outre, le Conseil indique que cette compétence de concrétisation des normes législatives ne peut porter atteinte « aux conditions essentielles d'exercice des libertés publiques ». Il s'agit ici d'une préoccupation tout à fait centrale du juge constitutionnel français. Il fonde cette limite constitutionnelle à la décentralisation sur le principe d'application uniforme des « règles de souveraineté » et des « règles relatives aux droits et libertés sur l'ensemble du territoire de la République »⁹⁶⁶. Si une telle préoccupation, au vu de son fondement, peut, de prime abord, sembler très spécifique au système français⁹⁶⁷, en vérité, nous verrons que cette limite au pouvoir réglementaire local est également posée en droit allemand, quand bien même elle est autrement fondée.

B. La subordination des règlements locaux à la loi formelle en droit allemand

Dire qu'en droit allemand la question du pouvoir réglementaire des collectivités locales n'a point été l'objet de controverses aussi vives que celles ayant eu lieu en France durant les années 1980 et 1990 ne signifie néanmoins pas qu'elle n'a pas fait l'objet de débats en doctrine. Ici aussi, on peut distinguer deux thèses opposées. La première prône l'autonomie du pouvoir normatif des collectivités locales, la seconde, sa stricte subordination au pouvoir législatif. Toutefois, par contraste avec la France, cet affrontement s'est avant tout cristallisé sur la question de la différence entre les règlements locaux et les lois au sens matériel. Il importe toute d'abord de préciser comment le pouvoir réglementaire local est défini en droit

⁹⁶⁵ Dans ce sens également, M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 29.

⁹⁶⁶ V. par exemple la décision n°84-135 DC du 18 janvier 1985 (cons. 18) ; décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994 (cons. 23 et 27) ; décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002 (cons. 12 et 29). Bertrand Faure parle à ce propos de « principe d'unicité des conditions des conditions d'exercice des libertés publiques » : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 89. On peut cependant considérer qu'il suffit toutefois de se référer au principe constitutionnel d'égalité devant la loi pour fonder en droit positif cette limite constitutionnelle.

⁹⁶⁷ V. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 89. Il s'agit d'une limite constitutionnelle également posée dans le cadre du droit à l'expérimentation, voir *infra*.

allemand (I) afin de comprendre les raisons de cette cristallisation autour de cette question (II).

I. Définitions du concept de pouvoir réglementaire « local » ou « statutaire »

Nous l'avons dit, le « pouvoir réglementaire statutaire » (*Satzungsrecht*) relève « d'un type mal isolé par les typologies françaises »⁹⁶⁸. De caractère général et abstrait, ce pouvoir doit être tout d'abord être distingué du « pouvoir réglementaire étatique » (*Verordnungsrecht*) dont disposent aussi les collectivités locales allemandes au titre des compétences déléguées qu'elles assument pour l'État. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette différence lors de l'étude des rapports entre pouvoir réglementaire étatique et local⁹⁶⁹. Mais la raison du malaise à rendre compte de ce pouvoir réglementaire « statutaire » au moyen des catégories du droit français semble davantage provenir du fait que ce type de règlement n'est pas propre aux collectivités locales et concerne l'ensemble de l'administration autonome.

Dans la dogmatique allemande, la question des limites du « pouvoir réglementaire statutaire » face au pouvoir législatif dépasse en effet la problématique de son attribution à la seule catégorie des collectivités locales. Elle concerne plus généralement celle du pouvoir réglementaire des organes disposant d'une autonomie administrative. Autrement dit, sont ici concernées les autorités n'appartenant pas à l'administration immédiate d'État, au sens de l'administration centrale. Parmi ces autorités figurent certains établissements publics (*Anstalt*) comme la Banque fédérale allemande ou des établissements de radiodiffusion. Mais ce pouvoir concerne avant tout les collectivités de droit public (*Körperschaft*) et, au sein de celles-ci, principalement les collectivités territoriales⁹⁷⁰.

Preuve de cette difficulté à trouver un équivalent fonctionnel en droit français pour ce type de règlement, celui-ci a été diversement traduit dans les éditions françaises de manuels allemands de droit administratif. Dans l'édition française du Traité de droit administratif de Fleiner publiée en 1933, Charles Eisenmann parle « d'autonomie », « de droit à l'auto-

⁹⁶⁸ C. AUTEXIER, *Droit public allemand, op. cit.*, p. 183. Voir également : M. FROMONT, « Le Pouvoir réglementaire et le juge dans la République fédérale d'Allemagne », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, t. 1, Paris, LGDJ, 1974, p. 27-38 ; R. WAKOTE, *L'évolution des conceptions doctrinales et jurisprudentielles relatives au pouvoir de décision de l'administration en Allemagne et en France depuis 1860*, thèse dactylographiée, Paris, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2011.

⁹⁶⁹ Voir *infra* §2 B.

⁹⁷⁰ V. F. OSSENBÜHL, « *Satzung* », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 5, Heidelberg, C. F. Müller, 3^{ème} éd., 2007, § 105, p. 355-357.

législation » ou encore de « statut autonome »⁹⁷¹. Jusque dans les premières années de la République de Weimar, la référence au pouvoir statutaire renvoie à l'expression classiquement employée au XIX^e siècle de statut (*Statuten*)⁹⁷². Le terme « *Satzung* » fait lui vraisemblablement son apparition à partir des années 30, d'abord dans la science juridique⁹⁷³, puis en droit positif⁹⁷⁴. Tandis que M. Fromont traduit « *Satzung* » par « règlement statutaire »⁹⁷⁵, « règlement local »⁹⁷⁶, « non-étatique »⁹⁷⁷ ou « décentralisé »⁹⁷⁸, M. Autexier lui se réfère à l'expression de « règlement corporatif »⁹⁷⁹. Nous avons, pour notre part, choisi d'opter dans le présent travail pour les expressions de « règlement statutaire » ou « règlement local », lesquelles nous semblent mieux adaptées à notre champ de recherche et permettent au surplus d'éviter toute confusion avec la problématique française du « pouvoir réglementaire autonome ».

La traduction de « *Satzung* » par « règlement *corporatif* » suggérée par M. Autexier présente néanmoins un avantage : elle met l'accent sur le fait qu'en droit allemand, la « *Satzung* » est une règle de droit adoptée par une personne morale de droit public et qui produit des effets juridiques à l'égard des personnes qui en font partie et en dépendent⁹⁸⁰.

⁹⁷¹ F. FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, traduction par C. EISENMANN, Paris, Librairie Delagrave, 1933, p. 54-57.

⁹⁷² Sur les ressemblances entre ces « règlements autonomes » (*autonomen Statuten*) et les lois au sens matériel : H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925, p. 182. Sur l'origine cette appellation : E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 691.

⁹⁷³ Dans ce sens : *Ibid.*, p. 691. V. également F. FLEINER, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁷⁴ V. par exemple le §3 alinéa 1^{er} du Code allemand des communes de 1935 (*Deutsche Gemeindeordnung*) : « Les communes peuvent régler leurs affaires propres par la voie de règlement corporatif, dans la mesure où les lois ne contiennent pas de directives ou autorisent expressément l'adoption de règlements » (*Die Gemeinden können ihre eigenen Angelegenheiten durch Satzungen regeln, soweit die Gesetze keine Vorschriften enthalten oder den Erlaß von Satzungen ausdrücklich gestatten*).

⁹⁷⁵ E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 691.

⁹⁷⁶ H. MAURER, *Droit administratif allemand* (8e éd.), traduction par Michel FROMONT, Paris, LGDJ, 1994, p. 76-77.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 352

⁹⁷⁸ M. FROMONT, A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, t. 1, Paris, LGDJ, 1977, p. 55.

⁹⁷⁹ C. AUTEXIER, *Droit public allemand*, *op. cit.*, p. 183 : « Dans la recherche d'un équivalent français adéquat, on utilise dans le présent manuel l'expression de « règlement corporatif » pour éviter de suggérer que le pouvoir d'édicter une *Satzung* s'identifie au très controversé pouvoir réglementaire propre des collectivités locales françaises ».

⁹⁸⁰ Décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 14 juillet 1959 *Preußischer Kulturbesitz* : BVerfGE 10, 20 (49-50) : « Les règlements corporatifs sont des dispositions qui peuvent être édictées par une personne morale de droit public relevant de l'État, dans le cadre de l'autonomie qui lui est conférée par la loi et produisant des effets à l'égard des personnes qui en font partie et en dépendent » (traduction par C. AUTEXIER, *Droit public allemand*, p. 183). Il s'agissait en l'espèce du règlement corporatif de la fondation en charge de gérer le patrimoine culturel de l'ancienne Prusse.

C'est la raison pour laquelle on considère généralement que ce pouvoir est plus particulièrement réservé aux collectivités de droit public (*Körperschaften*), c'est-à-dire à des structures administratives autonomes organisées de façon corporative. Ces collectivités sont définies comme des organes de « représentation des intérêts de leurs membres », lesquels élisent une instance délibérante dont les décisions sont mises en œuvre par un organe exécutif⁹⁸¹. Il peut s'agir de collectivités locales, mais également d'autres collectivités de droit public comme les Universités, les chambres des métiers, de commerce, de professions libérales. En ce sens, la Cour constitutionnelle fédérale précise que « l'autonomie réglementaire a pour objet de mobiliser les forces sociales, de permettre aux groupes sociaux concernés de régler sous leur propre responsabilité les affaires qui les concernent et pour lesquels ils sont, dans les domaines de portée limitée, les mieux à même de décider, réduisant ainsi la distance qui sépare habituellement auteur et destinataire de la norme »⁹⁸². Par cette définition classiquement reprise dans la dogmatique allemande, la Cour constitutionnelle fédérale paraît en définitive chercher à réanimer la dimension corporative du pouvoir réglementaire et à faire de ce pouvoir, à raison, « un élément essentiel de l'autonomie »⁹⁸³.

II. L'habilitation législative du pouvoir réglementaire local

Ces précisions apportées, la question des rapports entre le pouvoir réglementaire local et la loi demeure cependant encore ouverte. La doctrine allemande s'est dès le XIX^e siècle interrogée sur la nécessité pour les organes locaux de disposer d'une habilitation législative *spécifique* lors de l'édiction de règlements locaux, en particulier lorsque ceux-ci portent

⁹⁸¹ C. AUTEXIER, *Droit public allemand, op. cit.*, p. 200.

⁹⁸² Décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 9 mai 1972 *Fachartz* (médecins spécialistes) : BVerfGE 33, 125 (156).

⁹⁸³ Dans ce sens : A. GERN, C. BRÜNING, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2018, 4^{ème} éd., p. 400 ; F. OSSENBÜHL, « *Satzung* », *op. cit.*, p. 355 ; J. IPSEN, « Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden ? », *JZ*, 1990, p. 790. Cette expression est explicitement employée dans la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 2 mai 1961 relative à l'obligation faite aux médecins de cotiser auprès de la caisse d'assurance maladie des médecins (BVerfGE 12, 319 (325)). La doctrine allemande paraît dans son ensemble toutefois estimer que la Cour a laissé ouverte la question de ce lien en ce qui concerne l'autonomie des collectivités locales et se réfère à ce propos à une décision du 2 novembre 1981 (2 BvR 671/81), *NVwZ* 1982, p. 306. C'est par exemple le cas de Horst Dreier : H. DREIER, « Artikel 28 », *op. cit.*, p. 742. Néanmoins, la Cour a plus tard rappelé l'importance capitale de ce pouvoir réglementaire local pour l'autonomie locale dans sa décision du 26 octobre 1994 relative aux fonctionnaires déléguées à l'égalité des sexes (BVerfGE 91, 228 (239)). C'est également le cas de la Cour constitutionnelle de Bavière dans deux décisions : la première du 15 décembre 1988, *NVwZ*, 1989, p. 551 et s. ; la seconde décision du 27 mars 1992, *NVwZ*, 1993, p. 163 et s.

atteinte à la liberté et à la propriété privée⁹⁸⁴. On voit ici un élément de convergence avec le droit positif français où le pouvoir réglementaire local ne « peut porter atteinte aux conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques ». Néanmoins, à la différence de la France, cette interrogation a été à l'origine de réflexions assez poussées dans la dogmatique allemande sur le caractère matériellement législatif des règlements locaux⁹⁸⁵. Les questions alors posées en doctrine sont les suivantes : l'autonomie administrative constitutionnellement accordée aux collectivités locales constitue-t-elle un fondement suffisant pour habiliter ces dernières à édicter des règlements locaux ? Qu'est-ce qui distingue une loi, norme générale et abstraite votée par le Parlement, d'un règlement local, norme générale et abstraite votée par l'assemblée délibérante élue d'une collectivité locale ?

Pour répondre à ces questions, il faut commencer par rappeler que l'autonomie administrative telle qu'elle est accordée par la Constitution fédérale allemande aux collectivités locales se définit juridiquement par l'attribution à ces autorités d'un pouvoir réglementaire en vue de régler les affaires de leurs compétences. Néanmoins, ce pouvoir normatif doit s'inscrire dans le cadre du respect de la primauté de la loi (*Gesetzesvorrang*). Conformément à l'article 28 alinéa 2 de la Constitution allemande, le pouvoir réglementaire local doit donc être exercé dans le cadre des lois et être par conséquent contrôlé par les autorités de surveillance. De ce point de vue, les droits français et allemand sont parfaitement convergents.

Sans doute peut-on simplement se contenter de préciser à cet égard que distinguer l'autonomie administrative des collectivités locales du pouvoir réglementaire local, ainsi que le font certains auteurs de la doctrine étatiste allemande, comme Ernst Forsthoff, s'avère utile car cette distinction souligne justement la primauté de la loi sur le règlement local⁹⁸⁶. Dire que le pouvoir réglementaire « local » est un élément essentiel de l'autonomie administrative constitutionnellement accordée aux collectivités locales, comme nous l'avons fait plus haut, n'équivaut donc pas à revendiquer un prétendu pouvoir réglementaire « originaire », ainsi que cela avait pu être jadis défendu par Fritz Fleiner dans son *Traité de droit administratif* ou plus

⁹⁸⁴ V. E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 690-694 ; S. FLOGAÏTIS, *op. cit.*, p. 128. Sur les réflexions du mouvement constitutionnel libéral du XIX^{ème} siècle relativement à cette question, v. F. OSSENBÜHL, « Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 5, Heidelberg, C. F. Müller, 3^{ème} éd., 2007, § 101, p. 191-192.

⁹⁸⁵ V. *infra* la Section 2 du présent chapitre.

⁹⁸⁶ Sur la distinction entre l'autonomie et le pouvoir réglementaire statutaire, voir notamment E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 690-691.

récemment dans la doctrine française par Maurice Bourjol⁹⁸⁷. Ceci ne fait dans la doctrine française et allemande aujourd'hui vraisemblablement plus l'objet de contestation.

Outre la primauté de la loi, la question se pose également de la nécessité pour les règlements locaux de se fonder sur une loi formelle pour être valide. En d'autres termes, ceci revient à s'interroger sur la portée de la « réserve de loi » (*Gesetzvorbehalt*) en droit allemand⁹⁸⁸. À cette interrogation, le juge constitutionnel allemand répond qu'il importe que le législateur maintienne son influence sur le contenu des décisions des organes corporatifs, conformément aux principes d'État de droit et de démocratie. Le principe d'État de droit est conçu comme un instrument « contraignant juridiquement la puissance publique à respecter dans toutes ses expressions la répartition des compétences et la séparation des fonctions en vue de garantir les libertés individuelles et de prévenir tout abus de pouvoir ». Le principe démocratique impose que toute règle de droit objectif – ce que sont les règlements locaux – « touchant un domaine de la vie des individus dérive d'un acte de volonté édicté par un organe législatif élu par le peuple ». De cela, il ressort que « le législateur n'est pas autorisé à laisser à la libre disposition d'autres organes, internes ou externes à l'administration d'État, le soin de se charger de missions si éminentes »⁹⁸⁹. En conséquence, les règlements locaux doivent être subordonnés à la loi parlementaire.

⁹⁸⁷ F. FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, traduction de C. EISENMANN, Paris, Librairie Delagrave, 1933, p. 55-56 : « Les statuts reposent sur un pouvoir de création du droit propre au groupement, que l'État reconnaît ; ils constituent un mode de création du droit originaire ». Voir sur ce point et sur ces différentes conceptions doctrinales en Allemagne la synthèse de F. OSSENBÜHL, « *Satzung* », *op. cit.*, p. 362-364. L'auteur distingue entre trois thèses : celle du pouvoir originaire fondé sur l'idée d'un « pouvoir municipal », celle de l'abandon (*Dereliktion*) par laquelle l'État renonce à exercer une compétence et habilite ainsi l'administration autonome à s'en saisir et enfin, celle, plus étatique, de la délégation dans laquelle l'État décentralise la compétence au profit des collectivités locales.

⁹⁸⁸ Sur ce principe, v. L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 166-167, p. 860-861, p. 944-945 ; J. TREMEAU, *La réserve de la loi*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997 ; en droit allemand v. F. OSSENBÜHL, « *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes* », *op. cit.*, p. 188-220 ; F. OSSENBÜHL, « *Satzung* », *op. cit.*, p. 366-371. V. également *supra* Partie 1, Titre 2, chapitre 1.

⁹⁸⁹ Décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 9 mai 1972 *Fachartz* (médecins spécialistes) : BVerfGE 33, 125 (158) : « *Der Gesetzgeber darf seine vornehmste Aufgabe nicht anderen Stellen innerhalb oder außerhalb der Staatsorganisation zu freier Verfügung überlassen. Das gilt besonders, wenn der Akt der Autonomieverleihung dem autonomen Verband nicht nur allgemein das Recht zu eigenverantwortlicher Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben und zum Erlaß der erforderlichen Organisationsnormen einräumt, sondern ihn zugleich zu Eingriffen in den Grundrechtsbereich ermächtigt* ».

§2 Les rapports entre le pouvoir réglementaire étatique et le pouvoir réglementaire local

Le rapport de subordination du pouvoir réglementaire local à la loi dans les droits positifs français et allemand étant ainsi clarifié, qu'en est-il maintenant du rapport entre les règlements locaux et les règlements étatiques ? Il s'agit là d'une question difficile que nous ne pourrions ici qu'aborder succinctement car comme le note Michel Fromont, si « les rapports entre le pouvoir législatif sont en principe très simples (...), les rapports entre les autorités administratives détentrices du pouvoir réglementaire sont assez complexes »⁹⁹⁰. Tandis qu'en France, ce rapport est traditionnellement présenté comme un rapport de concurrence et a par conséquent été à l'origine de vives controverses doctrinales, en Allemagne, règlements étatiques et règlements locaux semblent davantage présentés comme étant différents dans leurs régimes et dans leurs objets, les collectivités locales pouvant de surcroît elle-même édicter des règlements « étatiques ».

A. La variation de l'étendue du pouvoir réglementaire local face au pouvoir réglementaire national en France

La Constitution française répartit le pouvoir réglementaire entre plusieurs titulaires. Conformément à son article 21, elle attribue tout d'abord au Premier ministre un pouvoir réglementaire général en vue d'assurer l'exécution des lois, sous réserve des dispositions de l'article 13 relatives aux compétences du Président de la République. Mais, aux termes de l'article 72, elle confie également aux collectivités locales un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences. Dès lors se pose la question de l'étendue respective de ces deux pouvoirs. Plus exactement, il s'agit de s'interroger sur la concurrence possible entre pouvoir réglementaire local et pouvoir réglementaire national dans le cas précis où ce dernier interviendrait en vue d'exécuter une loi relative aux compétences des collectivités locales⁹⁹¹.

Pour répondre à cette question, il importe tout d'abord de distinguer deux types de règlement : celui « pris en exécution de la loi » et celui « pris en application de la loi ».

⁹⁹⁰ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens, op. cit.*, p. 286. Cette question se pose d'ailleurs non seulement vis-à-vis des collectivités locales, mais plus généralement de l'ensemble des structures administratives dotées d'un tel pouvoir, ce qui inclut la question du pouvoir réglementaire des autorités de régulation indépendantes. À ce sujet, voir l'étude comparative dirigée par MM. Gérard Marcou et Johannes Masing : G. MARCOU, J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2011.

⁹⁹¹ V. sur le rapport entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

Tandis que le premier « complète et fixe les modalités d'application de la loi, fait matériellement corps avec les dispositions législatives pour les rendre applicables », le second « applique dans des situations déterminées les dispositions législatives éventuellement complétées »⁹⁹². Il est alors possible d'envisager à la lumière de la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel trois hypothèses successives en fonction desquelles l'étendue du pouvoir réglementaire pourra varier, cette variation résultant du « degré de précision de la loi d'habilitation et de l'intervention éventuelle du pouvoir réglementaire national »⁹⁹³.

Dans le premier cas, la loi transfère aux autorités locales l'exercice de compétences et confie expressément au pouvoir réglementaire national le soin de déterminer les modalités d'exécution de la loi. Le pouvoir réglementaire local est alors dit n'être que « résiduel »⁹⁹⁴ et sera subordonné au règlement national d'exécution de la loi⁹⁹⁵. Ce dernier ne pourra cependant ni créer d'obligation nouvelle à la charge des collectivités, ni aggraver une obligation existante, pareille compétence relevant du seul pouvoir législatif⁹⁹⁶.

Dans le second cas, la loi transfère aux autorités locales l'exercice de compétences sans qu'il ne soit explicitement renvoyé au règlement étatique le soin de déterminer les modalités d'exécution de la loi dont les dispositions sont suffisamment précises pour être immédiatement applicables. Dans ce cas, le Conseil d'État a pu considérer que les collectivités locales peuvent prendre des règlements en application de la loi. Elles sont compétentes à agir sans qu'un règlement étatique d'exécution de la loi ne soit nécessaire⁹⁹⁷. Cette solution n'appelle pas de remarque particulière.

⁹⁹² O. JOUANJAN, « Note sous Conseil d'État, avis, 20 mars 1992, Préfet du Calvados », *JCP*, éd. G. 1993, II, p. 22100.

⁹⁹³ L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 530 ; voir également B. FAURE, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2005, n°19, p. 119-122 ; B. FAURE, *Droit des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 505-508 ; A. HAQUET, « La fausse concurrence du Premier Ministre et des autorités territoriales pour l'exécution des lois », *Revue Pouvoirs locaux*, n°86, 2010, p. 102-106 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 29-31.

⁹⁹⁴ CE, 27 novembre 1992, *Fédération intercommunale CFDT et autres*, req. n°129600 ; *RFDA*, 1994, p. 770. Sur cette qualification : L. FAVOREU, « Libre administration et principes constitutionnels », *op. cit.*, p. 66.

⁹⁹⁵ V. CE, 1^{er} avril 1996, *Département de la Loire*, req. n°141958 (contentieux relatif aux exigences posées par un décret et applicables aux qualifications des personnels en charge de la protection maternelle et infantile).

⁹⁹⁶ V. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

⁹⁹⁷ CE, Assemblée, 2 décembre 1994, *Commune de Cuers*, req. n°148121, *Rec. Leb.*, p. 522 ; CE, Assemblée, 2 décembre 1994, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du Nord*, req. n°147962, *Rec. Leb.*, p. 530. Il s'agissait dans ces deux espèces d'un contentieux relatif à l'attribution de logement de fonction. Le Conseil d'État juge que les collectivités locales pouvaient, sous réserve du respect d'un certain plafond et d'une certaine

Plus difficile en revanche est la question de savoir si, dans un tel cas, le pouvoir réglementaire national est habilité à intervenir ? En effet, en l'espèce, une telle intervention n'est, premièrement, pas constitutionnellement nécessaire en raison du caractère suffisamment circonstancié des dispositions législatives et, deuxièmement, nullement souhaitée par le législateur qui ne l'a pas prévue et a transféré aux seules autorités locales la compétence de prendre des règlements en application de ladite loi. Il nous semble dès lors cohérent de considérer que le pouvoir réglementaire national ne peut empiéter dans le domaine du règlement local. Une telle intervention est contraire à l'objectif de la loi, le législateur ayant délibérément précisé les dispositions de la loi afin de la rendre directement applicable par les collectivités locales auxquelles il a choisi d'accorder une plus grande autonomie⁹⁹⁸. En bref, le règlement étatique est ici nullement requis d'un point de vue constitutionnel et s'avère contraire à l'objectif décentralisateur de la loi. À partir du moment où un décret n'est constitutionnellement pas nécessaire afin d'exécuter la loi, l'intervention du pouvoir réglementaire national doit être exclue car elle aboutirait à recentraliser une compétence que le législateur a au contraire voulu décentraliser. Comme le note justement Bertrand Faure, « en s'interposant, le gouvernement, comme toute autre administration, commettrait une incompétence »⁹⁹⁹. Tout autre conclusion conduirait sinon à voir dans l'article 21 de la Constitution une habilitation accordée au Premier ministre « d'empiéter en toute circonstance sur les compétences réglementaires » confiées aux collectivités locales¹⁰⁰⁰. Une telle solution serait par conséquent abusive au regard de la compétence initiale et

équivalence (principe dit de « parité ») entre les agents des diverses fonctions publiques, fixer une liste d'emplois ouvrant à logement de fonction en application de la loi du 28 novembre 1990 sans que l'édiction par les autorités de l'État d'un texte réglementaire, qu'elles ne prévoient d'ailleurs pas, soit nécessaire. Sur ces arrêts, voir notamment B. FAURE, « Le logement de fonction dans la fonction publique territoriale. Toujours à propos du pouvoir réglementaire local », *RFDA*, 1996, p. 105. Voir de façon plus récente : CE, 2 octobre 2009, *Département de Seine Saint-Denis*, req. n°312900 (pour un exemple de contentieux en matière d'horaires de travail et d'obligations de service des membres de la fonction publique territoriale).

⁹⁹⁸ Dans ce sens critique, v. également B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 506-507 ; P. JAN, *Institutions administratives*, *op. cit.*, p. 67-68.

⁹⁹⁹ B. FAURE, « Le logement de fonction dans la fonction publique territoriale. Toujours à propos du pouvoir réglementaire local », *op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 105. Dans le sens d'une faculté donnée au pouvoir réglementaire national d'intervenir en toutes circonstances : J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Conclusions du Commissaire du Gouvernement sous les arrêts du CE, Assemblée, 2 décembre 1994, Commune de Cuers et préfet de la région Nord-Pas-de-Calais », *Cahiers de la fonction publique*, Mars 1995, p. 23 et s. ; voir également à propos du régime indemnitaire et du temps de travail dans la fonction publique territoriale : CE, 9 octobre 2002, *Fédération des personnels des services des départements et des régions CGT-FO et Fédération nationale Interco-CFDT*, req. n°238461, *AJDA*, 2002, note de M.C. de MONTECLER, p. 1404.

supérieure du législateur. En outre, interdire au pouvoir réglementaire étatique d'intervenir ne revient nullement à empêcher le Premier Ministre d'exercer sa compétence d'exécution des lois étant donné que les dispositions législatives en question sont déjà suffisamment précises. En résumé, dans un tel cas, l'exercice du pouvoir réglementaire national est sans objet.

Dans le troisième et dernier cas, la difficulté provient du fait qu'en dépit de dispositions législatives insuffisamment précises pour être immédiatement applicables, le législateur n'habilite pas explicitement le pouvoir réglementaire national, ni ne renvoie expressément aux collectivités locales le soin de mettre en œuvre la loi. Dans cette situation, il ne fait aucun doute que le Premier Ministre est habilité par la Constitution à intervenir en vue d'exécuter la loi. Il peut donc compétemment agir, à condition toutefois de ne pas créer d'obligations nouvelles à la charge des collectivités ni d'aggraver une obligation existante, à l'instar du premier cas.

La question qui à cet égard se pose est de savoir si une telle intervention du règlement national est une condition de validité requise pour l'édiction de règlements locaux ou si ceux-ci peuvent être également pris afin de mettre en œuvre la loi, étant admis que la loi concerne le domaine de compétences des collectivités locales. Confronté à cette question, le Conseil d'État a jugé, à raison, que l'organe délibérant d'une collectivité locale ou d'un établissement compétent pour exercer les services de cette collectivité ou de cet établissement pouvait régulièrement fixer les règles d'application de la loi dès lors que le législateur n'a pas renvoyé à un décret le soin de préciser ces modalités¹⁰⁰¹. Ceci revient donc à accorder, dans ce cas précis et dans les limites indiquées, un pouvoir réglementaire d'exécution de la loi aux collectivités locales, pouvoir certes subsidiaire mais justifié en vertu de l'autonomie normative constitutionnellement accordée aux collectivités locales qui inclut l'opportunité de prendre de telles initiatives¹⁰⁰².

Cette interprétation nous semble du reste s'accorder avec les deux exigences posées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel relativement au pouvoir réglementaire local. Le juge constitutionnel français rappelle en premier lieu que « le pouvoir réglementaire dont dispose

¹⁰⁰¹ CE, 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, req. n° 40756, *RFDA*, 1989, p. 368.

¹⁰⁰² Dans un sens contraire et favorable à n'accorder aux collectivités locales d'adopter « des règlements en application de la loi » et non des « règlements d'exécution de la loi » : O. JOUANJAN, « Note », *op. cit.*, p. 22100. Un autre fondement parfois envisagé vise à faire reposer le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales sur le pouvoir de régler l'organisation et le fonctionnement du service reconnu dans la jurisprudence du CE, 7 février 1936, *Jamart*, req. n° 43321.

une collectivité territoriale dans le respect des lois et des règlements ne peut s'exercer en dehors du cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi et ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de mettre en cause le pouvoir réglementaire d'exécution des lois que l'article 21 de la Constitution attribue au Premier ministre sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République par l'article 13 de la Constitution »¹⁰⁰³. À cette première condition constitutionnelle, le Conseil constitutionnel ajoute qu'un tel pouvoir réglementaire ne peut porter sur les conditions essentielles de mise en œuvre de droits et libertés fondamentaux¹⁰⁰⁴, comme nous l'avons vu précédemment.

En définitive, il ressort de cette vue d'ensemble que le règlement local a un caractère subordonné, subsidiaire et résiduel dans les cas où un règlement étatique d'exécution des lois est régulièrement édicté. Ceci revient certainement à précariser dans certains cas les initiatives réglementaires des collectivités locales, mais la compétence du règlement étatique n'est cependant pas illimitée¹⁰⁰⁵. Du reste, il importe également de relever que les règlements étatiques et les règlements locaux visent des objets différents, ce qui conduit à réduire en pratique les cas de concurrence : tandis que les seconds sont généralement pris en application de la loi, les premiers eux sont censés en déterminer les modalités d'exécution.

B. L'absence de concurrence entre règlement étatique et règlement local en droit allemand

En droit allemand, les règlements locaux doivent être conformes aux règlements étatiques¹⁰⁰⁶. À la différence de la situation française, les rapports entre règlements étatiques et règlements locaux semblent cependant moins marqués par la précarité des seconds face aux premiers. Ceci s'explique par plusieurs raisons touchant à la structure fédérale de l'État allemand, aux domaines respectifs de compétences de ces deux types de règlements mais

¹⁰⁰³ Décision n°2001-454 DC du 21 janvier 2001, *Loi relative à la Corse* (cons. 11). On peut néanmoins considérer qu'en dépit du fait que le Conseil dans cette décision affirmait que le pouvoir réglementaire dont dispose une collectivité territoriale s'exerce « dans le respect des lois *et des règlements* », la révision constitutionnelle de 2003 n'a revanche pas repris cette restriction, l'article 72 alinéa 3 modifié se bornant à n'évoquer que la loi.

¹⁰⁰⁴ Voir par exemple la décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (cons. 25).

¹⁰⁰⁵ Dans ce sens également B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 507 ; dans un sens différent : L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 173-175, p. 238-240 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 27-31.

¹⁰⁰⁶ V. M. HEINTZEN, « Das Rangverhältnis von Rechtsverordnung und Satzung », *Die Verwaltung*, n°29, 1996, p. 17-46 ; M. BURGI, *Kommunalrecht, op. cit.*, p. 210-211.

également à la méfiance, liée à l'histoire allemande, vis-à-vis du pouvoir réglementaire étatique.

La forme fédérale de l'État allemand est un premier facteur pouvant servir à expliquer l'absence de concurrence entre les règlements locaux et les règlements étatiques. D'un point de vue organique, le fédéralisme allemand se caractérise par la faiblesse des structures administratives étatiques propres au niveau local. Par conséquent, la démultiplication fonctionnelle des collectivités locales est incomparablement plus développée en Allemagne qu'en France où l'administration étatique dite « déconcentrée » demeure encore assez forte¹⁰⁰⁷. Or, il en résulte que les collectivités locales allemandes agissent bien plus régulièrement au nom et pour le compte de l'État et peuvent, à ce titre, également être chargées de l'adoption de « règlement étatique » dont la validité ne s'étend cependant qu'au territoire de la collectivité locale. C'est par exemple le cas en droit de la police administrative ou en droit de l'environnement¹⁰⁰⁸. Ainsi, l'absence d'une séparation organique aussi stricte que dans le système français contribue certainement à ce que les rapports entre règlements étatiques et règlements locaux soient en Allemagne moins marqués par la précarité des seconds face aux premiers qu'en France¹⁰⁰⁹. De même, les objets de ces deux règlements sont distincts : tandis que les premiers sont adoptés en vue de régler des compétences étatiques exercées par les collectivités locales, les seconds sont pris en vue de régler des compétences propres de la collectivité locale¹⁰¹⁰.

Par ailleurs, il est fréquent de relever que le droit constitutionnel français, *a fortiori* depuis l'entrée en vigueur de la V^e République, et le droit constitutionnel allemand tel que l'organise la Loi fondamentale se distinguent assez fortement l'un de l'autre au regard de la place respective qu'ils accordent aux compétences du pouvoir exécutif¹⁰¹¹. Ceci vaut également dans le domaine des règlements étatiques qui ont, depuis l'entrée en vigueur de la Loi

¹⁰⁰⁷ Sur cette démultiplication fonctionnelle, v. *supra* Partie 1, Titre 2, chapitre 1 et *infra* Partie 2, Titre 1, chapitre 1.

¹⁰⁰⁸ V. H.C. RÖHL, « Kommunalrecht », in F. SCHOCH (dir.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlin, De Gruyter, 2013, 15^{ème} éd., p. 84.

¹⁰⁰⁹ V. F. OSSENBÜHL, « Satzung », *op. cit.*, p. 372-373. V. également H. MAURER, *Droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 64-68 et 76-77.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 66 ; F. OSSENBÜHL, « Satzung », *op. cit.*, p. 356.

¹⁰¹¹ V. sur cette prééminence, de façon indirectement comparative : O. JOUANJAN, « Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts : Frankreich », in A. v. BOGDANDY, P. CRUZ VILLALON, P. M. HUBER (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. 1, Heidelberg, C.F. Müller, 2007, p. 95-199.

fondamentale, une importance sensiblement moindre en droit allemand qu'en droit français. Deux causes paraissent plus particulièrement déterminantes à expliquer cette faiblesse.

La première résulte de l'incompatibilité classique entre le principe de séparation des pouvoirs et l'attribution d'un pouvoir autonome à l'exécutif. L'attribution d'un pouvoir normatif général et abstrait aux organes exécutifs entre, dans la conception prévalant en Allemagne depuis 1949, en contrariété avec le principe de séparation des pouvoirs conformément auquel un tel pouvoir normatif n'est censé ne revenir qu'au législateur¹⁰¹². Outre ce premier argument théorique assurément important, la méfiance à l'endroit du pouvoir réglementaire étatique semble avant tout procéder de l'expérience historique de la dictature nazie et du « discrédit » affectant le pouvoir réglementaire étatique à la suite des usages abusifs qui en ont été faits « sous la République de Weimar et surtout après la loi d'habilitation du 24 mars 1933 »¹⁰¹³.

Or, comme le note justement Christian Autexier, cette hostilité du constituant à l'égard du pouvoir réglementaire étatique a en revanche épargné les règlements locaux. Pour la Cour constitutionnelle fédérale, il existe en effet une différence considérable entre ces deux types de règlements. Les règlements locaux sont, nous l'avons vu, des actes à caractère général et abstrait pris par l'assemblée délibérante et démocratiquement légitimée des collectivités locales, dans le cadre de l'autonomie normative qui leur est confiée par la Constitution et applicables à un territoire limité. Reprenant la formule employée en doctrine pour les qualifier, il s'agit d'actes « autonomes »¹⁰¹⁴. Les règlements étatiques sont en revanche des actes « hétéronomes », c'est-à-dire des énoncés contenant des règles générales et abstraites mais qui ne sont pas adoptés par leurs destinataires ou leurs représentants, mais par une administration étatique bureaucratique, hiérarchiquement organisée, soumise au pouvoir exécutif. Dès lors, poursuit la Cour dans sa décision du 9 mai 1972, « le besoin de contenir un pouvoir qui tente de faire exécuter des règles pratiques (...) au prix de la liberté des citoyens,

¹⁰¹² V. H. MAURER, *Droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 64-65.

¹⁰¹³ C. AUTEXIER, *Droit public allemand*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰¹⁴ F. OSSENBÜHL, « *Satzung* », *op. cit.*, p. 372. Voir également E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 217-235 ; F. FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 48-57.

est, ainsi que l'a démontré l'histoire, incomparablement plus prononcé »¹⁰¹⁵ dans le cas des règlements étatiques que dans le cas des règlements locaux.

Ceci explique enfin que les conditions de validité des règlements étatiques diffèrent de celles applicables aux règlements locaux¹⁰¹⁶. Les règlements étatiques doivent être spécifiquement habilités par une loi conformément à l'article 80 de la Loi fondamentale. Ceci vaut tout autant pour les règlements étatiques fédéraux que les règlements étatiques fédérés, les constitutions fédérées contenant dans l'ensemble des dispositions similaires à celles de la Loi fondamentale à ce sujet¹⁰¹⁷. Alors qu'il avait été envisagé de soumettre l'ensemble des règlements à cette condition, la Cour constitutionnelle a refusé et continue de refuser de faire appliquer par analogie ce régime aux règlements locaux. Pour ces derniers, une habilitation législative générale comme une clause de compétence générale contenue dans le code des collectivités locales d'un État fédéré suffit à les rendre valides, à moins que le règlement local en cause ne porte atteinte à des droits fondamentaux. Dans ce cas, une loi d'habilitation formelle et spécifique est requise¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ Voir la décision précitée sur les médecins spécialistes de 1972 : BVerfGE 33, 125 (157). Sur la jurisprudence précédente : décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 2 mai 1961, BVerfGE 12, 319 (325) ; décision du 13 et 14 juillet 1965, BVerfGE 19, 253 (267) ; décision du 21 décembre 1966, BVerfGE 21, 54 (62) ; décision du 23 février 1972, BVerfGE 32, 346 (360).

¹⁰¹⁶ V. M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 201-202.

¹⁰¹⁷ Voir en français : H. MAURER, *Droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 351-358.

¹⁰¹⁸ V. H. SCHOLLER, J. SCHOLLER, « Kommunale Rechtsetzung », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, *op. cit.*, p. 553-554 ; H. DREIER, « Art. 28 », *op. cit.*, p. 742-743 ; F. OSSENBÜHL, « Satzung », *op. cit.*, p. 367 ; A. GERN, C. BRÜNING, *Deutsches Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 355.

Section 2 : Unité et décentralisation du pouvoir législatif

Il est assurément peu de sujet où la France et l'Allemagne sont aussi volontiers présentées comme étant plus opposées l'une à l'autre que celui relatif à la forme de l'État. Ceci se vérifie avec encore plus d'acuité au regard de l'attribution du pouvoir législatif à des collectivités infra-étatiques. Cette décentralisation du pouvoir législatif conduit à une différenciation territoriale des règles législatives communément applicables, ou, pour reprendre l'expression employée par Hans Kelsen à ce propos, à des variations du « domaine de validité spatiale des normes » législatives¹⁰¹⁹.

D'un côté, le caractère unitaire de l'État français a durant de longues années été notoirement associé au mythe de l'uniformité de la loi¹⁰²⁰. Expression du principe d'indivisibilité de l'État, ce mythe repose sur une conception stricte du principe d'égalité juridique. Plus exactement, il vise à garantir une égalité dans les conditions d'exercice des droits fondamentaux, afin que chaque individu, qu'elle que soit sa situation personnelle et territoriale, bénéficie des mêmes droits que tous les autres. En ce sens, il découle *in fine* de l'idée fortement et traditionnellement ancrée dans la pensée politique française d'universalisme républicain¹⁰²¹ et d'unitarisme¹⁰²².

De l'autre côté, la décentralisation du pouvoir législatif est généralement présentée comme étant intrinsèquement liée au fédéralisme comme forme d'État. Elle serait par ailleurs constitutive de l'identité constitutionnelle de l'Allemagne. En atteste le fait que l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale interdit toute révision de la Loi fondamentale qui remettrait en cause l'organisation fédérale de la République allemande et porterait atteinte au principe

¹⁰¹⁹ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 163-19 ; H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, p. 608-619.

¹⁰²⁰ À propos de ce mythe : L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 551 ; v. également B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 75-91 et p. 578-579.

¹⁰²¹ Sur cette évolution générale : O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Paris, Economica, 2004.

¹⁰²² V. O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France : histoire d'un concept impensable », *op. cit.*, p. 7-82 ; O. BEAUD, « Aperçus sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *op. cit.*, p. 165-204. Voir sur l'unitarisme en France *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

du concours des Länder à la législation. Cet attachement au fédéralisme résulterait en vérité de la réminiscence de la formation tardive de l'Allemagne en tant qu'État-nation¹⁰²³.

Or, l'étude de la façon dont est prise en compte la diversité territoriale dans les législations française et allemande contribue à tempérer et affiner ces deux présentations parallèles, qui d'ailleurs, en creux, se répondent mutuellement en tant que types idéaux construits en opposition l'un à l'autre. Nous étudierons donc dans un premier temps la différenciation du domaine de validité territoriale des règles législatives en France (§1) avant d'envisager de façon comparée comment est organisée cette différenciation en Allemagne (§2).

§1 : Uniformité de la loi et différenciation du domaine de validité territoriale des normes législatives en France

On peut distinguer deux techniques permettant de faire varier la portée territoriale des règles législatives applicables aux collectivités locales. Dans le premier cas, le législateur national y procède au moyen de lois nationales qui valent de façon variable sur le territoire (A). Dans le second cas, il habilite les collectivités locales à intervenir directement dans le domaine législatif et les autorise ainsi à poser, dans leur ressort territorial respectif, des normes qui dérogeront aux règles législatives nationales en principe applicables (B).

A. Les variations du domaine de validité spatiale de la législation nationale

La différenciation du domaine de validité territoriale des règles législatives poursuit généralement deux objectifs. Le premier vise à prendre en compte les particularismes locaux. Ancienne, cette préoccupation conduit à adapter la législation nationale à des spécificités historiques ou politiques en créant des exceptions aux règles du droit commun (I). Le second objectif est, lui, apparu de façon plus récente et vise à procéder à des expérimentations de politique publique qui, en cas de succès, auront en principe vocation à être généralisées à l'ensemble du territoire (II.)

¹⁰²³ V. V. R. KOSELLECK, « Structures fédérales de l'histoire allemande », *op. cit.*, p. 159-175 ; J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 9-10 ; R. BARTSPERGER, « Das Verfassungsrecht der Länder in der gesamtstaatlichen Verfassungsordnung », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 6, Heidelberg 2008, 3^{ème} éd., § 128, p. 231-257.

I. L'adaptation des règles nationales aux particularismes locaux

Le phénomène de « territorialisation du droit » n'est pas spécifique au fédéralisme¹⁰²⁴. Il n'y a ici qu'à se référer à la distinction entre le droit des pays d'État et ceux de pays d'élection durant l'Ancien Régime¹⁰²⁵ ou à la procédure de publication des actes royaux par les cours de Parlement d'Ancien régime – procédure dite d'enregistrement – en vertu de laquelle lesdits actes obtenaient valeur obligatoire pour s'en convaincre¹⁰²⁶. Même à la suite de la Révolution française, le droit français a continué d'organiser une différenciation du domaine de validité territoriale des règles législatives en dépit de l'affirmation de l'indivisibilité et de l'unité du Royaume puis de la République. En atteste « le vieux principe colonial de la spécialité législative en vertu duquel une loi n'est applicable que si elle en fait la mention expresse et après avoir été promulguée localement »¹⁰²⁷.

Quoi qu'il en soit pour le passé, ce mythe de l'uniformité ne résiste en tout état de cause nullement à l'analyse du droit positif. C'est ce qu'a résumé Louis Favoreu dans sa désormais célèbre formule selon laquelle la France est un « État pluri-législatif »¹⁰²⁸. Par cette formule, Louis Favoreu souligne que le législateur peut parfaitement adapter le domaine de validité spatiale des lois aux spécificités locales en limitant l'application de la législation à certaines portions du territoire, sans nécessairement encourir pour ce motif la censure du Conseil constitutionnel. L'unité de la source normative primaire qu'est la loi dans un État unitaire n'oblige donc nullement à l'uniformité¹⁰²⁹.

¹⁰²⁴ J.-B. AUBY, *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, p. 15-26. ; J. CAILLOSSE, *Les « mises en scènes » juridiques de la décentralisation*, *op. cit.*, p. 77-94 ; L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 509-514 ; C. GALLO, « Recherches sur la territorialisation du droit », *Jurisdoctrina*, 2013, n°10, p. 22-45.

¹⁰²⁵ Voir notamment F. BURDEAU, *Histoire de l'administration française du 18^e au 20^e siècle*, *op. cit.*, p. 31-36.

¹⁰²⁶ D. LE BÉGUEC, « Publication », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1275.

¹⁰²⁷ L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 551. Voir également E. BROSSET, « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC*, 2004, p. 701-703. Sur le principe d'assimilation juridique : F. RÉGENT et al. (dir.), *Les colonies, la Révolution française, la loi*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014 ; J.-P. PASTOREL, « Le principe d'égalité en outre-mer », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, 2012, p. 73-93.

¹⁰²⁸ L. FAVOREU, « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in P. BON et al. (dir.), *La Nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, 1983, p. 20 ; L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 552-553.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, p. 551.

Preuve de cette diversité souvent méconnue, certaines règles législatives voire constitutionnelles ne s'appliquent pas à l'ensemble du territoire. C'est par exemple le cas de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'État et du principe constitutionnel de laïcité en Alsace-Moselle¹⁰³⁰. Alors que le principe de laïcité implique que la puissance publique ne salarie aucun culte, le Conseil constitutionnel admet qu'il soit dérogé à cette interdiction dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. Il justifie cette dérogation au motif que la Constitution n'a pas entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République et relatives à l'organisation de certains cultes¹⁰³¹. Par conséquent, la rémunération de ministres du culte protestant prévue par la loi du 18 germinal an X est jugée conforme à la Constitution. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs déjà eu l'occasion de se prononcer dans une décision précédente sur la constitutionnalité de l'adaptation des règles législatives nationales aux spécificités de ces trois départements. Il avait alors décidé qu'il existe une règle à valeur constitutionnelle en la forme d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, en vertu de laquelle « des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur »¹⁰³². Toutefois, insiste le Conseil, « ce principe doit aussi être concilié avec les autres exigences constitutionnelles » et les différences de traitement doivent ne doivent ni accrues, ni leur champ d'application élargi.

II. L'expérimentation de transferts de compétences

Outre cette recherche tendant à adapter le mieux possible la législation nationale aux particularismes locaux afin de la rendre plus efficace ou plus légitime, le législateur a également pu être tenté de procéder à des expérimentations normatives. Définie de façon générale, l'expérimentation normative consiste à éprouver l'efficacité d'une politique publique déterminée, pour une durée limitée, sur un territoire précis, en vue, à l'expiration du délai fixé, d'évaluer l'intérêt de l'innovation proposée et en cas de succès de la pérenniser

¹⁰³⁰ V. J.-F. FLAUSS, « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP*, 1992, p. 1625-1685. Voir de façon plus générale sur l'application de la laïcité dans l'Empire français : R. ACHI, « Les débats sur l'application du régime de séparation à l'Islam impérial », in P. WEIL (dir.), *Politique de la laïcité au XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, p. 237-263.

¹⁰³¹ Décision n°2012-297 QPC du 21 février 2013 (cons. 6).

¹⁰³² Décision n°2011-157 QPC du 5 août 2011 (cons. 4).

voire de l'appliquer à l'ensemble du territoire¹⁰³³. Déjà ancienne, cette technique législative et réglementaire s'est toutefois fortement développée à partir des années 1990, en particulier dans le sillon des théories dites de la « nouvelle gestion publique »¹⁰³⁴. Elle a donné lieu à toute une réflexion scientifique, autant dans les sciences juridiques, administratives et politiques, autour des atouts, des inconvénients et des limites de telles expérimentations normatives¹⁰³⁵.

Dans le cas français, cette possibilité a été intégrée dans la Constitution à la faveur de la révision du 28 mars 2003¹⁰³⁶. On distingue depuis cette révision entre deux types d'expérimentation : les « expérimentations-transferts » et les « expérimentations-dérogrations ». La portée de ces dernières étant bien plus considérable, elles seront par conséquent traitées plus loin. Les « expérimentations-transferts » sont prévues à l'article 37-1 de la Constitution. Elles permettent à la loi ou au règlement de « comporter pour un objet et une durée limitée des dispositions à caractère expérimental ». Déjà pratiquées avant la révision de 2003, ces expérimentations ne sont pas réservées aux collectivités locales, mais peuvent servir à transférer à certaines d'entre-elles des compétences spéciales. Parmi les matières depuis transférées, on compte par exemple la gestion des fonds structurels européens, le développement économique, le transfert des aéroports, la gestion de l'organisation scolaire ou l'entretien du patrimoine¹⁰³⁷.

Dans son contrôle des lois organisant de telles expérimentations, le Conseil constitutionnel prend classiquement soin de vérifier tout d'abord que le législateur a défini de façon suffisamment précise l'objet et les conditions des expérimentations en cause. En outre, il veille à ce que les dispositions de la loi contrôlée ne méconnaissent « aucune autre exigence

¹⁰³³ V. F. CROUZATIER-DURAND, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative », *RFDC*, 2003, p. 675-695 ; B. FAURE, « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mouvements du droit public, Mélanges en l'honneur de Frank Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 165 et s ; J. CAILLOSSE, *Les « mises en scènes » juridiques de la décentralisation, op. cit.*, p. 91-92.

¹⁰³⁴ S. KUHLMANN, *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa, op.cit.*, p. 43-48 et pour une approche comparée : p. 199-253 ; M. RUFFERT, « The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project », in M. RUFFERT (dir.), *The Transformation of Administrative Law in Europe / La mutation du droit administratif en Europe*, Munich, Sellier, 2007, p. 28-29.

¹⁰³⁵ V. C. ATIAS, « L'expérimentation juridique : y a-t-il des expériences juridiques cruciales ? », in P. AMSELEK, (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 129-144.

¹⁰³⁶ V. sur ces compétences expérimentales : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 643-648.

¹⁰³⁷ Par exemple, art. 28-IV de la loi n°2004-809 13 août 2004.

de valeur constitutionnelle »¹⁰³⁸. Cette limite a généralement été interprétée dans la doctrine française comme signifiant que de telles expérimentations ne pouvaient porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis¹⁰³⁹.

B. Les dérogations par le droit local aux lois nationales

Outre ce premier type de variation dans la portée territoriale des règles législatives, le droit constitutionnel français autorise depuis la révision constitutionnelle de 2003 un second type de variation du domaine de validité spatiale des normes législatives. Mais à la différence des techniques précédentes, il s'agit ici d'autoriser les collectivités locales à prendre des mesures relevant du domaine de la loi. De telles dérogations aux règles législatives communément applicables résultent du transfert aux collectivités locales, au moyen « d'expérimentations-dérogations », de la compétence d'intervenir dans des matières en principe réservées au législateur national. Hétérodoxes vis-à-vis de la conception traditionnelle de l'État unitaire et *a fortiori* de l'État français, il importe de déterminer les conditions de validité (I) ainsi que la valeur juridique (II) de ces actes locaux expérimentaux.

I. Définition et conditions de validité des « expérimentations-dérogations »

Innovation de la révision constitutionnelle de 2003, les « expérimentations-dérogations » ont été introduites en droit français par l'article 72 alinéa 4 de la Constitution en vue de remédier à la décision du Conseil constitutionnel en 2002 de censurer certaines dispositions de la loi relative à la Corse¹⁰⁴⁰. Le Conseil constitutionnel avait alors jugé que la possibilité offerte à l'Assemblée de Corse de déroger à titre expérimental aux règles législatives en vigueur nécessitait de procéder à une révision de la Constitution. Il faisait alors droit à l'argumentation des requérants pour lesquels cette dérogation portait atteinte, en l'état du droit constitutionnel français, à la souveraineté nationale et à la compétence du législateur¹⁰⁴¹. À la différence des « expérimentations-transferts » de l'article 37-1 de la Constitution, les

¹⁰³⁸ Décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004 (cons. 9). La loi relative aux libertés et responsabilités locales confiait à la région le soin d'élaborer un schéma régional de développement économique.

¹⁰³⁹ V. en ce sens B. FAURE, « Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité », *RFDA*, 2004, p. 1150-1156.

¹⁰⁴⁰ Décision n°01-454 DC du 17 janvier 2002 (cons. 21). Voir pour la jurisprudence précédente les décisions n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 et n° 96-383 DC du 6 novembre 1996 du Conseil constitutionnel.

¹⁰⁴¹ La disposition contestée était le IV du nouvel article L. 4424-2 du code général des collectivités territoriales. Cette disposition portait atteinte aux articles 3 et 34 de la Constitution.

« expérimentations-déroations » permettent désormais au législateur français de déléguer son pouvoir législatif à certaines collectivités locales qui pourront dès lors déroger aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent leurs compétences.

Une telle délégation est cependant strictement encadrée. L'article 72 alinéa 4 de la Constitution dispose que « dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». Les conditions de validité des lois organisant de telles expérimentations ont en outre été spécifiées par la loi organique du 1^{er} août 2003¹⁰⁴².

Sur le fond, l'expérimentation est doublement limitée : elle ne peut être menée que sur un objet déterminé et ne peut pas conduire à mettre en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnel garanti. Sur la forme, la loi organique prévoit que l'expérimentation législative ne peut durer plus de cinq ans¹⁰⁴³. Avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation et au vu de son évaluation, le législateur national peut néanmoins décider de la prolonger ou de la modifier pour une durée qui ne peut cependant excéder trois ans¹⁰⁴⁴. En fin de compte, il peut décider soit de leur abandon, soit du maintien et de la généralisation des mesures prises à titre expérimental, auquel cas il devra ratifier les mesures prises. Est ainsi pris en compte, dans la loi organique, le souci exprimé durant les débats autour de cette réforme de garantir l'uniformité de la législation applicable¹⁰⁴⁵. Certains auteurs ont toutefois avancé l'idée que le législateur pourrait parfaitement contourner l'obligation de généralisation posée dans la loi organique en instaurant un régime de collectivités à statut particulier qui bénéficieraient de façon pérenne et exclusive des compétences législatives ainsi déléguées¹⁰⁴⁶. La constitutionnalité d'une telle option, non prévue par la loi organique, semble néanmoins douteuse en raison du fait qu'elle

¹⁰⁴² Loi organique n° 2003-704 du 1 août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales. Cette loi a été déclarée conforme à la Constitution (décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003).

¹⁰⁴³ Art. LO. 1113-1 CGCT.

¹⁰⁴⁴ Art. LO. 1113-6 CGCT.

¹⁰⁴⁵ V. E. BROSSET, *op. cit.*, p. 720-722.

¹⁰⁴⁶ Dans ce sens E. BROSSET, *op. cit.*, p. 721 ; J.-F. PISSALOUX, « Réflexions sur l'expérimentation normative », *Droit administratif*, n°19, 2003, p. 19.

ne paraît guère conciliable avec la réserve de compétence législative de l'article 34 de la Constitution¹⁰⁴⁷.

Cette interprétation est confirmée par le récent avis du Conseil d'État rendu public le 1^{er} mars 2018¹⁰⁴⁸. Le Conseil d'État avait été saisi à titre consultatif afin de se prononcer d'une part sur la possibilité d'attribuer des compétences différentes à des collectivités relevant d'une même catégorie. Il avait été d'autre part interrogé sur la possibilité d'autoriser des collectivités territoriales à déroger de façon dorénavant durable à des dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. Il a alors estimé que la reconnaissance d'un tel pouvoir de dérogation nécessiterait une révision constitutionnelle¹⁰⁴⁹.

En somme, le rôle du législateur demeure à tout point de vue central¹⁰⁵⁰. Il est tout d'abord juridiquement primaire puisque c'est à lui que revient la décision d'initier une telle délégation législative expérimentale. Il lui est de plus loisible de faire cesser ou de modifier l'expérimentation en cours de route sans que cette décision soit néanmoins menacée d'être jugée irrecevable. À la différence des ordonnances de l'article 38, ni la constitution, ni la loi organique ne prévoit un tel cas d'irrecevabilité, ce qui semble indiquer que le législateur y serait dès lors habilité. C'est enfin, en l'état du droit positif, lui et lui seul qui décide du sort à donner à cette expérimentation. C'est par conséquent à juste titre que la doctrine parle davantage d'un droit pour les collectivités locales « à bénéficier de l'expérimentation » que d'un « droit à l'expérimentation »¹⁰⁵¹.

Il importe néanmoins de souligner que toute collectivité territoriale entrant dans le champ d'application défini par la loi organisant à titre expérimentale une telle dérogation peut demander, par une délibération motivée de son assemblée délibérante, à bénéficier de

¹⁰⁴⁷ V. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 648 ; J. CAILLOSSE, *Les « mises en scènes » juridiques de la décentralisation, op. cit.*, p. 214.

¹⁰⁴⁸ CE, Assemblée générale, avis sur la différenciation des compétences des collectivités territoriales relevant d'une même catégorie et des règles relatives à l'exercice de ces compétences, 7 décembre 2017, n° 393651 (n°34-41).

¹⁰⁴⁹ Point n°41.

¹⁰⁵⁰ Dans ce sens également, E. BROSSET, *op. cit.*, p. 721 ; O. GOHIN, « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État », *AJDA*, 2003, p. 522-528.

¹⁰⁵¹ Reprenant et interrogeant la concrétisation de cette ambition de créer un « droit à l'expérimentation » qui puisse être opposable : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 646 ; L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 552. Ces auteurs parlent à juste titre davantage d'un « droit de l'expérimentation » qu'un « droit à l'expérimentation ». V. également J.-F. BRISSON, « Nouvelles clés constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA*, 2003, p. 536 ; E. BROSSET, *op. cit.*, p. 720.

l'expérimentation mentionnée par cette loi ¹⁰⁵². Sa demande est ensuite transmise au représentant de l'État qui l'adresse, accompagnée de ses observations, au ministre chargé des collectivités territoriales. Le Gouvernement vérifie alors que les conditions légales sont correctement remplies et publie, par décret, la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation. Autrement dit, la compétence du Gouvernement est dite « liée » en ce sens qu'il ne peut refuser par opportunité à une collectivité locale le droit de bénéficier de l'expérimentation si celle-ci remplit les conditions nécessaires et suffisantes énoncées par la loi pour y participer. Ceci différencie, comme nous le verrons, les expérimentations du droit français de celles du droit allemand.

II. Valeur juridique des actes locaux expérimentaux

Reste à déterminer la valeur juridique des actes locaux pris dans le cadre d'une telle expérimentation législative. Bien que matériellement législatifs, la doctrine française les assimile à des actes administratifs ¹⁰⁵³. Au soutien de cette qualification est généralement invoqué le fait que le contentieux juridictionnel de ces actes ne relève pas du Conseil constitutionnel, mais de la compétence du juge administratif. Par ailleurs, en amont d'un éventuel contrôle juridictionnel, la régularité juridique de ces actes est contrôlée par le représentant de l'État à qui ils doivent être obligatoirement transmis ¹⁰⁵⁴. Ce dernier exerce son pouvoir de surveillance sur ces actes et peut en cas de doute saisir le juge administratif en assortissant, de plus, son recours d'une demande de suspension. L'acte contesté cesse alors de produire ses effets jusqu'à ce que le tribunal administratif ait statué sur cette demande ¹⁰⁵⁵. Autrement dit, les contrôles administratif et juridictionnel de la régularité juridique des actes locaux expérimentaux sont confiés aux mêmes organes en charge de la surveillance et du contentieux des décisions administratives locales ¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵² Art. LO. 1113-2 CGCT.

¹⁰⁵³ V. notamment dans ce sens : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 645 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 175 ; F. CROUZATIER-DURAND, « L'expérimentation, pâle illustration du pouvoir normatif local », *Pouvoirs locaux*, n°86, 2010, p. 97-101 ; E. BROSSET, op. cit., p. 725-739 ; O. GOHIN, M. JOYAU, « L'évolution institutionnelle de la Polynésie française », *AJDA*, 2004, p. 1248 ; O. GOHIN, « Pouvoir législatif et collectivités locales », in *Les collectivités locales : mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 177-193, en particulier p. 189-193.

¹⁰⁵⁴ Art. LO. 1113-3 CGCT.

¹⁰⁵⁵ Art. LO. 1113-4 CGCT.

¹⁰⁵⁶ Voir *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

Néanmoins, déduire de cet agencement la valeur administrative des actes locaux expérimentaux nous semble tout aussi infondé que de déduire leur valeur législative du fait qu'ils doivent faire l'objet d'une publication au Journal officiel de la République française, à l'instar des lois parlementaires. Il est tout à fait envisageable que le juge administratif se situe dans un cas de démultiplication fonctionnelle, assumant une compétence relevant généralement d'un autre organe ou assumant simplement plusieurs types de compétences distinctes. C'est par exemple le cas du Conseil constitutionnel qui est compétent en matière de contrôle de constitutionnalité des lois et de contentieux électoral. Par conséquent, un tel critère organique est forcément relatif¹⁰⁵⁷.

Bien que les actes locaux expérimentaux soient habilités par la loi à déroger au droit commun et interviennent donc matériellement dans le domaine législatif, ils doivent cependant respecter les limites fixées par la loi d'habilitation qui autorise l'expérimentation. Ils forment donc des actes de concrétisation de cette loi, laquelle est le fondement juridique de leur validité. Autrement dit, les conditions de validité des actes locaux expérimentaux sont posées par la loi d'habilitation. C'est elle qui délègue aux collectivités locales le droit d'intervenir dans un domaine en principe réservé au législateur. D'autre part, les actes locaux expérimentaux doivent plus généralement être conformes aux autres lois. C'est en cela qu'il est pertinent de les qualifier d'actes administratifs.

Limitée, précaire et encore peu pratiquée¹⁰⁵⁸, la délégation législative qu'autorise l'article 72 alinéa 4 n'en est pas moins doublement importante. Elle apporte d'une part la preuve du caractère obsolète du mythe de l'uniformité de la loi. Elle démontre d'autre part qu'il est loisible au législateur d'accroître l'autonomie des collectivités en les autorisant à déroger aux règles législatives de droit commun. À ceci s'ajoute que nous nous sommes ici concentrés sur le cas des collectivités locales de droit commun. Or, le cas de l'outre-mer, dont l'étude exhaustive dépasserait le cadre du présent travail, exige cependant d'être brièvement évoqué car il vient renforcer ce double constat.

¹⁰⁵⁷ Voir sur cette relativité, A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 37. Voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1 sur le relativisme de Merkl, Eisenmann et Kelsen.

¹⁰⁵⁸ On peut citer ici le cas du revenu de solidarité active (art. 142 de la loi n°2006-1666 du 21 décembre 2006 portant Loi de Finances pour 2007) ou d'une loi relative autorisant à moduler la tarification de l'eau en fonction des revenus (art. 18 de la loi n°2013-312 du 15 avril 2013). V. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 645-646.

L'adaptation aux particularismes locaux est en effet davantage poussée en matière de législation applicable aux collectivités d'outre-mer. Ainsi, l'article 73 accepte que dans certaines matières, ces collectivités adaptent les lois et les règlements à « leurs caractéristiques et contraintes particulières », cette faculté devant cependant faire l'objet d'une habilitation par la loi ou le règlement en cause. Surtout, cette médiation par la loi ordinaire disparaît dans le cas des lois de pays que le Congrès de Nouvelle-Calédonie est habilité à adopter suite à la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998¹⁰⁵⁹. Cette habilitation introduit une forme de compétence législative concurrente à celle du législateur national, remettant en cause l'unité du pouvoir normatif pourtant caractéristique de l'État unitaire. Désormais, le Congrès de Nouvelle Calédonie est autorisé à légiférer dans une série de matières¹⁰⁶⁰, ces lois pouvant être déférées au contrôle du Conseil constitutionnel. Si cette forme de remise en cause radicale de l'unité juridique et politique de l'État français demeure certes limitée à la Nouvelle-Calédonie, elle souligne cependant combien la représentation traditionnelle d'un État français unitaire et uniforme nécessite d'être revue et corrigée¹⁰⁶¹.

§2 : Fédéralisme et différenciation du domaine de validité territoriale des normes législatives en Allemagne

Comparé au mythe de l'uniformité de la législation française, le système fédéral allemand est lui, au contraire, associé à l'idée d'une différenciation prononcée du domaine de validité territoriale de la législation. Le fédéralisme est en effet généralement défini comme un système de répartition constitutionnelle des compétences législatives entre la Fédération et les collectivités fédérées. Dans les domaines relevant de la compétence des Länder, il y a par conséquent en Allemagne autant de législations distinctes que d'États fédérés.

Cette différenciation des règles législatives est-elle cependant aussi poussée que ce que suppose cette présentation traditionnelle ? L'attribution d'un pouvoir législatif aux collectivités fédérées a-t-elle des conséquences sur la possible délégation d'un pouvoir législatif aux collectivités locales allemandes ? Pour répondre à ces questions, nous ferons

¹⁰⁵⁹ V. l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, la loi constitutionnelle n°98-610 du 20 juillet 1998 et les lois organiques n°99-209 et n°99-210 du 19 mars 1999 modifiées.

¹⁰⁶⁰ Voir l'art. 99 de la loi organique n°99-209 : il s'agit notamment des domaines de la fiscalité, du droit du travail ou de l'état des personnes. V. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 361-362 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 119-121 et p. 171-173.

¹⁰⁶¹ V. déjà T. MICHALON, « La République française, une fédération qui s'ignore ? », *RDP*, 1982, p. 623-688.

tout d'abord le point sur l'évolution générale du système fédéral allemand (A). Nous nous interrogerons ensuite sur les implications du fédéralisme vis-à-vis de la différenciation du pouvoir législatif et en particulier au regard de l'opportunité d'attribuer aux collectivités locales allemandes un pouvoir d'expérimentation (B).

A. La centralisation progressive du fédéralisme allemand

I. Du fédéralisme paritaire et dualiste au fédéralisme coopératif et unitarisé

Conformément à l'article 30, en lien avec les articles 70, 83 et 104a alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale, le fédéralisme allemand est originellement dit « dualiste »¹⁰⁶². Ceci signifie que les compétences entre le *Bund* et les *Länder* sont organisées sur la base d'un système de séparation interdisant les cas d'administration ou de financement mixte, sauf exception expressément prévue dans la Loi fondamentale¹⁰⁶³. À l'origine, la volonté des rédacteurs de la Loi fondamentale était d'instaurer un fédéralisme paritaire ou du moins équilibré¹⁰⁶⁴. En ce sens, l'article 30 de la Loi fondamentale pose le principe de la compétence des *Länder*, l'exception étant la compétence de la Fédération : « L'exercice des pouvoirs étatiques et l'accomplissement des missions de l'État relèvent des *Länder*, à moins que la présente Loi fondamentale n'en dispose autrement ou n'admette un autre règlement ». Cette compétence de principe signifie qu'en matière législative¹⁰⁶⁵ ou administrative¹⁰⁶⁶, les *Länder* sont censés disposer de la compétence à titre principal.

¹⁰⁶² V. H. BAUER, « Entwicklungstendenzen und Perspektive des Föderalismus in der BRD », *DÖV*, 2002, p. 837-845 ; M. FROMONT, « L'évolution du fédéralisme depuis 1949 », in *Le pouvoir, Mélanges offerts à Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 661-679 ; C. AUTEXIER, *Droit public allemand*, *op. cit.*, p. 94-98.

¹⁰⁶³ Voir J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 111-116. Voir sur l'interdiction des cas d'administration mixte dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, la décision du 21 octobre 1971 *Beförderungssteuer*, BVerfGE 32, 145 (156) ; décision du 4 mars 1975 *Städtebauförderungsgesetz*, BVerfGE 39, 96 (120) ; décision du 10 février 1976 *Strukturförderung*, BVerfGE 41, 291 (311) ; décision du 12 janvier 1983 *Schornsteinfegerversorgung*, BVerfGE 63, 1 (38). De façon plus récente : décision du 20 décembre 2007 *Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften*, BVerfGE 119, 331 (365) ; décision du 7 octobre 2014, *Art. 91e GG*, BVerfGE 137, 108 (143).

¹⁰⁶⁴ V. U. BACHMANN, « Artikel 30 », in H.-P. SCHNEIDER (dir.), *Grundgesetz-Dokumentation*, t. 10, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1996, p. 1-50 ; V. OTTO, *Das Staatsverständnis des Parlamentarischen Rates. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Düsseldorf, Rheinisch-Bergische Druck und Verlagsgesellschaft, 1971 ; M. FROMONT, « La réforme du fédéralisme allemand en 2006 », *RFDC*, 2007, p. 227 ; v. également la typologie des relations au sein du système fédéral établie par J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 53-68. Sur le principe de parité entre l'État fédéral et les États fédérés : R. BARTSPERGER, « Das Verfassungsrecht der *Länder* in der gesamtstaatlichen Verfassungsordnung », *op. cit.*, p. 255-257.

¹⁰⁶⁵ Art. 70 LF : « Les *Länder* ont le droit de légiférer dans les cas où la présente Loi fondamentale ne confère pas à la Fédération des pouvoirs de légiférer. »

La portée d'une telle « présomption de compétence »¹⁰⁶⁷ en faveur des *Länder* est néanmoins fortement limitée. À la différence par exemple du fédéralisme américain, la répartition des compétences entre la Fédération et les États fédérés se fait moins en Allemagne en fonction de champs politiques. Ceci a pour conséquence directe que plusieurs organes de différents niveaux agissent fréquemment dans un seul et même domaine, la Fédération élaborant la loi, les *Länder* l'exécutant. Ainsi, aux termes de l'ensemble des dispositions de la Loi fondamentale relatives à la répartition des compétences entre le *Bund* et les *Länder*, le fédéralisme allemand correspond davantage à un fédéralisme de type exécutif présentant « un caractère unitaire très marqué. »¹⁰⁶⁸.

Plusieurs facteurs ont contribué à la formation en Allemagne d'un « État fédéral unitarisé »¹⁰⁶⁹ pour reprendre l'expression consacrée de Konrad Hesse. La centralisation des compétences législatives au profit du législateur fédéral a été, premièrement, consolidée par une jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale longtemps favorable à la Fédération¹⁰⁷⁰ ainsi que par les nécessités de l'intégration européenne¹⁰⁷¹. Le recours répété aux lois nécessitant l'approbation du *Bundesrat* a, en second lieu, amplement favorisé cette centralisation car il implique que les conditions d'application des lois fédérales soient

¹⁰⁶⁶ Art. 83 LF : « Sauf disposition contraire prévue ou admise par la présente Loi fondamentale, les *Länder* exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre. »

¹⁰⁶⁷ Selon l'expression du député Laforet lors d'une session du Conseil Parlementaire dont la mission était d'élaborer le projet de Constitution : H.-P. SCHNEIDER (dir.), *Grundgesetz-Dokumentation*, op. cit., p. 48. Une partie de la doctrine minoritaire estimant une telle présomption équivoque, certains allant jusqu'à nier une telle clause générale de compétence à la faveur des *Länder*. Pour un aperçu des différentes positions doctrinales et de la portée donnée à cette disposition par la Cour constitutionnelle fédérale qui s'en sert notamment de critère d'interprétation, voir : J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », op. cit., p. 53-68. Voir les décisions de la Cour Constitutionnelle fédérale du 24 octobre 2002 *Altenpflegegesetz*, BVerfGE 106, 62 (105) et du 15 juillet 2003 *Telekommunikationsgesetzes*, BVerfGE 108, 169 (182).

¹⁰⁶⁸ M. FROMONT, « La réforme du fédéralisme allemand de 2006 », op. cit., p. 227. Sur le fédéralisme exécutif, voir K.-P. SOMMERMANN, « Erläuterung zu Artikel 20 », in H. MANGOLDT et al. (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, t. 2, Munich, Vahlen, 2005, 5^{ème} éd., 1-162, n°31. Certains auteurs emploient parfois le qualificatif de fédéralisme administratif. Pour une typologie comparée du fédéralisme, v. T. HUEGLIN, A. FENNA, « Federal systems », in T. HUEGLIN, F. ALAN (dir.), *Comparative federalism : A Systematic Inquiry*, Toronto, Broadview Press, 2006, p. 55-83. S. OETER, « Deutschland – Exekutivföderalismus im Korsett des unitarischen Bundesstaats », in A. GAMPER et al. (dir.), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 103-128.

¹⁰⁶⁹ K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, Müller, 1962.

¹⁰⁷⁰ Ceci valait tout particulièrement jusqu'à la fin des années 1990 au regard de l'interprétation faite de l'article 72 et de la clause de « nécessité » d'une loi fédérale : P. LAUVAUX, A. LE DIVELLECC, *Les grandes démocraties contemporaines*, op. cit., p. 735-736.

¹⁰⁷¹ V. G. MARCOU, « L'évolution du fédéralisme allemand sous l'influence de l'intégration européenne et de l'unification », *RDP*, 1995, p. 883-919 ; X. VOLMERANGE, *Le fédéralisme allemand face au droit communautaire*, Paris, L'Harmattan, 2000.

déterminées au niveau fédéral au lieu de l'être au niveau des collectivités fédérées¹⁰⁷². Cette centralisation s'est de plus conjuguée aux effets du glissement d'un fédéralisme initialement « dualiste » vers un fédéralisme dit « coopératif »¹⁰⁷³. Face aux besoins de création d'infrastructures et de coordination ressentis au cours des années 60-70 a été mis en place un ensemble de tâches communes et de financements mixtes entre le *Bund* et les *Länder*¹⁰⁷⁴. L'action des *Länder* dans leur domaine de compétence exclusif s'est également traduite par une uniformisation latente de l'État fédéral allemand. En multipliant les coopérations entre États fédérés, les *Länder* ont mis en place ce que la doctrine allemande appelle un « troisième niveau de coordination »¹⁰⁷⁵. Alors que l'objectif était d'empêcher des transferts de compétences au profit de la Fédération, cette coopération entre *Länder* a finalement aussi contribué à l'unitarisation de l'État fédéral¹⁰⁷⁶.

L'ensemble de ces pratiques et de ces réformes successives fut de plus en plus la cible des critiques en raison de « l'enchevêtrement des compétences »¹⁰⁷⁷ qui en résulta. La révision constitutionnelle de 1994 et surtout l'importante révision constitutionnelle de 2006 puis, plus modestement, celle de 2009 ont toutefois permis d'inverser cette tendance en redonnant d'une part davantage d'autonomie aux *Länder* en particulier dans le domaine législatif et en

¹⁰⁷² Sur le *Bundesrat*, voir P. LAUVAUX, A. LE DIVELLE, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 2015, 4^{ème} éd., p. 800-804 ; D. CAPITANT, « Les fonctions respectives du *Bundestag* et du *Bundesrat*. Regard français », in M. FROMONT (dir.), *Les cinquante ans de la République Fédérale d'Allemagne*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2000, p. 47-64 ; A. LE DIVELLE, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2004, p. 485-563.

¹⁰⁷³ V. P. LAUVAUX, A. LE DIVELLE, *Les grandes démocraties contemporaines*, op. cit., p. 736-737 ; C. GREWE, *Le fédéralisme coopératif en RFA*, Paris, Economica, 1981.

¹⁰⁷⁴ Voir pour s'en convaincre, les arguments avancés lors des travaux de la Commission de réforme de l'organisation financière (Troeger-Gutachten) : KOMMISSION FÜR DIE FINANZREFORM, *Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart, Kohlhammer, 1966, n°75 et s.

¹⁰⁷⁵ Cette coopération prend la forme d'accords administratifs, de décisions de conférences ministérielles conjointes voire passe par la création d'institutions administratives communes. L'une des illustrations les plus connues est le *ZDF-Staatsvertrag* du nom de la chaîne publique (BVerwG du 5 novembre 1965, VII C 119.64), 299). Cette tendance à conclure notamment des conventions entre *Länder* (*Staatsverträge*) avait été analysée dès 1961 par Hans-Peter Schneider, lors de la conférence annuelle des Professeurs de droit public allemand : H.-P. SCHNEIDER, « Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundestaat », *VVDStRL*, t. 19, 1961, p. 1-164.

¹⁰⁷⁶ Sur la constitutionnalité de ce « troisième niveau » : J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », op. cit., p. 103-111. V. également l'article de l'ancien Président de la Cour constitutionnelle fédérale sur la jurisprudence de la Cour en matière de fédéralisme : E. BENDA, « Föderalismus in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », in *Probleme des Föderalismus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1985, p. 71-83.

¹⁰⁷⁷ L'expression généralement employée est celle de « piège de l'imbrication des compétences », en référence au concept défini par le politologue Fritz W. Scharpf dans les années 70 : F. W. SCHARPF et al. (dir.), *Politikverflechtung : Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik*, Kronberg im Taunus, Scriptor, 1976.

engageant, d'autre part, un retour vers un fédéralisme plus concurrentiel. Dans le même temps, la Cour constitutionnelle fédérale a pris également acte de ce changement et contrôle désormais plus strictement les interventions de la Fédération, plusieurs lois fédérales ayant été censurées depuis 2002 en raison du non-respect des compétences des Länder ou de l'interdiction de l'administration mixte¹⁰⁷⁸. En matière d'exécution des lois, les *Länder* ont réussi à conserver une forte compétence administrative, d'ailleurs renforcée depuis la révision constitutionnelle de 2006. La quasi-totalité des lois fédérales est exécutée par l'administration fédérée, que ce soit sous sa propre responsabilité ou par délégation de la Fédération¹⁰⁷⁹, la révision de 2006 ayant sur ce point contribué à réduire fortement les cas de lois fédérales nécessitant l'approbation du *Bundesrat*.

II. La centralisation des compétences législatives au profit de l'État fédéral

Suite à l'importante révision constitutionnelle de 2006, *Bund* et *Länder* ont vu leurs compétences législatives réaménagées, que ce soit du fait de la suppression de la « législation fédérale-cadre », du transfert de certaines matières appartenant préalablement à la législation concurrente ou de l'attribution de compétences nouvelles. De ce point de vue, la révision constitutionnelle de 2006 a abouti à un léger renforcement des compétences législatives exclusives des *Länder*¹⁰⁸⁰. Prolongeant le timide réveil des Parlements fédérés qu'avait déjà amorcé la précédente révision constitutionnelle de 1994, certaines matières du droit de l'enseignement supérieur et de la fonction publique ainsi que le droit de l'exécution des peines et la législation relative aux réunions et aux manifestations ont été transférés aux collectivités fédérées¹⁰⁸¹. En dépit de cette récente évolution, il ressort cependant des

¹⁰⁷⁸ V. les décisions de la Cour Constitutionnelle fédérale du 24 octobre 2002 *Altenpflegegesetz*, BVerfGE 106, 62 et du 15 juillet 2003 *Telekommunikationsgesetzes*, BVerfGE 108, 169.

¹⁰⁷⁹ V. H. P. SCHNEIDER, C. AUTEXIER, « L'exécution des lois fédérales par les *Länder* : aspects juridiques et financiers », in M. FROMONT (dir.), *Les cinquante ans de la République fédérale d'Allemagne*, op. cit., p. 65-78 et p. 79-90. L'administration fédérale ne comporte qu'environ 305.000 fonctionnaires fédéraux (hors militaires), tandis les administrations fédérées et locales en comptent, elles, plus de 3,5 millions : BMI, *Der öffentliche Dienst in Deutschland*, Berlin, Bundesministerium des Innern, 2007. Accessible sur le site du Ministère fédéral de l'Intérieur : <http://www.bmi.Bund.de>

¹⁰⁸⁰ X. VOLMERANGE, « Allemagne. La réforme constitutionnelle du fédéralisme allemand, réaction à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n°22, 2007, p. 600-605.

¹⁰⁸¹ V. G. MARCOU, « L'évolution du fédéralisme allemand sous l'influence de l'intégration européenne et de l'unification », op. cit., p. 900 ; P. LAUVAUX, A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties contemporaines*, op. cit., p. 737 ; H. WOLLMANN, « Le fédéralisme devient-il plus « hétérogène » et « concurrentiel » ?, *Pouvoir locaux*, n°86, 2010, p. 82-87.

dispositions de la Loi fondamentale¹⁰⁸² que la compétence législative exclusive des *Länder* s'avère réduite et touche avant tout leur organisation administrative et le domaine scolaire et culturel. La compétence des Parlements fédérés demeure en définitive résiduelle vis-à-vis de celle du *Bundestag*¹⁰⁸³.

Sur le plan de la répartition constitutionnelle des compétences législatives, *Bund* et *Länder* se partagent des compétences concurrentes conformément aux articles 72 et 74 de la Loi fondamentale. Dans ce domaine, « les *Länder* ont le pouvoir de légiférer aussi longtemps et pour autant que la Fédération n'a pas fait par une loi usage de sa compétence législative ». Or, le législateur fédéral a très tôt et sans grande difficulté fait usage de cette possibilité de légiférer dans de nombreuses matières. Leur nombre n'ayant cessé de croître au fur et à mesure des années et des révisions constitutionnelles, cette évolution eut pour conséquence directe de centraliser au niveau fédéral la compétence législative. Depuis la révision constitutionnelle de 2006, laquelle a tenté de freiner cette centralisation, il convient désormais de distinguer trois types de compétences législatives concurrentes.

Pour la grande majorité des matières législatives¹⁰⁸⁴, la Fédération est en premier lieu autorisée à légiférer sans démontrer la nécessité de son action pour assurer l'uniformité des conditions de vie sur le territoire allemand. Pour une partie minoritaire des compétences concurrentes, la Fédération n'a, en second lieu, le droit de légiférer qu'à condition qu'une réglementation législative fédérale soit rendue nécessaire par « la réalisation de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique dans l'intérêt de l'ensemble de l'État fédéral ». Le respect de cette condition de nécessité est strictement contrôlé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande depuis son inscription dans la Loi fondamentale lors de la révision constitutionnelle de 1994¹⁰⁸⁵. Innovation de la

¹⁰⁸² La répartition constitutionnelle des compétences législatives est principalement organisée aux articles 70 à 74 de la Loi fondamentale, l'article 31 fixant quant à lui la règle de résolution des conflits de normes en donnant la primauté au droit fédéral sur le droit fédéré.

¹⁰⁸³ V. R. STURM, « Autonomieverlust der *Länder*. Föderale Kompetenzverteilung in Deutschland », in A. GAMPER et al. (dir.), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa*, op. cit., p. 129-150 ; J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », op. cit., p. 120 ; C. MÖLLERS, « Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat », in J. AULEHNER et al. (dir.), *Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit ?*, Stuttgart, Booberg Verlag, 1997, p. 81-111.

¹⁰⁸⁴ Ceci représente plus des deux tiers des matières relevant de la compétence concurrente, importance numérique renforcée par l'importance politique des matières concernées.

¹⁰⁸⁵ Voir par exemple en matière d'enseignement supérieur les décisions de la Cour constitutionnelle du 27 juillet 2004 *Juniorprofessur*, BVerfGE 111, 226, et du 26 janvier 2005 *Studiengebühren*, BVerfGE 112, 226. En outre, en cas de divergences d'opinion sur le point de savoir si une loi fédérale satisfait encore à la condition de

révision de 2006, les *Länder* disposent en dernier lieu de la possibilité, sous certaines conditions, de déroger aux lois fédérales.

En somme, la répartition constitutionnelle des compétences législatives s'avère clairement plus favorable à la législation fédérale, le droit fédéré devant au surplus respecter les conditions posées par la clause d'homogénéité de l'article 28 de la Loi fondamentale, en particulier en ce qui concerne la garantie de l'autonomie locale et le respect des droits fondamentaux. Une telle évolution n'est d'ailleurs pas spécifique à l'Allemagne mais constitue une tendance plus générale des systèmes fédéraux contemporains¹⁰⁸⁶. Si les récentes révisions constitutionnelles ont certes tenté de renverser cette tendance, le degré de différenciation législative en Allemagne se révèle en définitive assurément plus faible que ce que ne laisse entendre la référence générale au fédéralisme. Ceci est d'ailleurs manifeste si l'on compare la situation de la République fédérale d'Allemagne à celle de l'Espagne ou de l'Italie qui relèvent pourtant tous deux de la catégorie des États unitaires à autonomie régionale. Ce diagnostic souligne combien la typologie proposée par Kelsen consistant à distinguer l'État unitaire et l'État fédéral au regard de la différence relative de degré et d'étendue de la décentralisation des ordres juridiques décrit avec plus de finesse et d'acuité l'état du droit positif que ne le font les typologies distinguant ces États en fonction d'une prétendue différence de nature censée être irréductible.

B. L'expérimentation juridique dans le contexte d'un État fédéral

Prolongeons maintenant notre analyse en nous interrogeant sur les effets que peut avoir cette décentralisation législative au profit des *Länder* sur la situation des collectivités locales. Il s'agit ici de s'interroger en particulier sur l'attribution à titre dérogatoire aux collectivités locales de compétences législatives, à l'instar de celles confiées aux collectivités locales françaises. Or, il ressort que la fonction expérimentale du fédéralisme (I) rend sans intérêt la délégation du pouvoir législatif aux collectivités locales à des fins d'expérimentations (II).

nécessité posée à l'article 72 II LF a été créé à l'article 93 alinéa 1^{er} n°2a de la Loi Fondamentale un nouveau titre de compétence autorisant la Cour constitutionnelle à trancher de telles litiges. Les *Länder* disposent ainsi d'une voie de recours pour faire valoir leur droit à légiférer.

¹⁰⁸⁶ Pour une étude historique et comparative : K. LÖWENSTEN, *Verfassungslehre*, traduction par Rüdiger Boerner, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000 (1957), 4^{ème} éd., p. 318-327 ; v. également S. RIALS, *Destin du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1986, p. 39.

I. La thèse du laboratoire fédéral : la fonction expérimentale du fédéralisme

En premier lieu, il importe de rappeler que les collectivités fédérées ont en principe pour spécificité de participer à la différenciation du domaine de validité territoriale des normes législatives. C'est d'ailleurs principalement au vu de cette compétence particulière que leur est accordé dans la doctrine majoritaire un caractère politique et une qualité étatique qui précisément les distinguent des collectivités locales¹⁰⁸⁷. Il apparaît dès lors politiquement inopportun et juridiquement inutile que soit déléguée à ces dernières une telle compétence, *a fortiori* au vu du constat de faiblesse des compétences législatives des collectivités fédérées allemandes. *A contrario*, dans un État unitaire décentralisé comme la France, les conditions de possibilité d'une telle délégation aux collectivités locales sont favorisées par l'absence de structures territoriales dotées de compétences législatives. Ceci vaut tout particulièrement pour le système français où les différentes catégories de collectivités locales demeurent en principe également traitées en dépit des différences factuelles et de régimes juridiques pouvant cependant exister entre elles¹⁰⁸⁸.

Par ailleurs, la compétence législative des collectivités fédérées contribue à la différenciation du domaine de validité territoriale des normes législatives et remplit en cela une fonction expérimentale. Autrement dit, le droit des *Länder* permet de développer au niveau régional des expérimentations qui seront ensuite la plupart du temps reproduites ou adaptées par les autres *Länder* voire généralisées par une loi fédérale, sous réserve d'en avoir la compétence. Ceci participe de ce phénomène d'uniformisation du fédéralisme allemand précédemment décrit.

Ceci est, par exemple, tout à fait manifeste dans le domaine de la procédure administrative non-contentieuse. La première loi votée à ce sujet l'avait été par le Schleswig-Holstein en avril 1967, la Fédération s'en étant ensuite inspirée pour voter la loi fédérale sur la procédure administrative non-contentieuse¹⁰⁸⁹, les autres *Länder* ayant dans le même temps également adopté leurs propres lois relatives à la procédure administrative dont les

¹⁰⁸⁷ V. C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, *op. cit.*, p. 363, p. 373-374 ; J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Förderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁸⁸ V. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité entre collectivités locales », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°12, 2002, p. 147-151.

¹⁰⁸⁹ Loi sur la procédure administrative non-contentieuse (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) du 25 Mai 1976 (BGB1. I, p. 1253), modifiée. Sur cette loi, v. C. AUTEXIER, *Droit public allemand*, *op. cit.*, p. 271-273.

dispositions sont en général identiques à celles de la loi fédérale¹⁰⁹⁰. De même, l'histoire des référendums locaux confirme également cette thèse du « laboratoire fédéral ». Cet instrument a tout d'abord été introduit en 1955 dans le Bade-Wurtemberg dans un climat de vives controverses qui avait à l'époque conduit le Parlement de ce *Land* à ne l'adopter que de façon expérimentale¹⁰⁹¹. La crainte d'une déstabilisation de la démocratie représentative enfin dépassée, ce mécanisme a été consolidé vingt ans plus tard à l'occasion d'une loi améliorant et facilitant le recours à cette forme d'association des citoyens à la vie politique locale. Cet instrument a été ensuite repris à partir des années 1990 dans d'autres *Länder*, très certainement poussés en cela par les circonstances du tournant démocratique ayant fait suite à la chute du mur de Berlin¹⁰⁹². Aujourd'hui, toutes les lois communales prévoient un tel dispositif, même si les modalités d'application varient en fonction des *Länder*.

Cet aspect expérimental du fédéralisme allemand a été d'ailleurs été renforcé par la révision de 2006. Comme nous l'avons vu, cette loi de révision constitutionnelle a ouvert aux collectivités fédérées un droit spécial de dérogation pour certaines matières relevant du domaine des compétences concurrentes. Dans l'exposé des motifs de la loi, ce mécanisme est justement présenté comme ayant l'avantage d'assurer une plus grande liberté aux *Länder* dans l'exercice des compétences législatives. Est en particulier souligné le caractère expérimental et l'effet régulateur de la concurrence introduite par cette nouvelle disposition. C'est d'ailleurs l'intérêt supposé du « fédéralisme concurrentiel » que de permettre la comparaison entre une variété de solutions afin que les meilleures d'entre-elles puissent être reproduites et adaptées ailleurs¹⁰⁹³.

Par comparaison, cette fonction expérimentale est précisément remplie en droit français par la possibilité offerte aux collectivités locales de déroger « à titre *expérimental* » aux dispositions législatives qui régissent l'exercice de leurs compétences, sous réserve d'une loi nationale organisant une telle dérogation. Autrement dit, comme le notent Eberhard Schmidt-Aßmann et Stéphanie Dagron, « de telles clauses d'expérimentation sur le modèle du droit

¹⁰⁹⁰ Sur les conditions d'adoption de cette loi, E. EISENBERG, *Die Anhörung des Bürgers im Verwaltungsverfahren und die Begründungspflicht für Verwaltungsakte*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 90-95.

¹⁰⁹¹ Art. 21 de la loi communale du Bade-Wurtemberg.

¹⁰⁹² V. S. KUHLMANN, *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa*, op. cit., p. 272-278 ; Y. VILAIN, « La démocratie participative dans un cadre fédéral : l'expérience allemande », in U. ALLEGRETTI (dir.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Florence, Firenze University Press, 2010, p. 299.

¹⁰⁹³ Sur le fait que « le fédéralisme permet d'étendre la concurrence aux choix publics » : S. RIALS, *Destin du fédéralisme*, op. cit., p. 25.

constitutionnel français sont inconnues du droit allemand. Au regard de la dualité des niveaux législatifs dans l'État fédéral, il n'y a pas de nécessité à l'instauration de telles clauses étant donné que la flexibilité et l'apprentissage mutuel peuvent être suffisamment mises en pratique dans l'arène des seize législateurs fédérés. »¹⁰⁹⁴.

II. Les clauses d'expérimentations en droit allemand au miroir du droit français

Il serait toutefois faux de déduire de cette affirmation qu'il n'existe pas en droit allemand des clauses d'expérimentation qui puissent jouer en faveur d'un renforcement de l'autonomie des compétences des collectivités locales. On peut tout d'abord citer le cas de l'article 91e II de la Constitution fédérale¹⁰⁹⁵ qui autorise certaines collectivités locales, sous réserve de l'autorisation des autorités suprêmes du *Land*, à prendre seules en charge, à titre expérimentale, la gestion du retour à l'emploi. Cette expérimentation ne leur donne cependant pas le droit de déroger aux règles législatives applicables et correspond, en ce sens, au cas des « expérimentations-transferts » du droit français. Au niveau des États fédérés, la plupart des Länder ont adopté des lois autorisant les collectivités locales à déroger aux règles législatives communément applicables. Inspirés du modèle des « communes libres » de Suède et du mouvement dit « la nouvelle gestion publique » (*Neuer Steuerungsmodell*), ces clauses se sont multipliées dans les droits fédérés à partir du milieu des années 90¹⁰⁹⁶.

À la différence des « expérimentations-dérogrations » françaises, ces dispositions ne délèguent cependant pas aux collectivités locales une compétence législative en les habilitant

¹⁰⁹⁴ E. SCHMIDT-ABMANN, S. DAGRON, « Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen », *ZaöRV*, n°67, 2007, p. 464-465.

¹⁰⁹⁵ L'article 91e a été introduit par la loi de révision constitutionnelle du 21 juillet 2010 (BGBl. I p. 944), entrée en vigueur le 27 juillet 2010. Cette loi faisait suite à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 20 décembre 2007 (BVerfG 2 BvR 2433/04 et 2 BvR 2434/04 : BVerfGE 119, 331). Dans sa décision, la Cour censurait la loi fédérale qui venait modifier le §44 b du code de l'action sociale (*Sozialgesetzbuch*) relatif aux centres de retour à l'emploi (*Jobcenter*) au motif que de telles centres portent atteinte au principe d'auto-administration des arrondissements, mais surtout constituent des structures d'administration mixtes entre l'Agence fédérale pour l'emploi et les collectivités locales, ce qui est contraire à la Loi fondamentale. Une exception a donc été introduite dans la Loi fondamentale afin d'autoriser le *Bund* et les collectivités fédérées ou locales à coopérer au sein d'institutions communes. Sur cette décision et ses implications pour le droit à l'autonomie locale : F. SCHOCH, « Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch das Bundesverfassungsgericht », *DVBl.*, 2008, p. 937-946.

¹⁰⁹⁶ V. A. VOBKUHLE, « The reform approach in the German Science of Administrative Law : The „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ », in M. RUFFERT (dir.), *The Transformation of Administrative Law in Europe / La mutation du droit administratif en Europe*, op. cit., p. 107 ; M. BURGI, *Kommunalrecht*, op. cit., p. 122-126 ; C. BRÜNIG, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 211 ; W. BECK, C. SCHÜRMEIER, « Die kommunalrechtliche Experimentierklausel als Reforminstrument », *Landes- und Kommunalverwaltung*, 2004, p. 488-491.

à prendre des règles dans le domaine législatif. Elles ont pour simple objet de les dispenser de l'application de certaines obligations légales ou réglementaires issues du droit fédéré. Par conséquent, les collectivités locales ne sont pas autorisées à déroger au droit fédéral, ce qui réduit d'autant plus l'étendue de la dérogation ainsi accordée. Un second élément différencie les « expérimentations-déroptions » du droit français des expérimentations ici étudiées. En France, les collectivités locales bénéficient du droit de participer à une expérimentation lorsqu'elles remplissent les conditions fixées par la loi. Le pouvoir discrétionnaire du Gouvernement est donc réduit à son minimum. Dans le cas allemand, cette décision est prise en opportunité par le Ministre de l'intérieur qui délègue généralement cette compétence à l'autorité en charge d'assurer la surveillance sur les actes de la collectivité candidate¹⁰⁹⁷. En outre, ces clauses visent principalement à simplifier ou alléger l'application des règles du droit des finances publiques afin de rendre la gestion des finances locales plus efficiente. Leur champ matériel d'application est donc plus limité qu'en droit français¹⁰⁹⁸. Si certaines collectivités fédérées n'ont admis de telles clauses qu'au sein des règlements relatifs au droit des finances publiques, les collectivités locales ne pouvant dès lors être dispensées de l'application des règles législatives en cette matière, d'autres *Länder* ont décidé d'insérer ces règles au sein même de la partie législative des législations fédérées relatives aux collectivités locales, parfois en restreignant le domaine d'application de telles dérogations à certains instruments du droit législatif des finances locales¹⁰⁹⁹. Seuls trois Länder ont fait le choix d'élargir le champ d'application de ces clauses non pas simplement en vue de « l'expérimentation de nouveaux modèles de gestion publique », mais afin de développer « l'autonomie locale », le degré de concrétisation de ces dispositions cependant variant d'un *Land* à l'autre¹¹⁰⁰.

La constitutionnalité de telles clauses ouvertes n'a pas manqué d'être mise en doute en doctrine. Pour une majorité d'auteurs, de telles clauses portent atteinte à la réserve de

¹⁰⁹⁷ V. MAAß, *Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, p. 152-162 ; C. BRÜNIG, K. VOGELANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 211.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.* p. 209-213 ; M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁹⁹ V. Chapitre 2.

¹¹⁰⁰ Il s'agit du Mecklembourg-Poméranie, de la Saxe-Anhalt et du Schleswig-Holstein : C. BRÜNIG, K. VOGELANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 210.

compétence du législateur qui ainsi « s'automutilerait »¹¹⁰¹ d'une compétence que la Constitution lui accorde de façon exclusive. De surcroît, l'indétermination de ces clauses ne respecterait pas l'exigence constitutionnelle de clarté et de précision de la loi qui découle du principe d'État de droit¹¹⁰². Cette question ne semble toutefois pas avoir fait l'objet en l'état actuel d'une décision de jurisprudence¹¹⁰³. Sans doute en aurait-il été autrement si les collectivités locales allemandes avaient été habilitées, à l'instar des collectivités locales françaises, à établir des règles relevant du domaine de la loi. La conformité d'un tel dispositif aux exigences constitutionnelles mentionnées aurait alors été très vraisemblablement contestée. En tout état de cause, l'expérimentation ne peut aboutir à remettre en cause les droits et libertés fondamentaux et doit rester proportionnelle à l'objectif d'intérêt général poursuivi¹¹⁰⁴.

En résumé, la portée du pouvoir d'expérimentation des collectivités locales allemandes apparaît, au miroir de celui accordé aux collectivités locales françaises, sensiblement moins étendue et moins profonde. Il semble par conséquent juste et pertinent de considérer que les collectivités locales allemandes se situent du point de vue de la délégation du pouvoir législatif dans une situation moins favorable à l'attribution de telles compétences que les collectivités locales françaises, le fédéralisme rendant inutile et inopportune une telle délégation au profit des collectivités locales.

¹¹⁰¹ H. SIEDENTOPF, « Experimentierklausel – eine "Freisetzungsrichtlinie" für die öffentliche Verwaltung », DÖV 1995, p. 193 ; V. MAAB, *Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen*, *op. cit.*, p. 70-107.

¹¹⁰² Dans ce sens, à propos de la disposition du §133 IV du code communal de Saxe-Anhalt : C. BRÜNIG, K. VOGELANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 213.

¹¹⁰³ *Ibid.*, p. 217-218.

¹¹⁰⁴ Voir V. MAAB, *Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen*, *op. cit.*, p. 72-74.

Section 3 : La représentation des collectivités décentralisées

Qu'en est-il cette fois du point de vue de la participation des collectivités locales au processus législatif ? L'État unitaire est traditionnellement caractérisé non pas uniquement par l'unité du pouvoir législatif, mais également par l'unilatéralité de l'élaboration de la législation, au sens où, contrairement à l'État fédéral, la participation des collectivités infra-étatiques au processus législatif est en principe exclue. Comme le résumait déjà Léon Duguit, « il résulte de l'indivisibilité de la souveraineté et de la République qu'aucune collectivité ne peut être investie d'une quote-part de la souveraineté et que le fédéralisme, contradictoire avec la nature même de la souveraineté, est contraire au principe du droit public français »¹¹⁰⁵.

Or, il semble que les collectivités locales allemandes se situent une nouvelle fois dans une situation moins favorable que les collectivités locales françaises. Étudier le bienfondé de cette proposition exige d'analyser en premier lieu les fonctions du bicamérisme dans ces deux États (§1) avant d'envisager la question de la représentation des collectivités locales (§2) et des diverses modalités de leur association au processus législatif (§3).

§1 : Les fonctions du bicamérisme en France et en Allemagne

S'inscrivant dans la lignée d'une tradition constitutionnelle française quasiment ininterrompue depuis son introduction en France par la Constitution du 22 août 1795, la Constitution de la Ve République a instauré un système parlementaire bicaméral. Une telle continuité peut de prime abord surprendre en raison de la centralité dans le discours politique français du principe d'unité et d'indivisibilité de la souveraineté et de ses implications sur la représentation institutionnelle de la Nation (A). À l'inverse, l'État fédéral est censé se distinguer de l'État unitaire par la participation des collectivités fédérées à la formation de la volonté fédérale. Ce critère est-il néanmoins pertinent ? (B).

¹¹⁰⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, E. Brocard, 3^{ème} éd., 1928, p. 120.

A. Les questionnements autour des fonctions du bicamérisme en France

On sait combien la conception consistant à voir dans le souverain « la collection de tous en un »¹¹⁰⁶ emporta jadis l'adhésion des Hommes de 1789. Dès janvier 1789, quelques mois avant le début de la Révolution française, l'Abbé Sieyès résume ce lien entre indivisibilité de la souveraineté et unité de la représentation dans son célèbre ouvrage « Qu'est-ce que le Tiers état ». La volonté générale, écrit-il, « ne peut pas être une tant que vous laisserez trois ordres et trois représentations. Tout au plus, ces trois assemblées pourront se réunir dans le même vœu, comme trois nations alliées peuvent former le même désir. Mais vous n'en ferez jamais une nation, une représentation et une volonté commune. »¹¹⁰⁷. Cette idée, le député Jean-Paul Rabaut Saint-Etienne la défend également avec succès dans son discours prononcé à l'Assemblée lors de la séance du 4 septembre 1789 portant sur l'organisation des pouvoirs. Selon lui, « le souverain est une chose une et simple, puisque c'est la collection de tous sans en excepter un seul ; donc le pouvoir législatif est un et simple : et si le souverain ne peut pas être divisé, le pouvoir législatif ne peut pas être divisé ; car il n'y a plus deux ou trois ou quatre pouvoirs législatifs qu'il n'y a deux ou trois ou quatre souverains ; et au rebours et par conséquent, si vous divisez le pouvoir législatif par deux ou trois, vous divisez le souverain en deux ou trois. »¹¹⁰⁸. Associé à la distinction des ordres et de surcroît au fédéralisme, et en cela à la division et aux systèmes étrangers¹¹⁰⁹, le bicamérisme était alors forcément contraire aux exigences du moment¹¹¹⁰. Il importait par suite le rejeter. Six jours plus tard, le 10

¹¹⁰⁶ L'expression est de Rabaut Saint-Etienne lors de la séance du 4 septembre 1789 : *Archives parlementaires de 1789 à 1860*, Première série de 1787 à 1799, T. 8, Paris, Dupont, p. 569.

¹¹⁰⁷ E. J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état*, Paris, Editions du Boucher, 2002 (1789), 3^{ème} édition, p. 68. Néanmoins, Sieyès n'était pas hostile au bicamérisme en tant que tel, mais à l'instauration d'un « bicamérisme d'ordres ». Ainsi écrit-il quelques pages auparavant : « Nous n'avons besoin assurément ni d'une Chambre royale ni d'une Chambre féodale. Mais je remarquerai, avant de finir cet article, que je n'ai attaqué la distinction des chambres que dans le sens où ce serait une distinction d'ordres. Séparez ces deux idées, et je serai le premier à demander trois Chambres égales en tout, composées chacune du tiers de la grande députation nationale » : *Ibid.*, p. 43.

¹¹⁰⁸ Discours de J.P. RABAUT SAINT-ETIENNE, *Archives parlementaires de 1789 à 1860*, Première série de 1787 à 1799, T. 8, Paris, Dupont, p. 569.

¹¹⁰⁹ On retrouvera également en 1848 par exemple dans le discours d'Alphonse de Lamartine du 27 septembre l'idée que le bicamérisme constitue une spécificité britannique ou des États fédéraux incompatible avec le cœur des Français : A. DE LAMARTINE, *Une seule chambre : discours prononcé à l'Assemblée nationale*, Paris, Hachette, 2013.

¹¹¹⁰ V. P. GUENIFFEY, « Constitution et intérêts sociaux : le débat sur les deux chambres », in M. TROPER, L. JAULME (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, LGDJ/Bruylant, 1994, p. 77-79.

septembre 1789, l'Assemblée constituante se prononçait massivement contre l'instauration d'un système à deux chambres¹¹¹¹.

Si l'opportunité d'instaurer un système parlementaire bicaméral compte sans nul doute parmi les questions les plus controversées de l'histoire constitutionnelle française¹¹¹², les constituants français successifs ont, à l'exception de la période de la II^{ème} République (1848-1851), cependant fait montre à travers les époques d'un solide attachement au bicamérisme. Comment justifier, dans ce contexte politique pourtant hostile, un tel maintien du bicamérisme ? Le premier argument généralement invoqué en sa faveur a longtemps consisté à priser le caractère modérateur du bicamérisme¹¹¹³. Traditionnellement perçu comme un moyen d'empêcher le despotisme, ce sont aujourd'hui ses avantages au vu de la qualité du travail parlementaire qui sont plus singulièrement mis en avant¹¹¹⁴.

Un second argument, plus intéressant pour notre étude, consiste à voir dans le Sénat « le grand Conseil des communes de France » selon l'expression employée par Gambetta en 1875¹¹¹⁵, ou du moins une assemblée chargée de « la représentation des collectivités territoriales de la République ». C'est en tout cas ce qu'énonce l'article 24 de la Constitution de 1958 qui confie expressément au Sénat une telle fonction. Voilà pourquoi l'instauration d'une seconde chambre dans le cas français est, en tout cas depuis 1958, fréquemment analysée comme une manifestation de la décentralisation territoriale de l'ordre juridique français, censée le rapprocher, certes modestement, des ordres juridiques fédéraux¹¹¹⁶.

¹¹¹¹ *Archives parlementaires de 1789 à 1860*, Première série de 1787 à 1799, T. 8, Paris, p. 607-612. V. M. MAHMER, « Le moment 1789 et la séparation des pouvoirs », *Jus Politicum* n°12, 2004 ; P. GUENIFFEY, « Constitution et intérêts sociaux : le débat sur les deux chambres », *op. cit.*, p. 77-87.

¹¹¹² Voir sur ces controverses F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 310 ; v. dans la littérature récente sur le bicamérisme la thèse de K. FIORENTINO, *La seconde chambre dans l'histoire des institutions et des idées politiques de 1789 à 1940*, Paris, Dalloz, 2008. Sur les controverses ayant fait suite aux propos de l'ancien Premier Ministre Lionel Jospin selon lequel le Sénat constituerait une anomalie républicaine : P. ALLIES, « Sénat : pour en finir avec les anachronismes », *Pouvoirs locaux*, n°67, 2005, p. 87-92. Sur le monocamérisme en Europe : C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, *op. cit.*, p. 478-481. Pour une présentation comparée : M. SOUSSE, « Le bicamérisme : bilan et perspectives », *RDP*, 1997, p. 1323-1350.

¹¹¹³ V. E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 357-358.

¹¹¹⁴ V. C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, *op. cit.*, p. 456-463.

¹¹¹⁵ À propos de cette expression tirée du discours de Belleville de Gambetta prononcée en 1875 et en particulier de l'interprétation abusive qui en fait : F. ROBBE, *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat*, Paris, LGDJ, 2001, p. 257-304 ; F. ROBBE, « Le Sénat défenseur des collectivités locales : histoire d'une "appropriation" », *Pouvoirs locaux*, n°67, 2005, p. 55.

¹¹¹⁶ V. dans ce sens : F. KOJA, *Allgemeine Staatslehre*, Vienne, MANZ, 1993, p. 179 et p. 383 ; E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 198-202 ; J.-A. MAZERES, « Les collectivités locales et la représentation »,

B. La participation des Länder à la formation de la volonté fédérale au travers du Bundesrat

À l'inverse des États unitaires marqués par l'unité de la loi et l'unilatéralité du processus législatif, la participation des collectivités fédérées à la formation de la volonté fédérale à travers une chambre des États est classiquement considérée comme une propriété des États fédéraux¹¹¹⁷. Par conséquent, le bicamérisme est généralement considéré comme « inhérent au fédéralisme »¹¹¹⁸. Que cette présentation soit aujourd'hui communément reprise peut néanmoins surprendre au vu de la relativité de ce critère. Cette relativité a, du reste, été depuis longtemps déjà démontrée¹¹¹⁹. En atteste l'analyse de la procédure législative fédérale jadis faite par Raymond Carré de Malberg, ce dernier concluant que la participation se réduit en vérité à la désignation de représentants sans nécessairement impliquer nécessairement un « droit propre à la participation à la puissance législative fédérale »¹¹²⁰. Plus récemment, Olivier Beaud avance dans sa théorie de la Fédération une explication intéressante de la ténacité de ce prétendu critère : « Si le bicamérisme fédéral a été érigé en dogme du fédéralisme, écrit-il, c'est à cause de la prégnance du modèle américain. »¹¹²¹. Pourtant, rappelle-t-il très justement, le bicamérisme « n'est pas un phénomène intrinsèque au fédéralisme car il existe des cas de fédération monocamérale et il n'y a surtout pas de lien conceptuel nécessaire entre fédéralisme et bicamérisme »¹¹²².

RDP, 1990, p. 619 ; L. VANDELLI, « Formes d'État : État régional, État décentralisé », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, op. cit., t. 2, p. 71. Constance Grewe et Hélène Ruiz Fabri parlent à ce propos d'une « parenté d'inspiration » entre l'État unitaire décentralisé et l'État fédéral : C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, op. cit., p. 462.

¹¹¹⁷ V. L. LE FUR, *État fédéral et Confédération d'États*, Paris, LGDJ, 2000 (1896), p. 615. V. également C. DURAND, *Confédération d'États et État fédéral*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1955. Sur le principe de participation, voir l'étude classique de G. SCELLE, *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932, p. 204 ; G. SCELLE, *Manuel élémentaire de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, 2^{ème} éd., p. 256-258. V. également G. BURDEAU, *Traité de sciences politiques*, op. cit., p. 559 ; voir aussi FAVOREU et al. (dir.), *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 485-488. Dans le cas des États dits à « autonomie régionale » comme l'Espagne ou l'Italie : *Ibid.*, p. 518-520.

¹¹¹⁸ V. S. RIALS, *Destin du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1986, p. 10 ; C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, op. cit., p. 462.

¹¹¹⁹ C. DURAND, « De l'État fédéral à l'État unitaire décentralisé », in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 193-210.

¹¹²⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., t. 1, p. 120-123.

¹¹²¹ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, op. cit., p. 339.

¹¹²² *Ibid.*, p. 339. C'est le cas au Venezuela. En Inde, la question est discutée de savoir si la seconde chambre peut être qualifiée de chambre des États : V. JACKSON, « Fédéralisme – Normes et territoires », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 18-20. V. également C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, op. cit., p. 481.

Dans le cas de la République fédérale allemande, on sait que si toute modification de la Loi fondamentale « qui toucherait au principe du concours des *Länder* à la législation est interdite », cette interdiction de la révision ne garantit nullement un droit absolu au *statu quo*, ni même un droit de veto des *Länder* dans le processus législatif. Cette disposition se limite simplement à assurer que leur participation ira au-delà du seul droit d’être entendu lors de l’adoption d’une loi fédérale. Une telle restriction ferait sinon courir le risque aux collectivités fédérées d’être dégradées au rang de simples collectivités locales¹¹²³. Toutefois, il serait parfaitement erroné de déduire de cet « affadissement de l’exigence de la participation »¹¹²⁴ dans les États fédéraux que la représentation des collectivités locales françaises par le Sénat serait identique à celles des *Länder* par le *Bundesrat*. Sénat français et *Bundesrat* se distinguent fortement tant du point de vue de leur composition que leurs compétences¹¹²⁵. Une telle nivellation serait tout aussi abusive que la conclusion inverse consistant à fonder une différence de nature entre l’État fédéral et l’État unitaire au regard du critère de participation des collectivités fédérées au processus législatif fédéral¹¹²⁶.

§2 : L’absence de représentation directe et individuelle des collectivités locales en France et en Allemagne

Sans qu’il ne soit ici nécessaire d’approfondir davantage l’étude de la participation des collectivités infra-étatiques au processus législatif comme critère de différenciation entre l’État unitaire et l’État fédéral, concentrons-nous plus avant sur la question, plus spécifique et plus déterminante pour la présente étude, de la représentation des collectivités locales en France et en Allemagne¹¹²⁷. Tandis que l’article 24 de Constitution française énonce que le Sénat « assure la représentation des collectivités territoriales de la République », on ne

¹¹²³ H. DREIER, « Artikel 79 », in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 3^{ème} éd., n°23.

¹¹²⁴ S. RIALS, *Destin du fédéralisme*, op. cit., p. 32-33.

¹¹²⁵ Voir F. ROBBE, *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat*, op. cit., p. 49-83 ; S. RUB, « Die andere Kammer. Zur Repräsentationsleistung des Senats in der Fünften Republik », in J. SCHILD, H. UTERWEDDE (dir.), *Frankreichs V. Republik : Ein Regierungssystem im Wandel – Festschrift für Adolf Kimmel*, Wiesbaden, Springer, 2005, p. 105-125 ; Y. VILAIN, M. WENDEL, « Parlement – Président – Regierung », in N. MARSCH, Y. VILAIN, M. WENDEL (dir.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, op. cit., p. 152-160.

¹¹²⁶ V. G. BURDEAU, *Traité de sciences politiques*, op. cit., p. 565.

¹¹²⁷ Sur le concept de représentation, on se reportera tout particulièrement aux contributions réunies dans le numéro 6 de la revue *Droits : La représentation*, Droit. Revue française de théorie juridique, Paris, PUF, 1987, ainsi qu’à la thèse de P. BRUNET, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l’État*, Rouen/Paris/Bruxelles, Publications de l’Université de Rouen/LGDJ/Bruylant, 2004.

retrouve pas en droit allemand de chambre équivalente, ni au niveau fédéral, ni au niveau fédéré¹¹²⁸. Il serait par conséquent aisé de déduire que les collectivités locales allemandes se situent par conséquent dans une situation moins favorable que les collectivités locales françaises. Il importe cependant d'aller au delà de cette première observation pour étudier la portée juridique d'un tel énoncé en droit français (A) et comparer plus finement comment est organisée la représentation institutionnelle des collectivités locales dans ces deux pays (B).

A. L'appropriation de la représentation des collectivités locales par le Sénat français

Nous avons vu qu'en France, le bicamérisme – et en cela la fonction du Sénat – était traditionnellement justifié par le fait que la seconde Chambre serait d'une part « le grand Conseil des communes de France » et d'autre part « non pas un frein, mais un volant qui régularise les mouvements excessifs dans un sens ou dans l'autre »¹¹²⁹. Cette double justification politique laisse cependant ouverte la question de la signification juridique de l'énoncé figurant à l'article 24 de la Constitution française selon lequel le « Sénat assure la représentation des collectivités locales ». D'un point de vue déontique, il s'avère effectivement difficile de déduire de cet énoncé de prime abord purement programmatique une quelconque obligation, interdiction ou permission. Doctrine et jurisprudence constitutionnelles ont alors ensemble tâché de donner un sens à cette compétence de représentation du Sénat français. Initialement liée au mode de désignation des sénateurs tel qu'il a été fixé en 1875 et dont les principaux traits ont été conservés jusqu'à nos jours, cette fonction de représentation est en outre censée faire du Sénat le « défenseur » des collectivités locales¹¹³⁰.

Revenons sur ces deux points. En premier lieu, la représentation des collectivités territoriales de la République par le Sénat est généralement présentée comme ayant un caractère global¹¹³¹. Le Sénat français est composé de membres élus au suffrage universel

¹¹²⁸ Le « Sénat bavarois » qui était une seconde chambre composée notamment de représentants des collectivités locales a été supprimé en décembre 1999 à la suite d'un referendum d'initiative populaire.

¹¹²⁹ G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 175.

¹¹³⁰ V. P. JAN, « La place, le rôle constitutionnel et l'influence du Sénat », *Pouvoirs locaux*, n°67, 2005, p. 49-53.

¹¹³¹ L'expression est employée par J.-A. MAZERES, « Les collectivités locales et la représentation », *op. cit.*, p. 619. Elle est depuis régulièrement reprise en doctrine, voir par exemple : L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 528-529.

indirect par un collège électoral réunissant des délégués des collectivités territoriales. À la différence du *Bundesrat*, il n'est donc pas composé de membres élus ou désignés représentant une collectivité territoriale particulière ou une catégorie de collectivités territoriale spécifique¹¹³². Comme l'a indiqué le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 mai 1991 relative au Statut de la Corse, « si l'article 24 de la Constitution impose que les différentes collectivités territoriales soient représentées au Sénat, il n'exige pas que chaque catégorie de collectivité dispose d'une représentation propre »¹¹³³.

Deuxièmement, cette représentation est dite « indirecte » car les collectivités ne sont pas en tant que telles représentées par un ou plusieurs élus ou délégués comme cela peut être le cas en Allemagne pour les *Länder* au Conseil fédéral ou pour les États fédérés au Sénat américain. En droit constitutionnel français, l'exigence de représentation est satisfaite par la participation de délégués de chaque collectivité territoriale au collège électoral sénatorial. Aux termes d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel constante depuis 1982, « il résulte des dispositions de l'article 24 de la Constitution que le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la République, être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités. Par suite, ce corps électoral doit être essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales. Toutes les catégories de collectivités territoriales doivent y être représentées. »¹¹³⁴. C'est par conséquent en raison de ce système électif que le Sénat français « représente » les collectivités locales, s'inscrivant en cela dans une tradition initiée par le Sénat de la IIIe République¹¹³⁵.

Sur le plan des compétences, la thèse d'un Sénat censé représenter les collectivités locales, au sens d'être le défenseur de leurs intérêts, se révèle juridiquement infondée. Le fait qu'il soit fait crédit au Sénat d'exercer cette fonction est le fruit d'un travail de

¹¹³² Ceci serait d'ailleurs impraticable pour les communes au vu de leur nombre pléthorique. Ce serait en revanche possible pour les départements et les régions. En faveur d'un tel changement, v. G. CARCASSONNE, « Pour un *Bundesrat* français », *Pouvoirs locaux*, n°67, 2005, p. 104-109.

¹¹³³ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 (cons. 28).

¹¹³⁴ Voir dans ce sens déjà la décision n°82-138 DC du 25 février 1982 relative à la loi portant statut particulier de la Corse (cons. 14). Voir également les décisions n°2000-431 DC du 6 juillet 2000 (cons. 5), n°2005-529 DC du 15 décembre 2005 (cons. 6) et plus récemment n°2010-618 DC du 9 décembre 2010 (cons. 26). Le Conseil ajoute à cette exigence que, pour respecter le principe d'égalité devant le suffrage résultant de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et de l'article 3 de la Constitution, la représentation de chaque catégorie de collectivités territoriales et la diversité des types de communes doit tenir compte de la population qui y réside.

¹¹³⁵ V. K. FIORENTINO, *La seconde chambre dans l'histoire des institutions et des idées politiques de 1789 à 1940*, op. cit., p. 421-446.

communication institutionnelle réussi et mené en vue de consolider la légitimité politique du Sénat au moment des réformes décentralisatrices amorcées à partir des années 80, ainsi que cela a été justement démontré par François Robbe dans sa thèse¹¹³⁶. Excepté le fait que depuis la révision constitutionnelle de 2003 les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat, conformément à l'article 39 alinéa 2 de la Constitution, force est de constater que la prépondérance de l'Assemblée Nationale dans le processus législatif n'a pas été remise en cause. De cette priorité d'examen, de surcroît limitée aux seuls projets de loi, ne peut être déduit aucune compétence spécifique qui ferait du Sénat le représentant des collectivités locales dans le processus législatif.

B. La médiatisation de la représentation des collectivités locales allemandes par les Länder

En Allemagne, la représentation des collectivités infra-étatiques est très largement monopolisée par les *Länder*. Au niveau fédéral, les collectivités locales sont représentées par les *Länder*, cette médiatisation étant censée s'imposer en vertu de la construction dualiste du fédéralisme allemand (I). Il n'existe cependant pas de chambre des collectivités locales au niveau fédéré, leur représentation au niveau européen étant par ailleurs réduite à portion congrue (II).

I. La représentation des collectivités locales par les Länder au niveau fédéral

1) Une représentation confisquée par les Länder

Que peut-on en déduire d'un point de vue comparé au regard de la situation des collectivités locales allemandes ? Il convient tout d'abord de constater que les droits français et allemand se caractérisent pareillement par l'absence de représentation directe et individuelle des collectivités locales. Cependant, à la différence de l'Allemagne, dans le cas français, les collectivités locales sont toutes représentées de façon globale et indirecte au

¹¹³⁶ V. F. ROBBE, *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat*, *op. cit.*, p. 553-556. Cette idée était toutefois déjà présente dans le discours politique en 1946 ou en 1969, lors des débats relatifs à la suppression du Sénat. Voir en particulier : J.-P. DUPRAT, « Représentation territoriale et modération politique : le Sénat français », *RIPC* n°6, 1999, p. 81-112 ; J.-A. MAZERES, « Les collectivités locales et la représentation », *op. cit.*, p. 607-642 ; A. DELCAMP, *Le Sénat et la décentralisation*, Paris, Economica, 1991 ; J. MASTIAS, *Le Sénat de la Ve République : réforme et renouveau*, Paris, Economica, 1980, p. 73 et s. ; J.-P. MARICHY, *La deuxième chambre dans la vie politique française depuis 1875*, Paris, LGDJ, 1969.

Sénat. Nous l'avons vu, toutes les catégories de collectivités territoriales doivent y être représentées dans la composition du corps électoral sénatorial, même si en pratique, celui-ci donne l'avantage aux communes et aux départements ruraux sur les régions et les grandes métropoles¹¹³⁷. À l'inverse, dans le cas allemand, les collectivités locales sont censées être exclusivement représentées par les collectivités fédérées. Cette médiatisation des collectivités locales par les collectivités fédérées est considérée valoir au rang de « principe constitutionnel général »¹¹³⁸ du droit allemand. Toute autre construction reviendrait sinon à remettre en cause la dualité étatique de la construction du fédéralisme allemand. Selon la doctrine dominante, cela conduirait à remettre en cause l'étaticité des *Länder* et la soumission subséquente des collectivités locales aux collectivités fédérées. Il serait alors porté atteinte à la parité de celles-ci avec le *Bund* ainsi qu'à leur supériorité sur les collectivités locales : en somme, à leur pouvoir et statut politique. De plus, ainsi que le suggère l'affirmation généralement admise selon laquelle que le fédéralisme et « l'esprit de localité » irait de pair¹¹³⁹, il existerait une convergence au niveau fédéral entre les intérêts des *Länder* et ceux des collectivités locales, la représentation des intérêts des collectivités locales étant dès lors effectivement assurée par les *Länder* au *Bundesrat*.

Par suite, au niveau fédéral, une telle représentation est supposée sans objet. Comme on l'a vu, la législation organisant les compétences et les ressources des collectivités locales relève, à quelques exceptions près¹¹⁴⁰, de la compétence exclusive des *Länder*. Le *Bund* ne dispose donc en principe d'aucun titre de compétence pour transférer des tâches aux collectivités locales. En effet, depuis la révision constitutionnelle de 2006, les articles 84 alinéa 1^{er} et 85 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale font défense aux lois fédérales de transférer

¹¹³⁷ V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 156-157.

¹¹³⁸ V. J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 107.

¹¹³⁹ V. M. KOTZUR, « Föderalisierung, Regionalisierung und Kommunalisierung als Strukturprinzipien des europäischen Verfassungsraumes », *JöR* 50, 2002, p. 257-279 ; P. HÄBERLE, « Der Regionalismus als werdendes Strukturprinzip des Verfassungsstaates und als europapolitische Maxime », P. HÄBERLE (dir.), *Europäische Rechtskultur*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1997, p. 209-256 ; O. BEAUD, *Théorie de la fédération*, *op. cit.*, p. 335.

¹¹⁴⁰ V. Art. 91e pour les compétences des agences d'aide de retour à l'emploi. En matière financières, l'article 104 b alinéa 1^{er} de Loi fondamentale (anciennement article 104 a alinéa 4) autorise la Fédération à accorder des financements aux collectivités locales pour les investissements rendus nécessaires pour parer à une perturbation de l'équilibre global de l'économie, ou pour compenser les inégalités de potentiel économique existant à l'intérieur du territoire fédéral, ou pour promouvoir la croissance économique. De plus, l'article 106 alinéa 8 de Loi fondamentale prévoit que si la Fédération réalise dans certaines collectivités locales des installations particulières entraînant directement une augmentation des dépenses ou une diminution des recettes (charges spéciales), la Fédération accorde la compensation nécessaire car il serait abusif d'exiger des collectivités locales qu'elles supportent ces charges spéciales.

de nouvelles tâches aux communes et groupements de communes. En outre, le *Bundesrat* a adopté en 1995 une résolution par laquelle il affirme son attachement au renforcement de l'autonomie locale, cherchant ainsi à démontrer sa fonction de représentant des intérêts des collectivités locales au niveau fédéral¹¹⁴¹.

On comprend mieux pourquoi n'a jamais abouti la proposition formulée par les associations fédérales de collectivités locales dans les années 70 d'établir, au niveau fédéral, une chambre des collectivités locales ou de modifier la composition du *Bundesrat* en y faisant siéger des représentants des collectivités locales¹¹⁴². Il en fut de même à l'époque de Weimar où les propositions d'instituer au niveau national une représentation des collectivités locales étaient là aussi restées lettre morte¹¹⁴³. En 1976, dans son rapport final, la Commission chargée de la modernisation de la Loi fondamentale, rejeta sans tergiverser l'idée d'instituer une telle représentation des collectivités locales au niveau fédéral, principalement au motif qu'une telle modification, en plus de concourir à l'immobilisation du processus législatif, porterait atteinte à la substance du fédéralisme¹¹⁴⁴. Puisque le fédéralisme repose sur une construction dyadique, il ne peut par conséquent souffrir d'être élargi aux collectivités locales, au risque sinon de basculer d'une construction à deux niveaux à une construction à trois niveaux¹¹⁴⁵.

¹¹⁴¹ Résolution du 3 novembre 1995, BR-Drucksache 625/95.

¹¹⁴² V. H. WOLLMANN, « Kommunalvertretung : Verwaltungsorgane oder Parlamente », in R. ROTH, H. WOLLMANN (dir.), *Kommunalpolitik*, Wiesbaden, Springer, 1999, 2^{ème} éd., p. 56 ; J. DIECKMANN, « Die Städte im Bundestaat », in R. ROTH, H. WOLLMANN (dir.), *Kommunalpolitik*, op. cit., p. 297-298. On se reportera également au chapitre 13 du rapport final de la commission de réforme de la Constitution du 9 décembre 1976 : BT-Drs. 7/5924, p. 219-227.

¹¹⁴³ La seule participation des associations fédérales de collectivités locales alors prévu au niveau national l'était au sein du conseil économique provisoire du Reich (art. 165 IV). Sur ces propositions, notamment portées par l'ancien Président de la confédération allemande des villes (*Deutscher Städtetag*) : E. FORSTHOFF, *Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat*, op. cit., p. 65-70.

¹¹⁴⁴ Par ailleurs, la Commission (*Enquete Kommission Verfassungsreform*) estimait qu'il y avait un risque de transformer le *Bundesrat* en chambre des corporations, les églises, universités et autres collectivités de droit public ayant assurément demandé à bénéficier eux aussi d'une représentation au sein du *Bundesrat*. Cette commission était essentiellement composée de représentants des *Länder*, de députés et de professeurs de droit. Sur ces travaux, voir W. ZEH, « Spätföderalismus : Vereinigungs- oder Differenzierungsföderalismus ? Zur Arbeit der Enquete-Kommission an ihrem schwierigsten Objekt », *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1977, p. 475-490.

¹¹⁴⁵ Pour Joseph Isensee, ce *statu quo* est parfaitement fondé et en outre politiquement souhaitable : J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », op. cit., p. 108.

2) Une représentation instrumentalisée en pratique au profit des Länder

On pourrait cependant juger que cette question ne représente qu'une querelle doctrinale relative à la définition du fédéralisme et donc dénuée de conséquences pratiques. La pratique des *Länder* allemand a au contraire suffisamment démontré qu'une telle convergence d'intérêts ne s'est pas vérifiée au point que l'on peut affirmer que la représentation des collectivités médiatisée par les *Länder* au *Bundesrat* a dans les faits principalement profité aux *Länder*, au détriment des collectivités locales allemandes. En atteste le cas des transferts de compétences aux collectivités locales décidés par une loi fédérale. Jusqu'à la révision de 2006, bien que la législation fédérale n'était déjà pas autorisée à transférer directement des tâches aux collectivités locales, la Cour constitutionnelle fédérale avait pourtant admis de tels transferts sous réserve que ne soit en cause qu'une disposition ponctuelle annexe de la loi fédérale indispensable à son exécution efficace¹¹⁴⁶. Réalisant une lecture souple de ces deux conditions, la Cour autorisa l'État fédéral à transférer de nouvelles tâches aux collectivités locales, alors qu'il n'est en revanche pas habilité à leur attribuer les financements correspondants. Devenue courante et ruineuse pour les collectivités locales, cette pratique porta fortement atteinte à leur autonomie et à leurs capacités financières.

Or, les *Länder* auraient pu s'y opposer. Leur approbation au *Bundesrat* était requise pour le vote des lois fédérales comportant des dispositions relatives aux modalités de son exécution administrative. Ceci était bien le cas en l'espèce étant donné que les collectivités locales sont considérées comme étant intégrées à l'appareil administratif des *Länder*. Pourtant, cet accord ne posa en général aucune difficulté¹¹⁴⁷ et cela pour une raison assez triviale mais décisive : le transfert direct de missions administratives par la Fédération aux collectivités locales libérait en définitive les *Länder* de l'obligation de financer les missions administratives transférées. Si toutes les constitutions fédérées connaissent bien ce que la doctrine allemande nomme un « principe de connexité » similaire à ce que prévoit la Constitution française à l'article 72-2 alinéa 4, celui-ci n'oblige un *Land* à transférer aux

¹¹⁴⁶ BVerfGE 22, 180 (209) ; 77, 288 (299) ; 97, 332 (341). Ces tâches transférées couvraient principalement le domaine de l'aide sociale, la Fédération tirant son habilitation à agir sur la base de l'article 74 I n°7 LF. En effet, cette disposition autorise la Fédération a adopté une loi fédérale en matière d'assistance sociale, la Cour constitutionnelle ayant de façon constante confirmé la compétence législative de la Fédération dans ce domaine. F. SCHOCH, « Die Sicherung der kommunalen Selbstverwaltung als Föderalismusproblem », *Der Landkreis*, 2004, p. 367-371.

¹¹⁴⁷ Le rejet en 1996 d'une loi relative à l'assurance-chômage fait ici figure d'exception : BR Drs. 13/3479. Cependant, ce rejet semble avoir été à l'époque en réalité davantage motivé par des raisons partisans qu'en raison de la prétendue protection de l'autonomie locale, le SPD disposant à partir de janvier 1996 d'une majorité au *Bundestag* alors que la majorité au *Bundestag* était à l'époque encore libérale-conservatrice (FDP/CDU-CSU).

collectivités locales les ressources financières adéquates aux charges transférées si, et seulement si la loi du *Land* est à l'origine du transfert de charge. Cette condition n'était donc en l'espèce pas satisfaite. Par ailleurs, un tel principe de connexité n'existe pas entre la Fédération et les collectivités locales : au contraire même, la Loi fondamentale interdit, à de rares exceptions près, à la Fédération de transférer directement aux collectivités locales les moyens financiers pour pouvoir assumer ces charges¹¹⁴⁸. Étant donné que les collectivités locales sont intégrées aux structures des États fédérés, seuls ces derniers sont autorisés à recevoir les aides financières fédérales qui sont destinées aux collectivités locales¹¹⁴⁹. Contraintes par conséquent de les assumer seules, ces dépenses ont très lourdement grevé les finances des collectivités locales dont l'état était déjà particulièrement critique¹¹⁵⁰. Ces tâches couvraient principalement le domaine de l'aide sociale et concernaient des politiques publiques particulièrement coûteuses comme la création de nouvelles places en crèche, la prise en charge du revenu minimum d'existence et de l'aide sociale ou encore l'aide à l'enfance et à la jeunesse¹¹⁵¹. Si la réforme de 2006 remédie à ce problème en interdisant explicitement au législateur fédéral de transférer de nouvelles tâches aux collectivités locales allemandes, les représentants des *Länder* au *Bundesrat* ont conservé durant toutes ces années un silence complice alors que leur approbation pour ces transferts était pourtant requise. Cet épisode démontre de façon flagrante combien leur fonction de représentation des collectivités locales au niveau fédéral s'est faite au détriment de l'autonomie de ces dernières et au profit de leurs propres intérêts. Ceci illustre ainsi la contradiction possible existant entre fédéralisme et autonomie des collectivités locales¹¹⁵².

¹¹⁴⁸ Voir Art. 104 b alinéa 1 et 106 alinéa 8 de la Loi fondamentale.

¹¹⁴⁹ Art. 106 al. 9 de la Loi fondamentale : « Sont également considérées comme recettes et dépenses des *Länder* au sens du présent article les recettes et les dépenses des communes (ou groupements de communes) ».

¹¹⁵⁰ En 2003, les collectivités locales allemandes accusaient un déficit de 8,4 milliards d'euros que la bonne santé de l'économie allemande mais aussi le recours massif au crédit a permis ces dernières années de redresser pour passer à un solde positif de 10,7 milliards d'euros en 2017 : V. Statistisches Bundesamt, *Rechnungsergebnisse der kommunalen Haushalte* (<http://www.destatis.de>). Pour une analyse certes un peu ancienne, mais qui demeure intéressante de la situation allemande pour la période 1970-1990, v. V. HOFFMANN-MARTINOT, *Finances et pouvoir local*, Paris, PUF, 1992. Pour des analyses plus récentes : v. le dossier consacré à la réforme des finances locales et régionales en Allemagne : EUROPÄISCHE ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUSFORSCHUNG, « Reform der Finanzbeziehungen im deutschen Bundesstaat und ihre Wirkung auf den deutschen Föderalismus », *Jahrbuch des Föderalismus*, 2017, p. 37-134.

¹¹⁵¹ Respectivement : § 24 SGB VIII (*Sozialgesetzbuch* – 8^{ème} livre du Code de l'action sociale), § 4GsiG (*Grundsicherungsgesetz* – Loi sur le revenu minimum), § 96 I 1 BSHG (*Bundessozialhilfegesetz* – Loi fédérale sur l'aide sociale), § 69 I 2 SGB VIII.

¹¹⁵² Voir également dans ce sens : J. DIECKMANN, « Die Städte im Bundestaat », *op. cit.*, p. 297-298. Voir à propos de la méfiance des collectivités locales à l'égard des collectivités fédérées l'analyse de Karl Weber à

II. La représentation des collectivités locales allemandes au niveau fédéré et européen

Qu'implique maintenant le principe de médiatisation des collectivités locales par les *Länder* au niveau fédéral sur la représentation des collectivités locales au niveau fédéré et au niveau européen ? On aurait pu penser qu'à défaut de représentation au niveau fédéral, les collectivités locales allemandes disposent au niveau fédéré d'une représentation institutionnelle leur donnant la possibilité de participer au processus législatif (1). En outre, si le principe constitutionnel de médiatisation de la représentation des collectivités locales par les *Länder* au niveau fédéral a un sens, il devrait également trouver à s'appliquer au niveau européen et en particulier au sein du Comité des régions (2). Or, dans les deux cas, ces deux suppositions ne sont pas réalisées.

1) Le monocamérisme traditionnel des États fédérés

Le système parlementaire des États fédérés est, en droit positif, partout monocaméral. Les cas de bicamérisme au sein d'un *Land* sont historiquement restés exceptionnels. À l'époque de la République de Weimar, un *Land* au moins disposait d'un système parlementaire bicaméral : la Prusse. L'article 31 de la Constitution de la République de Prusse de 1920 avait institué une véritable seconde chambre des Provinces : le Conseil d'État (*Staatsrat*). Compétent pour approuver certaines lois, il pouvait également s'opposer aux lois votées par le *Landtag* mais également lui présenter des projets de lois. En somme, il avait pour fonction de représenter les provinces dans la législation et l'administration de l'État¹¹⁵³. Or, certains représentants des Provinces étaient directement élus par les diètes communales de certains territoires¹¹⁵⁴. Toutefois, le système des Provinces de Prusse ne peut qu'être difficilement comparé au système d'organisation territoriale des actuels *Länder* allemands¹¹⁵⁵.

propos des collectivités locales autrichienne : K. WEBER, « Zwei- oder dreigliedriger Bundesstaat ? », in K. WEBER, N. WIMMER (dir.), *Vom Verfassungsstaat am Scheideweg. Festschrift für Pernthaler*, Vienne, Springer, 2005, p. 413-428 ; V. HOFFMANN-MARTINOT, *Finances et pouvoir local, op. cit.*, p. 66-67.

¹¹⁵³ Art. 31 et 38 de la constitution de l'État libre de Prusse du 30 novembre 1920. Le siège du Conseil d'État de la République de Prusse correspond d'ailleurs à celui du *Bundesrat* de la République fédérale allemande depuis 2000, à savoir celui de l'ancienne *Preußisches Herrenhaus*. Ce Conseil d'État républicain ne doit pas être confondu avec le Conseil d'État créé en 1817 et dont les fonctions étaient alors plus proches de celles du Conseil d'État français créée par Napoléon en 1799.

¹¹⁵⁴ C'était le cas de Berlin, des pays de Hohenzollern et du territoire-frontière de Posnanie Prusse occidentale (art. 33 de la Constitution de la République de Prusse).

¹¹⁵⁵ Les Provinces ne constituaient pas des collectivités locales de bases puisqu'elles étaient elles-mêmes généralement divisées en communes et en arrondissements. Néanmoins, aux termes de l'article 70 et suivants de la Constitution, leurs compétences relevaient essentiellement du domaine de l'autonomie locale.

Plus tard, la Constitution bavaroise de 1946 institua elle aussi un organe parfois considéré comme une seconde chambre : le « Sénat bavarois ». Dotée de compétences exclusivement consultatives, cette structure était composée, entre autres, de représentants des collectivités locales, mais également de représentants de différents groupements sociaux (syndicats, patronaux, des communautés religieuses etc.). Elle a cependant été supprimée en décembre 1999 suite à un referendum d'initiative populaire. Aujourd'hui, seule la Rhénanie-Palatinat a établi un Conseil territorial¹¹⁵⁶ (*Kommunaler Rat*). Toutefois, il ne s'agit, là non plus, pas d'une véritable seconde chambre parlementaire, mais d'un organe composé de représentants des associations de collectivités locales. Dirigé par un représentant du Ministère de l'Intérieur, ce Conseil territorial est chargé de conseiller le Gouvernement du *Land* et de formuler des recommandations au Parlement rhéno-palatin pour toute question relative à l'autonomie des collectivités locales.

En somme, aucune Constitution fédérée ne prévoit, en l'état actuel du droit positif, de représentation des collectivités locales au sein d'une seconde chambre. En somme, comme le constatait déjà en 1977 un observateur de ces questions, « toutes les initiatives lancées – déjà à l'époque de Weimar puis plus tard après la guerre – par les associations fédérales de collectivités locales en vue d'instaurer au sein des *Länder* une chambre des collectivités locales ont échoué »¹¹⁵⁷.

2) La médiatisation partielle de la représentation des collectivités locales par les Länder au niveau européen

Si le principe constitutionnel de médiatisation de la représentation des collectivités locales par les *Länder* a un sens, il devrait également trouver à s'appliquer au niveau européen et en particulier au sein du Comité des régions. Ce comité est un organe à l'origine institué par le Traité de Maastricht et composé de représentants des collectivités régionales et locales¹¹⁵⁸. Il a pour principale fonction d'assister le Parlement européen, le Conseil et la Commission dans

¹¹⁵⁶ Loi du 22 décembre 1995, GVBl. RP 1995, p. 521-523.

¹¹⁵⁷ W. BLÜMEL, « Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart », *VVDStRL*, n°36, 1978, p. 232. Sur ces initiatives et notamment les propositions de loi déposées à ce sujet, voir également H.-G. HENNEKE, « Funktionen und Aufgaben der kommunalen Spitzenverbände im europäisierten Bundesstaat », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., p. 1009.

¹¹⁵⁸ Art. 300 TFUE. V. N. LEROUSSÉAU, « Les collectivités locales et l'élaboration du droit communautaire », in N. LEROUSSÉAU, JEAN ROSSETTO, *Les Collectivités locales et l'intégration européenne*, Tour, Presses Universitaires François Rabelais, 2005, p. 43-63.

le cadre du processus législatif européen¹¹⁵⁹. Ses compétences en ce domaine ont d'ailleurs été renforcées depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne fin 2009¹¹⁶⁰.

Désormais, le Comité des régions doit être obligatoirement consulté au cours de l'élaboration d'actes législatifs européens touchant à certaines matières, et non des moindres, comme la politique de l'emploi, le développement économique, la santé publique, le changement climatique ou l'énergie¹¹⁶¹. Il est en outre maintenant habilité, pour ces mêmes matières, à déposer un recours en annulation auprès de la Cour de Justice de l'Union européenne s'il estime qu'une norme européenne méconnaît le principe de subsidiarité¹¹⁶². Certes encore modestes, ces compétences ne sont cependant pas négligeables. On peut en tout cas dire que le Comité assure la représentation au niveau européen des collectivités infra-étatiques dans le processus législatif¹¹⁶³.

L'application conséquente du principe de médiatisation préalablement évoqué aurait en principe dû conduire à ce que les *Länder* soient les représentants exclusifs au Comité des régions de l'ensemble des collectivités infra-étatiques allemandes. Ce fut d'ailleurs la raison invoquée par certains *Länder* pour dénier aux collectivités locales le droit de siéger au sein du Comité des régions. Suite à l'appel lancé par les associations confédérales de collectivités locales, ce n'est en fin de compte que grâce à l'intervention de l'ancien chancelier allemand Helmut Kohl et des députés du *Bundestag* que les collectivités locales allemandes disposent de trois sièges sur les 24 attribuées aux collectivités infra-étatiques allemandes¹¹⁶⁴. Les 21 autres demeurent réservés aux représentants des *Länder*¹¹⁶⁵. Si ces trois membres sont

¹¹⁵⁹ Art. 304 TFUE.

¹¹⁶⁰ P.-Y. MONJAL, « Le « niveau local » dans le Traité de Lisbonne ou la reconnaissance du rôle européen des collectivités territoriales », *AJDA*, 2011, p. 1069 ; L. GUILLOUD, « Le comité des régions, un organe paradoxal de l'Union européenne », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2009, p. 582-586.

¹¹⁶¹ Voir l'article 165 (éducation, formation professionnelle et jeunesse), 167 (culture), 168 (santé publique), 172 (réseaux transeuropéens de transports, télécommunications et énergie), 175, 177 et 178 (cohésion économique et sociale) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹¹⁶² Art. 8 du Protocole n°2 sur l'application du principe de subsidiarité et de proportionnalité.

¹¹⁶³ Voir Sur le Comité des régions, v. L. MALO, *Autonomie locale et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 80-119. V. également P.-Y. MONJAL, *Droit européen des collectivités locales*, Paris, LGDJ, 2010, p. 73-78 ; J.-M. THOUVENIN, « Collectivités locales non-étatiques et Union européenne », in SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL (dir.), *Les collectivités infra-étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone, 2002, p. 185-196.

¹¹⁶⁴ §14 de la loi sur la collaboration de la Fédération et des *Länder* dans les affaires de l'Union européenne (*EUZBLG*)

¹¹⁶⁵ Sur cet aspect des négociations lors de l'élaboration de la loi sur la collaboration de la Fédération et des *Länder* dans les affaires de l'Union européenne du 12 mars 1993 (*Bundesgesetzblatt Teil I* p. 313), modifiée par la loi du 22 septembre 2009 (*Bundesgesetzblatt Teil I* p. 3031), v. W. JAEDICKE, H. WOLLMANN,

proposés par les associations fédérales des collectivités locales allemandes, encore faut-il noter que pour conserver intact ce mythe de la médiatisation par les *Länder* de la représentation des collectivités locales, seuls les *Länder* sont habilités à désigner au Gouvernement fédéral les représentants des collectivités locales¹¹⁶⁶. Ainsi, la médiatisation par les *Länder* de la représentation des collectivités locales, censée être inhérente au fédéralisme, peut de la sorte demeurer inaltérée.

Cependant, l'exemple autrichien démontre qu'une telle médiatisation n'est nullement inhérente au fédéralisme. Ainsi, en Autriche, l'article 23c de la Constitution fédérale prévoit que sur les 12 membres qui composent la délégation autrichienne au Comité des régions, trois membres sont désignés sur proposition directe de la Confédération autrichienne des villes (*Österreichischer Städtebund*) et la confédération autrichienne des communes (*Österreichischer Gemeindebund*). On notera en passant que le ratio y est de surcroît plus favorable aux collectivités locales qu'en Allemagne¹¹⁶⁷. De même, en comparaison à la France, force est ici encore de constater que la répartition des sièges entre les catégories de collectivités locales françaises est plus équitable et donc en pratique plus avantageuse pour les communes et les départements français par rapport à leurs homologues allemands. Si la délégation française compte également 24 membres, seule la moitié d'entre eux représentent les régions, six les départements et six les communes, chacune de ces catégories disposant par conséquent d'une représentation propre et équitable au sein du Comité des régions.

§3 : Les modalités d'association des collectivités locales au processus législatif

En France, comme en Allemagne, des procédures et des structures ont été instituées afin de pouvoir prendre en compte les intérêts des collectivités locales et de leurs populations. Toutefois, en comparaison au droit allemand (A), l'association des collectivités locales est

« Kommunale Spitzenverbände », in H. WOLLMANN, R. ROTH, (dir.), *Kommunalpolitik*, op. cit., p. 320 ; Dietrich Thränhardt, *Die Kommunen und die Europäischen Union*, p. 368. Encore faut-il noter que pour conserver ce mythe de la médiatisation par les *Länder*, ce sont les *Länder* qui doivent proposer au Gouvernement fédéral les représentants des collectivités locales.

¹¹⁶⁶ § 14 : « Le gouvernement fédéral propose au Conseil comme membres du Comité des Régions et de leurs représentants, les représentants désignés par les *Länder*. Les *Länder* règlent une procédure de participation pour les communes et les groupements de communes, qui assure que celles-ci soient représentées au Comité des Régions par trois représentants proposés par les associations fédérales des collectivités locales ». Voir P.-Y. MONJAL, *Droit européen des collectivités locales*, op. cit., p. 77.

¹¹⁶⁷ Pour une comparaison, v. A. GAMPER, « Die Stellung der Gemeinden im Vergleich europäischer Bundesstaaten », *Jahrbuch des Förderalismus*, 2006, p. 81.

réglementée de façon moins contraignante en droit français. Le pouvoir discrétionnaire du législateur demeure donc dans ces domaines plus important (B).

A. L'association des collectivités locales au processus législatif en Allemagne

Afin de permettre une prise en compte des intérêts des collectivités locales dans le processus législatif, il n'est pas rare que leur soit accordé le droit d'être consultée dans le cadre du processus législatif. En Allemagne, une telle audition est obligatoire en cas de réforme territoriale au risque sinon que la loi en cause soit jugée contraire à l'autonomie constitutionnellement garantie aux collectivités locales¹¹⁶⁸. Par ailleurs, certains droits fédérés prévoient en matière de péréquation financière certaines procédures de consultation des associations de collectivités locales¹¹⁶⁹. Indépendamment du cas spécifique des réformes touchant aux finances locales ou certaines collectivités locales particulières, la participation des collectivités locales au processus législatif se fait plus globalement par la voie de la consultation des associations de collectivités locales¹¹⁷⁰. Un tel droit est garanti par l'ensemble des *Länder*, soit en vertu d'une disposition de la Constitution, soit au titre d'une loi ordinaire¹¹⁷¹. Au niveau fédéral, la demande traditionnellement formulée par les associations de collectivités locales depuis les années 70 d'obtenir qu'un tel droit leur soit garanti par la Loi fondamentale a cependant été jusqu'à présent constamment rejetée, que ce soit lors des travaux de la commissions de réforme de la Constitution instituée en 1973, en 1993 ou en 2003¹¹⁷². À chaque fois, cette proposition fut écartée au motif qu'elle remettrait

¹¹⁶⁸ Voir *supra* Partie 1, Titre 1, chapitre 1.

¹¹⁶⁹ Pour une présentation exhaustive de ces procédures : H.-G. HENNEKE, « Funktionen und Aufgaben der kommunalen Spitzenverbände im europäisierten Bundesstaat », *op. cit.*, p. 983-1011.

¹¹⁷⁰ Le Ministère fédéral de l'Intérieur dispose par ailleurs d'un bureau en charge du droit des collectivités locales. De même, le *Bundestag* disposait entre 1951 et 1969 d'une commission permanente aux affaires locales qui n'avait cependant que peu de compétences.

¹¹⁷¹ Il s'agit des articles 71 alinéa 4 de la Constitution du Bade-Wurtemberg, 83 alinéa 7 de la Constitution bavaroise, 97 alinéa 3 de la Constitution du Brandebourg, 57 alinéa 6 de la Constitution de Basse-Saxe, 124 de la Constitution de la Sarre, 84 alinéa 2 de la Constitution de Saxe et 91 alinéa 4 de la Constitution de Thuringe. V. pour un aperçu : H.-G. HENNEKE, « Funktionen und Aufgaben der kommunalen Spitzenverbände im europäisierten Bundesstaat », *op. cit.*, p. 987-994.

¹¹⁷² Commission de réforme de la Constitution instituée par le *Bundestag* le 22 février 1973 (*Enquete-Kommission Verfassungsreform*) ; Commission constitutionnelle commune du *Bundestag* et du *Bundesrat* instituée le 16 janvier 1992 ; Commission du *Bundestag* et du *Bundesrat* sur la modernisation de l'ordre fédéral (*KomBO*) instituée en octobre 2003. Sur les deux premières, v. W. JAEDICKE, H. WOLLMANN, « Kommunale Spitzenverbände », *op. cit.*, p. 315-319. Sur la dernière, voir H.-G. HENNEKE, « Funktionen und Aufgaben der kommunalen Spitzenverbände im europäisierten Bundesstaat », *op. cit.*, p. 1006-1009. V. sur cette question : K.-P. SOMMERMANN, « Kommunen und Föderalismusreform », *Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2005*, p. 68-71.

en cause le dualisme du fédéralisme allemand, la représentation des intérêts des collectivités locales étant assurée par l'intermédiaire des *Länder*¹¹⁷³.

À défaut, suite aux recommandations présentées dans son rapport final en 1976 par la première de ces commissions de réforme de la Constitution susmentionnée¹¹⁷⁴, autant le règlement intérieur général des ministères fédéraux¹¹⁷⁵ que le règlement intérieur du *Bundestag*¹¹⁷⁶ ont été modifiés. Ils comportent désormais des dispositions garantissant aux associations fédérales de collectivités locales le droit d'être informées et consultées au sujet des projets de loi concernant leur domaine de compétence. Ces associations prennent par ailleurs généralement part en qualité d'expert – donc sans droit de vote – aux différentes commissions de réforme du fédéralisme, par exemple à la commission du *Bundestag* et du *Bundesrat* sur la modernisation de l'ordre fédéral instituée en octobre 2003.

En revanche, les *Länder* ont, eux, jusqu'à aujourd'hui inlassablement refusé de modifier le règlement intérieur du *Bundesrat* pour faire à la demande des associations fédérales de collectivités locales d'être obligatoirement consultées en cas de projet de loi les concernant¹¹⁷⁷. Ils justifient leur refus au motif que la représentation des intérêts des *Länder*, dont les collectivités locales sont une composante, incombe exclusivement aux délégués des gouvernements fédérés au *Bundesrat*¹¹⁷⁸. On le constate, les réticences des *Länder* à associer les collectivités locales au processus législatif demeurent vives et jouent indéniablement en défaveur de ces dernières, en comparaison notamment à la situation des collectivités locales françaises.

¹¹⁷³ De nos jours, ces propositions sont principalement reléguées par le groupe parlementaire du Parti Gauche au *Bundestag* qui semble, de tous les partis politiques, le seul à chercher à régulièrement thématiser au niveau fédéral les questions relatives aux collectivités locales, notamment en vue de renforcer la participation des associations fédérales de collectivités locales. Par exemple : BT Drs. 16/358, 17/70, 17/1142.

¹¹⁷⁴ Rapport final de la commission de réforme de la Constitution du 9 décembre 1976 : BT-Drs. 7/5924, p. 219-227.

¹¹⁷⁵ §§ 41, 44 III et 47 de la partie générale du Règlement intérieur des Ministères fédéraux (*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien* – GGO). Depuis 1994, ont été intégré des dispositions assurant aux associations fédérales de collectivités locales un droit de consulter quant aux affaires européennes : § 74 V.

¹¹⁷⁶ §§ 66 et 69 V du règlement intérieur du *Bundestag*.

¹¹⁷⁷ Le Règlement intérieur du *Bundesrat* établit dans les règles applicables en matière d'audition de personnalités extérieures (§ 40).

¹¹⁷⁸ W. JAEDICKE, H. WOLLMANN, « Kommunale Spitzenverbände », *op. cit.*, p. 318 ; W. BLÜMEL, « Mitwirkung der kommunalen Gebietskörperschaften und ihrer Spitzenverbände an der Gesetzgebung », in K. LÜDER (dir.), *Staat und Verwaltung. Fünfzig Jahre Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Berlin, Duncker und Humblodt, 1997, p. 331-344 ; H.-G. HENNEKE, « Funktionen und Aufgaben der kommunalen Spitzenverbände im europäisierten Bundesstaat », *op. cit.*, p. 981-1011.

B. L'association des collectivités locales au processus législatif en France

Hormis l'article 53 de la Constitution de 1958 qui prévoit que « nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées », la Constitution exige le consentement obligatoire des populations locales en cas de transformation statutaire ou institutionnel affectant une collectivité d'outre-mer, conformément à l'article 73 alinéa 5 de la Constitution. En revanche, pour les collectivités locales ordinaires, en cas de création d'une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modification de son organisation, ce consentement n'est ni requis, ni ne lie le législateur, l'article 72-1 alinéa 3 de la Constitution française lui laissant simplement le choix de procéder à la « consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi »¹¹⁷⁹.

En plus de la consultation des collectivités locales, l'association des collectivités locales au processus législatif en France passe également par l'attribution d'un pouvoir de proposition en matière législative. Plus exactement la compétence de saisir le Gouvernement de toutes propositions tendant à l'intervention de dispositions législatives ou réglementaires spéciales motivées par la situation particulière de ces territoires a été accordée à certaines collectivités d'outre-mer¹¹⁸⁰ et l'Assemblée de Corse¹¹⁸¹. Le Conseil constitutionnel a, dans le cas de la Corse, jugé en 2002 qu'un tel pouvoir de proposition n'est pas en lui-même contraire à la Constitution¹¹⁸². Il en allait en revanche autrement de la disposition d'une loi qui enjoignait au Premier ministre de fixer le délai dans lequel il devait apporter une réponse au fond sur la suite à donner aux propositions de l'Assemblée de Corse¹¹⁸³. De plus, le Sénat s'est lui aussi doté de moyens afin de consolider son expertise en matière de droit des collectivités territoriales en instituant en 2009 une délégation sénatoriale aux collectivités territoriales et à la décentralisation. Cette délégation a pris la suite de l'Observatoire de la décentralisation. Elle a pour mission d'évaluer les conditions de l'application locale des

¹¹⁷⁹ V. E. BROSSET, *op. cit.*, p. 701-705 ; v. également *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹¹⁸⁰ Décret n°60-406 du 26 avril 1960 relatif à l'adaptation du régime législatif et de l'organisation administrative des départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion. Voir P.-Y. CHICOT, « L'association des départements et régions d'outre-mer à l'exercice du pouvoir législatif et réglementaire », *Pouvoirs locaux*, n° 86, 2010, p. 88-95.

¹¹⁸¹ Article L. 4422-16 CGCT.

¹¹⁸² Décision n°2001-454 DC du 17 janvier 2002 (cons. 9).

¹¹⁸³ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 (cons. 51).

politiques publiques intéressant les collectivités territoriales et de veiller à la protection de l'autonomie locale.

Sur le plan financier a été créé dès 1979 un organisme en charge de contrôler la répartition de la dotation globale de fonctionnement et de fixer le montant de la dotation forfaitaire reçue par les collectivités locales. Par ailleurs, cet organisme peut voire doit être consulté par le Gouvernement sur tout projet de loi ou tout décret à caractère financier concernant les collectivités locales¹¹⁸⁴. Composé de membres des assemblées parlementaires et de représentants élus des régions, des départements, des communes et de leurs groupements, ainsi que de représentants des administrations de l'État, ce « Comité des finances locales » permet aux collectivités locales de veiller à ce que tout transfert de compétences soit compensé et ainsi de défendre leur autonomie financière que la révision constitutionnelle de 2003 a notablement renforcée. Enfin, un Conseil national chargé du contrôle et de la régulation des normes applicables aux collectivités locales¹¹⁸⁵ a été créé en 2013. Cette structure¹¹⁸⁶ est chargée d'émettre un avis sur les projets de textes réglementaires et législatifs créant ou modifiant des normes applicables aux collectivités territoriales ainsi qu'aux projets d'acte de l'Union européenne ayant un impact technique et financier sur les collectivités territoriales¹¹⁸⁷.

On le constate, de nombreux organes et procédures ont été mis en place afin de permettre la prise en compte des intérêts des collectivités locales françaises dans l'élaboration de la loi. Cette association des collectivités locales au processus législatif demeure cependant respectueuse de la réserve de compétence du législateur puisque les avis émis à cette occasion ne sont la plupart du temps que consultatifs et ne lie donc pas le législateur, quand bien même celui-ci s'en inspire régulièrement. De ce point de vue, on note en comparaison à l'Allemagne qu'à l'exception de la position du *Bundesrat*, les deux systèmes prévoient de

¹¹⁸⁴ Art. L.1211-1 à L.1211-3 du CGCT. V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 160-162.

¹¹⁸⁵ Art. L.1212-1 à L.1212-4 du CGCT créés par la loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013.

¹¹⁸⁶ Cette structure remplace plusieurs organismes comme la commission consultative d'évaluation des normes, l'observatoire des finances locales ou la Commission consultative sur l'évaluation des charges.

¹¹⁸⁷ Avait été également instaurée une Conférence nationale des exécutifs (CNE) réunissant des représentants des trois principaux rassemblements d'élus locaux (association des maires de France, assemblées des départements de France, association des régions de France) et des membres du Gouvernement afin d'instaurer un « lieu de dialogue » entre l'État et les collectivités locales, la Direction générale des collectivités territoriales du Ministère de l'Intérieur étant la structure au sein de l'administration centrale plus particulièrement en charge de mettre en œuvre ce dialogue. Elle a été remplacée par une Conférence nationale des territoires instituée en juillet 2017.

façon sans doute assez équivalente de telle forme d'association. Outre ces procédures comparables, la pratique du cumul des mandats¹¹⁸⁸ a pu constituer une différence notable entre la France et l'Allemagne qui peut possiblement jouer en faveur des collectivités locales françaises. Ce « jacobinisme apprivoisé »¹¹⁸⁹ offre en effet des possibilités d'influence¹¹⁹⁰ aux élus des collectivités locales françaises inconnues de leurs homologues allemands¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ P.-OLIVIER CAILLE, « Le cumul des mandats au regard des expériences étrangères », *RDP*, 2000, p. 1702-1743. Le cumul des mandats peut être plus défini de façon plus générale comme le cumul dans le temps (cumul temporel) ou dans l'espace (cumul matériel) de fonctions électives. Ici, les interdictions mises en place depuis les années 90 concernent principalement le cumul simultané de plusieurs mandats locaux ou d'une fonction exécutive locale avec une fonction exécutive nationale. Pour une définition plus large distinguant cumul vertical, horizontal et temporel, voir Y. MENY, « Le cumul des mandats ou l'impossible séparation des pouvoirs », *Revue Pouvoirs*, n°64, 1993, p. 130-136.

¹¹⁸⁹ P. GREMION, *Le pouvoir périphérique*, Paris, Seuil, 1976. On se rapportera également à l'étude fondamentale de M. CROZIER, J.-C. THEONIG, « La régulation des systèmes organisés complexes : le cas du système de décision politico-administratif local en France », *Revue française de sociologie*, 1975, p. 3-32. Dans la littérature plus récente, outre les essais respectifs de Jacques Chevallier, de Jacques Caillousse et de Jean-Bernard Auby déjà cités, on pourra se reporter à : G. DUPUIS, *Le centre et la périphérie*, Paris, LGDJ, 2000.

¹¹⁹⁰ Par exemple, voir la lettre du 20 mars 2013 publiée dans la presse et adressée au Président de la République française par Pierre Avril, Olivier Beaud, Laurent Bouvet et Patrick Weil plaidant en faveur du maintien d'un tel système car « l'exception française du cumul des mandats est le contrepois à l'exception française du cumul des pouvoirs, de la concentration extrême des pouvoirs entre les mains du Président de la République » : P. AVRIL, O. BEAUD, L. BOUVET, P. WEIL, « Non-cumul des mandats : la mise en garde de quatre universitaires », *Le Monde*, 25 mars 2013 ; voir déjà P. WEIL, « Il faut cumuler les mandats politiques! », *Le Monde*, 20 février 2013.

¹¹⁹¹ V. S. KUHLMANN, *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa*, *op. cit.*, p. 137-139.

Conclusion du Chapitre 2

Au terme de ce second chapitre, quelles divergences et quelles convergences peut-on observer entre la France et l'Allemagne quant à la question du pouvoir normatif des collectivités locales et en quoi la structure territoriale de l'État peut-elle les expliquer ?

Le premier point que l'on peut commencer par noter n'étonnera guère : en France comme en Allemagne, les collectivités locales sont pareillement dotées d'un pouvoir réglementaire subordonné au pouvoir législatif. C'est ce qui à titre principal caractérise le domaine et les limites du pouvoir normatif local. Le second point est en revanche moins fréquemment relevé et donne à voir une divergence entre le pouvoir normatif accordé en France et en Allemagne aux collectivités locales. Il a trait au fait que dans le cas allemand, le pouvoir normatif attribué aux collectivités locales en matière d'expérimentation est nettement moins poussé qu'en France. Une telle situation résulte principalement du fait que le fédéralisme fait déjà office de laboratoire normatif et rend par conséquent inutile le transfert à des collectivités locales d'un tel pouvoir. Celui-ci échoit aux collectivités fédérées.

Ce constat se confirme d'ailleurs au regard de la représentation des collectivités locales. Ainsi qu'a pu le noter un observateur, « de manière paradoxale, c'est peut-être dans les États unitaires que la représentation des collectivités locales est la mieux assurée »¹¹⁹². En atteste du moins la composition du Comité des Régions au sein duquel les collectivités locales ne sont que marginalement représentées dans les délégations des pays disposant de régions aux compétences étendues comme les systèmes fédéraux ou à autonomie régionale, tandis que dans les pays dotés de systèmes régionaux plus faibles, la représentation des collectivités locales inférieures et intermédiaires y est mieux assurée¹¹⁹³. À la différence de Francis Delpéré, cette distorsion ne nous semble toutefois nullement paradoxale, mais paraît au contraire résulter d'une tendance plus générale à la centralisation des pouvoirs locaux dans les systèmes disposant de régions aux compétences étendues au profit de ces dernières et au détriment des collectivités locales¹¹⁹⁴.

¹¹⁹² F. DELPÉRÉE, « Les collectivités locales et l'Europe », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2006, p. 344.

¹¹⁹³ V. P.-Y. MONJAL, *Droit européen des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 74.

¹¹⁹⁴ V. G. PALLAVER, M. BRUNAZZO, « Das Pendel des „föderalen“ Regionalismus – Verfassungsreform und neuer Zentralismus in Italien », in A. GAMPER et al. (dir.), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa*, *op. cit.*, p. 283-316 ; X. ARZOZ, « Systeme der Kompetenzverteilung in Spanien aus rechtlicher Perspektive », in *Ibid.*, p. 317-342.

Conclusion du Titre 2

Ces deux chapitres avaient pour objet d'exposer les garanties matérielles du droit à l'autonomie locale. Du tableau d'ensemble qui en ressort, il est tout d'abord possible de dire que les collectivités locales françaises et allemandes bénéficient pareillement d'un pouvoir réglementaire subordonné au pouvoir législatif et d'une liberté décisionnelle garantie par la Constitution. En particulier, le droit d'agir dans leur domaine de compétences en dehors de toute instruction étatique leur est communément garanti, le juge constitutionnel veillant à éviter toute ingérence des organes centraux d'État, ainsi qu'au fait qu'elles bénéficient d'une « indépendance » suffisante dans la détermination de leurs moyens d'action.

Une seconde convergence est également notable au regard cette fois de la détermination du champ de compétences des collectivités locales. En France, comme en Allemagne, sa concrétisation relève de la compétence du législateur. En dépit d'un contrôle plus élaboré et plus détaillé en Allemagne, il apparaît que les juges constitutionnels français et allemands accordent en définitive une large marge d'appréciation au législateur dans la fixation des compétences locales, discrétionnarité justifiée au vu du caractère fortement indéterminée des normes constitutionnelles qui y sont afférentes, qu'il s'agisse du concept d'« affaires locales » ou de subsidiarité.

Il s'agit là, en outre, d'un aspect qui différencie, en droit positif, la situation des collectivités locales de celle des *Länder*. Il ne serait sans doute pas inexact d'en conclure que l'établissement dans la Constitution d'un catalogue de compétences et la fixation de règles constitutionnelles de répartition de compétences plus strictement déterminées débute à partir du moment où sont accordées de façon durable des compétences législatives. C'est lorsque sont en jeu des compétences législatives qu'il paraît opportun de s'appuyer sur la rigidité mais aussi la primauté du cadre constitutionnel. Autrement, ceci est renvoyé à la compétence du législateur. La comparaison avec d'autres États fédéraux mais aussi le cas des États unitaires à autonomie régionale paraît confirmer cette observation. En tout état de cause, le cas de la Constitution bavaroise et de son catalogue de compétences demeure exceptionnel. Autrement dit, il n'y a pas sur ce point d'incidence du fédéralisme qui consisterait à définir dans les constitutions fédérées un catalogue de compétences, à l'instar du catalogue de compétences fixée dans la Constitution fédérale.

Là où en revanche, il est possible de faire le constat d'un effet de la structure territoriale d'État sur les garanties matérielles de l'autonomie locale, est relatif à la possibilité pour les

collectivités locales d'être associées à l'exercice du pouvoir législatif. Le cas du transfert d'un pouvoir d'expérimentation aux collectivités locales est à cet égard remarquable, tout comme le sont les difficultés qu'ont eues les collectivités locales allemandes à contester le monopole de la représentation des intérêts territoriaux par les *Länder*, notamment au niveau européen.

Conclusion de la Partie 1

L'étude des garanties formelles et matérielles du droit à l'autonomie locale en France et en Allemagne a permis de faire le constat d'une assez forte convergence dans le degré de décentralisation par autonomie locale des ordres juridiques français et allemand. Un facteur de convergence sans doute déterminant est la constitutionnalisation récente du droit des collectivités locales en France. Elle a conduit depuis 1979 à ce que le Conseil constitutionnel contrôle désormais plus fréquemment les législations en veillant au respect du droit à la libre administration des collectivités locales. Elle s'est poursuivie en 2003 avec la révision constitutionnelle, puis en 2010 avec la possibilité désormais offerte aux collectivités locales de déposer une question prioritaire de constitutionnalité en vue de contester une loi qui porterait atteinte à leur droit à l'autonomie locale. Assurément, cette dernière nouveauté a le plus fortement contribué à rapprocher les deux systèmes dans la période récente.

Par comparaison, en Allemagne, de telles évolutions étaient déjà à l'oeuvre dès les années 1920, en plus d'être par ailleurs âprement discutées et systématisés par la doctrine. C'est d'ailleurs sans doute à cet égard que les différences entre la France et l'Allemagne se maintiennent le plus notablement. En effet, ce rapprochement que porte la constitutionnalisation du droit français des collectivités locales, se réalise dans un contexte dogmatique très éloigné de celui qui prévaut en Allemagne. La jurisprudence constitutionnelle demeure en France marquée par son pragmatisme. Si les marges de discrétionarité qu'elle accorde au législateur sont en définitive similaires à celles des juges constitutionnels allemands, ces derniers imposent aux organes législatifs des contraintes argumentatives bien plus fortes. Autrement dit, si le résultat est comparable, en revanche, la dogmatique allemande du droit constitutionnel local est nettement plus élaborée. Elle n'en demeure pas moins parfois fluctuante, ainsi que les flottements relatifs à l'application du principe de proportionnalité au contentieux constitutionnel local ont pu le démontrer.

PARTIE 2 : LE POUVOIR DE SURVEILLANCE DE L'ÉTAT

Introduction de la Partie 2

Tout travail scientifique repose sur une classification et toute classification est censée répondre à un problème¹¹⁹⁵. Celui qui nous occupe ici est relatif à la structure territoriale de l'ordre juridique et plus spécifiquement aux modalités d'organisation administrative de l'État, compris au sens large. À ce problème, les auteurs français font en général correspondre deux idéaux-types¹¹⁹⁶. Le premier est celui de la « centralisation » et de sa forme imparfaite, la « déconcentration », le second celui de la « décentralisation ». Au premier est associé le concept de « pouvoir hiérarchique » qui en constitue la caractéristique emblématique, la décentralisation étant elle définie par le « pouvoir de tutelle » ou de « contrôle » de l'État sur les actes des collectivités décentralisées.

Élaborer une recherche à partir du concept de pouvoir de surveillance nécessite par conséquent d'apporter tout d'abord la preuve que le concept proposé permet de mieux appréhender un objet juridique qui n'aurait été jusqu'à présent que mal perçu dans les travaux scientifiques relatifs à l'organisation administrative de l'État. Selon la thèse ici défendue, ce défaut de perception s'explique dans le cas de notre champ de recherche avant tout par l'importance des traditions nationales dans la définition des concepts habituellement employés pour décrire l'organisation administrative de l'État. Ceux-ci ont été élaborés dans le cadre de discours doctrinaux essentiellement dominés par des débats internes. Le meilleur exemple est l'idée généralement admise que le pouvoir de tutelle serait un instrument typique de l'État unitaire. Ainsi, le fédéralisme exclurait le pouvoir de contrôle de l'État fédéral sur les collectivités fédérées tandis que la décentralisation au contraire l'imposerait nécessairement. Or, cette prise en compte d'un contexte restreint a conduit à rendre les distinctions doctrinales nationales peu adéquates à une comparaison avec d'autres ordres

¹¹⁹⁵ C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1966, n°11, p. 25-43, plus particulièrement p. 38 ; v. également sur cette démarche appliquée à l'organisation de l'État : C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948. La première partie de cet ouvrage est consacrée à l'exposé du problème, la seconde à la présentation des solutions, et en cela, des trois types abstraits de modes de division de l'organisation administrative qu'identifie Charles Eisenmann (centralisation, décentralisation et semi-décentralisation). L'auteur se penche plus particulièrement sur les problèmes méthodologiques liés à la constitution de types plus loin dans son ouvrage : *Ibid.*, p. 240-248. Pour une analyse critique de cette approche : O. BEAUD, « A propos des "Ecrits de théorie du droit" de Charles Eisenmann », *Droits*, 2002, n°36, p. 189-200.

¹¹⁹⁶ Jacques Caillosse reconnaît que cette présentation doctrinale reste dominante dans la littérature juridique française tout en notant l'embarras de certains auteurs de renom à adopter cette *summa divisio* dont ils doutent de l'absolue pertinence, notamment à la suite des travaux critiques de Charles Eisenmann sur cette opposition : J. CAILLOSSE, *op. cit.*, p. 63. Dans le même sens : M. DOAT, *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2003, p. 151-154. V. déjà S. FLOGAÏTIS, *op. cit.*, p. 50-61.

juridiques. Ceci oblige à opérer un travail préalable de clarification des concepts qui serviront à la description comparée des ordres juridiques étudiés. Au surplus, cette clarification contribuera à confronter certaines controverses qui n'ont été jusqu'à présent envisagées que du point de vue du droit national, comme celle relative à la qualification du pouvoir d'approbation comme moyen de tutelle ou instrument du pouvoir hiérarchique. Cette partie de nos réflexions s'appuiera plus particulièrement sur les travaux de deux théoriciens du droit administratif qui ont en commun d'avoir justement cherché à dépasser l'horizon national des classifications scientifiques et comptent tous deux parmi les disciples de Hans Kelsen : Charles Eisenmann et Adolf Merkl.

En résumé, notre objectif sera dans un premier temps de démontrer en quoi les distinctions doctrinales nationales n'ont que partiellement rendu compte des éléments constitutifs du concept de pouvoir de surveillance et de son champ d'application (Titre 1). Le deuxième temps de ce travail constituera en un travail d'édification, de construction, visant plus spécifiquement à poser les propriétés constitutives de notre concept de pouvoir de surveillance. Ceci nous conduira à en étudier plus spécialement le fondement et les conditions d'exercice en droit positif français et allemand (Titre 2). Si la ligne de partage entre ces deux phases pourra certes fluctuer dans la mesure où chacune d'entre-elles pourra contenir des éléments à la fois critiques et constructifs, tel en sera néanmoins le cap.

Titre 1 : Définition du concept de « pouvoir de surveillance »

« Définir, c'est – l'étymologie le dit – délimiter, c'est-à-dire séparer ; c'est situer et opposer pour "individualiser"; cela ne peut donc se faire que sur des objets considérés comme ressortissants à des classes ou catégories distinctes ; même si l'on entend traiter ensuite exclusivement l'une des classes ou catégories comme "en dedans", les autres comme "en dehors", de son champ intellectuel. L'opération ne peut être bien conduite qu'en considérant au départ l'ensemble des objets du "genus proximum" où figure celui qui nous intéresse spécialement. »¹¹⁹⁷. Faisant nôtre la démarche définitoire formulée par Charles Eisenmann, nous procéderons en deux temps en cherchant à délimiter le pouvoir de surveillance des autres objets juridiques auxquels il est possible de le rapporter, soit par opposition, soit par association.

Cette recherche se réalisant dans le cadre d'une étude comparée des droits français et allemand, elle exige par conséquent de s'intéresser aux concepts produits dans ces deux doctrines en vue d'analyser l'organisation administrative de ces différents systèmes juridiques en particulier sous l'angle des différents contrôles juridiques auxquels sont soumises les normes locales. Au regard des classifications des contrôles administratifs portant sur les normes édictées par les organes administratifs locaux, l'impression initiale qui domine est de prime abord celle d'une représentation commune. Traditionnellement, la doctrine française oppose le pouvoir de « tutelle » au pouvoir « hiérarchique », là où la doctrine allemande paraît distinguer de son côté également deux types de pouvoir de contrôle, la « supervision » (*Aufsicht*) et le pouvoir de « direction » (*Leitungsgewalt*). Par ailleurs, la question du rattachement des prérogatives relatives aux personnes – « pouvoir disciplinaire » ou *Dienstgewalt* – à l'un de ces deux types de contrôle semble être discutée aussi bien dans la littérature française qu'allemande.

Cependant, cette première impression s'avère trompeuse. À l'instar du constat fait par Charles Eisenmann à propos de l'opposition entre « pouvoir hiérarchique » et « pouvoir de tutelle » dans la doctrine française, on peut dire qu'en comparant les classifications doctrinales française et allemande, les « définitions ou analyses proposées présentent des

¹¹⁹⁷ C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, p. 30.

divergences de fond dont certaines, en tous cas, très importantes, très profondes. L'unanimité, l'accord sont illusoire. »¹¹⁹⁸. En vérité, un constat plus général se confirme ici : les classifications doctrinales tout particulièrement en droit administratif demeurent surdéterminées par les traditions nationales et encore davantage par certaines représentations, qu'il s'agisse de celles relatives à son propre système juridique ou à celui d'autres pays¹¹⁹⁹. C'est ce qui nous paraît devoir être ici démontré afin de souligner la nécessité de proposer un concept spécifique et extérieur, celui de « pouvoir de surveillance », pour appréhender de façon comparative les formes de contrôles administratifs ayant pour objet l'examen de la régularité juridique des actes des collectivités locales vis-à-vis des normes centrales. Nous nous appuyerons à cette fin sur les classifications élaborées par trois auteurs qui ont précisément cherché à renouveler le répertoire conceptuel de la science juridique en le désenclavant : Charles Eisenmann, Hans Kelsen et Adolf Merkl.

En conséquence, ceci nous conduira à porter notre attention sur la façon dont les doctrines française et allemande définissent respectivement le pouvoir « hiérarchique » ou de « direction » (*Leitungsgewalt*) qui représentent les concepts antonymes à celui de pouvoir de surveillance (Chapitre 1). Nous le distinguerons ensuite des concepts parallèles de « contrôle » et de « tutelle » et nous efforcerons d'établir la pertinence d'y substituer celui de « surveillance » pour les besoins d'une étude comparée consacrée aux contrôles administratifs portant sur les normes édictées par les organes administratifs locaux (Chapitre 2).

¹¹⁹⁸ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif (1966-1967)*, t. 1, Paris, LGDJ, 1982, p. 222.

¹¹⁹⁹ Sur l'origine, l'évolution et les différences de ces constructions doctrinales dans le domaine du droit administratif, voir notamment : K.-P. SOMMERMANN, « Das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Verwaltungsrecht. Vergleichende Betrachtungen zu Deutschland und Frankreich », *Die Verwaltung*, 2017, p. 77-95 ; P. GONOD, « Über den Rechtsexport des deutschen Verwaltungsrechts aus französischer Sicht », *Die Verwaltung*, 2015, p. 337-364 ; E. V. HEYEN, « Das französische Verwaltungsrecht in der deutschen Rechtswissenschaft », in O. BEAUD, E. V. HEYEN (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 279-302 ; C. SCHÖNBERGER, « Verwaltungsrechtsvergleichung : Eigenheiten, Methoden und Geschichte », in A. v. BOGDANDY, S. CASSESE, M. HUBER (dir.), *Ius Publicum Europaeum*, t. 4, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, §71, p. 495-540 ; M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, op. cit., p. 11-13 ; S. CASSESE, *La construction du droit administratif – France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 12. Voir également sur la question du point de vue dans l'approche comparative, C. SCHÖNBERGER, « Verfassungsvergleichung heute : der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild », *Verfassung und Recht in Übersee*, n°43, 2010, p. 6-27.

Chapitre 1 : La délimitation du pouvoir de surveillance et du pouvoir hiérarchique

Par délimitation, nous comprenons une opération négative consistant à différencier un objet de recherche d'autres objets de recherche qui lui sont liés. Nous caractérisons cette opération de « négative » car elle nous conduira à questionner la définition du pouvoir de surveillance par rapport au pouvoir hiérarchique dans les distinctions doctrinales nationales habituellement établies. Traditionnellement, la doctrine française oppose le pouvoir de « tutelle » au pouvoir « hiérarchique ». Étudier le contrôle de la régularité juridique des normes locales nous invite à faire retour sur cette *summa divisio* qui continue de dominer la littérature juridique française en commençant par la comparer avec les distinctions ayant cours dans la doctrine allemande du droit administratif. A-t-elle également recours à cette classification des formes d'organisation administrative de l'État qui repose sur l'idée d'un écran parfaitement perméable entre ces types de contrôle administratif ? La doctrine allemande paraît en effet distinguer de son côté également deux types de pouvoir de contrôle, la « supervision » (*Aufsicht*) et le pouvoir de « direction » (*Leitungsgewalt*). Au surplus, la question du rattachement des prérogatives relatives aux personnes – « pouvoir disciplinaire » ou « *Dienstgewalt* » – à l'un de ces deux types de contrôle semble être discutée aussi bien dans la littérature française qu'allemande.

La confrontation des classifications doctrinales nationales nous conduira justement à questionner leur caractère hermétique et à voir en quoi leur utilisation dans le cadre d'une étude comparée peut s'avérer impropre (Section 1). C'est la raison pour laquelle il conviendra dans un second temps de nous interroger, notamment à l'appui des travaux d'Adolf Merkl, sur ce qui véritablement distingue les différentes formes de contrôle administratif centraux portant sur les actes des organes locaux et en particulier sur la question de savoir s'il est possible de faire état d'une différence de nature entre le pouvoir hiérarchique et le pouvoir de surveillance ou s'il s'agit au contraire d'une différence de degré (Section 2).

Section 1 : Le pouvoir hiérarchique dans les classifications doctrinales nationales

On peut emprunter à Olivier Beaud une première définition historique du pouvoir hiérarchique, issue de son étude consacrée aux relations entre le Souverain et les Magistrats dans la théorie de l'État de Jean Bodin. Reformulant l'idée de hiérarchie telle que la concevait le célèbre légiste, Olivier Beaud la définit comme organisant « la suprématie interne de l'État en ordonnant verticalement le rapport entre le Souverain et les autorités inférieures, et donc en ordonnant les normes de l'État »¹²⁰⁰. Parmi les moyens de garantir ce pouvoir hiérarchique, Bodin cite le pouvoir de remplacement d'un officier incompetent par un commissaire, le pouvoir de réformation – pour des raisons de légalité et d'opportunité – et d'abrogation des actes de magistrature, prérogatives dont le Souverain doit disposer en dernier ressort¹²⁰¹. Cette définition renvoie, à l'époque moderne, à celle qui en est communément donnée dans les sciences administratives. Le pouvoir hiérarchique y est généralement conçu comme un mode de relations fondé sur un « style de commandement basé sur la domination et la subordination »¹²⁰² typique des organisations dites « bureaucratiques »¹²⁰³. Indépendamment des questionnements autour de la pertinence de présenter le pouvoir administratif comme un bloc monolithique¹²⁰⁴, il est admis que les administrations française et allemande continuent d'être pareillement fondées sur ce modèle pyramidal classique¹²⁰⁵. Dans cette présentation, les structures administratives sont assujetties

¹²⁰⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 160. L'étymologie du terme « hiérarchie » renvoie au vocabulaire « théologico-ecclésiastique » puisqu'il servait initialement à désigner l'ordre des milices célestes avant de définir les différents degrés de l'état ecclésiastique : C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 228.

¹²⁰¹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 160.

¹²⁰² J. CHEVALLIER, « Bilan de recherche sur la participation dans l'administration française », in CURAPP, *La participation dans l'administration française*, Paris, PUF, 1975, p. 7.

¹²⁰³ V. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie* (1922), Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 5^{ème} éd., p. 551-579, en particulier p. 551-552.

¹²⁰⁴ V. sur l'érosion du « mythe » de l'unité de l'administration : B.-O. BRYDE, « Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem », in *VVDStRL*, 1988, p. 181-216 ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2014, 4^{ème} éd., p. 76-87 ; H. DREIER, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat: Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzip der Exekutive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1991 p. 302-309 ; M. JESTAEDT, « Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts », in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-AßMANN, A. VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. 1, Munich, C.H. Beck, 2012, 2^{ème} éd., p. 940.

¹²⁰⁵ H. DREIER, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, op. cit., p. 6 et p. 141-148 ; J. MASING, « Unabhängigen Regulierungsbehörden und ihr Aufgabenprofil », in J. MASING, G. MARCOU (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 181-189 ; édition française : J. MASING, G. MARCOU (dir.), *Le modèle des autorités indépendantes de régulation en Allemagne et en France*,

au pouvoir central qui peut leur imposer sa volonté en leur adressant des instructions et en leur infligeant des sanctions en cas d'inexécution, cette obéissance hiérarchique servant à « assurer l'unité de l'action administrative et par là de garantir la promotion de l'intérêt général »¹²⁰⁶.

À partir de ces premiers éléments de définition, on peut poser une première définition du concept juridique de « pouvoir hiérarchique » comme désignant la puissance de commandement qui régit la relation de subordination entre deux catégories de normes et ainsi l'obéissance des organes locaux aux organes centraux. Une telle définition pourrait sembler correspondre à celles des concepts habituellement retenus dans les classifications doctrinales allemande et française. Leur comparaison révèle cependant deux conceptions différentes de l'organisation administrative. Si le schéma explicatif retenu dans la littérature française portant sur l'organisation administrative oppose le pouvoir dit « hiérarchique » au pouvoir de « tutelle », cette *summa divisio* ne se retrouve pas de façon équivalente dans les classifications doctrinales allemandes. En vérité, la confrontation des classifications doctrinales nationales relatives au pouvoir hiérarchique souligne à la fois leurs limites (§1) mais également leur hétérogénéité (§2).

§1 : L'étroitesse des classifications doctrinales nationales

Deux concepts prépondérants dans les classifications nationales afférentes au pouvoir hiérarchique tel que préalablement défini nous semblent apporter la preuve de l'étroitesse respective des classifications traditionnellement adoptées en matière d'organisation administrative : le premier, tiré de la doctrine française, est celui de « déconcentration » (A), le second, tiré de la doctrine allemande, est celui de « pouvoir d'organiser l'administration » (*Organisationsgewalt*) (B).

Paris, Société de Législation comparée, 2011 ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 23-25 ; W. LOSCHELDER, « Weisungshierarchie und persönliche Verantwortung in der Exekutive », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 5, Heidelberg, C.F. Müller, 2007, 3^{ème} éd., §107, p. 419.

¹²⁰⁶ J. CHEVALLIER, « Bilan de recherche sur la participation dans l'administration française », *op. cit.*, p. 7.

A. Les différences de conception de la « déconcentration » dans les doctrines française et allemande

Conformément au constat jadis établi par Charles Eisenmann, la littérature administrativiste française fait tenir une place centrale à la division « hiérarchie/tutelle » dans la présentation de l'organisation territoriale de l'administration, ces deux pouvoirs étant la plupart du temps présentés comme étant de nature radicalement différentes¹²⁰⁷. Ainsi que le note Jacques Caillosse, ce constat formulé voilà déjà plus de soixante ans continue invariablement de se vérifier¹²⁰⁸. Le pouvoir hiérarchique continue d'être perçu comme l'emblème de la centralisation – mieux, de la déconcentration – et de l'administration d'État, son absence définissant en contrepoint la décentralisation et le cadre d'action des collectivités locales¹²⁰⁹. Plus que le simple recours au concept de « déconcentration », c'est par conséquent plus largement le calquage de la conception française de la typologie distinguant la centralisation, la déconcentration et la décentralisation qu'il convient de questionner.

Or, celle-ci nous paraît trop étroite et en cela inadéquate à décrire l'organisation administrative allemande ainsi que cela a pu être naguère très justement souligné par un spécialiste du droit public allemand, le professeur Christian Autexier¹²¹⁰. Pour cet auteur, cet écueil, générateur d'incertitudes dans la discussion entre universitaires français et allemands¹²¹¹, résulte de façon tout à fait remarquable non pas de l'absence dans la doctrine allemande d'une classification originellement française, mais au contraire des divergences

¹²⁰⁷ Voir à titre d'échantillon parmi les manuels de droit administratif par exemple : J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2018, 27^{ème} éd., p. 47-52 (p. 50) et p. 192-198 ; P. JAN, *Institutions administratives*, Paris, Litec, 2015, 5^{ème} éd., p. 26 ; déjà : A. GRUBER, *La décentralisation et les institutions administratives*, Paris, Armand Colin, 1996, 2^{ème} éd., p. 420-438. Sur l'évolution de la notion de tutelle, v. la thèse d'A. LAMI, *Tutelle et contrôle de l'État sur les Universités françaises. Mythe et réalité*, Paris, LGDJ, 2015, p. 6-36, en particulier p. 17-18 ; voir également sur la différence entre décentralisation et déconcentration, tutelle et hiérarchie : G. MARCOU, « Le représentant territorial de l'État et le fait régional dans les États européens », *RFAP*, 2010, p. 567-582.

¹²⁰⁸ J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation*, *op. cit.*, p. 56, p. 63 et p. 145 ; v. C. EISENMANN, *Cour de droit administratif*, *op. cit.*, p. 250.

¹²⁰⁹ N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Paris, Dalloz, 2009, p. 111-144, en particulier p. 129-130.

¹²¹⁰ C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, p. 191. V. également A. DELCAMP, « Les problèmes de la déconcentration dans les pays européens », *RFDA*, 1995, p. 730-740.

¹²¹¹ C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, *op. cit.*, p. 192. On renverra ici aux travaux doctoraux de Pascal Mahon et de Spyridon Flogaïtis. Ce dernier considère cependant sur ce point que les conceptions allemande et française de la centralisation et de la décentralisation se rapprochent en dépit de la persistance de différences théoriques générales : S. FLOGAÏTIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, *op. cit.*, p. 96-101 (p. 101) ; P. MAHON, *La décentralisation administrative : étude de droit public français, allemand et suisse*, Genève, Droz, 1985.

dans les représentations respectives du sens et de la portée à accorder à ces différentes catégories doctrinales¹²¹².

La présentation des définitions données en France et en Allemagne de la déconcentration (I) permettra de montrer qu'en dépit de l'idée commune que cette forme d'organisation administrative de l'Etat se caractérise par la soumission au pouvoir hiérarchique des organes déconcentrés, ce sont surtout les divergences de conception qui prévalent (II). Tandis qu'en France le couple « déconcentration et pouvoir hiérarchique » contribue à différencier l'Etat des collectivités locales, cette dimension organique n'est pas présente dans la classification allemande.

I. Pouvoir hiérarchique et déconcentration : définitions

Dans la doctrine française, la déconcentration désigne un aménagement de la centralisation administrative dans lequel, selon l'expression souvent citée d'Odilon Barrot, « c'est le même marteau qui frappe mais on en a raccourci le manche ». On appelle « déconcentration », enseigne ainsi M. Waline, « le transfert à un agent local de l'État d'un pouvoir de décision exercé jusque-là par le chef suprême de la hiérarchie »¹²¹³. La déconcentration apparaît d'une part comme une forme imparfaite de la centralisation qui est associée au « pouvoir hiérarchique » et à l'administration d'État. Elle s'oppose d'autre part à la décentralisation qu'on identifie au « pouvoir de tutelle » et aux collectivités locales. À la différence de la doctrine allemande¹²¹⁴, déconcentration et pouvoir hiérarchique se conçoivent en fin de compte non pas par rapport à l'idéaltype « concentration » mais par rapport à la décentralisation.

L'opposition entre la décentralisation et la déconcentration marque, dans la doctrine française, la différence fondamentale entre deux catégories d'organes locaux. Les premiers sont dépourvus de la personnalité juridique, intégrés à l'administration d'Etat et soumis au pouvoir hiérarchique de l'État central. Les seconds sont autonomes de celui-ci, dotés de la

¹²¹² Dans ce sens également : S. FLOGAÏTIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, *op. cit.*, p. 96.

¹²¹³ J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 50 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 2018, 22^{ème} éd., p. 212-213 ; A. GRUBER, *op. cit.*, p. 18-26.

¹²¹⁴ V. cependant O. GOHIN, J.-G. SORBARA, *Institutions administratives*, Paris, LGDJ, 2016, 7^{ème} éd., p. 100-102 et P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 2018, 12^{ème} éd., p. 135-137 qui font brièvement référence à la concentration, notamment pour l'associer à la délocalisation. Mais il n'en reste pas moins que l'élément dominant de leurs classifications demeure la distinction entre la déconcentration et la décentralisation et, ce faisant, entre pouvoir hiérarchique et pouvoir de tutelle.

personnalité morale et ne sont assujettis qu'au pouvoir de tutelle de l'Etat. C'est dans cette différence prétendument de nature entre les organes de l'État et les collectivités décentralisées que la distinction entre ces deux formes d'aménagement de l'organisation administrative trouve tout son sens et prend toute sa portée.

En d'autres termes, selon la doctrine française, décentralisation et déconcentration sont deux concepts antagonistes et s'excluent l'un l'autre. Ils désignent deux types d'organes distincts. L'espace juridique de la décentralisation se détermine par conséquent en opposition à celui hiérarchiquement organisé de la déconcentration¹²¹⁵.

Dans la doctrine allemande, le sens et la portée des concepts de déconcentration et de décentralisation sont sensiblement différents, en dépit de la référence parfois rappelée de l'origine française de cette distinction. En effet, le champ lexical ici en cause n'est nullement inconnu des juristes allemands puisqu'ils se réfèrent, certes de façon assez marginale en comparaison à leurs collègues français, aux termes de *Zentralisation* et *Dezentralisation*, *Konzentration* et *Dekonzentration*. L'introduction de cet emprunt à la littérature française¹²¹⁶ dans la terminologie allemande du droit de l'organisation administrative est relativement ancienne puisqu'elle date des réformes entreprises dans l'administration prussienne durant les premières années de la République de Weimar¹²¹⁷. Elle doit à ce titre beaucoup aux travaux de trois juristes berlinois, Wilhelm Drews¹²¹⁸, Hugo Preuss¹²¹⁹, et Hans Peters¹²²⁰. L'ouvrage

¹²¹⁵ Nous reprenons ici à notre compte mais en les reformulant les propos de Jacques Caillosse relatifs à la description que faisait Charles Eisenmann de la doctrine française de son époque. Dans la citation originale, Jacques Caillosse fait référence à la centralisation et non à la déconcentration : J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation*, *op. cit.*, p. 63. Selon Eisenmann, « les auteurs ont accoutumé d'établir un parallèle d'antithèse entre décentralisation et déconcentration » : C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 251.

¹²¹⁶ Sur l'histoire de cette migration : M. JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, Berlin, Duncker und Humblot, 1993, p. 121-122.

¹²¹⁷ V. E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 661. V. cependant déjà G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1914, 3^{ème} éd., p. 627-633. Peter Schäfer renvoie dans sa thèse à d'autres occurrences datant de la moitié du 19^{ème} siècle traitant également des concepts de centralisation et décentralisation, comme par exemple le dictionnaire « Deutsches Staats-Wörterbuch » dirigé par Johann Caspar Bluntschli et Karl Brater : P. SCHÄFER, *Zentralisation und Dezentralisation*, Berlin, Duncker und Humblot, 1982, p. 13-14.

¹²¹⁸ W. DREWS, *Grundzüge einer Verwaltungsreform*, Berlin, Carl Heymann, 1919. Spyridon Flogaitis indique que l'introduction des termes de « concentration » et de « déconcentration » serait due à cet auteur : S. FLOGAÏTIS, *op. cit.*, p. 100.

¹²¹⁹ H. PREUSS, « Dezentralisation und Zentralisation », in J. BRIX et al. (dir.), *Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften*, t. 1, Iéna, Verlag von Gustav Fischer, 1918, p. 537-539.

¹²²⁰ À la différence de Georg Jellinek, Hans Peters prétend définir les concepts de centralisation et de décentralisation de façon dynamique, comme indiquant des tendances, au motif que, sinon, il n'existerait aucun cas concret de centralisation, c'est-à-dire d'État dans lequel l'ensemble des compétences serait détenu par une

de ce dernier paru en 1928 sous le titre « *Zentralisation und Dezentralisation* » demeure, aujourd'hui encore, régulièrement cité comme l'ouvrage de référence sur ces questions¹²²¹. En revanche, bien que Hans Kelsen et Adolf Merkl ont à la même période édifié une importante classification reprenant cette terminologie, tout en lui attribuant une signification tout à fait différente, il est intéressant de noter que cette systématisation n'est elle que très rarement citée comme référence¹²²² dans la littérature administrativiste allemande, quitte même à en rejeter la pertinence. Cette ignorance illustre avec éclat les limites de l'emprunt à la doctrine « étrangère » même de langue allemande. Il en va de même du reste de la réception, autant que nous puissions en juger, quasiment inexistante, de la classification élaborée par Charles Eisenmann¹²²³.

Dans la littérature d'après-guerre, c'est tout d'abord la reprise systématisée de cette dichotomie dans l'influent *Traité de droit administratif* d'Ernst Forsthoff qui en pérennise l'usage et en fixe le sens¹²²⁴. Selon la définition qu'en donne cet auteur et, à sa suite une partie importante de la doctrine¹²²⁵, la déconcentration caractérise une tendance dans l'organisation de l'administration d'Etat – Forsthoff parle d'administration directe d'Etat¹²²⁶ – où les fonctions étatiques sont réparties entre un nombre plus ou moins grand d'autorités.

seule autorité. Pour Peters, une organisation humaine serait donc centralisée lorsque domineraient les forces centripètes, décentralisée dans le cas inverse : H. PETERS, *Zentralisation und Dezentralisation*, Berlin, Springer, 1928, p. 4-5.

¹²²¹ Dans ce sens : H. DREIER, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, *op. cit.*, p. 223.

¹²²² Une exception notable : *Ibid.*, p. 223-225.

¹²²³ On n'en retrouve par exemple aucune mention dans la thèse de Peter Schäfer datant pourtant de 1982 ou dans des travaux plus récents. La seule thèse faisant vraisemblablement exception est celle consacrée à l'étude de la décentralisation en France : R. SPARWASSER, *Zentralismus, Dezentralisation, Regionalismus und Föderalismus in Frankreich*, Berlin, Duncker und Humboldt, 1986, p. 253-255. Le suisse-allemand Martin Usteri fait référence dans sa thèse dirigée au substantiel article de Charles Eisenmann publié à la *Revue de droit public* en 1947 sans pour autant s'y attarder véritablement : M. USTERI, *Theorie des Bundesstaates*, Zurich, Polygraph, 1954, p. 246. En Autriche, les travaux d'Eisenmann ont trouvé un écho dans un article de Felix Ermacora, devenu plus tard Professeur à la faculté de Vienne : F. ERMACORA, « Das Wesen und die Grundformen der Zentralisation und Dezentralisation. Ein Beitrag zu Hauptproblemen der Staatslehre », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, n°5, 1953, p. 101-165, en particulier p. 154-158.

¹²²⁴ À la différence de Hans Peters pour qui la déconcentration est une forme de décentralisation administrative, Ernst Forsthoff réserve le terme de décentralisation à l'administration autonome en raison de l'importance prise par cette dernière dans la gestion des affaires publiques. Par ailleurs, il limite l'usage de cette classification à l'administration, là où Hans Peters l'envisage comme une tendance d'organisation d'une communauté humaine : E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 661-663 ; H. PETERS, *Zentralisation und Dezentralisation*, *op. cit.*, p. 4 ; sur ces différences : S. FLOGAÏTIS, *op. cit.*, p. 96-101.

¹²²⁵ V. par exemple M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 13 ; A. ENGELS, *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, *op. cit.*, p. 162-163 ; G. PÜTTNER, *Verwaltungslehre*, Munich, C.H. Beck, 2007, 4^{ème} éd., p. 57-61.

¹²²⁶ E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 661.

Le maître de Heidelberg et disciple de Carl Schmitt distingue entre deux dimensions de la concentration et de la déconcentration inconnues des classifications françaises. La déconcentration « horizontale » ou « matérielle » se traduit par la tendance à répartir les fonctions étatiques d'un échelon de l'administration entre plusieurs autorités, par exemple en multipliant les ministères. Plus il y aura à un même niveau d'organes compétents pour différents types de tâches, plus l'administration d'Etat sera déconcentrée d'un point de vue horizontal ou matériel. La concentration « verticale » ou « territoriale » vise à rassembler un maximum de fonctions étatiques possibles auprès d'un nombre minimal d'autorités. La déconcentration dite « verticale » ou « territoriale » désigne à l'inverse la tendance à répartir entre les autorités moyennes ou inférieures l'essentiel de l'activité administrative et ainsi à réduire le plus possible le poids de l'administration centrale¹²²⁷. Seule cette dernière variété de déconcentration correspond au sens habituellement donné à ce concept en France.

Le renouvellement au cours des années 1970 des critères de définition du couple « centralisation/décentralisation » en particulier sous l'influence de MM. Wolff et Bachof¹²²⁸ est venu mettre l'accent sur la qualité du contrôle auquel sont soumis les actes pris par les autorités décentralisées, là où les classifications précédentes avaient vu dans l'attribution de la personnalité juridique un critère de décentralisation. L'organisation administrative sera centralisée lorsque l'autorité compétente sera hiérarchiquement subordonnée et soumise dans l'exercice de sa tâche à un pouvoir d'instruction ou à un contrôle d'opportunité. La décentralisation visera en revanche le cas où seul un contrôle de légalité sera juridiquement possible. La décentralisation ne se réduit cependant pas aux cas des seules collectivités locales, mais concerne également d'autres structures, telles que les Universités ou les établissements de radiodiffusion¹²²⁹. Il en va de même pour la déconcentration qui peut tout autant viser des organes dénués de la personnalité juridique que des autorités qui en sont dotées. C'est par exemple le cas de certaines autorités de régulation qui disposent certes de la

¹²²⁷ *Ibid.*, p. 662.

¹²²⁸ L'accent est mis désormais sur la qualité du contrôle effectué, la centralisation supposant un contrôle. La référence retenue à cet égard est celle figurant dans la quatrième édition de leur manuel publié en 1976, la dernière édition de leur traité publié en 2010 et repris depuis notamment par MM. Stober et Kluthe ne faisant en revanche plus référence à cette dichotomie : H.-J. WOLFF, O. BACHOF, *Verwaltungsrecht*, t. 2, Munich, C.H. Beck, 1976, 4^{ème} éd., §77 I, p. 97 et s.

¹²²⁹ H. DREIER, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, *op. cit.*, p. 224-225 ; M. JESTAEDT, « *Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts* », in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN, A. VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. 1, Munich, C.H. Beck, 2012, 2^{ème} éd., p. 922-923.

personnalité juridique mais sont soumises au pouvoir d'instruction ministérielle¹²³⁰. Celle-ci sont considérées dans la classification allemande comme étant des organes déconcentrés puisque leur domaine de compétences n'est plus aux mains du ministre.

II. Pouvoir hiérarchique et déconcentration : comparaison

Si certains aspects de ces définitions convergent dans une modeste mesure avec la définition doctrinale française de la déconcentration, la portée des deux classifications diverge cependant sensiblement au moins sur deux points. Tout d'abord, en Allemagne, la déconcentration n'est pas conçue comme une forme de centralisation imparfaite à opposer à la décentralisation, mais simplement comme la tendance contraire à la concentration¹²³¹. Autrement dit, déconcentration et décentralisation ne s'opposent pas comme dans le cas de la doctrine française. Ensuite, la différenciation entre les dimensions verticales et horizontales de la concentration ou de la déconcentration est étrangère aux classifications françaises. Malgré cette finesse dans la manière de décliner ces concepts, force est dans le même temps de constater que l'usage de ces catégories reste assez accessoire¹²³² dans la doctrine allemande, alors que la distinction entre la décentralisation et la déconcentration structure de façon déterminante et durable la pensée administrativiste française et la façon dont les juristes français conçoivent l'organisation administrative de l'Etat.

En plus de ces trois premières différences, une quatrième divergence nous semble encore plus décisive. La conception de la déconcentration dans la doctrine allemande est orientée vers l'organisation de compétences, indépendamment des structures administratives concernées¹²³³. Ainsi, dans la doctrine allemande, la déconcentration pourra servir de catégorie permettant de décrire les relations internes aux organes d'une collectivité locale, par

¹²³⁰ J. MASING, « Typologie des missions des autorités administratives indépendantes », in G. MARCOU, J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit., p. 181-189.

¹²³¹ Dans ce sens, v. M. BURGI, *Kommunalrecht*, op. cit., p. 12 ; E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, op. cit., p. 661. Certains auteurs distinguent cependant la déconcentration de la décentralisation dans un sens plus similaire avec la classification française : M. JESTAEDT, « Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts », op. cit., p. 922 ; W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 411-413 ; R. HENDLER, « Grundbegriffe der Selbstverwaltung », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., p. 15.

¹²³² Dans ce sens également : M. JESTAEDT, « Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts », op. cit., p. 902.

¹²³³ *Ibid.*, p. 922-924 ; Dans sa définition, Hans Peters fait référence à un principe organisant le pouvoir au sein de communautés humaines : H. PETERS, *Zentralisation und Dezentralisation*, op. cit., p. 4-5 ;

exemple entre le maire et le conseil municipal¹²³⁴. Une telle conception de la déconcentration peut être qualifiée de matérielle. À l'inverse, la conception de la déconcentration dans la doctrine française est organique en ce qu'elle s'appuie sur cette distinction et sur le pouvoir hiérarchique pour dissocier les collectivités locales de l'administration étatique. Ainsi, la déconcentration dans la doctrine française implique nécessairement l'absence de personnalité juridique des organes déconcentrés. Elle a lieu au sein de l'appareil d'Etat, les services déconcentrés étant nécessairement dépourvus de la personnalité juridique.

Comment expliquer ces différences ? Elles résultent selon nous de la tendance des doctrines nationales à tailler leurs classifications à la mesure du droit national, des représentations et des traditions nationales, alors que ces classifications doivent en principe permettre d'élaborer des schémas explicatifs généraux. Pour la question qui nous occupe, un facteur d'explication déterminant nous semble résider dans la propension inverse en France et en Allemagne à recourir au « dédoublement fonctionnel »¹²³⁵, que nous désignerons ici par « démultiplication fonctionnelle »¹²³⁶.

Pour expliquer cette différence, il peut paraître opportun de se tourner un instant vers les sciences administratives comparées et de recourir à la typologie des modèles d'organisation administrative locale établie par le juriste et politologue allemand Helmut Wollmann. Cet auteur distingue deux modèles d'organisation administrative locale. Le premier est dit « monofonctionnel » et correspond largement au système français, le second est dit « multifonctionnel » et est typique de celui prévalant en Allemagne¹²³⁷. Comme le souligne cette typologie, les collectivités locales françaises n'exercent pour l'essentiel que des compétences qui relèvent de leur libre administration, de leur espace d'autonomie administrative, les compétences étatiques étant elles prises directement en charge par les services déconcentrés de l'État. Il en va autrement en Allemagne où les collectivités locales

¹²³⁴ M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 13. V. également M. JESTAEDT, « *Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts* », *op. cit.*, p. 923.

¹²³⁵ Dans ce sens, A. DELCAMP, « Les problèmes de la déconcentration dans les pays européens », *op. cit.*, p. 732-733.

¹²³⁶ En effet, les structures locales peuvent non pas simplement agir comme personne publique dans le cadre de leur compétences « propres » d'une part et de leur compétences « déléguées » d'autre part, mais également en tant que personne privée. Leur visage juridique (*Rechtsantlitz*) est donc triple. V. F. KOJA, *Allgemeine Staatslehre*, Vienne, Manz, 1993, p. 384.

¹²³⁷ Pour une présentation critique : H. WOLLMANN, *Reformen in der Kommunalpolitik und -Verwaltung. England, Schweden, Frankreich und Deutschland im Vergleich*, Wiesbaden, VS Verlag/Springer, 2008, p. 48-49, p. 67, p. 260-271.

prennent elles en charge de façon quasiment exclusive l'entièreté des compétences relevant au niveau local de la puissance publique. C'est ce que nous avons vu lors de la présentation du système dit de Weinheim¹²³⁸.

Pour le dire cette fois en reprenant la classification employée par la doctrine administrativiste française : en France, le transfert d'une compétence administrative à un organe local se réalise essentiellement selon deux options¹²³⁹. La première est celle de la « déconcentration », c'est-à-dire du transfert d'une compétence étatique au profit d'un organe local intégré à l'administration d'État, dépourvu de la personnalité juridique et soumis à son pouvoir hiérarchique. La seconde option est celle de la « décentralisation », c'est-à-dire toujours selon la classification française, du transfert d'une compétence au profit d'un organe doté donc de la personnalité juridique, qui exerce cette compétence de façon autonome et sous la tutelle de l'État. Par conséquent, le recours à la classification opposant le couple « déconcentration/pouvoir hiérarchique » d'un côté, « décentralisation/pouvoir de tutelle » de l'autre, vise en définitive à identifier deux types d'organes distincts et à déterminer un espace d'autonomie administrative qui serait celui attribué dans le cadre de la décentralisation territoriale aux collectivités locales. Voilà pourquoi on peut dire que cette distinction recouvre dans la doctrine française une dimension organique.

Il n'en va pas de même en Allemagne où la double dichotomie « centralisation/décentralisation » et « concentration/déconcentration » est largement dénuée de dimension organique. Dans le cas allemand et pour reprendre l'idéaltype proposé par Helmut Wollmann, les collectivités locales allemandes sont dites « multifonctionnelles ». En ce sens, elles ont tendance à exercer l'ensemble des compétences administratives au niveau local, ce qui constitue une différence majeure avec le système français¹²⁴⁰. Une partie des compétences dites « étatiques » n'est donc pas exercée directement par des autorités de l'administration d'État, mais est transférée aux collectivités locales qui les exercent au nom et pour le compte de cette dernière et, par conséquent, sous son pouvoir hiérarchique. En Allemagne, décentralisation et déconcentration ne s'opposent donc pas.

¹²³⁸ V. *supra* Partie 1, Titre, 2, Chapitre 1, Section 1, §3.

¹²³⁹ Pour Alain Delcamp, « il est frappant qu'en France l'hypothèse qui consiste à déléguer aux collectivités décentralisées existantes l'exercice des tâches d'État qui ne peuvent être exercées depuis le niveau central, n'ait pratiquement jamais été évoquée comme si l'État, pour exister, se devait de posséder ses ramifications propres aussi près que possible du terrain » : A. DELCAMP, « Les problèmes de la déconcentration dans les pays européens », *op. cit.*, p. 740.

¹²⁴⁰ H. WOLLMANN, *Reformen in der Kommunalpolitik und -Verwaltung*, *op. cit.* p. 260-262.

Au surplus, même si l'archétype de la décentralisation demeure l'administration dotée de l'auto-administration, la décentralisation concerne d'autres organes que les seules collectivités locales qui d'ailleurs ne sont qu'une partie des organes auto-administrés. Cette dichotomie n'a pas pour fonction de distinguer les organes de l'administration d'État de ceux de structures administratives autonomes. Il convient en outre de rappeler qu'en Allemagne, conformément à la répartition des compétences entre la Fédération et les collectivités fédérées, chaque *Land* est compétent pour aménager sa propre organisation administrative¹²⁴¹. Par conséquent, la structure des administrations dites « étatiques », c'est-à-dire pour ce qui nous intéresse les administrations des *Länder*, peut varier d'un État fédéré à l'autre. Certains États fédérés dotés d'une grande superficie ont ainsi créé des autorités intermédiaires (*Regierungsbezirk*) là où d'autres n'y ont pas eu recours¹²⁴².

La « démultiplication fonctionnelle » des organes locaux permet en définitive à l'administration d'État d'éviter de créer des organes propres tout en conservant le contrôle hiérarchique sur les collectivités locales chargées de mettre en œuvre ces compétences étatiques. Tandis que dans le cas français, les hypothèses de démultiplication fonctionnelle sont réduites à la portion congrue et concernent principalement les maires¹²⁴³, cette formule est indéniablement plus répandue en Allemagne. Elle tend au surplus à gagner en ampleur du fait des réformes relatives au fonctionnement de l'organisation administrative (*Funktionalreform*) récemment menées dans de nombreux *Länder*. Accusées de réaliser une « fausse décentralisation »¹²⁴⁴ (*unechte Kommunalisierung*), ces réformes concourent à

¹²⁴¹ V. les articles 84 et 85 de la Loi Fondamentale.

¹²⁴² V. A. DELCAMP, « Les problèmes de la déconcentration dans les pays européens », *op. cit.*, p. 730-740 ; voir *supra* Partie I, Titre I, chapitre I.

¹²⁴³ V. sur ce point *infra*.

¹²⁴⁴ Cette expression semble avoir été formulée par H. WOLLMANN. Juriste et politologue, spécialiste des institutions administratives comparées et associés aux travaux du Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe (GRALE), ces travaux récents portent justement sur l'étatisation de l'administration locale. Voir par exemple : H. WOLLMANN, « Stadt im Blick der Kommunalwissenschaft », in H. MIEG, C. HEYL (dir.), *Stadt. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart/Weimar, J.B. Metzler/Springer, 2013, p. 174-184 ; H. WOLLMANN, *Reformen in der Kommunalpolitik und -Verwaltung*, *op. cit.* p. 261-262. Voir également dans la littérature de sciences politiques : S. KUHLMANN et al. (dir.), *Dezentralisierung des Staates in Europa. Auswirkungen auf die kommunale Aufgabenerfüllung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien*, Wiesbaden, VS Verlag/Springer, 2011, p. 22-25 ; J. BOGUMIL, S. KUHLMANN, « Kommunalisierung, Regionalisierung, Kooperation – die „neue Welle“ subnationaler Verwaltungsreform », in J. BOGUMIL, S. KUHLMANN (dir.), *Kommunale Aufgabenwahrnehmung im Wandel. Kommunalisierung, Regionalisierung und Territorialreform in Deutschland und Europa*, Wiesbaden, VS Verlag/Springer, 2010, p. 347-352. Ce concept de « fausse décentralisation » a été également repris et discuté dans la littérature juridique, en particulier par M. BURGI, « Kommunalisierung als gestaltungsbedürftiger Wandel von Staatlichkeit und von Selbstverwaltung », *Die Verwaltung*, 2009, p. 163-166.

augmenter les compétences des collectivités locales sans que ne leur soit attribuée une plus grande autonomie administrative. En d'autres termes et pour reprendre la terminologie française, les collectivités locales sont, dans ce cadre, réduites au rang de « services extérieurs » de l'administration d'État, de simples circonscriptions administratives. Les relations entre l'administration d'État et les collectivités locales allemandes font donc place à l'exercice d'un pouvoir hiérarchique, là où, en France, le pouvoir hiérarchique est conçu comme n'ayant principiellement pas sa place dans les relations entre organes centraux et organes décentralisés. On comprend dès lors que les définitions données de la « déconcentration » divergent, rendant inadéquat leur usage – du moins inconsideré – dans un travail comparatif.

On conclura notre propos en évoquant ici brièvement une autre preuve de cette divergence de conception relative au pouvoir hiérarchique et aux rapports juridiques entre les collectivités locales et l'administration d'État dont rend compte la typologie allemande introduite par Ernst Forsthoff et distinguant l'administration médiate d'État de l'administration immédiate d'État¹²⁴⁵. Cette typologie majoritairement admise et reprise dans la doctrine allemande vise à classer les organes administratifs selon qu'ils disposent ou non de la personnalité juridique (*Verwaltungsträger*)¹²⁴⁶. Sans qu'il soit ici utile de revenir dans le détail sur cette classification, il suffira pour notre propos de rappeler que les collectivités locales sont ici conçues comme des organes de l'administration d'État des *Länder*. Certes, elles relèvent de l'administration médiate d'État étant donné qu'elles disposent de la personnalité juridique, mais il n'en demeure pas moins qu'elles sont dans leur globalité considérées comme relevant du pouvoir exécutif des *Länder*¹²⁴⁷. Il résulte de cette conception

¹²⁴⁵ La convention de traduction adoptée par les Professeurs Michel Fromont et Christian Autexier est de traduire « *unmittelbar* » non par « immédiat » mais par « direct », et « *mittelbar* » par indirect. Sans exclure l'usage de ces deux termes, nous préférons ici recourir à une traduction plus littérale d'autant que cette terminologie n'est plus complètement inconnue de la littérature doctrinale française, les travaux relatifs à l'organisation administrative européenne y faisant désormais référence. V. par exemple J. ZILLER, « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen, in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 2^{ème} éd., p. 325-332.

¹²⁴⁶ E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, op. cit., p. 677-748 ; M. JESTAEDT, « *Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts* », op. cit., p. 907-919.

¹²⁴⁷ *Ibid.*, p. 918-919. Sur l'histoire de ce concept et sa diffusion après la seconde guerre mondiale par les tenants d'une conception étatiste parmi lesquels Ernst Forsthoff, Werner Weber ou Arnold Köttgen : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 285-295.

majoritaire en doctrine ¹²⁴⁸ que les collectivités locales sont considérées, dans cette classification à dimension organique, comme des structures administratives imputées aux États fédérés. Pour la partie des compétences qui leur sont directement attribuées, elles bénéficient d'une large autonomie qui leur est constitutionnellement garantie. Pour la partie des compétences déléguées et exercées au nom et pour le compte de l'État, elles jouissent d'une autonomie comparable à celle d'une circonscription administrative soumise au pouvoir hiérarchique de l'administration d'État, laquelle peut donc exercer un contrôle d'opportunité des décisions administratives locales. Là encore, la ligne de rupture tracée par la classification française diverge de celle retenue dans les typologies allemandes.

B. Le pouvoir d'organiser l'administration et le pouvoir de direction (Organisationsgewalt)

Avec le « pouvoir d'organiser l'administration » ou « pouvoir d'organisation » (ci-après sans guillemets), ce n'est en revanche pas une divergence de définition d'un même concept qui est source d'incertitudes, mais bien l'absence de concordance entre un concept de la doctrine allemande et les concepts comparables établis par la doctrine française. En effet, parmi les concepts étudiés dans les ouvrages allemands de droit administratif, le pouvoir d'organisation (*Organisationsgewalt*) est généralement traité en tout premier lieu dans les chapitres présentant les règles d'organisation des rapports entre structures administratives ¹²⁴⁹.

Désignant à l'origine le pouvoir du monarque ou du seigneur de nommer aux emplois civils et militaires ¹²⁵⁰, le concept moderne du pouvoir d'organisation a été formalisé pour la première fois en 1837 par Romeo Maurenbrecher dans son important ouvrage sur les principes généraux du droit public allemand ¹²⁵¹. Maurenbrecher y définit le pouvoir d'organisation comme une sous-espèce du pouvoir législatif qui engloberait trois

¹²⁴⁸ *Ibid.*, p. 443, note de bas de page n°142. Pour une présentation critique mais assumée comme étant minoritaire : *Ibid.*, p. 437-460.

¹²⁴⁹ V. M. BURGI, « Verwaltungsorganisationsrecht », in H.-U. ERICHSEN, D. EHLERS (dir.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, De Gruyter, 2016, 15^{ème} éd., p. 275-276 ; W. KLUTH, « Grundlagen und Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts », in S. STÖBER H.-J. WOLFF, O. BACHOF, *Verwaltungsrecht*, t. 2, Munich, C.H. Beck, 2010, 7^{ème} éd., §81, p. 316-327 ; FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 625-638. V. aussi sur le principe général, W. LOSCHELDER, « Weisungshierarchie und persönliche Verantwortung in der Exekutive », *op. cit.*, p. 409-419.

¹²⁵⁰ E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 627 : « le droit d'organiser les services civils et militaires ».

¹²⁵¹ Dans ce sens, E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, Berlin, Duncker und Humblot, 2^{ème} éd., 1998 (1964), p. 21-35.

prérogatives : premièrement celle de donner des ordres aux autorités étatiques et de créer les institutions qui sont nécessaires et utiles ; deuxièmement celle d'adopter les instructions nécessaires relatives aux domaines de compétences de ces institutions ; troisièmement celle de déterminer les formes de leur fonctionnement (*Geschäftsführung*)¹²⁵². Autrement dit et pour reprendre une définition contemporaine plus synthétique, le pouvoir d'organisation désigne « le pouvoir juridique de fonder, d'aménager et de supprimer toute structure administrative au sein de l'État »¹²⁵³.

Si l'analogie avec le « pouvoir hiérarchique » tel qu'il est traditionnellement défini dans la doctrine française est perceptible, le domaine du pouvoir d'organisation dépasse cependant nettement celui du pouvoir hiérarchique, la doctrine allemande étant au surplus divisée sur la question de savoir s'il relève du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif ou des deux¹²⁵⁴. En cela, le concept de pouvoir d'organisation reste sans équivalent dans la doctrine publiciste française. Néanmoins, la pensée politique française a contribué de façon déterminante à son élaboration, comme l'a d'ailleurs très justement démontré Ernst-Wolfgang Böckenförde dans sa thèse d'habilitation. L'éminent juriste allemand y rappelle que la genèse de l'acception moderne de ce concept puise en vérité ses racines dans la Révolution française¹²⁵⁵. En établissant l'idée que l'État constitue un « corps social » composé d'individus, une unité abstraite et organisée exigeant des institutions spécifiques pour pouvoir agir, la Révolution française aurait ouvert la voie à la doctrine publiciste allemande pour penser l'État comme une « unité de décision et d'action »¹²⁵⁶. Dès lors, le pouvoir d'organisation a pu à son tour

¹²⁵² R. MAURENBRECHER, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, Francfort, Franz Varrentrapp, 1847, § 185, p. 324.

¹²⁵³ M. JESTAEDT, « *Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts* », *op. cit.*, p. 937.

¹²⁵⁴ Sur cette controverse et la distinction entre le pouvoir d'organisation au sens large et le pouvoir d'organisation au sens strict, v. E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, *op. cit.*, p. 625-630 ; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, *op. cit.*, p. 107.

¹²⁵⁵ *Ibid.* p. 22-24.

¹²⁵⁶ On reprend ici l'expression d'Hermann Heller dans son traité de droit public de 1934 (« *Der Staat als organisierte Entscheidungs- und Wirkungseinheit* ») : H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, t. 3, Leiden, A. W. Sijthoff, 1971, p. 339-349. Pour cet auteur, « le *genus proximum* de l'État est l'organisation (nous soulignons), une structure d'action régulièrement organisée en vue de produire une unité d'action et de décision. Sa *differencia specifica* vis-à-vis des autres organisations est sa qualité de puissance souveraine sur un territoire » : p. 348. Il reprend cette formule également à propos de la démocratie comme devant établir un « système d'unification des volontés » : H. HELLER, « Démocratie politique et homogénéité sociale » (1928), *Cités*, 2001, p. 202-203. Voir à propos de la pensée de célèbre publiciste social-démocrate et antipositiviste de Weimar : S. BEAUME, « La réception critique de Carl Schmitt », *op. cit.*, p. 117-124 ; O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 154 ; J. A. BARASH, « Hermann Heller, critique de Carl Schmitt », *Cités*, 2001, n° 6, p. 175-178. Sur sa filiation intellectuelle avec le courant hégélien : O. BEAUD, « *Carl Schmitt ou le juriste engagé* », *op. cit.*, p. 79-80.

être pensé comme un concept unique, dérivant de l'essence même de l'Etat et englobant l'ensemble des questions relatives à son activité organisationnelle. Prenant l'exemple des constitutions révolutionnaires de 1791, 1793 ou 1795, Böckenförde indique que chacune d'entre-elles règle avec minutie l'organisation du territoire national et les rapports des différentes institutions administratives ainsi créées¹²⁵⁷. Pour autant, là où la doctrine française ne reconnaît aucun droit propre à des « pouvoirs » autres que les « pouvoirs » législatif, exécutif et judiciaire, la doctrine allemande a élaboré ce concept spécifique qui continue d'occuper une place éminente dans la dogmatique allemande du droit de l'organisation administrative et dont on ne trouve nul équivalent dans la doctrine publiciste française¹²⁵⁸.

Le même constat peut en outre être formulé vis-à-vis de ce que la doctrine allemande appelle le « pouvoir de direction » (*Leitungsgewalt*). Défini comme le pouvoir de déterminer, à l'intérieur d'une autorité administrative¹²⁵⁹ (*Verwaltungsträger*), le contenu des décisions des autorités qui lui sont subordonnées¹²⁶⁰, ce concept semble plus ou moins correspondre à la définition donnée par la doctrine française du pouvoir hiérarchique. Les moyens généralement alloués au pouvoir hiérarchique dans la doctrine française semblent, tout du moins de prime abord, analogues à ceux dont disposent les titulaires du pouvoir de direction dans la doctrine allemande, dans la mesure où ces deux pouvoirs comportent le pouvoir de déléguer des compétences mais aussi de donner des instructions et de réformer les décisions des organes subordonnés¹²⁶¹.

Cependant, il nous semble là encore inadéquat de recourir à ce concept et cela principalement en raison de la différence de portée du pouvoir hiérarchique tel que le conçoit la doctrine française et du pouvoir de direction. D'une part, la doctrine allemande majoritaire

¹²⁵⁷ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, op. cit., p. 22-24.

¹²⁵⁸ Dans ce sens : *Ibid.*, p. 24. Cette spécificité avait du reste également été discutée et démontrée par Jean Amphoux dans sa thèse sur le Chancelier fédéral : J. AMPHOUX, *Le Chancelier fédéral dans le régime constitutionnel de la République Fédérale d'Allemagne*, LGDJ, Paris, 1962, p. 161, note 2.

¹²⁵⁹ Christian Autexier précise tout à fait utilement que la notion d'institution d'administration, transposée en droit français, serait le terme générique regroupant l'État, les collectivités étatiques et les collectivités spécialisées, « l'État » désignant dans la doctrine allemande aussi bien l'État fédéral que les collectivités fédérées : C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 191.

¹²⁶⁰ V. M. JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, op. cit., p. 319-320 ; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, op. cit., p. 144-146 ; W. KAHL, « Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle », in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN, A. VOßKUHLE (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, op. cit., p. 439 ; W. KLUTH, « Grundlagen und Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts », op. cit., §§ 80, 81, 83, p. 296-298, p. 320, p. 428-439.

¹²⁶¹ *Ibid.*, p. 294-299 et p. 428-435 ; v. également, W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 357-358.

s'accorde pour y inclure, en plus du pouvoir d'organisation – dont on a, au demeurant, vu qu'il dépassait déjà le domaine du pouvoir hiérarchique – d'autres prérogatives de puissance publique comme le « pouvoir personnel » (*Personalgewalt*), c'est-à-dire le pouvoir de disposer d'attributions relatives aux agents publics, le « pouvoir budgétaire » (*Haushaltgewalt*) et le « pouvoir décisionnel » (*Sachentscheidungsgewalt*). D'autre part, alors que le titulaire du pouvoir hiérarchique est, dans la doctrine française, toujours une autorité administrative, dans la doctrine allemande, les « citoyens » comptent parmi les titulaires possibles du pouvoir de direction¹²⁶².

§2 : L'hétérogénéité des classifications doctrinales nationales

Après avoir, dans un premier temps de notre démonstration, comparé de façon globale les classifications française et allemande pour en montrer l'étroitesse respective, nous souhaitons ici revenir séparément sur ces deux champs doctrinaux dans le but de spécifier, en y apportant les nuances nécessaires, les affirmations préalablement formulées relativement aux classifications française et allemande. Peut-on considérer qu'il existe un consensus à l'intérieur de la doctrine française sur le sens à apporter au concept de pouvoir hiérarchique ? Qu'en est-il dans la doctrine allemande au regard du concept générique de « supervision » (*Aufsicht*) dont certaines caractéristiques semblent correspondre au concept de pouvoir hiérarchique tel que nous l'avons préalablement défini ? Ces concepts doctrinaux nationaux sont-ils suffisamment univoques pour pouvoir être solidement et valablement employés dans un travail comparatif ou sont-ils au contraire l'objet de flottements sémantiques irrésolus ? Autrement dit et pour reprendre ici les termes de notre questionnement, présentent-ils « la finesse nécessaire et suffisante pour décrire n'importe quelle autre structure juridique » ? Nous débuterons notre analyse en nous penchant sur les classifications doctrinales françaises (A) avant d'évoquer celles prévalant en Allemagne (B).

¹²⁶² Ceci vise essentiellement les hypothèses où les « citoyens » participent directement à l'adoption d'une décision administrative, par exemple à travers un référendum décisionnel local ou par l'élection ou la destitution d'une autorité administrative. La question reste cependant discutée de savoir si ceux-ci peuvent être qualifiés d'« organe »: W. KLUTH, « Grundlagen und Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts », *op. cit.*, p. 296 ; U. SCHLIESKY, « Aktuelle Rechtsprobleme bei Bürgerbegehren und Bürgerentscheid », *DVBl.*, 1998, p. 169-173.

A. Une relecture critique des classifications doctrinales traditionnelles françaises

C'est ici de nouveau avec Charles Eisenmann que nous souhaitons engager notre propos. Ainsi que ce dernier l'avait jadis pertinemment relevé¹²⁶³, la description du pouvoir hiérarchique par la doctrine française se fait non seulement en opposition au pouvoir de tutelle, mais elle demeure en outre essentiellement technique. En conséquence, la première caractéristique généralement reconnue au pouvoir hiérarchique est qu'il s'exerce non pas seulement pour des raisons de légalité, mais également d'opportunité. Contrairement au pouvoir de tutelle, il est présenté comme étant détenu de plein droit par son titulaire conformément à un principe général du droit posé par la jurisprudence administrative¹²⁶⁴. Surtout, les classifications doctrinales françaises font une place importante à l'énumération des différents instruments employés à l'égard des autorités qui y sont soumises, distinguant à cet égard entre le pouvoir hiérarchique sur les actes et celui sur les personnes¹²⁶⁵.

Le pouvoir hiérarchique sur les actes se manifesterait principalement par deux attributions : le pouvoir d'instruire d'une part et de réformer les actes des subordonnés d'autre part¹²⁶⁶. Le premier désigne la faculté donnée à un agent administratif d'adresser à ses subordonnés des directives générales ou précises sur la manière d'exécuter leurs compétences. Le pouvoir de réformation, longtemps présenté comme « l'arme hiérarchique par excellence »¹²⁶⁷ peut être défini comme la prérogative de modifier les décisions des autorités inférieures, soit de sa propre initiative, soit à la suite du recours d'un administré.

Le pouvoir hiérarchique sur les personnes rassemblerait l'ensemble des prérogatives portant sur le statut des agents dans l'organisation administrative ou, pour reprendre la

¹²⁶³ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 227.

¹²⁶⁴ Pour les Ministres, il est traditionnellement fait référence à la décision CE, 30 juin 1950, *Quéralt*, req. n°99882, Rec. Lebon, p. 413. Pour le Président de la République : CE, 7 mars 1936, *Jamart*, req. n°433231, Rec. Lebon, p. 172. Sur l'absence de fondement normatif du pouvoir hiérarchique : C. CHAUVET, *Le pouvoir hiérarchique*, op. cit., p. 141-152. Sur la juridicisation de ce pouvoir : N. POULET-GIBOT LECLERC, « Le pouvoir hiérarchique », *RFDA*, 2007, p. 508-517.

¹²⁶⁵ Par exemple, v. : J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, Paris, Lexis Nexis, 2007, 5^{ème} éd., p. 35 ; A. GRUBER, *La décentralisation et les institutions administratives*, op. cit., p. 19 ; P. JAN, op. cit., p. 16-19 ; M. DE VILLIERS, T. DE BERRANGER, *Droit public général*, Paris, Lexis Nexis, 2017, 7^{ème} éd., p. 140-141.

¹²⁶⁶ Ainsi que le souligne Jacques Caillosse, il serait ici utile de nuancer cette présentation : J. CAILLOSSE, « Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation », op. cit., 63-64

¹²⁶⁷ V. l'étude précitée d'Olivier Beaud relative au pouvoir hiérarchique chez Jean Bodin : O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 160.

définition qu'en donne Charles Eisenmann, l'ensemble des moyens permettant d'affecter « la situation juridique des agents es-qualités »¹²⁶⁸. Leur fonction est de sanctionner le respect de l'obligation d'obéissance à laquelle sont soumis les personnels administratifs. Parmi les moyens techniques qui y sont rattachés figurent le pouvoir de notation, d'avancement, mais aussi de suspension ou révocation¹²⁶⁹.

Pour largement admise que semble être cette classification générale, son unanimité se révèle n'être pourtant qu'apparente au vu des divergences latentes qui caractérisent la littérature doctrinale. En témoigne tout d'abord l'hétérogénéité des instruments recensés au titre du pouvoir hiérarchique dit « sur les actes » : là où certains auteurs intègrent le pouvoir de substitution d'action parmi les instruments relevant de cette prérogative, d'autres y renoncent au motif que ce pouvoir constituerait la négation de la délégation de compétence accordée aux organes subordonnés, préférant réserver cette prérogative au pouvoir de tutelle¹²⁷⁰. À l'inverse, l'attribution de cette prérogative aux autorités de tutelle a pu être perçue comme négatrice de l'autonomie administrative reconnue aux organes décentralisés, quand bien même cette prérogative ne serait exercée que sur le fondement d'une loi¹²⁷¹. De la même façon, sans qu'il ne soit essentiel pour les besoins de notre démonstration de revenir en détail sur ces controverses, on notera cependant que la présentation du pouvoir hiérarchique comme un pouvoir « inconditionné »¹²⁷² qui s'exercerait sans base légale mais uniquement en fonction d'un principe général du droit établi par le juge administratif, en opportunité et sur

¹²⁶⁸ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 224.

¹²⁶⁹ M. DE VILLIERS, T. DE BERRANGER, *Droit public général*, op. cit., p. 141.

¹²⁷⁰ En ce sens déjà : R. MASPETIOL, P. LAROQUE, *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930, p. 116-125. V. sur ces discussions : C. CHAUVET, *Le pouvoir hiérarchique*, Paris, LGDJ, 2013, p. 308-320. Dans le sens d'un pouvoir tiers au pouvoir hiérarchique et au pouvoir de tutelle : Benoît Plessix défend la thèse selon laquelle la tutelle s'arrête au pouvoir d'annulation, le pouvoir hiérarchique au pouvoir de réformation. En l'absence de décision préliminaire, le pouvoir de substitution ne serait pas un pouvoir de contrôle à la différence du pouvoir de tutelle, mais aurait une fonction propre et distincte : celle de lutter contre les dénis d'administration : B. PLESSIX, « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », *RDP*, 2003, p. 579-630.

¹²⁷¹ Charles Eisenmann se sépare sur ce point de la doctrine classique car il rattache le pouvoir de substitution au pouvoir hiérarchique intégral et non au pouvoir de tutelle : C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 238-239.

¹²⁷² On reprend ici l'expression de MM. Vedel et Delvolvé : G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, t. 2, Paris, PUF, 1992, 12^{ème} éd., p. 392. Voir à propos de ces incertitudes sur les limites au pouvoir hiérarchique et en particulier des critiques de Charles Eisenmann la récente thèse précitée de Clément Chauvet : C. CHAUVET, *Le pouvoir hiérarchique*, op. cit., p. 141-179.

l'ensemble des actes des subordonnés continue d'être l'objet de vigoureuses remises en cause en doctrine¹²⁷³.

Si les contours des instruments inclus ou exclus du pouvoir hiérarchique dit « sur les actes » ne sont en fait nullement arrêtés de façon tranchée, la question du rattachement du pouvoir disciplinaire au pouvoir hiérarchique l'est elle tout aussi peu. Dans une étude revenant sur la suspension médiatisée du maire de la commune de Bègles suite à la décision de ce dernier de marier deux personnes de même sexe, Bertrand Seiller¹²⁷⁴ s'attache à démontrer que le pouvoir disciplinaire dépasse le domaine du pouvoir hiérarchique ainsi qu'en témoignent les dispositions du Code général des collectivités territoriales organisant la dissolution des assemblées délibérantes des collectivités locales¹²⁷⁵ ou la suspension voire la révocation des autorités exécutives municipales (maire et adjoints)¹²⁷⁶. Etant donné que, conformément à l'interprétation que fait le Conseil d'Etat de ces dispositions, ce pouvoir de sanction gouvernementale peut être exercé en raison de toute attitude « de nature à rendre impossible le maintien à la tête de l'administration communale »¹²⁷⁷, il ne serait pas limité aux seuls cas où le maire agit comme agent déconcentré de l'Etat. Ce pouvoir disciplinaire serait donc un pouvoir tiers à l'opposition binaire traditionnelle entre pouvoir hiérarchique et pouvoir de tutelle : « il transcende la distinction classique entre le pouvoir hiérarchique – qui accompagne la déconcentration – et le pouvoir de tutelle – qui caractérise la

¹²⁷³ V. sur cette question en plus de la thèse récente précitée celle de Serge Regourd dans laquelle cet auteur fait le constat des insuffisances des distinctions classiques et discute les contradictions de la classification traditionnelle, dénonçant notamment « les superstitions classiques » sur le pouvoir hiérarchique : S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1982, p. 60-64. Plus loin, l'auteur écrit à propos de ces confusions et approximations doctrinales : « Il n'est pas jusqu'à la liste des procédés qualifiés de tutelle qui ne subisse des variations d'un commentaire doctrinal à l'autre » : *Ibid.*, p. 125. Voir déjà la célèbre controverse qui opposa deux contemporains d'Eisenmann au moment où ce dernier rédige son cours de droit administratif sur ces questions : J.-C. GROSHENS, « Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés », *AJDA*, 1966, p. 140-153 ; et la réponse de J. RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA*, 1966, p. 154-155. V. également à la même époque la thèse de P. DI MALTA, *Essai sur le pouvoir hiérarchique*, Paris, LGDJ, 1961.

¹²⁷⁴ B. SEILLER, « Le pouvoir disciplinaire sur les maires », *AJDA*, 2004, p. 1637-1643.

¹²⁷⁵ Art. L. 2121-6 CGCT pour les conseils municipaux, art. L. 3121-5 et L. 4132-3 CGCT pour les conseils généraux et régionaux. V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 200-205.

¹²⁷⁶ Art. L. 2122-16 CGCT. Il est ici fait référence non pas aux attributions exercées « au nom et pour le compte de l'État », mais de celles exercées au nom et pour le compte de la collectivité locale. Dans le même sens, S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français, op. cit.*, p. 110-119. Ce dernier voit dans le pouvoir disciplinaire un pouvoir répressif qu'il convient de distinguer du pouvoir de tutelle.

¹²⁷⁷ CE, 14 janvier 1916, *Camino*, req. n°59619/59679, Rec. Lebon, p. 15 ; *RDP*, 1917, p. 463, concl. P. Corneille, note G. Jèze.

décentralisation »¹²⁷⁸. Là encore, c'est, nous semble-t-il, l'hétérogénéité des positions doctrinales qui caractérise les réponses apportées à cette question¹²⁷⁹.

Au-delà du constat de ces controverses, c'est finalement l'embarras de la doctrine à déterminer le ou les critères de différenciation du pouvoir hiérarchique et du pouvoir de tutelle qu'il convient de relever. L'opposition apparaît *in fine* moins tranchée que l'impression initiale qu'on pouvait en avoir. En témoignent les propos autrefois tenus par Maurice Hauriou qui, bien qu'estimant que « la tutelle administrative est visiblement un pouvoir de domination du gouvernement central sur des corps étrangers, elle ne ressemble pas à la hiérarchie »¹²⁸⁰, concédait : « Sans doute, la tutelle administrative est plus près de l'autonomie, et le pouvoir hiérarchique plus près de la domination, mais la tutelle comporte un minimum de contrôle du pouvoir central, et la hiérarchie comporte peut-être bien, de son côté, un minimum d'indépendance pour les agents inférieurs »¹²⁸¹. Il en va de même pour MM. Maspétiol et Laroque, auteurs d'une étude classique sur le pouvoir de tutelle publiée en 1930. Bien que s'attachant dans leur monographie à vouloir marquer les différences incontestables entre tutelle et hiérarchie¹²⁸², les deux auditeurs au Conseil d'État s'empressent de reconnaître dès le début de leurs investigations qu'il n'existe pas une « opposition absolue » mais bien plus « une transition insensible » de l'une à l'autre, contradiction que Charles Eisenmann prendra précisément pour cible dans sa critique de leurs travaux¹²⁸³.

¹²⁷⁸ B. SEILLER, « Le pouvoir disciplinaire sur les maires », *op. cit.*, p. 1640.

¹²⁷⁹ Cette question a fait l'objet d'une littérature importante. Déjà Léon Duguit distingue la surveillance des organes auquel il intègre le pouvoir disciplinaire, de la surveillance sur les actes qui comprend le pouvoir hiérarchique et de contrôle : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, Paris, De Boccard, 1930, 3^{ème} éd., p. 271. Charles Eisenmann revient sur les différentes positions adoptées par la doctrine dite classique dans son Cours de droit administratif : C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 224-225. V également L. RICHER, « La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif », *RDP*, 1979, p. 971-1008 : ce dernier se réfère en particulier aux travaux d'Hauriou et à sa vision englobante et se déclare favorable à un régime juridique répressif. Serge Regourd étudie également en détail cette question et plaide à cet égard en faveur d'une distinction entre les mesures de tutelle et celles relevant du pouvoir disciplinaire en raison des fonctions administratives distinctes de ces pouvoirs, récusant ainsi la distinction entre la tutelle sur les personnes et tutelle sur les actes : S. REGOUD, *L'acte de tutelle en droit administratif français, op. cit.*, p. 110-119.

¹²⁸⁰ M. HAURIOU, *Principes du droit public*, Paris, Dalloz, 2010 (réédition de la première édition de 1910 avec une préface d'O. BEAUD), p. 324.

¹²⁸¹ M. HAUROU, note de jurisprudence publiée en 1910 au Journal du Palais, citée par F. FOURNIÉ, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, Paris, LGDJ, 2005, p. 258.

¹²⁸² R. MASPETIOL, P. LAROQUE, *op. cit.*, p. 17-25. Ces auteurs s'opposent ainsi à la position défendue par Gaston Jèze qui lui considérait au contraire le pouvoir de tutelle comme une modalité du pouvoir hiérarchique : G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 3, Paris, Dalloz, 2011 (1926), p. 133.

¹²⁸³ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation, op. cit.*, p. 184-192.

Mais l'évocation du flou touchant la distinction entre pouvoir de tutelle et pouvoir hiérarchique n'est pas le seul fait d'auteurs dits « classiques », mais se retrouve également dans la littérature contemporaine¹²⁸⁴. Ainsi conviendrait-il selon plusieurs spécialistes du droit administratif de prendre garde à ne pas exagérer l'opposition en raison des similitudes en « pratique »¹²⁸⁵ ou en « théorie »¹²⁸⁶ reconnues entre ces deux types de pouvoirs, concession qui tend en définitive à reconnaître la relativité de l'opposition entre déconcentration et décentralisation.

Or, il nous semble que la fonction doctrinale de l'opposition entre hiérarchie et tutelle dans la dogmatique française de l'organisation administrative est, comme nous l'avons précédemment relevé, tout au contraire d'établir une séparation absolue, imperméable entre la déconcentration et la décentralisation, entre l'administration d'État et les collectivités locales. La déconcentration est perçue comme un aménagement de la centralisation – ou une forme de centralisation imparfaite pour reprendre la terminologie eisenmanienne – et relève du rapport entre structures internes à la même organisation : l'État central. La décentralisation renvoie à des structures externes dotées de la personnalité juridique et d'une autonomie administrative. Constaté que cette distinction est elle-même relative ou tout du moins controversée donne à voir les flottements de la classification doctrinale française et conduit à s'interroger sur ce qui finalement peut distinguer ces deux formes d'organisation administrative et plus particulièrement le pouvoir hiérarchique du pouvoir de tutelle. Il apparaît dès lors opportun de se questionner sur les caractéristiques accordées à ces deux types de contrôles administratifs et sur la pertinence de leur opposition qui postule généralement une différence de nature. C'est donc en résumé la question de la distance entre les structures administratives

¹²⁸⁴ Sur la remise en cause du pouvoir hiérarchique comme instrument d'organisation de l'administration, v. A. LEGRAND, « Un instrument du flou : Le pouvoir hiérarchique », *op. cit.*, p. 59-78 ; v. également N. POULET-GIBOT LECLERC, *op. cit.*, p. 508-517. Cet embarras de la doctrine française est du reste fort bien décrit par Jacques Caillosse lorsqu'il évoque les difficultés de la doctrine d'opérer une distinction claire entre le pouvoir hiérarchique et le pouvoir de tutelle : J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation*, *op. cit.*, p. 63.

¹²⁸⁵ Pour Olivier Gohin, c'est la pratique institutionnelle qui rapprocherait le pouvoir hiérarchique de la tutelle : O. GOHIN, J.-G. SORBARA, *op. cit.*, p. 102. *Contra* : P.-L. FRIER, J. PETIT, *op. cit.*, p. 138-140. Par ailleurs, Serge Regoud note que « le pouvoir de réformation est limité par le rempart des droits que l'acte a pu faire naître » : S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 62.

¹²⁸⁶ Dans le sens d'une différence et non d'une opposition entre ces deux pouvoirs : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 12-13. Dans ce sens également, Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 204-205.

locales et les structures administratives centrales qui est ici posée. Face à ces incertitudes et à cette interrogation, que nous apprennent les classifications doctrinales allemandes ?

B. Le caractère équivoque du concept de supervision (*Aufsicht*) dans la doctrine allemande

Un premier élément de réponse pourrait être apporté par la comparaison des termes employés dans les doctrines de ces deux pays. De ce point de vue, si la doctrine française distingue généralement entre trois formes de pouvoirs, le pouvoir « hiérarchique », « disciplinaire » et de « tutelle », du côté de la doctrine allemande, un rapide inventaire des expressions usitées fait apparaître la domination d'un terme, celui de « *Aufsicht* » – que par convention nous traduirons par « supervision » afin de le distinguer de ce que nous appelons « surveillance ». Passant du terme au concept, la doctrine allemande paraît s'accorder pour définir le pouvoir de supervision comme « un moyen unilatéral de subordination permettant d'agir sur une organisation dans le but d'atteindre un objectif » et comportant trois phases : une phase d'observation, une seconde d'examen, et, le cas échéant, une dernière de correction¹²⁸⁷. Loin cependant d'être unanime et univoque, ce concept de prime abord intégral, compréhensif, cache une variété sémantique considérable en fonction des contextes d'application.

En droit positif tout d'abord, au constat initial de l'unité lexicale succède celui du flou entretenu par le fait que les expressions employées dans les textes juridiques divergent en fonction des *Länder*¹²⁸⁸. En doctrine ensuite, illustrant tout autant l'extraordinaire plasticité de la langue allemande que l'ingéniosité des constructions dogmatiques allemandes, le terme « *Aufsicht* » a servi de base radicale à la doctrine allemande pour produire un ensemble d'expressions dérivées désignant toute une série de contrôles administratifs conceptuellement regroupés dans la matrice du pouvoir de supervision.

C'est en premier lieu le cas des contrôles exercés sur les structures territoriales décentralisées, qu'il s'agisse du contrôle de l'Union européenne sur les États membres (*Unionsaufsicht*), du contrôle de la Fédération sur les collectivités fédérées (*Bundesaufsicht*) ou du contrôle des collectivités fédérées sur les collectivités locales (*Kommunalaufsicht*). De

¹²⁸⁷ M. JESTAEDT, « *Grundbegriffe* des Verwaltungsorganisationsrechts », *op. cit.*, p. 938, reprenant la définition donnée par W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 353-355.

¹²⁸⁸ V. C. AUTEXIER, « Le système de la *Kommunalaufsicht* en droit allemand », in P. COMBEAU (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités locales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 269-288.

même, le pouvoir de supervision peut viser tout autant le contrôle étatique sur les organes administratifs autonomes (*Staatsaufsicht*), qu'il s'agisse des collectivités locales ou des établissements publics comme les Universités ou les établissements de radiodiffusion, que le contrôle hiérarchique interne à l'administration (*Behördenaufsicht* ou *Organaufsicht*) voire le pouvoir disciplinaire sur les agents publics (*Dienstaufsicht*).

Par ailleurs, cette diversité sémantique ne se restreint pas à cette seule dimension organique, mais se retrouve également d'un point de vue matériel. Au regard des moyens du pouvoir de supervision, ceux-ci peuvent varier en intensité selon qu'on est dans le cadre d'un contrôle dit « de légalité » (*Rechtsaufsicht*) ou « d'opportunité » (*Fachaufsicht*), ce dernier incluant éventuellement un pouvoir d'instruction de l'autorité de contrôle. Rattachées au concept matriciel de « pouvoir de supervision », ces expressions recouvrent en définitive des objets juridiques pourtant considérés, à la lumière de la littérature française, comme relevant de classes distinctes voire souvent présentés comme étant de nature différente¹²⁸⁹. C'est à tout le moins la difficulté de ce concept générique et polymorphique dont les contours et la portée sont en outre très diversement définis en doctrine.

À l'image initiale d'une unité de représentation, c'est ici aussi celle de l'hétérogénéité des positions doctrinales qui finalement l'emporte. C'est ce qui ressort du remarquable constat dressé par Wolfgang Kahl dans sa thèse d'habilitation sur le pouvoir étatique de supervision (*Staatsaufsicht*). Selon cet auteur, la dogmatique contemporaine relative au pouvoir de supervision (*Aufsicht*) se distinguerait par son caractère « arbitraire » et « chaotique », donnant ainsi à voir autant de divergences doctrinales et d'indétermination conceptuelle qu'au moment des balbutiements de la dogmatique allemande du droit administratif¹²⁹⁰. En témoignent les divergences portant sur la place du pouvoir d'approbation préalable parmi les moyens du contrôle de légalité, mais également les controverses sur l'existence d'une différence de nature ou de degré entre les multiples expressions dérivées du pouvoir de supervision, par exemple entre le pouvoir hiérarchique sur les organes (*Organaufsicht*) et le pouvoir de supervision de l'État (*Staatsaufsicht*) ou entre ce dernier et la supervision des activités économiques et commerciales des personnes privées agissant dans un but privé

¹²⁸⁹ Pour une liste exhaustive des opérations juridiques regroupées sous ce concept : W. KAHL, « Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle », *op. cit.*, p. 468-483 ; v. également M. JESTAEDT, « Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts », *op. cit.*, p. 937-939.

¹²⁹⁰ W. KAHL, « Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle », *op. cit.*, p. 470-471 ; W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 11.

(*Wirtschaftsaufsicht*)¹²⁹¹. Loin d'être isolé, ce constat d'un manque de précision et de cohérence des classifications doctrinales allemandes en matière d'organisation administrative et plus spécialement de contrôles administratifs fait indéniablement écho à la vaste entreprise, menée par « la nouvelle science du droit administratif » (*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*), de révision du répertoire conceptuel employé par la doctrine allemande du droit administratif¹²⁹².

Ce constat dressé, quelles peuvent être les causes de cette hétérogénéité des définitions doctrinales ? L'une des raisons déterminantes avancées par Wolfgang Kahl réside dans la ligne de rupture clivant la doctrine allemande et en fonction de laquelle se répartissent *grosso modo* deux groupes d'auteurs¹²⁹³. À l'instar du constat établi par rapport à l'hétérogénéité des positions doctrinales françaises, c'est, ici aussi, en définitive la question de la distance entre les structures administratives locales et les structures administratives centrales, entre normes locales et normes centrales qui est posée. De façon schématique, Kahl distingue un premier groupe d'auteurs qui défendrait une conception dite « unitariste » ou « formelle-étatiste », voyant dans le pouvoir de supervision étatique (*Staatsaufsicht*) l'expression d'un pouvoir de subordination hiérarchique garantissant l'unité de l'État¹²⁹⁴. Face à ce courant de pensée dont Kahl estime qu'il puiserait ses origines dans la théorie « romaniste » – pour ne pas dire française voire rousseauiste¹²⁹⁵ – de l'État, s'opposerait un second groupe d'auteurs, partisans d'une conception dite « matérielle-pluraliste » du pouvoir de supervision et ce faisant de l'autonomie locale. Pour ces derniers, conformément à ce qui serait la théorie spécifiquement

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 32, p. 362. V. aussi W. KREBS, « Verwaltungsorganisation », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 5, Heidelberg, C.F. Müller, 2007, 3^{ème} éd., § 108, p. 457-465.

¹²⁹² A propos de cette nécessité : M. JESTAEDT, « Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts », *op. cit.*, p. 901-907 ; E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin, Springer, 2004, 2^{ème} éd., p. 229-234.

¹²⁹³ Pour une présentation détaillée : W. KAHL *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 345.

¹²⁹⁴ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 285-295 ; p. 472-479. Cet auteur compte parmi ce courant de pensée des auteurs tels que Laband ou Gerber, plus tard Schmitt et Forsthoff et plus récemment Isensee.

¹²⁹⁵ *Ibid.*, p. 473 et p. 76. Cet auteur oppose une pensée française centraliste et stato-centrée à une pensée « germanique-romantique » dans lesquelles les communautés (*Genossenschaften*) s'organisent librement en se regroupant dans un mouvement ascendant. Il reprend en cela une lecture critiquable de l'analyse d'Otto von Guericke qu'Hedwig Hintze avait remarquablement déconstruite dans sa thèse : H. HINTZE, *Staatseinheit und Föderalismus im alten Frankreich und in der Revolution, Frankfurt, Suhrkamp, 1989 (1928), p. 71-82.*

germanique de l'État, le pouvoir de supervision de l'État correspondrait à un mécanisme de coopération entre l'État et les collectivités locales¹²⁹⁶.

Quelle que soit la pertinence des filiations intellectuelles auxquelles cet auteur rattache ces deux courants de pensée, le tableau dressé pousse à constater que le terme d'« *Aufsicht* » a servi de base radicale à la doctrine allemande pour produire un ensemble d'expressions dérivées désignant une série de contrôles administratifs hétérogènes¹²⁹⁷ et qu'en conséquence, il ne dispose plus de la finesse nécessaire et suffisante pour servir à décrire dans une étude comparative la spécificité des rapports entre normes centrales et locales.

¹²⁹⁶ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 295-303. Comptent parmi les auteurs cités : Otto von Gierke, Konrad Hesse ou plus récemment Ulrich Scheuner ou Peter Häberle.

¹²⁹⁷ E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, *op. cit.*, p. 229.

Section 2 : Reconstruction normativiste de la distinction entre le pouvoir de surveillance et le pouvoir hiérarchique

Des développements précédents, il ressort que la surdétermination nationale des classifications doctrinales les rend difficilement exploitables pour un travail comparatif. Se pose dès lors la question de savoir comment se prémunir des écueils des classifications doctrinales dans une étude consacrée aux rapports juridiques entre structures administratives ? Autrement dit, comment déterminer ce qui distingue les différentes formes de contrôle s'exerçant sur les organes locaux ? Le dualisme « tutelle/pouvoir hiérarchique » et l'idée qu'il implique d'une différence de nature entre ces deux types de contrôle est-il pertinent ? Face aux divergences doctrinales qui, en France et en Allemagne, sont comme nous venons de le voir « d'autant plus marquées que, bien souvent, le discours idéologique escorte et redouble l'analyse du droit positif et des situations institutionnelles »¹²⁹⁸, solliciter les travaux de Charles Eisenmann, de Hans Kelsen et d'Adolf Merkl nous semble se révéler judicieux (§1) afin justement de mieux distinguer le pouvoir hiérarchique du pouvoir de surveillance (§2).

§1 : La confrontation des idées de Charles Eisenmann à celles de Hans Kelsen et d'Adolf Merkl en matière d'organisation administrative de l'Etat

Bien que Charles Eisenmann est généralement considéré comme l'interprète fidèle des travaux des pères de l'Ecole de Vienne, il s'en néanmois en partie émancipé dans l'élaboration de sa théorie générale de la centralisation et de la décentralisation (A). En dépit de cette divergence, il demeure une préoccupation commune qui est de remettre en cause le dualisme qui fonde nombre de classification doctrinale (B).

A. Le constat des divergences : le « personnalisme » de Charles Eisenmann

Recourir aux travaux théoriques relatifs à l'organisation administrative de ces trois auteurs ne signifie pas qu'ils sont assimilables les uns aux autres. C'est par l'étude de ces

¹²⁹⁸ J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation*, op. cit., p. 56-57. Là où Jacques Caillosse en appelle à se servir d'Eisenmann, nous plaidons en faveur d'un retour à Kelsen et Merkl. Charles Eisenmann dédie d'ailleurs son ouvrage « Centralisation et décentralisation » paru en 1948 à Hans Kelsen, en « hommage d'admiration et d'affection fidèles ».

différences qu'il nous semble utile de commencer. Si la filiation kelsénienne des idées défendues par Charles Eisenmann est indéniable¹²⁹⁹, ce dernier adopte cependant dans son esquisse d'une théorie générale de la centralisation et de la décentralisation une position sensiblement différente, au moins sous deux aspects, de celle du fondateur de l'École de Vienne et de son premier disciple, Adolf Merkl¹³⁰⁰.

Le premier de ces aspects est connu et a déjà été discuté : il s'agit du « personnalisme » qui fonde la conception de l'ordre juridique de Charles Eisenmann. Là où Kelsen identifie dans sa théorie générale de l'Etat quatre domaines distincts de validité des normes – territorial ou spatial, matériel, temporel et personnel – et associe le problème de la centralisation et de la décentralisation au domaine territorial¹³⁰¹, Charles Eisenmann considère au contraire que le seul domaine de validité des normes qui soit en définitive pertinent est le domaine personnel. Selon cet auteur, la « validité n'existe que pour des hommes. C'est un rapport entre normes et êtres humains, et rien d'autre (...). Régir, c'est prescrire ou permettre. Ce ne peut être qu'à des êtres humains. »¹³⁰².

Le second point de divergence est en revanche plus rarement relevé. Il a trait à la typologie kelsénienne qui distingue entre « décentralisation parfaite » et « décentralisation imparfaite ». Cette distinction que l'on retrouve dans une certaine mesure dans la

¹²⁹⁹ V. O. PFERSMANN, « Charles Eisenmann », in R. WALTER, C. JABLONER, K. ZELENÍ (dir.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Vienne, Manz, 2008, p. 75-98, en particulier p. 91 ; N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, op. cit., p. 118 ; voir également C. M. HERRERA, « Théorie et politique dans la réception de Kelsen en France », in C. M. HERRERA (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2001, p. 13-28 ; C. M. HERRERA, « Du rejet au succès ? Sur la fortune de Hans Kelsen en France », *Austriaca*, n°63, 2007, p. 151-166 ; S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, op. cit., p. 363-368.

¹³⁰⁰ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, op. cit., p. 43-54, p. 110-139.

¹³⁰¹ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, op. cit., p. 137-160 ; H. KELSEN, *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, op. cit., p. 591-607.

¹³⁰² C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, op. cit., p. 46 et p. 50-51. À propos de la critique eisenmannienne et de ses faiblesses : O. PFERSMANN, « Charles Eisenmann », op. cit., p. 92-93 ; S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, op. cit., p. 369-371. Sur la différence entre Kelsen et Eisenmann, v. également la préface de Charles Leben aux textes d'Eisenmann réunis et édités par cet auteur : C. LEBEN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques de Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, ainsi que les recensions portant sur cette édition : P. AMSELEK, « Recension », *RFDC*, 2003, p. 223-224 ; O. BEAUD, « À propos des écrits de théorie du droit de Charles Eisenmann », *Droits*, n°36, 2002, p. 189-200. On peut à cet égard formuler l'hypothèse que ce personnalisme est une forme d'humanisme dans un contexte intellectuel marqué par la sortie de la seconde guerre mondiale et la volonté unanime de remettre l'être humain au centre des préoccupations du droit positif et de la doctrine. Ce serait cependant se méprendre de penser que les membres de l'École de Vienne de théorie du droit ont défendu une conception parfaitement désincarnée du droit, Adolf Merkl rappelant à cet égard qu'en fin de compte, « toute l'administration, à l'instar de l'ensemble de l'activité étatique, est l'œuvre d'individus singuliers » : A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienne, Springer, 1927, p. 307.

classification élaborée par la doctrine allemande classique¹³⁰³ fait le départ entre « décentralisation administrative » et « décentralisation par auto-administration », ainsi que nous l'avons vu en introduction¹³⁰⁴. Or, selon Eisenmann, ces distinctions sont trop indifférenciées. Pire, elles nient la réalité du rapport de force entre organes centraux et organes locaux et donnent ainsi au caractère mineur – l'autonomie des organes locaux – le pas sur le caractère majeur – la supériorité hiérarchique des organes centraux. Selon lui, l'élément subalterne et fragile de décentralisation contenu dans les formes respectivement dites « imparfaite » ou « administrative » de la décentralisation ne suffit pas à ce que les configurations qu'elles visent soient classées parmi les types de décentralisation. Pour cet auteur, il convient au contraire de les ranger parmi les cas de centralisation imparfaite.

B. La prédominance d'une communauté de vues : le « relativisme »

Sous réserve de ces divergences, c'est surtout l'évidente convergence de vues entre Eisenmann et les travaux de Hans Kelsen et d'Adolf Merkl qu'il convient de relever¹³⁰⁵. De Kelsen, Eisenmann reprend notamment l'idée qu'une théorie juridique doit être indépendante des terminologies et des classifications traditionnelles, et, ce faisant, qu'il existe une différence entre les niveaux de discours, entre « les concepts théoriques posés par convention et ceux qui servent dans un ordre juridique donné à formuler une norme »¹³⁰⁶. En outre, les travaux d'Eisenmann sur l'organisation administrative constituent l'une des rares théories dans la science juridique française qui soit à la fois systématique sans être portée par des intérêts idéologiques et politiques¹³⁰⁷. Surtout, et cela nous semble déterminant, Eisenmann

¹³⁰³ Elle est surtout employée à la fin du 19^{ème} siècle et durant la première partie du 20^{ème} siècle, par exemple par Georg Jellinek dans son *Traité de droit public* : G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 3^{ème} éd., 1928 (1914), p. 633-660. Pour une version française : G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 351-389.

¹³⁰⁴ V. C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 15 ; H. KELSEN, *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 608-612. V. *supra* Introduction, § 2, B.

¹³⁰⁵ À la différence de Kelsen, Adolf Merkl et Charles Eisenmann ont consacré une partie importante de leurs travaux à l'étude du droit administratif. Il peut par conséquent s'avérer fructueux de comparer leurs analyses. Pourtant, l'influence notamment du traité de Merkl sur les travaux d'Eisenmann n'est quasiment jamais évoquée ni les échanges entre ces deux auteurs étudiés.

¹³⁰⁶ V. J.-J. BIENVENU, « Les idées de Charles Eisenmann en matière d'interprétation juridique », in P. AMSELEK, *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p. 67-74. V. sur cette question : O. PFERSMANN, « *La Constitution comme norme* », *op. cit.*, p. 88-95.

¹³⁰⁷ V. O. PFERSMANN, « Charles Eisenmann », *op. cit.*, p. 93 ; J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation*, *op. cit.*, p. 57 ; S. FLOGAÏTIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, *op. cit.*, p. 50.

insiste sur l'importance du caractère relatif des points de vue adoptés pour examiner un problème juridique particulier. C'est essentiellement sur ce dernier élément que nous souhaitons nous concentrer pour répondre à la question de savoir ce qui distingue le pouvoir hiérarchique du pouvoir de surveillance.

Ce « relativisme » s'exprime dans la volonté commune de Charles Eisenmann, d'Adolf Merkl et de leur maître, Hans Kelsen, de démystifier « les dualismes qui structurent la science juridique »¹³⁰⁸. Ainsi que le note justement Matthias Jestaedt : « Ce qui, dans les théories et pratiques de la science juridique critiquées par Kelsen, est compris et manié comme un concept pratiquement immuable, préexistant au droit positif ou encore, et à tout le moins inhérent à ce droit, comme un concept juridique essentiel (*Rechtswesensbegriff*), et, en ce sens, *a priori* et absolu, ne peut plus valoir, à la lumière de la théorie pure du droit, que comme un simple concept juridique *matériel* de caractère contingent (*Rechtssinhaltsbegriff*) »¹³⁰⁹. Dès lors, les concepts de la dogmatique juridique sont au contraire construits comme des concepts relationnels (*Relationsbegriff*) dépendants des normes de l'ordre juridique spécifiquement étudié. C'est ainsi que s'opère le déplacement fondamental, paradigmatique, parfaitement décrit par Matthias Jestaedt de « la substance ou de l'essence à la simple relation ou fonction »¹³¹⁰. Il en résulte que toute opposition présentée dans la dogmatique du droit administratif comme étant apparemment absolue se révèle constituer, *in fine*, une différence relative.

§2 La relativité du droit appliquée à la distinction entre pouvoir de surveillance et pouvoir hiérarchique

Appliquée à la distinction entre le pouvoir hiérarchique et le pouvoir de surveillance, cette conception théorique nous conduit à nous interroger sur ce qui distingue ces deux pouvoirs d'un point de vue normatif. Nous procéderons en deux temps en évoquant tout d'abord la dimension organique (A) de cette distinction puis sa dimension matérielle (B).

¹³⁰⁸ M. JESTAEDT, « La science comme vision du monde : science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », in O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie* Paris, PUF, 2010, p. 209.

¹³⁰⁹ *Ibid.*, p. 208. Sur la différence entre *Rechtswesensbegriff* et *Rechtssinhaltsbegriff*, v. M. JESTAEDT, « *Grundbegriffe* des Verwaltungsorganisationsrechts », *op. cit.*, p. 906 ; v. également C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, *op. cit.*, p. 46-47.

¹³¹⁰ M. JESTAEDT, « La science comme vision du monde : science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », *op. cit.*, p. 188.

A. La relativité de la distinction d'un point de vue organique

Pour comprendre la portée de cette conception, il convient tout d'abord de signaler que le pouvoir hiérarchique est habituellement exclu des rapports prévalant au sein de l'appareil juridictionnel étant donné que les organes juridictionnels sont par nature considérés comme indépendants¹³¹¹. Pour ce qui nous intéresse plus directement, à savoir le contrôle s'exerçant sur les actes des collectivités locales, les réticences à envisager ce contrôle sous l'angle du pouvoir hiérarchique procèdent de différents arguments. Parmi eux, le plus déterminant semble résulter de la légitimité accrue dont disposeraient ces structures administratives décentralisées face à l'administration d'État. Les raisons généralement avancées pour fonder cette légitimité des collectivités locales seraient notamment à rechercher dans le fait que leurs organes sont par définition (*begriffsnotwendig*) démocratiquement élus, contrairement à ceux de l'administration d'État¹³¹². Cellules de base de la société, les collectivités locales disposeraient d'une légitimité substantielle qui fonderait leur autonomie, leur domaine de compétences – les « affaires locales » – et conduirait à ce que le contrôle administratif qui s'exerce sur elles ne soit pas de type hiérarchique¹³¹³.

Dans ce sens, le professeur Bertrand Faure estime par exemple que le pouvoir de tutelle, à la différence du pouvoir hiérarchique, ne « saurait être un pouvoir général et inconditionnel » étant donné qu'il « ne vise pas des agents mais des élus ». Selon cet auteur, cette différence justifie que le pouvoir de tutelle soit « plus tempéré »¹³¹⁴. De même, pour Jean-Claude Douence, « le principe hiérarchique s'imposait de haut en bas de l'administration conformément à la théorie de la centralisation. Une des conséquences majeures de la décentralisation depuis la III^e République est qu'il n'y a pas de lien de subordination hiérarchique entre les autorités de l'État et celles des collectivités locales. Plus exactement,

¹³¹¹ Charles Eisenmann renvoie à ce propos à la « thèse de l'Ecole de Vienne » sur la distinction entre les organes juridictionnels et administratifs : C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 235. V. en particulier les réflexions approfondies de Merkl sur cette question : A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht, op. cit.*, p. 21-45, en particulier p. 39-44. Cet auteur rappelle à juste titre que n'est pas leur nature, mais bien le droit positif qui organise cette indépendance.

¹³¹² Voir *supra* Partie 1, Titre 1, chapitre 2.

¹³¹³ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht, op. cit.*, p. 342-362 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 194. Cette thèse fait référence aux idées de Tocqueville sur le pouvoir municipal, mais aussi, avant lui, à celles défendues par Jean Henri Bancal des Issarts ou Jacques Pierre Brissot dans leurs projets respectifs de « Déclaration des droits des communes » : H. HINTZE, *op. cit.*, p. 216-220.

¹³¹⁴ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 12-13. Cet auteur prend cependant le soin de préciser préalablement à l'établissement de ces critères que ceux-ci sont établis au regard du droit positif français : *Ibid.*, p. 8.

un lien hiérarchique ne peut en principe s'établir qu'entre les autorités d'une même personne publique »¹³¹⁵.

En Allemagne, on retrouve également dans la doctrine contemporaine cette ligne argumentative fondée sur la spécificité du pouvoir local et sur l'aspect démocratique de l'autonomie locale¹³¹⁶. Il est en ce sens traditionnellement admis que le modèle classique d'organisation administrative de l'État constitutionnel démocratique moderne postule que soient concentrés au sommet de l'exécutif – c'est-à-dire au niveau gouvernemental – la responsabilité politique et le pouvoir hiérarchique afin que soit garanti un niveau suffisant de « légitimation » démocratique des décisions administratives¹³¹⁷. Si les collectivités locales ne sont pas soumises à ce modèle, c'est car l'absence de pouvoir hiérarchique est notamment compensée par l'élection des organes des collectivités locales. Conjuguée avec le pouvoir de surveillance, l'élection assure un niveau de « légitimation » démocratique suffisant aux actes locaux¹³¹⁸.

S'interroger à l'appui des travaux de Kelsen, Merkl et Eisenmann sur ce qui spécifie le pouvoir hiérarchique du pouvoir de surveillance d'un point de vue organique, conduit tout d'abord à remettre en cause l'idée que les rapports de contrôle seraient déterminés une fois pour toute et de façon substantielle par la « nature » de ces organes, qu'ils soient administratifs ou juridictionnels, centraux ou décentralisés. C'est précisément l'objet de la critique adressée par Adolf Merkl à la définition donnée par la doctrine dominante du pouvoir hiérarchique. Celle-ci considère habituellement qu'il y a subordination quand un organe est habilité à en commander un autre tenu de lui obéir. Les organes sont sinon considérés comme indépendants. Or, Adolf Merkl montre que cette définition est trop imprécise car « ces organes ne sont pas *en tant que tels* subordonnés ou indépendants, mais ils ne sont que

¹³¹⁵ J.-C. DOUENCE, « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », in F.-P. BENOIT, J.-C. DOUENCE (dir.), *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Dalloz, Paris, 2005, Chapitre 1, n°227 ; v. également M. DOAT, *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op. cit., p. 188-204.

¹³¹⁶ V. M. KOTZUR, « Föderalisierung, Regionalisierung und Kommunalisierung als Strukturprinzipien des europäischen Verfassungsraumes », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, n°50, 2002, p. 257-279 ; P. HÄBERLE, « Verfassungsstaatliche Textstufen in Sachen kommunaler Selbstverwaltung – eine Skizze », in S. MAGIERA et al. (dir.), *Festschrift für Heinrich Siedentopf*, Berlin, Duncker und Humblot, 2008, p. 411-427. V. déjà : A. GASSER, *Gemeindefreiheit in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2004 (1946).

¹³¹⁷ Le Ministre dispose ainsi du pouvoir de donner des ordres, des instructions à l'administration et est soumis dans l'exercice de ses fonctions au contrôle du Parlement élu par le peuple.

¹³¹⁸ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 491 ; E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Demokratie als Verfassungsprinzip », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, 3^{ème} éd., § 24, p. 429-496.

détenteurs de compétences déterminées ; ce n'est que par l'exercice de ces compétences que se manifeste le caractère hiérarchique ou équipollent de leurs rapports »¹³¹⁹.

Par conséquent, les rapports entre organes ne sont pas figés et peuvent varier en fonction du droit positif. Illustrant à ce propos ce que nous avons préalablement évoqué à propos du glissement de la perspective « substantielle » à la perspective « fonctionnelle », Adolf Merkl évoque dans ce contexte la nécessité de distinguer les fonctions des organes, la subordination entre deux organes étant justement contingente et dépendante de la relation qu'entretiennent entre elles les deux fonctions dont ils sont investis¹³²⁰. La qualification d'un rapport entre deux organes de « hiérarchique » ne signifie donc pas *nécessairement* que l'ensemble des rapports entre ces organes relève de cette qualification, mais uniquement que ces rapports sont hiérarchiques *dans la mesure* du domaine de validité spatial, temporel, matériel et personnel de la norme qui organise ce rapport¹³²¹.

En outre, du point de vue de la théorie du droit – il peut en revanche en être autrement en droit positif – il convient, selon nous au moins pour deux raisons, de ne pas faire résulter l'exclusion du pouvoir hiérarchique du principe démocratique, c'est-à-dire de l'élection des organes des collectivités locales. D'une part, si l'élection crée une indépendance personnelle certes principalement justifiée par l'idée que ce procédé permet l'autodétermination par les organes locaux du contenu des normes locales¹³²², il est cependant concevable de soumettre des organes élus au pouvoir hiérarchique, ainsi que le droit positif en rend d'ailleurs compte¹³²³. L'élément essentiel, premier, qui détermine la qualité de la relation entre deux organes est celui de la compétence, ou, pour le dire avec Adolf Merkl, « le mode d'investiture ne préjuge en rien l'ordre des fonctions. Un organe, qui représente le peuple en raison de son mode d'investiture, peut représenter la volonté de l'Etat en raison de sa fonction »¹³²⁴.

¹³¹⁹ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 37 (nous soulignons).

¹³²⁰ *Ibid.*, p. 42. Dans ce sens, Adolf Merkl définit l'administration comme les fonctions d'un ensemble d'organes au sein duquel règnent les relations de dépendance dont la caractéristique est le droit d'instruction d'un organe supérieur ou l'obligation d'obéissance d'un organe subordonné.

¹³²¹ Le pouvoir hiérarchique vaut donc pour une catégorie d'actes donnés. Sur la relativité des classifications en matière d'organisation administrative : M. JESTAEDT, « *Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts* », *op. cit.*, p. 936, note 306. Cet auteur rappelle justement que les mécanismes de subordination appellent souvent la mise en œuvre de mécanisme de coordination.

¹³²² H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 180-181.

¹³²³ C'est bien le cas par exemple avec les compétences exercées au nom et pour le compte de l'État par les organes décentralisés élus.

¹³²⁴ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 349.

D'autre part, ce procédé n'est nullement inhérent à la décentralisation¹³²⁵. Ainsi que le maître de l'École de Vienne l'a originellement démontré, il est abusif d'associer le principe démocratique et la décentralisation et de considérer que les collectivités locales sont nécessairement des structures administratives dont les organes sont élus. En d'autres termes, l'élection n'est pas le mode exclusif d'investiture des membres agissant au sein des organes d'une collectivité locale, puisque certains peuvent être nommés. D'autre part, certains membres des organes de l'administration étatique peuvent être eux aussi élus. D'un point de vue théorique, la décentralisation peut donc se concevoir sans la démocratie¹³²⁶.

D'un point de vue historique cependant, force est de reconnaître qu'en Europe continentale, le développement de la décentralisation a été « avant tout un combat pour la démocratisation de l'administration locale qui ne peut être séparé du combat plus général en faveur de la participation du peuple à la formation de la volonté étatique »¹³²⁷. Ce synchronisme a pu induire l'idée que les collectivités locales sont d'une nature différente de l'État puisque « l'opposition politique entre la communauté locale démocratiquement organisée et la communauté centrale autocratiquement organisée (...) bannit toute idée d'une communauté englobant l'ordre local et l'ordre central »¹³²⁸. Or, il n'existe pas de telle différence entre l'administration d'État et les collectivités locales qui sont toutes deux intégrées dans l'ordre juridique, ce qui d'ailleurs explique qu'il n'existe pas non plus de différence de nature entre le pouvoir hiérarchique et le pouvoir de tutelle¹³²⁹. Ainsi que le souligne Adolf Merkl, « l'élaboration d'un concept rationnel d'autonomie locale doit, tout en considérant l'expérience de l'histoire du droit et du droit contemporain, s'émanciper de toute

¹³²⁵ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, p. 181.

¹³²⁶ *Ibid.*, p. 181. Pour un bilan des rapports entre décentralisation et démocratie dans le monde : G. MARCOU, *La décentralisation et la démocratie locale dans le monde*, Barcelone, Cités et gouvernements locaux unis, 2008, p. 314-315. Pour Gérard Marcou, démocratie et décentralisation demeurent indissociables en dépit en dépit des situations de décentralisation dans certains pays du Moyen-Orient, de l'ancien bloc soviétique ou en Chine.

¹³²⁷ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht, op. cit.*, p. 349 ; H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, p. 182.

¹³²⁸ *Ibid.*, p. 182.

¹³²⁹ La distinction établie par Adolf Merkl entre les trois acceptions du concept d'État est à cet égard éclairante. Sur ces trois acceptions : F. KOJA, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, p. 24-29 et v. *supra* introduction.

limite temporelle ou spatiale » afin de créer un espace intellectuel permettant de penser « les formes non encore réalisées de l'autonomie locale »¹³³⁰.

Sur ce point, la convergence de vues entre Kelsen, Merkl et Eisenmann est indéniable. Abordant la question du règlement du « statut personnel », Eisenmann débute son propos en insistant sur le fait que, comparé à la question des moyens du pouvoir hiérarchique, « le statut personnel des individus, organes ou agents, lui, est seulement une donnée seconde » dont la finalité est de garantir que les autorités locales puissent « effectivement user de l'indépendance et de la liberté d'action » dont elles ont été dotées¹³³¹. L'essentiel n'est donc pas le mode de désignation ou d'investiture, mais l'exercice effectif de l'autonomie administrative locale. Se plaçant, à l'instar de Merkl et Kelsen, « sur le plan de la théorie générale – c'est-à-dire qui prend en considération les systèmes juridiques de tous temps et tous lieux, sinon même ceux qui sont simplement possibles, imaginables –, il faut répondre que l'élection locale n'est pas le mode unique et donc nécessaire » d'investiture des organes décentralisés¹³³².

En résumé, on peut conclure que le pouvoir hiérarchique n'est ni propre à l'administration, ni spécifique aux rapports internes entre structures administratives de l'administration d'État¹³³³. Autrement dit, « le pouvoir hiérarchique est une notion absolument indépendante de la théorie de la structure territoriale »¹³³⁴ qui n'est en aucune façon une donnée propre « à ce qui est d'État, c'est-à-dire central ou centralisé »¹³³⁵. La parenté – on pourrait dire la filiation – entre les conceptions de Charles Eisenmann et celles préalablement développées par Hans Kelsen et Adolf Merkl est sur ce point tout à fait frappante. Ceci vaut, certes dans une moindre mesure, également eu égard à la question des moyens du pouvoir hiérarchique.

¹³³⁰ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 343. Un autre argument est de dire, comme Forsthoff, que l'évolution de la démocratisation de l'administration étatique enlève toute pertinence à cette distinction.

¹³³¹ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 273. Eisenmann préfère parler de « règlement fonctionnel » ou de « règlement de l'action ».

¹³³² *Ibid.*, p. 280. Eisenmann précise cependant que la décentralisation exige en définitive surtout que l'autorité centrale ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire de révocation de l'autorité locale : *Ibid.*, p. 277-278. V. également *Ibid.*, p. 251.

¹³³³ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 38-41.

¹³³⁴ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 223. V. également *Ibid.*, p. 221 et p. 235.

¹³³⁵ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 250.

B. La relativité de la distinction d'un point de vue matériel

Pour une majorité de la doctrine administrativiste, il existe une différence de nature entre les moyens relevant du pouvoir de surveillance et ceux relevant du pouvoir hiérarchique. Ainsi que nous l'avons vu, la doctrine française tend à associer certains moyens soit au pouvoir hiérarchique – essentiellement le pouvoir d'instruction et de réformation – soit au pouvoir de tutelle – pouvoir d'approbation, d'annulation et de substitution, les présentations doctrinales variant cependant grandement selon les auteurs. La majorité de la doctrine allemande considère pour sa part qu'il existe une différence de nature entre le pouvoir de supervision de l'État sur les structures administratives décentralisées (*Staatsaufsicht* au sens étroit) et le pouvoir hiérarchique dit de « supervision organique » (*Organ- ou Behördenaufsicht*), les controverses portant essentiellement sur la place du contrôle d'opportunité (*Fachaufsicht*) et du pouvoir d'approbation. De façon générale, le pouvoir hiérarchique serait un pouvoir permanent et général qui autoriserait l'autorité à s'adresser directement et individuellement aux organes contrôlés (*Durchgriffsrecht*), alors que le pouvoir de tutelle ou de supervision serait lui ponctuel et « limité dans sa portée et ses moyens », son titulaire ne pouvant intervenir qu'à l'égard de la collectivité locale dans son ensemble et non à l'égard de ses organes¹³³⁶. Nous aurions dans le cas du pouvoir hiérarchique des moyens valant au sein d'une même personne juridique, qui s'opposeraient à ceux valant dans le rapport entre deux personnes différentes¹³³⁷.

Là encore, le relativisme de Hans Kelsen et de ses disciples singularise leurs conceptions face à celles traditionnellement admises en doctrine. Il apparaît cependant opportun de plus particulièrement centrer notre propos sur les travaux de Merkl et d'Eisenman. Ce sont eux qui ont sans doute élaboré la critique la plus systématique, quoique dans une certaine mesure de façon divergente, de la présentation traditionnelle des instruments du pouvoir hiérarchique¹³³⁸.

¹³³⁶ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 396.

¹³³⁷ On retrouve par exemple cette idée chez Forsthoff qui écrit tout d'abord que « l'administration indirecte se trouve fondamentalement en dehors de la hiérarchie des autorités de l'État » et se voit plus loin néanmoins obligé de concéder que « cette différence fondamentale s'atténue cependant lorsque l'État utilise des personnes morales de droit public pour exercer des fonctions administratives qui relèvent directement de lui : E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, op. cit., p. 690-691.

¹³³⁸ N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, op. cit., p. 111-145.

Selon Eisenmann, il n'y a aucun mystère à ce que les instruments recensés comme relevant soit « du » pouvoir hiérarchique soit « du » pouvoir de tutelle diffèrent selon les présentations car ces pouvoirs sont en vérité pluriels et relatifs. Tout d'abord, nul n'est besoin de disposer de l'ensemble des moyens du pouvoir hiérarchique pour qualifier une relation entre deux organes, pour une catégorie d'actes donnés, de « hiérarchique ». L'attribution d'un seul de ces moyens suffit. Le pouvoir hiérarchique pouvant être fractionné, il convient de ne pas l'envisager comme un bloc monolithique¹³³⁹.

Influencé à cet égard autant par le relativisme que par le normativisme kelsénien, Charles Eisenmann démontre ensuite que, d'un point de vue normatif, il n'existe aucune différence substantielle entre les pouvoirs de substitution, d'annulation, et de réformation. Alors que le pouvoir d'annulation est censé être typique du pouvoir de tutelle, Eisenmann démontre qu'il n'est pas substantiellement différent du pouvoir de réformation qui est pourtant traditionnellement considéré comme le moyen hiérarchique par excellence¹³⁴⁰. En effet, « toute décision qui en « réforme » une autre, au sens positif, implique l'annulation »¹³⁴¹. De même, le pouvoir de substitution d'action, qui est lui aussi traditionnellement rangé parmi les instruments du pouvoir de tutelle, est parfaitement comparable au pouvoir de réformation. Seuls les contextes d'application diffèrent. Dans le cas de la substitution d'action, « la conjoncture » est formée par l'inaction de la collectivité décentralisée, qui peut cependant résulter d'un refus d'agir, donc d'une décision¹³⁴². Il n'existe alors aucune « différence essentielle quant à la substance du pouvoir accordé »¹³⁴³ ce qui exclut de distinguer le pouvoir hiérarchique du pouvoir de tutelle en s'appuyant sur ces différents moyens.

Eisenmann dénie également au pouvoir d'instruction la qualité de constituer un élément spécifique du pouvoir hiérarchique qui ne se retrouve pas dans le pouvoir de tutelle. Il considère, au fond, qu'une classification fondée sur les moyens est trop peu discriminante pour ne pas être contradictoire. Ce qui compte est de déterminer si l'autorité de contrôle dispose ou non de la compétence d'imposer librement sa volonté personnelle à l'égard

¹³³⁹ Charles Eisenmann propose donc de parler « des pouvoirs hiérarchiques, et non du pouvoir hiérarchique » : C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 240.

¹³⁴⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 160.

¹³⁴¹ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, pp. cit., p. 237.

¹³⁴² En droit positif, une mise en demeure d'agir précède la substitution d'action, ce qui prouve qu'il s'agit bien d'un refus d'agir de la part de la collectivité décentralisée. V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2. Dans un sens différent : B. PLESSIX, « Le pouvoir de substitution d'action », in P. COMBEAU (dir.), op. cit., p. 70-72.

¹³⁴³ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 238.

d'autres sujets¹³⁴⁴. Il existerait par suite deux types de pouvoirs d'instruction, de réformation ou de substitution, selon que l'acte de contrôle ait été pris sur le fondement d'un pouvoir de l'autorité de contrôle de nature discrétionnaire ou lié. Le premier cas correspond à celui du pouvoir hiérarchique, le second à celui du pouvoir de tutelle. Seul vaudrait le motif de l'acte de contrôle¹³⁴⁵.

Si la démarche d'Eisenmann consistant à fixer un critère explicite et général en fonction duquel seront ensuite classés les moyens de contrôle est convaincante, le critère finaliste du motif de l'acte nous paraît en revanche insatisfaisant. Concevoir le pouvoir hiérarchique comme la faculté d'imposer dans l'absolu sa volonté personnelle ne nous semble pas correspondre à l'idée fondant la distinction entre deux degrés de contrôle qui repose sur la reconnaissance de l'autonomie des collectivités décentralisées¹³⁴⁶. L'autonomie locale désigne la compétence d'un organe d'exécution de déterminer le contenu de la norme qu'il doit ou peut établir¹³⁴⁷. Elle suppose que l'initiative de l'autorité locale ne soit pas altérée dans sa production au-delà du cadre fixé par les normes supérieures. Par conséquent, le critère de distinction des types de contrôle retenu ici repose sur cette composante essentielle de l'autonomie normative des collectivités décentralisées qu'est le respect de l'initiative de la collectivité contrôlée¹³⁴⁸. Au critère de la volonté personnelle privilégié par Eisenmann, nous préférons celui de l'initiative comme composante de l'autonomie des collectivités locales.

Ainsi que l'a très bien vu Adolf Merkl, sur le plan technique, l'autonomie dont disposent les structures décentralisées se manifeste précisément dans les limites du rapport de subordination des organes locaux aux organes centraux, « la compétence de contrôle ne créant pas « le même rapport d'autorité et de subordination entre le contrôleur et le contrôlé que la compétence d'instruction entre l'organe habilité à émettre des instructions et celui devant s'y soumettre »¹³⁴⁹. D'un point de vue juridique, l'autonomie locale s'exprime par

¹³⁴⁴ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.* p. 71-82, p. 164-184.

¹³⁴⁵ Dans le cas du pouvoir de tutelle, le contrôle est dicté exclusivement par des « fins de droit ». Dans le cas du pouvoir hiérarchique, il est au contraire « ad libitum », faisant alors place à des considérations axiologiques couramment dites « d'opportunité ». V. sur ce point C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 266. V. sur ce point : N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 129.

¹³⁴⁶ Sur les aspects matériels et notamment financiers relatifs de cette autonomie : C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.* p. 270-272.

¹³⁴⁷ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 181.

¹³⁴⁸ S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 217-227.

¹³⁴⁹ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 351.

conséquent dans la faculté des collectivités décentralisées d'user de leur pouvoir normatif, ce qui suppose leur compétence de prendre des initiatives qui ne soient pas déterminées ou dirigées par des organes administratifs centraux, mais qui peuvent seulement être corrigées par eux.

Or, le pouvoir d'instruction constitue un moyen de direction et non de correction. L'instruction est « un acte de direction d'une institution »¹³⁵⁰, ce que reconnaît d'ailleurs Charles Eisenmann¹³⁵¹. Adolf Merkl la définit plus précisément comme un « acte d'exécution au moyen duquel un organe d'exécution prescrit de façon déterminante, dans le cadre du droit qui lui est reconnu, à un autre organe d'exécution si ou comment ce dernier doit faire usage de sa compétence »¹³⁵². Or, la direction assure d'un point de vue normatif une influence significative que les autres mesures de correction ne jouent pas étant donné que la direction précède, par définition, l'initiative de la structure administrative contrôlée. L'instruction visant à lui dicter sa conduite soit de façon générale, soit dans un cas précis, elle altère puissamment son autonomie administrative¹³⁵³. Ainsi que l'écrit Maurice Hauriou, « la circulaire se comprenait avec la donnée du pouvoir hiérarchique, elle ne se conçoit plus avec celle de la tutelle administrative »¹³⁵⁴. Cette idée recoupe d'ailleurs la classification retenue dans la doctrine allemande qui identifie les compétences relevant de l'autonomie administrative (*Selbstverwaltungsaufgaben*) à des espaces qui ne sont pas soumis au pouvoir d'instruction (*weisungsfreier Raum*).

On pourrait objecter que le critère du respect de l'initiative de la personne contrôlée est problématique au regard des pouvoirs de substitution et d'approbation qui constituent pourtant deux moyens que nous classons parmi les instruments relevant possiblement du pouvoir de surveillance. Ceci s'explique par le fait que la substitution ou l'approbation interviennent subséquentement à l'initiative de la structure contrôlée. Ce sont donc bien des

¹³⁵⁰ *Ibid.*, p. 351. Dans ce sens également, F. KOJA, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, p. 384 et 389 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 205 ; S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français, op. cit.*, p. 179-182.

¹³⁵¹ Charles Eisenmann fait une distinction entre le pouvoir de correction et le pouvoir de direction : C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation : Esquisse d'une théorie générale, op. cit.*, p. 76. Il rapproche d'ailleurs très justement le pouvoir d'instruction du pouvoir réglementaire.

¹³⁵² A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht, op. cit.*, p. 39-40.

¹³⁵³ On peut dresser ici un parallèle éclairant avec la question de l'indépendance du Ministère public dans l'ordre juridictionnel.

¹³⁵⁴ Conclusions de M. HAURIOU sur la question des « instructions générales adressées par les préfets aux maires » citées par S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français, op. cit.*, p. 181.

actes correctifs. L'initiative de la collectivité locale représente une condition nécessaire à la validité de ces actes qui sont sinon dépourvus d'objet. Dans le cas du pouvoir de substitution, cette initiative se manifeste par le refus d'agir de la collectivité locale. Le pouvoir de substitution sanctionne la défaillance, l'incompétence négative de l'autorité locale, c'est-à-dire la faute qui consiste dans un manquement à une obligation de production normative, peu importe du reste que cette faute ait été commise sciemment ou non¹³⁵⁵.

Par ailleurs, cette initiative ne signifie pas nécessairement que l'acte pris par l'autorité locale soit en l'état déjà juridiquement valide. En ce sens, l'approbation relève des actes correctifs étant donné qu'elle suppose l'initiative de l'autorité contrôlée. Ainsi que le souligne Serge Regourd, « dans la problématique du respect de l'autonomie, caractéristique de la tutelle, il paraît possible de raisonner par référence à la manifestation de volonté de l'organisme sous tutelle »¹³⁵⁶. Ceci vaut indépendamment du fait que la mesure d'approbation soit du reste prise à des fins de droit ou *ad libitum*, quand bien même dans ce dernier cas, l'autonomie locale est largement vidée de son efficacité. L'initiative apparaît comme une condition nécessaire mais non suffisante à la validité des normes locales et résulte de l'autonomie administrative reconnue aux structures administratives décentralisées. On peut ici raisonner par analogie et se référer au cas des lois votées par le Parlement dont la conformité à la Constitution sera contrôlée par le Conseil constitutionnel avant leur promulgation. L'acte d'approbation et la décision administrative locale soumise à approbation demeurent cependant deux actes différents. L'approbation est conditionnée par l'initiative car elle est sinon sans objet. La validité de l'acte local est elle conditionnée par l'approbation. Sans elle, l'acte est juridiquement nul.

De ces différences, il sera néanmoins trompeur de déduire une quelconque différence de nature entre le pouvoir de surveillance et le pouvoir hiérarchique et ce pour au moins trois raisons. Les mesures hiérarchiques ou correctives sont tout d'abord communément soumises au droit pour être valides, quand bien même la portée ou l'intensité des contrôles peuvent varier en fonction du droit positif. Le pouvoir d'instruction laisse ensuite subsister un pouvoir de décision au subordonné¹³⁵⁷. Enfin, bien que le pouvoir hiérarchique est permanent, général et conditionné à une habilitation générale tandis que le pouvoir de surveillance est lui

¹³⁵⁵ En droit positif, une mise en demeure est préalable à la substitution, il s'agit donc d'une décision de refus de la part de la collectivité locale. V. *infra* Partie 2, Titre 2, chapitre 2.

¹³⁵⁶ *Ibid.*, p. 131.

¹³⁵⁷ V. aussi CE, 19 mars 1868, *Champy*, req. n°273 ; M. DOAT, *op. cit.*, p. 155.

ponctuel, spécial et conditionné à une habilitation législative spécifique, ces différences ne sont pas de nature. Généralement justifiée par l'idée erronée que les collectivités seraient elles-mêmes de nature différente que l'État¹³⁵⁸, en vérité, « l'autonomie locale ne fait qu'établir des cloisons au sein de l'administration »¹³⁵⁹. Entre pouvoir hiérarchique et pouvoir de surveillance ne subsiste après cette analyse qu'une différence de degré.

En définitive, on peut définir le pouvoir hiérarchique comme un pouvoir de direction au moyen duquel un organe d'exécution prescrit de façon déterminante, dans le cadre du droit qui lui est reconnu, à un autre organe d'exécution si ou comment ce dernier doit faire usage de sa compétence. Face à cela, le pouvoir de surveillance est un pouvoir de correction au moyen duquel un organe d'exécution contrôle la régularité juridique des actes d'un autre organe d'exécution et le cas échéant les corrige.

¹³⁵⁸ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 396, reprenant à son compte la position défendue par Hugo Preuss qui s'appuie sur l'absence de *Durchgriffswirkung*.

¹³⁵⁹ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 351. La confusion semble provenir de la définition de l'État à laquelle Merkl apporte justement une réponse différenciée et éclairante.

Conclusion du Chapitre 1

Nous avons tenté dans ce chapitre de définir le pouvoir de surveillance en le différenciant d'un autre pouvoir, auquel il est généralement opposé, du moins en France : le pouvoir hiérarchique.

La première étape de cette entreprise de délimitation a consisté à partir des classifications doctrinales française et allemande et à y rechercher comment était défini le pouvoir hiérarchique. Il ressort de cette étude qu'en France, le pouvoir hiérarchique caractérise un rapport de subordination au sein de l'administration d'État, en particulier entre l'administration centrale et l'administration territoriale d'État. Le pouvoir hiérarchique est par conséquent associé au concept de « déconcentration », lequel définit un transfert de compétences au sein de l'administration d'État. Autrement dit, la dimension organique des concepts de « pouvoir hiérarchique » et de « déconcentration » est prépondérante. Ils caractérisent des rapports juridiques au sein de l'administration d'État.

Nous avons vu dans un second temps qu'il n'en va pas de même en Allemagne. D'une part, le concept de déconcentration y a connu une fortune plus modeste qu'en France. D'autre part, la définition qui en est généralement donnée diverge de celle retenue en France. La « déconcentration » est une forme d'organisation qui n'est pas exclusive de l'administration d'État. Ceci vaut également pour le « pouvoir hiérarchique » dans la mesure où l'administration locale peut également être soumise à un rapport de subordination aux organes de l'État central, par exemple lorsqu'elle exerce des compétences étatiques qui lui ont été déléguées. Nous avons donc constaté qu'on ne retrouvait pas en Allemagne la *summa divisio* entre d'un côté le trio « pouvoir hiérarchique, déconcentration, administration d'État » opposée au trio « surveillance, décentralisation, administration autonome ». À l'inverse, la doctrine allemande se réfère au pouvoir d'organiser l'administration et au pouvoir de direction pour identifier des mécanismes hiérarchiques qui sont inconnus des classifications françaises.

Une clé d'explication de ces divergences entre les classifications nationales et de leur étroitesse peut certainement être trouvée dans le fait que ces typologies ont été élaborées principalement en fonction du cadre de référence national. Or, à cette surdétermination du référentiel national s'ajoutent certaines indéterminations quant aux définitions à donner de ces concepts. En France, conformément aux prémisses que nous venons d'exposer, il importe

de distinguer les moyens du pouvoir hiérarchique de ceux du pouvoir de « tutelle ». En Allemagne, ce sont les contours du concept de supervision (« *Aufsicht* ») qui se révèlent équivoques.

Face à l'hétérogénéité de ces classifications, il nous a semblé intéressant de rechercher dans la boîte à outils conceptuels mise à disposition par Charles Eisenmann et Adolf Merkl s'il était possible de reconstruire la distinction entre le pouvoir hiérarchique et le pouvoir de surveillance. Or, ici, le point qui paraît le plus intéressant à retenir de leurs réflexions pour notre questionnement porte sur la remise en cause des dualismes.

De ce « relativisme », il ressort d'une part que la qualification d'un rapport entre deux organes de « hiérarchique » ne signifie pas *nécessairement* que l'ensemble des rapports entre ces organes relève de cette qualification, mais uniquement que ces rapports sont hiérarchiques *dans la mesure* du domaine de validité spatial, temporel, matériel et personnel de *la* norme qui organise *ce* rapport. Outre cette remise en cause de la dimension organique du pouvoir hiérarchique généralement présente dans les classifications françaises, nous avons par ailleurs constaté, à la suite d'Eisenmann, qu'une classification fondée sur les moyens est trop peu discriminante pour ne pas être contradictoire. On ne peut donc pas considérer que les pouvoirs de substitution, d'annulation ou de réformation relèvent « par nature » du pouvoir hiérarchique ou du pouvoir de surveillance. Le critère doit donc être cherché ailleurs.

Nous avons alors rappelé que pour Eisenmann, ce qui compte est de déterminer si l'autorité de contrôle dispose ou non de la compétence d'imposer librement sa volonté personnelle à l'égard d'autres sujets. À la différence de cet auteur, nous préférons pour notre part une formulation plus positive de ce critère qui insiste sur le respect de l'intégrité de l'initiative de l'organe contrôlé car c'est cet aspect qui constitue le cœur de l'autonomie, à savoir la faculté d'auto-détermination.

Chapitre 2 : La délimitation du pouvoir de surveillance et des concepts parallèles

Afin de sérier notre travail définitoire, nous avons jusqu'à présent associé le pouvoir de surveillance à deux concepts traditionnellement considérés comme antonymes du pouvoir hiérarchique : d'une part celui de « contrôle », et d'autre part ceux de « tutelle » ou de « supervision communale » (*Kommunalaufsicht*). C'est à affiner cette représentation que sera consacrée la seconde étape de notre travail de définition dans le cadre de laquelle nous commencerons par différencier le concept de « contrôle » de ceux de « tutelle » ou de « supervision » (Section 1) pour ensuite expliciter pourquoi nous leur préférons celui de « surveillance » (Section 2).

Section 1 : Le « contrôle » : un concept générique et indéterminé

Avec les concepts de « tutelle » et de « supervision » (*Aufsicht*), les doctrines française et allemande décrivent des types de relations au sein de l'organisation administrative au moyen d'expressions dont l'acception juridique a supplanté l'acception usuelle. Si les caractéristiques de ces concepts sont certes âprement discutées en doctrine, les expressions relèvent elles cependant à titre principal du discours juridique. Il en va en revanche différemment du « contrôle » (*Kontrolle*) dont la spécificité juridique paraît moins prononcée et ne désigne dans aucune des deux doctrines un objet juridique propre ou un type de relation spécifique (§1). Il en résulte que s'il peut constituer un concept générique qui regroupe l'ensemble des mécanismes d'observation, d'examen et éventuellement de correction des normes d'un ordre juridique, le caractère indéterminé de ce concept conduit à ce que les auteurs s'en détournent au profit d'expressions jugées plus adéquates pour caractériser le contrôle de la régularité juridique des actes des collectivités locales (§2).

§1 : La distinction entre le « contrôle » et la « surveillance » dans les doctrines nationales

Notre attention portera dans un premier temps sur les efforts déployés dans la doctrine allemande en vue de distinguer la « supervision » d'une forme particulière de contrôle : le « contrôle administratif » (A). Nous procéderons ensuite à l'examen de la distinction établie dans la doctrine française entre ce même concept et celui de « tutelle » (B).

A. La distinction entre le « contrôle administratif » et la « supervision » en Allemagne

I. La thématique du contrôle dans la doctrine allemande

Le concept de « contrôle administratif » (*Verwaltungskontrolle*) ne constitue pas un concept classique de la doctrine allemande du droit administratif au moyen duquel cette dernière désignerait un type spécifique de rapports juridiques¹³⁶⁰. Contrairement à la « supervision » dont les formes et les caractéristiques font l'objet d'amples développements

¹³⁶⁰ V. en particulier E. SCHMIDT-AßMANN, « Verwaltungskontrolle », in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-AßMANN (dir.), *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 15-16 (9-45); W. HOFFMANN-RIEM, « Verwaltungskontrolle », in *Ibid.*, p. 325-367.

dans les ouvrages de droit administratif, « ni la doctrine du droit administratif ni encore moins la doctrine des sciences administratives n'ont prêté une attention particulière à cette thématique [du contrôle administratif], au point qu'il est rare de trouver des références aux différentes catégories de contrôle »¹³⁶¹. En outre, l'état de la recherche relatif à la distinction entre les concepts de « contrôle » et de « supervision » demeure confus notamment en raison du caractère variable et indéterminé de la définition du concept de contrôle¹³⁶².

Ce manque patent d'intérêt pour ce concept au sens généralement jugé trop équivoque a cependant été récemment corrigé par plusieurs études cherchant à en évaluer la pertinence et la spécificité. Menées dans le sillage de la « nouvelle science du droit administratif »¹³⁶³, ces recherches ont consisté à déterminer si le « contrôle administratif » peut en constituer l'un des « concepts clés » (*Schlüsselbegriff*), un tel concept désignant une représentation fondamentale et transcendante qui serait nécessaire pour repenser et rénover, au vu des nouvelles réalités, le répertoire conceptuel de la science du droit administratif¹³⁶⁴.

Résolument positive est la réponse apportée à cette question par l'un des principaux auteurs ayant initié ces réflexions, le professeur Eberhard Schmidt-Aßmann. Pour celui qui est généralement considéré comme l'un des pères de ce renouveau de la doctrine du droit administratif¹³⁶⁵, la perspective traditionnelle du droit administratif souffre d'avoir été trop centrée sur le contrôle juridictionnel et sur la dogmatique de l'exécution. Ce faisant, elle a

¹³⁶¹ E. SCHMIDT-ABMANN, « Principes de base d'une réforme du droit administratif (première partie) », *RFDA*, 2008, p. 435. Dans ce sens également, W. KAHL, « Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle », *op. cit.*, p. 429. Cet auteur considère néanmoins que le concept de contrôle est davantage traité dans les traités de sciences administratives comme ceux de Lecherler, Thieme ou Püttner par exemple que dans les manuels de droit administratif.

¹³⁶² Wolfgang Kahl parle à ce propos de profonde anarchie : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 402. Dans ce sens également : A.-K. KAUFHOLD, *Systemaufsicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 10 ; E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, *op. cit.*, p. 229 ; A. VOßKUHLE, *Rechtsschutz gegen den Richter. Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG*, Munich, C.H. Beck, 1993, p. 256. Déjà : M. BULLINGER, « Staatsaufsicht in der Wirtschaft », *VVDStRL*, n°22, 1965, p. 264.

¹³⁶³ Sur ce courant visant à repenser les concepts de la science du droit administratif : A. VOßKUHLE, « Neue Verwaltungsrechtswissenschaft », in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN, A. VOßKUHLE (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. 1, Munich, C.H. Beck, 2012, 2^{ème} éd., §1, p. 1-64 ; C. FANZIUS, « Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft – eine vorläufige Bilanz » *JÖR*, n°65, 2017, p. 441-455 ; v. en français : E. SCHMIDT-ABMANN, « Principes de base d'une réforme du droit administratif (première partie) », *RFDA*, 2008, p. 427-448 ; « Principes de base d'une réforme du droit administratif (deuxième et troisième partie) », *RFDA*, 2008, p. 667-687. Voir *supra* introduction.

¹³⁶⁴ Sur la définition de ce qu'est un concept clé (« Schlüsselbegriff ») : J. BRAUN, *Leitbilder im Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 30-32.

¹³⁶⁵ V. C. FANZIUS, « Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft – eine vorläufige Bilanz », *op. cit.*, p. 445.

laissé « en dehors de son champ d'analyse tout un ensemble de mécanismes de contrôle d'une indiscutable transcendance »¹³⁶⁶. Étant donné la nécessité d'intégrer plus fortement l'autonomie de l'administration dans l'analyse dogmatique, ceci aboutit à reconsidérer la question du contrôle, autonomie administrative et contrôle formant « les deux faces de la même pièce ». Tous deux sont en effet présentés comme « des éléments fondamentaux de l'ordre constitutionnel démocratique », le contrôle, ayant à l'instar de la séparation des pouvoirs, « pour objet la limitation du pouvoir et la garantie de sa rationalité »¹³⁶⁷.

Conformément à cette analyse, Schmidt-Aßmann plaide en faveur de l'édification d'une « théorie intégrale des contrôles » qui intègre « l'analyse économique de l'action administrative, le contrôle financier, le contrôle exercé par l'opinion publique et les citoyens du fait de leur participation, le contrôle auquel la Commission européenne soumet les administrations nationales... »¹³⁶⁸. Émergent ainsi une série de nouveaux concepts issus d'autres champs disciplinaires. C'est par exemple le cas des concepts de « *Controlling* », de « *Monitoring* » ou d'évaluation (*Evaluation*) ou du concept, matriciel pour la nouvelle science du droit administratif, de *Steuerung* dont on peut essayer de traduire l'idée par l'expression de « gestion directive », la science du droit administratif devant être dorénavant « conçue comme une science de direction, une science qui entend guider *efficacement* les processus sociaux »¹³⁶⁹. Reprenant une idée préalablement développée par Hermann Hill, Schmidt-Aßmann conclut son analyse en affirmant qu'à l'instar du « niveau de légitimation démocratique », l'important est en définitive que les décisions administratives atteignent sur le plan global un niveau suffisant de contrôle¹³⁷⁰.

II. Conception moniste contre conception dualiste

Cet appel à ériger une théorie intégrale des contrôles par l'un des éminents représentants de la nouvelle science du droit administratif démontre l'intérêt incontestable que revêt la thématique des contrôles administratifs dans la doctrine allemande contemporaine. Qu'en est-

¹³⁶⁶ E. SCHMIDT-ABMANN, « Principes de base d'une réforme du droit administratif », *op. cit.*, p. 440.

¹³⁶⁷ *Ibid.*, p. 440. Dans le même sens, W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 408-409.

¹³⁶⁸ E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, *op. cit.*, p. 213 ; E. SCHMIDT-ABMANN, « Principes de base d'une réforme du droit administratif », *RFDA*, 2008, p. 435.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, p. 430 (nous soulignons). Le droit est pour ces auteurs par définition orienté vers la recherche de l'efficacité : E. SCHMIDT-ABMANN, « Principes de base d'une réforme du droit administratif », *RFDA*, 2008, p. 433-438.

¹³⁷⁰ E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, *op. cit.*, p. 231.

il dès lors de la façon dont peuvent justement s'articuler les concepts de « supervision » et de « contrôle ». Sont-ils de simples synonymes ou se différencient-ils et, si tel est le cas, en fonction de quels critères ? On peut ici distinguer entre deux groupes d'auteurs, le premier se ralliant à une position moniste (1), le second à une position dualiste ou différencialiste (2).

1) La position moniste

Pour un premier groupe d'auteurs, « contrôle » et « supervision » sont parfaitement synonymes. On trouve une première illustration de cette position moniste chez l'un des auteurs classiques de la doctrine allemande : Georg Jellinek. Travaillant à cerner l'essence de l'État – le critère de l'étaticité (*Staatlichkeit*) – Jellinek tente de démontrer que celle-ci réside non pas dans la souveraineté, mais dans la faculté à disposer de droits propres (*eigene Rechte*). En d'autres termes, est « État » la collectivité de droit public qui peut « obliger » – c'est-à-dire produire des normes juridiques – en raison de sa propre volonté¹³⁷¹. C'est sur le fondement de ce critère que peuvent être alors distinguées les « collectivités étatiques non-souveraines » – les collectivités fédérées – des « collectivités auto-administrées » – ou collectivités locales¹³⁷². Si les droits propres sont encore chez Paul Laband des droits historiquement originaires, chez Jellinek, sa caractéristique spécifique est que ce sont des droits incontrôlables : dispose de droits propres la collectivité qui n'est pas soumise, écrit Jellinek, à un « contrôle juridique »¹³⁷³. Alors que le concept de « contrôle » hérite d'une importance cardinale dans l'analyse jellinekienne de la structure des ordres juridiques, l'éminent juriste ne juge pas utile de distinguer plus précisément le contrôle de la supervision¹³⁷⁴. Défini comme « l'examen auquel on soumet les principaux actes des organes et des composantes (*Glieder*) de l'État à la lumière de certaines normes »¹³⁷⁵, le concept de

¹³⁷¹ G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Vienne, Hölder, 1882, p. 40 : « Wir haben das juristische Wesen des Staates in der Möglichkeit der Verpflichtung durch eigenen Willen gefunden ». Louis Le Fur traduit quant à lui les propos de Jellinek de façon plus littérale : « Nous avons trouvé, dit Jellinek, l'élément juridique essentiel de l'État dans la possibilité de l'obligation par sa propre volonté ». Sur l'analyse de Jellinek telle que rapportée par Le Fur : L. LE FUR, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Marchal et Billard, 1896, p. 385-394.

¹³⁷² V. G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, p. 135-136 ; G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, *op. cit.*, p. 276-280, p. 311-313.

¹³⁷³ *Ibid.*, p. 42 : « Un droit propre est un droit juridiquement incontrôlable ». Voir sur ce critère : D. GRIMM, *Souveränität*, *op. cit.*, p. 67 ; D. GRIMM, « Souveraineté », *op. cit.*, p. 581-582.

¹³⁷⁴ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 152-153.

¹³⁷⁵ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 792. La traduction dans l'édition française nous semble guère éclairante : « L'examen auquel on soumet, en se plaçant au point de vue de certaines règles déterminées,

« contrôle » est certes spécifiquement défini, mais Jellinek emploie indifféremment les expressions de « contrôle », « supervision » et « jus supremae inspectionis », les considérant vraisemblablement toutes trois comme synonymes¹³⁷⁶.

Si la question d'une possible différenciation n'est, en fin de compte, chez Jellinek pas véritablement thématifiée, elle est en revanche, chez d'autres auteurs, explicitement infirmée au motif que « supervision » et « contrôle » sont, en pratique, difficilement séparables. On compte parmi eux, à l'origine Heinrich Triepel¹³⁷⁷ et plus récemment dans la doctrine contemporaine Helmut Lecheler, Günter Püttner¹³⁷⁸ ou encore Paul Kirchhof¹³⁷⁹.

2) La position dualiste

Cette ligne argumentative demeure cependant minoritaire en doctrine, la majorité des auteurs allemands s'étant ralliée à la conception dualiste. Pour ce deuxième groupe d'auteurs, si les concepts de « contrôle » et de « supervision » ne sont pas considérés comme antagonistes, ils doivent toutefois être nettement distingués l'un de l'autre. Comme le résume Wolfgang Kahl, différents critères ont pu alors être proposés pour fonder cette différenciation. Ainsi a-t-il été suggéré que contrairement à la « supervision », le concept de « contrôle » n'inclurait pas nécessairement de phase corrective. Il s'agirait dans le cas du contrôle avant tout d'un examen de la régularité de l'exécution, sans qu'il implique nécessairement de sanction. Elaborée initialement par Walter Schönborn (1883-1956) dans sa thèse de doctorat dirigée par Georg Jellinek, cette conception dualiste conduit à définir la « supervision » comme une sorte de contrôle qualifié ou renforcé intégrant une phase corrective¹³⁸⁰. Pour d'autres auteurs, il conviendrait davantage de différencier non pas en fonction des moyens, mais des types d'actes sur lesquels repose le contrôle ou la supervision. Le contrôle s'effectuerait sur les actes pris dans le cadre des compétences propres des

les actes des organes ou des membres de l'État, faits en vue de l'État » : G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, p. 571.

¹³⁷⁶ G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, *op. cit.*, p. 40, également p. 311-312 ; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 792.

¹³⁷⁷ H. TRIEPEL, *Die Reichsaufsicht*, Berlin, Springer, 1917, p. 109 et suivantes.

¹³⁷⁸ G. PÜTTNER, *Verwaltungslehre*, Munich, C.H. Beck, 2007, p. 271-277.

¹³⁷⁹ P. KIRCHHOF, « Mittel staatlichen Handelns », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 5, Tübingen, C.F. Müller, 2007, 3^{ème} éd., § 99, p. 3-133, n°224-246. Pour une vue d'ensemble, v. W. KAHL, « Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle », *op. cit.*, p. 427-441 ; v. également E. SCHMIDT-AßMANN, « Verwaltungskontrolle », *op. cit.*, p. 9-44.

¹³⁸⁰ W. SCHÖNBORN, *Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht*, Heidelberg, Schulze, p. 33-34 ; W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 172-173 et p. 405-406.

collectivités locales, dans le domaine où elles bénéficient de davantage d'autonomie, la « supervision » sur celles réalisées par délégation. Enfin, un important dernier groupe d'auteurs considère que le contrôle institue non pas une relation de subordination mais de coordination. De ces trois différents critères de distinction, il ressort que pour ce second groupe d'auteurs, le contrôle respecterait la liberté décisionnelle de l'autorité qui y serait soumise, tandis que la « supervision » en altérerait tendanciellement plus la volonté. Pour Wolfgang Kahl, cette argumentation s'avère dépassée car elle ne rend, d'une part, pas suffisamment compte de la pluralité des formes de contrôles et, d'autre part, ne prend pas en compte le fait que la supervision fait elle aussi place à des mécanismes de coordination. Pour cet auteur, alors que le contrôle est « interfonctionnel » puisqu'il vise à la modération des pouvoirs et s'inscrit dans le cadre du principe de séparation horizontale des pouvoirs, la supervision est, elle, « intrafonctionnelle » en ce qu'elle se fonde sur le principe de séparation verticale des pouvoirs et concerne des entités décentralisées ou déconcentrées¹³⁸¹. Bien que cette argumentation ait pu susciter des échos positifs en doctrine¹³⁸², il apparaît que dans la doctrine contemporaine, le contrôle constitue avant tout une catégorie générique, la supervision constituant une catégorie spécifique de contrôle. C'est cette argumentation qui représente celle généralement reprise dans la doctrine allemande contemporaine¹³⁸³.

B. La distinction entre le « contrôle » et la « tutelle » en France

En France, les efforts de systématisation de la doctrine se sont, comme nous l'avons vu, essentiellement portés à distinguer la « tutelle » de la « hiérarchie ». En comparaison, la distinction des concepts de « contrôle » et de « tutelle » a fait l'objet d'un investissement doctrinal moins prononcé et vraisemblablement plus tardif¹³⁸⁴. Trois moments, l'un endogène à la doctrine, les deux autres exogènes à elle, nous paraissent avoir plus particulièrement marqué ce débat. Le premier est lié aux travaux s'inscrivant dans les pistes de réflexions ouvertes par les thèses de Charles Eisemann sur l'organisation administrative. En effet, dans

¹³⁸¹ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 408-421.

¹³⁸² Dans le même sens, E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, op. cit., p. 230.

¹³⁸³ V. par exemple : M. BURGI, « Verwaltungsorganisationsrecht », op. cit., p. 291.

¹³⁸⁴ G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, Paris, Sirey, 1981, p. 59. V. néanmoins les écrits de Léon Aucoc qui s'efforce dans ses travaux de « substituer au mot de tutelle celui de contrôle qui lui paraît plus juste à tous les points de vue », sans cependant prendre la peine d'explicitier davantage les raisons de son choix. L. AUCOC, « Controverses sur la décentralisation administrative. Etude historique », *Revue politique et parlementaire*, avril et mai 1895, p. 37.

son effort de théorisation, Eisenmann a produit, comme nous l'avons vu, une critique systématique des définitions données aux concepts traditionnellement employés, critique qui a ensuite été elle-même ultérieurement discutée en doctrine. Parmi ceux-ci figurent ceux de « tutelle » et de « hiérarchie » mais également de « contrôle »¹³⁸⁵. Le second moment procède de la réforme de la décentralisation engagée en 1982. C'est à cet égard l'interprétation de l'une des dispositions emblématiques de cette réforme législative affirmant supprimer la tutelle administrative et y substituer un « simple » contrôle de légalité¹³⁸⁶, qui pose problème. Le troisième moment, enfin, a trait à la norme prohibant l'exercice de toute « tutelle » entre collectivités locales et insérée en 2003 dans la constitution française, la question se posant de nouveau de définir ce qui justement caractérisait spécifiquement la tutelle¹³⁸⁷.

Par conséquent, si l'état de la recherche française relatif à la distinction entre les concepts de « tutelle » et de « contrôle » semble, comme en Allemagne, marqué par un certain flou¹³⁸⁸, l'état d'incertitude de la doctrine française quant au choix du concept apte à correctement décrire les relations juridiques entre l'État et les collectivités locales reflète selon nous plus spécifiquement les divergences de conceptions relatives aux critères d'appréciations du degré de décentralisation d'un ordre juridique. En d'autres termes, ce sont deux conceptions de la place respective de l'État central et des collectivités locales et de ce que, en définitive, l'autonomie locale peut supporter de centralisation qui s'opposent.

Il importe par conséquent de savoir s'il y en a encore quelque pertinence à recourir au concept de « tutelle » pour désigner, dans un système juridique décentralisé, la surveillance exercée sur les actes pris par les collectivités locales ou s'il faut lui préférer le concept de « contrôle administratif ». À cette interrogation, deux réponses divergentes ont été apportées dans la

¹³⁸⁵ Il s'agit tout d'abord de l'ouvrage de Charles Eisenmann « *Centralisation et décentralisation* » publié en 1948, puis son *Cours de droit administratif de 1966/1967* ; voir également les discussions entre J.-C. GROSHENS, « Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés », *AJDA*, 1966, p. 140-153 et J. RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA*, 1966, p. 154-155 ; A.-S. MESCHERIAKOFF, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, thèse, Strasbourg, 1973, p. 488.

¹³⁸⁶ Voir la thèse précitée de G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, ainsi que les travaux de celle de S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, ainsi que la thèse plus tardive de C. SANSON, *Le contrôle administratif des actes locaux*, thèse, Paris, Université Paris 1, 1990 ; voir aussi V. L. FAVOREU, « Décentralisation et constitution », *RDJ*, 1982, p. 1280.

¹³⁸⁷ On pense ici en particulier à la jurisprudence du CE Ass., 12 déc. 2003, *Département des Landes*, n° 236442, Rec. Lebon p. 502 ; concl. F. SÉNERS, *RFDA*, 2004, p. 518-527 ; chron. F. Donnat et D. Casas, *AJDA* 2004.

¹³⁸⁸ J.-C. DOUENCE, « La prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre », *RFDA*, 2004 p. 527 ; voir également L. TESOKA, *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, Aix-Marseille, PUAM, 2004.

doctrine française¹³⁸⁹ : l'une soutenant l'antagonisme entre contrôle administratif et tutelle (I), l'autre l'analogie entre ces deux mécanismes (II)

I. La thèse de l'antagonisme entre tutelle et contrôle

Un premier groupe d'auteurs oppose « tutelle » et « contrôle » et adopte une définition stricte de ce dernier, concordante avec celle naguère proposée par Charles Eisenmann. Pour cet auteur, « un contrôle est l'opération qui consiste à vérifier si des objets concrets sont conformes ou ne sont pas conformes au schéma idéal d'un objet correct, tel que le dessine une norme que l'on peut appeler norme de contrôle (...). Un contrôle, c'est essentiellement une vérification de conformité, de la conformité d'objets à un modèle, à un type, à une norme. »¹³⁹⁰. Autrement dit, le contrôle suppose que l'autorité centrale qui en est chargée ne dispose que d'une compétence liée¹³⁹¹ : « Pouvoir discrétionnaire et pouvoir de contrôle sont deux notions antinomiques. Contrôle implique mission définie. Contrôle implique règle stricte de décision. »¹³⁹².

Il s'agit là d'un élément tout à fait déterminant pour notamment comprendre la conception eisenmannienne de la décentralisation. En effet, pour Charles Eisenmann, seule l'organisation administrative dans laquelle les normes locales ne sont soumises qu'à un « contrôle » vaut d'être considérée comme étant « décentralisée », au sens où la décentralisation constitue, dans la classification de cet auteur, le seul type d'organisation administrative réellement respectueux de l'autonomie normative – de la volonté pleinement libre – des collectivités locales¹³⁹³. Rejoignant sur ce point les vues de Charles Eisenmann, le doyen Maurice Bourjol estime pour sa part que « la tutelle est une expression contraire à l'esprit de la libre administration », son maintien dans les institutions françaises s'expliquant par la perpétuation de la « constitution *administrative* française ». Toutefois, l'inscription continue depuis 1946 de la libre administration dans les normes constitutionnelles françaises – dans la constitution *politique* de la France pour reprendre l'expression du Doyen Bourjol – impose la suppression de la tutelle et son remplacement par un « contrôle administratif » d'ailleurs expressément

¹³⁸⁹ G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, op. cit., p. 59-62.

¹³⁹⁰ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, op. cit., p. 167.

¹³⁹¹ *Ibid.*, p. 168-169.

¹³⁹² *Ibid.*, p. 169.

¹³⁹³ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 259.

évoqué dans les textes constitutionnels français en vigueur depuis cette date¹³⁹⁴. On retrouve enfin la même ligne argumentative et surtout la même conception de la distinction entre « contrôle » et « tutelle » chez les auteurs défendant la thèse que ce remplacement aurait été au plus tard entériné par la loi du 2 mars 1982 censée avoir supprimé la *tutelle* administrative, le *contrôle* administratif désormais exercé sur les normes locales n'étant plus ni *ad libitum*, ni *a priori*, mais simplement de légalité et pour l'essentiel effectué *a posteriori*¹³⁹⁵. Dès lors, conformément à la définition donnée par Charles Eisenmann, ce contrôle « exprime et sanctionne le principe de légalité administrative et rien d'autre »¹³⁹⁶.

Pour ce premier groupe d'auteurs, tout pouvoir discrétionnaire dit « d'opportunité » au profit de l'autorité centrale outrepassé les limites du « contrôle », la définition classiquement admise du pouvoir de « tutelle » incluant précisément une telle faculté. La justification de leur raisonnement repose sur l'idée que l'opportunité ne peut faire l'objet d'un authentique contrôle étant donné que « l'étalon de mesure nécessaire, la règle de jugement indispensable à un vrai contrôle fait défaut »¹³⁹⁷. Autrement dit, sans normes de références définies avec précision, point de « contrôle » possible¹³⁹⁸. Parler de « contrôle » dans le cas où l'autorité centrale décide discrétionnairement du sort des décisions revient sinon, conclut ainsi Eisenmann, à donner une idée radicalement fautive de la situation¹³⁹⁹. Par conséquent, si l'autorité centrale dispose d'un pouvoir de consentement – si lui est attribué un pouvoir d'approbation préalable – voire d'une compétence discrétionnaire à l'égard des normes des collectivités locales, l'organisation administrative est non pas « décentralisée », mais dans la première hypothèse « semi-(dé)centralisée » et dans la seconde « imparfaitement

¹³⁹⁴ M. BOURJOL, « Libre administration et décentralisation », *op. cit.*, p. 86. Par ailleurs, l'article 88 de la Constitution de la IV^e République, dont la formule est reprise à l'article 72 de la Constitution de la Ve République, mentionne le « contrôle administratif » et non la tutelle.

¹³⁹⁵ V. J.-C. JOUENCE, C. BRANQUART, « Contrôle de légalité : un réel renouveau ? Analyse de la réforme menée par les pouvoirs publics depuis 2004 », *AJDA*, 2011, p. 198 et suivantes. Jean-Bernard Auby parle ainsi de la « tutelle d'antan » : J.-B. AUBY, « Les contrôles administratifs, juridiques et financiers », *Pouvoirs*, 1995, n°73, p. 86. V. *infra* II.B.

¹³⁹⁶ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 163.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, p. 174. Voir plus généralement sur le caractère antinomique de l'opportunité et du contrôle : *Ibid.*, p. 169-184.

¹³⁹⁸ Pour une critique de ce raisonnement, v. S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 335-358 et v. *infra*.

¹³⁹⁹ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 176.

centralisée »¹⁴⁰⁰. En définitive, la décentralisation par autonomie locale ne s'accorde donc qu'avec le concept de « contrôle ».

II. La thèse de l'analogie entre tutelle et contrôle

Un deuxième groupe d'auteurs, semble-t-il majoritaire en doctrine, considère à l'inverse que les concepts de « tutelle » et « contrôle » ne s'opposent pas l'un à l'autre¹⁴⁰¹. Rares sont toutefois les tentatives de conceptualisation de cette position. Trois arguments de portée variable semblent selon nous pouvoir néanmoins la justifier.

Tout d'abord, le contrôle ne se limite pas aux examens dans lesquels la norme de référence est fortement déterminée. Dénier aux dispositions contenant des notions juridiques indéterminées la qualité de « norme de référence du contrôle » résulte en effet d'une confusion entre « arbitraire » et « opportunité ». Il n'y a aucune contradiction conceptuelle à associer le concept de « contrôle » au pouvoir discrétionnaire¹⁴⁰². Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point un peu plus loin¹⁴⁰³.

Le second argument favorable à la thèse de l'analogie entre les concepts de « contrôle » et de « tutelle » porte sur la question de savoir si le premier se restreint par définition à n'être qu'un examen de la conformité des normes locales ou s'il peut également intégrer dans son champ de définition des procédés correctifs. De même que dans la doctrine allemande, la majorité des auteurs français adoptent à ce propos une conception extensive des moyens de contrôle.

Enfin, à l'instar de l'opinion aussi majoritairement retenue dans la doctrine allemande, le concept de contrôle est considéré comme le « dénominateur commun » des diverses formes de tutelle. En d'autres termes, le contrôle constitue le concept hyperonyme de la tutelle¹⁴⁰⁴. Sa plasticité en fait un outil conceptuel utile pour regrouper un ensemble de mécanismes

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 71-83 et p. 86.

¹⁴⁰¹ V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 193-201 ; J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 50-53, p. 193-200. L'auteur parle de « contrôle hiérarchique » et de « contrôle de tutelle », le contrôle semblant ici relever d'une catégorie générique. Il en va de même dans le manuel d'Yves Gaudemet : Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 205, p. 251-253 ; voir également L. FAVOREU, « Décentralisation et constitution », *op. cit.*, p. 1280, note 48 ; L. FAVOREU, L. PHILIPP (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 144-145.

¹⁴⁰² V. S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 337-358 ; G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁰³ V. *infra*.

¹⁴⁰⁴ G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, *op. cit.*, p. 62-67.

vérificatifs et correctifs exercés par la puissance publique, le contrôle *administratif* rassemblant plus spécifiquement l'ensemble des procédés de cette sorte mis en œuvre au sein de la puissance exécutive¹⁴⁰⁵.

§ 2 : Le caractère indéterminé du concept de « contrôle »

À l'issue de cette présentation successive des doctrines française et allemande, deux courants peuvent être identifiés autant en Allemagne qu'en France. Le premier est favorable à une conception stricte du concept de contrôle et insiste sur les différences entre ce concept et ceux de tutelle ou de supervision. Le second prône au contraire la thèse d'une analogie entre ces différents concepts. Que peut-on dès lors tirer de cette double présentation pour l'élaboration du concept de surveillance ? Pour notre part, nous souhaitons ici démontrer que le concept de contrôle, s'il ne s'oppose pas à celui de surveillance (A) est cependant trop indéterminé pour être valablement repris dans une étude des rapports entre l'État et les collectivités locales (B).

A. L'analogie entre le concept de contrôle et celui de surveillance

Les concepts de contrôle et de surveillance présentent sous plusieurs rapports davantage d'analogies que de différences. À cela, les auteurs défendant l'idée d'une conception stricte du contrôle opposent cependant principalement trois objections.

Premièrement, leur raisonnement part du sens étymologique du terme de « contrôle » qui désignait originellement un registre tenu en double : jadis, le contre-rôle servait effectivement à *vérifier* le rôle¹⁴⁰⁶. On trouve selon toute vraisemblance dans cette origine commune l'un des facteurs de la convergence des positions défendues par le groupe d'auteurs allemands et français convaincus de la pertinence d'adopter une conception stricte du concept de contrôle, le terme de « contrôle » ayant effectivement été emprunté à la langue française au XVIII^e siècle pour devenir le terme allemand de *Kontrolle*¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 59.

¹⁴⁰⁶ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 403 ; G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, *op. cit.*, p. 59. C'est là une différence avec l'expression de « control » en langue anglaise qui comprend un aspect plus directif, au sens de pouvoir, autorité, domination : S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 213.

¹⁴⁰⁷ V. l'entrée « Kontrolle » dans le dictionnaire étymologique de termes juridiques : G. KÖBLER, *Etymologisches Rechtswörterbuch*, Tübingen, Morh Siebeck, 1995.

Conformément à cela, le contrôle ne consisterait, en second lieu, qu'à procéder à une collation, c'est-à-dire à une vérification de l'exacte conformité de l'acte contrôlé à la norme de référence. Il n'aurait en revanche aucune portée corrective. De là ressortirait en dernier lieu le caractère moins intrusif du contrôle, le *contrôlé* étant dès lors considéré comme situé dans un rapport d'équivalence avec le *contrôleur*, la vérification étant censée, de plus, ne laisser aucune marge d'appréciation à ce dernier. Or, il nous semble que cette argumentation repose sur deux idées erronées.

Le premier paralogisme résulte de l'idée que l'activité de contrôle, contrairement à l'activité de surveillance (tutelle/supervision) pourrait n'être qu'une activité cognitive, le contrôleur se transformant en automate de la collation¹⁴⁰⁸. Une telle conception doit cependant être réfutée. Le contrôle de la conformité d'une norme à une autre norme repose sur une concrétisation juridique. Or, toute concrétisation « comporte toujours un moment purement volitif et n'est pas un acte purement cognitif »¹⁴⁰⁹. Par conséquent, l'idée d'une norme de référence parfaitement et complètement déterminée doit être récusée au profit d'une présentation qui prend au sérieux la complexité de l'opération de concrétisation qui combine un moment cognitif et un moment volitif.

La seconde erreur de raisonnement concerne l'exclusion des mécanismes correctifs. La correction ne constitue qu'une étape complémentaire à la vérification, nécessaire à son efficacité : elle vise à sanctionner le défaut de conformité d'une norme d'application. Vérification et correction sont pareillement fondées sur l'idée d'une distance entre une norme de référence – la norme de contrôle, le « contre-rôle » – et une norme de concrétisation – la norme contrôlée. Il ne peut dès lors être postulé de différence qualitative entre ces deux étapes qui relèvent d'un seul et même processus.

B. La spécificité du concept de surveillance sur celui de contrôle

La thèse de l'antagonisme entre le contrôle et la surveillance infirmée, il nous faut désormais nous interroger sur la façon de définir le rapport d'analogie qu'entretiennent les concepts de contrôle et de surveillance. Selon nous, le contrôle constitue le « genus

¹⁴⁰⁸ Ainsi, pour Eisenmann, contrairement au contrôle, l'examen en opportunité serait un acte de pure volonté, entièrement libre, déterminée par n'importe quel motifs ou mobiles à l'égard des normes et de leurs édictions. C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation, op. cit.*, p. 178.

¹⁴⁰⁹ O. JOUANJAN, « Présentation », in O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie, op. cit.*, p. 30.

proximum » du concept de surveillance. Par rapport à ce dernier, le contrôle représente un concept générique ou hyperonyme (*Oberbegriff*) qui désigne « l'examen critique de processus décisionnels en vue de les corriger au cas où ils ne correspondraient pas dans leurs déroulements, leurs résultats et leurs conséquences aux données du contrôle »¹⁴¹⁰. Autrement dit, ce concept permet d'utilitément regrouper l'ensemble des mécanismes juridiques dont l'objet est d'examiner voire de corriger des normes fautives et ainsi de procéder à un calcul de leur défauts¹⁴¹¹ (*Felherkalkül*). C'est en cela que réside sa principale valeur heuristique.

Cependant, sa généralité en constitue également la principale limite. Il lui manque en effet « la finesse nécessaire et suffisante »¹⁴¹² pour convenablement décrire les structures qui font justement l'objet de la présente recherche et dont il ne réussit pas à rendre compte des différences spécifiques (*differentia specifica*). Cette généralité conduit les auteurs de doctrine non pas à envisager le contrôle dans sa globalité, mais à porter leur attention sur un type de contrôle (contrôle *juridictionnel, administratif, parlementaire, électoral, de tutelle, hiérarchique, de constitutionnalité, de conventionnalité...*). De la diversité de ces combinaisons résulte une impression de flou qui risque, ainsi que le professeur Franck Moderne l'a naguère très justement noté, « d'entraîner un certain appauvrissement du concept, qui n'avait pas déjà une grande puissance suggestive »¹⁴¹³. Le concept de contrôle souffre ainsi d'apparaître comme « inconsistant »¹⁴¹⁴, « si vague et si vaste qu'il n'a à peu près aucun contenu juridique »¹⁴¹⁵. Cette opinion de deux éminents auteurs français fait d'ailleurs écho au constat que l'on peut dresser pour l'Allemagne, indépendamment des efforts poursuivis par les auteurs de la nouvelle science du droit administratif¹⁴¹⁶. Pour ces

¹⁴¹⁰ V. HOFFMANN-RIEM, « Verwaltungskontrolle », *op. cit.*, p. 327.

¹⁴¹¹ V. O. JOUANJAN, « Présentation », *op. cit.*, p. 30 ; v. pour plus de détails T. HOCHMANN, « Protéger les violations de la Constitution : le Fehlerkalkül d'Adolf Merkl », *op. cit.*, p. 115-125 et *infra*.

¹⁴¹² O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, 2001, p. 286.

¹⁴¹³ F. MODERNE, « Préface », in G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, *op. cit.*, p. XIII. De même, pour Eberhardt Schmidt-Aßmann, « le problème ne réside pas dans la variété des contrôles administratifs, mais dans leur classification ou leur systématisation » : E. SCHMIDT-AßMANN, « Principes de base d'une réforme du droit administratif », *op. cit.*, p. 435.

¹⁴¹⁴ S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 22. V. aussi B. FAURE, « Faut-il garder le mot « tutelle » en droit administratif ? », *AJDA*, 2008, p. 113.

¹⁴¹⁵ J. RIVERO, M. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1999, 19^{ème} éd., p. 319-320. Ce passage n'est cependant pas repris dans la dernière édition de ce manuel.

¹⁴¹⁶ Ainsi, contrairement à celui de « supervision » (*Aufsicht*), Wolfgang Kahl relève par exemple que l'index analytique du recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne contient aucune entrée réservée au « contrôle », ce terme n'étant du reste quasiment pas employé dans les textes législatifs ou

différentes raisons, il nous semble en définitive opportun de renoncer à recourir à ce concept et de privilégier celui de surveillance qu'il convient dorénavant de plus spécialement distinguer de ceux de tutelle et de supervision.

réglementaires actuellement en vigueur : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 420-421. Même s'il convient de relativiser le poids de cet argument en raison de l'autonomie de la science juridique – à titre de comparaison, le terme de « souveraineté » n'était jusqu'à la décision « Lisbonne » du 30 juin 2009 pas non plus référencée dans cet index –, il constitue cependant un indicateur utile qui nous semble confirmer notre thèse.

Section 2 : Les écueils des concepts doctrinaux nationaux de « tutelle » et de « supervision communale »

Alors que nous avons jusqu'à présent choisi de regrouper les concepts de « tutelle » et de « supervision communale » (*Kommunalaufsicht* ou *Gemeindeaufsicht*) sous celui de surveillance, il importe au cours de cette seconde étape de notre travail définitoire d'explicitier les raisons qui nous paraissent justifier de renoncer à ceux-ci (§1) pour leur privilégier celui de surveillance (§2).

§1 : « Tutelle » et « supervision » : deux concepts inappropriés à la comparaison

A. Le caractère équivoque du concept de supervision communale

Alors que la doctrine française différencie entre les pouvoirs « hiérarchique », « disciplinaire » et de « tutelle », du côté de la doctrine allemande domine comme nous l'avons vu le pouvoir de supervision étatique (*Staatsaufsicht*). Or, l'analyse de la façon dont la doctrine allemande définit ce concept nous a conduit à considérer qu'il ne disposait pas de la finesse nécessaire et suffisante pour servir à décrire dans une étude comparative la spécificité des rapports de contrôle entre normes centrales et locales. En est-il de même pour celui de « supervision communale » (*Kommunalaufsicht*) ? La critique de cette insuffisance du concept matriciel de supervision se retrouve-t-elle dans ce concept plus spécifique aux relations entre l'État et les collectivités locales ?

Un premier élément de réponse nous est apporté par l'analyse que nous livre le Professeur Christian Autexier dans son « étude du système de contrôle (...) des collectivités territoriales par les autorités administratives centrales » en Allemagne¹⁴¹⁷. Contraint de reconnaître le flou doctrinal qui entoure le concept de *Kommunalaufsicht*, Christian Autexier souligne avoir renoncé dans le titre même de son étude à traduire le terme de *Kommunalaufsicht* tant il apparaît difficile d'en rendre compte du sens au regard des classifications françaises¹⁴¹⁸. En doctrine, la *Kommunalaufsicht* désigne en effet tantôt « l'ensemble des modes de surveillance

¹⁴¹⁷ C. AUTEXIER, « Le système de la *Kommunalaufsicht* en droit allemand », *op. cit.*, p. 269-288.

¹⁴¹⁸ Traduit de façon globale par contrôle de l'État dans son manuel, ce contrôle regroupe le contrôle de légalité et un contrôle « fonctionnel » (*Fachaufsicht*) : C. AUTEXIER, *Droit public allemand*, *op. cit.*, p. 198-199 et p. 209-210.

de l'État sur les collectivités territoriales, quels que soient l'objet, les formes et la nature de ce contrôle »¹⁴¹⁹, tantôt le seul contrôle de légalité exercé par une autorité d'administration d'État. Cette hétérogénéité se reflète également en droit positif. Outre les variations terminologiques selon les lois municipales de chaque *Land*, le contrôle de l'État peut ne porter que sur la régularité juridique s'il s'agit d'une compétence propre à la collectivité locale (*Selbstverwaltungsaufgabe*) tandis qu'il pourra inclure un pouvoir d'instruction dans le cas des compétences dites déléguées (*Auftragsverwaltung*)¹⁴²⁰.

Force est ainsi de constater que ces variations de conceptualisation rendent inopportun le recours au concept de supervision communale. Mais surtout, il nous semble rédhibitoire de confondre dans un même concept deux contrôles théoriquement aussi distincts¹⁴²¹. Plus abstraitement, la question ici posée est de savoir si nous disposons de « noms différents pour des concepts d'objets différents »¹⁴²². Or, le pouvoir d'instruction relève du pouvoir hiérarchique, c'est-à-dire d'un pouvoir de direction au moyen duquel un organe d'exécution prescrit de façon déterminante, dans le cadre du droit qui lui est reconnu, à un autre organe d'exécution si ou comment ce dernier doit faire usage de sa compétence¹⁴²³. En ce qu'il intervient préalablement à la prise d'initiative des collectivités locales, il en altère l'autonomie normative. Face à cela, le pouvoir de surveillance est un instrument de correction au moyen duquel un organe d'exécution contrôle la régularité juridique des actes d'un autre organe d'exécution et le cas échéant les corrige. Dans ce cas, l'initiative locale reste libre. Différents dans leurs conséquences normatives, ces deux contrôles représentent par conséquent deux structures différentes qu'il importe de distinguer dans leurs dénominations. À l'instar du concept matriciel de « supervision », le concept de « supervision communale » employé par la doctrine allemande paraît en définitive trop équivoque pour être ici utilement repris.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 272.

¹⁴²⁰ *Ibid.*, p. 273-274.

¹⁴²¹ Christian Autexier considère au contraire que la « différence n'est peut être pas aussi grande que l'on pourrait le penser » dans la mesure où le pouvoir de donner des instructions est soumis aux limites juridiques de tout pouvoir discrétionnaire : *Ibid.* p. 277

¹⁴²² O. PFERSMANN, « Fonction de la théorie et de la construction de l'objet », in L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 72.

¹⁴²³ V. A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, Springer, 1927, p. 351.

B. Le caractère inadéquat du concept de « tutelle »

Le répertoire conceptuel de la doctrine française en matière d'organisation administrative repose principalement, nous l'avons vu, sur la distinction entre pouvoir hiérarchique et pouvoir de tutelle. Deux séries de raisons nous poussent à y renoncer : l'une relative à la prétendue suppression de la tutelle par la loi du 2 mars 1982 (I), l'autre, plus déterminante, relative au malaise autour du mot de tutelle (II).

I. La thèse de la prétendue suppression de la tutelle

En premier lieu, il est sans doute correct de considérer que du point de vue du droit positif, la loi du 2 mars 1982 a opéré une rupture : à la « tutelle d'antan » a succédé un régime de contrôle plus favorable à l'autonomie des collectivités locales¹⁴²⁴. L'analyse de certains auteurs va néanmoins plus loin : les normes locales cessant d'être soumises à un contrôle dit « d'opportunité » et devenant pour la plupart exécutoires de plein droit, la réforme de 1982 aurait réussi à supprimer la tutelle administrative, mettant ainsi en œuvre les ambitions politiques qu'elle affichait¹⁴²⁵. Pour le professeur Jean-Claude Douence par exemple, « le terme de tutelle ne figure plus dans aucun texte et le juge ne l'utilise *pratiquement* (nous soulignons) pas, sinon, concède-t-il toutefois, par commodité de langage »¹⁴²⁶. Sur le plan constitutionnel, puisque l'article 88 de la Constitution du 27 octobre 1946 établit un contrôle administratif des collectivités territoriales, il aurait rendu caduque la terminologie antérieure et ainsi supprimé la tutelle étatique, la Constitution de la Ve République reprenant cette formule dans son article 72. Sur le plan législatif, le terme de tutelle n'est pas davantage utilisé, la seule disposition¹⁴²⁷ qui s'y référait ayant été expurgée par la loi du 2 mars 1982. Surtout, celle-ci affirme, dans une formule péremptoire, supprimer la tutelle administrative¹⁴²⁸. Si cette dernière avait pu se maintenir en dépit de son abandon par les

¹⁴²⁴ Dans ce sens par exemple, B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 703-706.

¹⁴²⁵ Pour un exemple récent, v. C. BRANQUART, « Contrôle de légalité : un réel renouveau ? Analyse de la réforme menée par les pouvoirs publics depuis 2004 », *op. cit.*, p. 198 et suivantes ; J.-B. AUBY, « Les contrôles administratifs, juridiques et financiers », *op. cit.*, p. 74-89.

¹⁴²⁶ J.-C. DOUENCE, « La prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre », *op. cit.*, p. 526.

¹⁴²⁷ Il s'agissait de l'ancien article L. 321-1 du code des communes.

¹⁴²⁸ Intitulé du chapitre 1^{er} de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions ; J.-C. DOUENCE, « La prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre », *op. cit.*, p. 525-530.

textes des constitutions des IV^e et V^e Républiques, sa suppression aurait été solennellement actée par la réforme législative de 1982.

Il convient cependant, à deux égards, de relativiser la portée de cet argument. Du point de vue du droit positif tout d'abord, certains procédés classiques de tutelle ont été conservés¹⁴²⁹. D'un point de vue théorique ensuite, cette thèse méconnaît la différence entre le niveau de discours des autorités habilitées à produire des normes juridiques et celui de la doctrine dont la fonction est de fournir une analyse autonome du discours juridique. Le discours du droit et celui de la science juridique, sans s'ignorer, ne se confondent pas, ainsi que l'avait fort bien énoncé Charles Eisenmann : « Libre au législateur d'énoncer ces propositions, de se servir de ce vocabulaire ; le juriste enregistrera ces faits, mais ils n'ont aucune valeur décisive pour ses analyses. Il demeurera absolument libre de les rejeter, si elles ne s'accordent pas avec les conclusions de l'analyse scientifique fondé sur un système de classification, et sur des concepts ou définitions retenus par lui comme valables »¹⁴³⁰.

II. Le malaise autour du mot de « tutelle »

On ne peut toutefois nier que persiste « un malaise » déjà ancien autour de l'usage du mot de tutelle¹⁴³¹ qui nous pousse à en examiner la pertinence. En référence à la célèbre formule de Tocqueville qui réclamait jadis contre « l'insolence du mot »¹⁴³², Léon Aucoc justifie sa préférence pour le terme de contrôle en arguant qu'il estime lui aussi « regrettable » l'emploi de cette expression dont Adolphe Thiers considérait déjà en 1883 lors de la discussion de la loi sur les attributions municipales « que ces expressions de tutelle et de minorité sont fausses, et que c'est avec des expressions fausses qu'on répand dans le pays des erreurs dommageables »¹⁴³³. Plus tard, le Doyen Vedel concédera à son tour que le mot de tutelle est

¹⁴²⁹ Ainsi en est-il de certains procédés d'approbation ou d'annulation. V. sur ce point, Y. LUCHAIRE, « La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales », *AJDA*, 2009, p. 1134-1140.

¹⁴³⁰ C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, p. 36. Dans le même sens, O. PFERSMANN, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, p. 64-77.

¹⁴³¹ Selon une formule de J.-A. MAZÈRES dans « Débat – le processus de décentralisation », *AJDA*, spécial 1992, p. 6.

¹⁴³² A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Folio, 1985, p. 121 : « Sous l'ancien régime comme de nos jours, il n'y avait ville, bourg, village, ni si petit hameau en France, hôpital, fabrique, couvent ni collège, qui pût avoir une volonté indépendante dans ses affaires particulières, ni administrer à sa volonté ses propres biens. Alors comme aujourd'hui, l'administration tenait donc tous les Français en tutelle, et si l'insolence du mot ne s'était pas encore produite, on avait du moins déjà la chose ».

¹⁴³³ L. AUCOC, « Les controverses sur la décentralisation administrative », *op. cit.*, p. 35 ; B. FAURE, « Faut-il garder le mot « tutelle » en droit administratif ? », *op. cit.*, p. 113.

effectivement « fort mal choisi »¹⁴³⁴. Si une majorité d'auteurs dans la doctrine contemporaine continuent d'y recourir¹⁴³⁵, quitte à prendre acte du caractère « brutal »¹⁴³⁶ de cette « anomalie verbale »¹⁴³⁷, d'aucuns plaident pour son abandon au motif que son sens s'est affadi, son usage étant devenu flou et péjorativement connoté¹⁴³⁸. Mais la principale critique adressée à ce terme est sans nul doute qu'il a le tort d'évoquer la tutelle de droit civil¹⁴³⁹. Cette analogie peut être contestée au moins pour deux raisons.

Il lui a été tout d'abord objecté de nier la différence de nature entre le droit privé et le droit public qui obligerait à recourir à deux expressions différentes. Cette première objection ne parvient cependant pas à convaincre. La plupart des auteurs qui choisissent d'en conserver l'usage ont ainsi fait valoir que « le terme de tutelle a trouvé son indépendance en droit administratif par association à un ensemble de pouvoirs qui l'identifient »¹⁴⁴⁰. Par ailleurs, l'idée d'un dualisme entre droit privé et droit public a été justement remise en cause par Kelsen qui y voit une opposition essentiellement fondée sur des critères idéologiques¹⁴⁴¹. Plus redoutable est la deuxième objection que nous souhaitons exposer de façon plus approfondie. Selon nous, cette analogie « réveille des connotations qui n'apparaissent pas nécessaires et même qui peuvent s'avérer nuisibles dans un propos scientifique serein »¹⁴⁴², sachant que nous entendons par connotation « tout ce qu'un terme peut évoquer, suggérer,

¹⁴³⁴ G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1963, p. 424.

¹⁴³⁵ De façon ouvertement favorable au maintien de cet emploi : J. RIVERO, M. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1999, 19^{ème} éd., p. 320. Si ce passage n'est toutefois pas repris dans la dernière édition de ce manuel, la référence à l'expression de tutelle est maintenue. De façon moins affirmée : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 193 et 200-201. Voir également L. FAVOREU, L. PHILIPP (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2016, 18^{ème} éd., p. 144.

¹⁴³⁶ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 700.

¹⁴³⁷ J. RIVERO, M. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, 19^{ème} éd., p. 320. Ce passage n'est pas repris dans la dernière édition de ce manuel.

¹⁴³⁸ J.-C. DOUENCE, « La prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre », *op. cit.*, p. 527.

¹⁴³⁹ V. S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 89 ; v. aussi R. MASPETIOL, P. LAROQUE, *op. cit.*, p. 13-14.

¹⁴⁴⁰ V. J.-C. DOUENCE, « La prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre », *op. cit.*, p. 525-530 ; J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 192-194.

¹⁴⁴¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962 (traduction de la 2^{ème} édition allemande de 1959), p. 372-376 ; C. EISENMANN, « Droit public, droit privé », *RDP*, 1952, p. 903-979. *Contra* : O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 165-166.

¹⁴⁴² Citation d'Otto Pfersmann à propos de l'expression « Gouvernement des juges » dans S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 62.

exciter, impliquer de façon nette ou vague, chez chacun des usagers individuellement »¹⁴⁴³, par opposition à son sens dénotatif. Trois arguments abondent dans ce sens.

Le choix d’user d’un terme établissant une analogie entre les règles juridiques relatives à la protection des personnes physiques incapables et celles applicables au contrôle administratif des normes produites par des autorités décentralisées n’apparaît en premier lieu pas nécessaire. Sauf à vouloir explicitement rendre compte d’une parenté entre ces deux structures juridiques qui serait toutefois infondée au vu des différences juridiques entre celles-ci¹⁴⁴⁴, il s’avère préférable d’user de « noms différents pour des concepts d’objets différents¹⁴⁴⁵ et ainsi de renoncer à cette dénomination « malheureuse »¹⁴⁴⁶.

En second lieu, cette analogie est nuisible. Elle représente une relique de l’histoire semblant s’être imposée par la force de l’habitude voire pour des motifs idéologiques. Elle suggère qu’il est légitime de prendre des précautions contre les pouvoirs locaux par « crainte que ces pouvoirs n’abusent de leur autorité (...), qu’ils ne compromettent les intérêts généraux du pays en épuisant les ressources des contribuables et n’engagent d’une manière excessive l’avenir de la localité »¹⁴⁴⁷. Ceci reflète une vision patrimoniale, paternaliste et surannée des rapports entre l’administration centrale et les collectivités territoriales qui ne s’accorde guère avec l’autonomie normative qui leur est accordée¹⁴⁴⁸. On en retrouvait encore la trace en France par dans l’article 2045 du Code civil dont la version en vigueur jusqu’en 2011 disposait : « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans

¹⁴⁴³ A. MARTINET, « Connotations, poésie et culture », in *Mélanges en l’honneur de Roman Jakobson*, t. 2, La Haye/Paris, Mouton, 1967 p. 1290. V. également A. MARTINET, « Que doit-on entendre par "connotation" ? », in A. MARTINET, *Fonction et dynamique des langues*, Paris, Armand Colin, 1989, p. 166-175.

¹⁴⁴⁴ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 259.

¹⁴⁴⁵ O. PFERSMANN, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 72.

¹⁴⁴⁶ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 259.

¹⁴⁴⁷ L. AUCOC, « Les controverses sur la décentralisation administrative », op. cit., p. 37.

¹⁴⁴⁸ V. F. FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, trad. C. EISENMANN, Paris, Delagrave, 1933, p. 67 : « Partout, c’est l’administration d’un patrimoine propre, l’administration économique qui a formé le noyau de cette administration. Mais, par la suite, celle-ci a été étendue à la satisfaction de tous les besoins locaux : construction de rues, alimentation, eaux... ». Rappelant l’état du droit à la fin du 18^{ème} siècle en Allemagne, Wolfgang Kahl indique qu’à l’époque, « les personnes morales sont des fictions juridiques associées à des masses patrimoniales mortes qui, à l’instar des incapables, ont besoin d’un tuteur ». Si les communes sont placées sous la tutelle (*Vormund*) des Maires, elles sont par ailleurs soumises à une surveillance supérieure, celle du *ius supremæ inspectionis* : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, p. 54-55. En France on peut ici faire référence aux controverses, au tournant du 19^{ème} au 20^{ème} siècle, autour de la question de savoir si les activités de l’administration locale relevaient d’un point de vue contentieux des règles du droit administratif ou du droit civil. On pense ici à la jurisprudence du Conseil d’État du 6 février 1903 Terrier mais également à celle du Tribunal des conflits du 29 février 1908 Feutry. Sur ces questions : F. FOURNIÉ, *Recherches sur la décentralisation dans l’œuvre de Maurice Hauriou*, op. cit., p. 263-265.

la transaction. Le tuteur ne peut transiger pour le mineur ou le majeur en tutelle que conformément à l'article 467 au titre " De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation " ; et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que conformément à l'article 472 au même titre. Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du roi (du Premier ministre). »¹⁴⁴⁹.

Nuisible, cette analogie l'est enfin car elle peut être source de malentendus, en particulier entre universitaires français et allemands. Le danger est ici d'entretenir l'idée que les rapports entre les collectivités locales et les autorités centrales dans le système juridique français contemporain pourraient être similaires à ceux qui prévalaient dans l'Allemagne du XVIIIe siècle. Le Code général du droit des États prussiens¹⁴⁵⁰ de 1794 ou l'Édit organique sur la formation des communes bavaoises de 1808¹⁴⁵¹ instaurent en effet des régimes littéralement dits de « tutelle » (*Bevormundung*) ou de « curatelle » (*Curatel*), les collectivités locales y étant traitées comme des personnes incapables¹⁴⁵². Ces textes ont ensuite été en partie réformés, l'historiographie allemande présentant habituellement le Code communal prussien de 1808 comme le moment d'émancipation des communes – et de la bourgeoisie – de la tutelle étatique¹⁴⁵³. Si cette représentation traditionnelle de l'œuvre du Baron von Stein doit être relativisée, il est en revanche certain qu'à partir de cette période, à l'usage des termes de tutelle ou de curatelle a succédé celui, plus spécifique et moins négativement connoté, de surveillance (*Aufsicht*), qui exprime l'idée d'un contrôle administratif certes renforcé, mais plus restreint que la « tutelle ».

En conclusion, si recourir au terme de tutelle est, comme tout vocabulaire explicitement introduit, certes légitime d'un point de vue scientifique, l'analogie aux régimes de gestion des biens des personnes incapables renvoie une image erronée du contrôle administratif s'exerçant sur les normes locales en France. Afin d'établir les conditions de possibilités d'une analyse scientifique sereine et la plus neutre – ou du moins la plus équidistante – possible,

¹⁴⁴⁹ V. R. HERZOG, « Intervention », in M. VERPEAUX, J. MOREAU (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica, 1992, p. 254.

¹⁴⁵⁰ V. en particulier les §§ 13 II 13 et 191 II 6 du *Allgemeines Landesrecht der Preußischen Staaten* qui donnent au souverain (*Landesherr*) tout pouvoir de contrôler et le cas échéant de corriger les actes des corporations qui iraient à l'encontre de la tranquillité, de la sécurité et de l'ordre public.

¹⁴⁵¹ § 8 et § 54 de cet édit soumettent les communes à la curatelle de l'État.

¹⁴⁵² V. O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. 4, Paris, V. Giard et E. Brière, 1906, § 59, p. 317-318 ; W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 53-57.

¹⁴⁵³ Naissance de l'auto-administration allemande moderne marquant l'On pense ici bien entendu au code communal de 1808 pour la Prusse rédigée sous l'égide du Baron von Stein.

renoncer à l'expression de tutelle nous paraît s'imposer. Par suite, il convient de dépasser cette difficulté et certaines habitudes terminologies locales en introduisant un autre concept : celui de surveillance.

§2 : La prévalence du concept de surveillance

S'il est acquis que l'étude des usages lexicologiques d'un terme ne permet pas de construire un objet juridique¹⁴⁵⁴, il l'est également que la construction d'un objet juridique sous la forme de l'élaboration d'un concept exige que « les termes désignant les concepts ne soient pas trop éloignés de nos intuitions »¹⁴⁵⁵. Ainsi que le notait déjà Adolf Merkl lorsqu'il s'interrogeait sur la pertinence de continuer à se référer au terme d'auto-administration ou de lui préférer celui plus précis d'organisation administrative décentralisée, « s'il n'incombe, certes, assurément pas à la doctrine juridique de chercher par ses définitions à rationaliser en toutes circonstances la terminologie usuelle, la doctrine ferait néanmoins bien mal son travail en s'émancipant sans nécessité des usages linguistiques dominants »¹⁴⁵⁶. Notre attention s'est donc portée sur les usages lexicologiques dans le champ de notre objet de recherche afin de trouver un terme qui puisse correspondre à ces intuitions, celui de « surveillance » nous semblant constituer à cet égard un choix satisfaisant autant du point de vue de son usage dans la doctrine française (A) que sous l'angle d'une étude comparée avec le droit allemand (B).

A. La surveillance comme mécanisme d'observation et de contrôle correcteur

Si l'usage du terme de surveillance semble aujourd'hui tombé en désuétude, il renvoie pourtant à une riche histoire autant dans le vocabulaire politique (I) que juridique (II) dont il ressort que la surveillance est associée à un mécanisme d'observation et de contrôle correcteur.

¹⁴⁵⁴ Une telle étude rend généralement compte de la variété sémantique d'une même expression, alors qu'une même chose peut, à l'inverse, elle être désignée de multiples façons : O. PFERSMANN, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 71-72.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 71.

¹⁴⁵⁶ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 354.

I. La surveillance dans l'histoire des idées politiques

La notion française de « surveillance », peut-être davantage encore pour un lecteur allemand, renvoie de prime abord aux travaux de Michel Foucault sur les prisons et en particulier à son ouvrage « Surveiller et punir ». Comme l'écrit à ce propos Pierre Rosanvallon dans son ouvrage sur la « Contre-démocratie », depuis les années 70, la notion de surveillance est associée en sciences sociales à une forme de contrôle permanent et invisible dont le but est de discipliner les corps et les esprits, la figure du panoptique de Bentham illustrant cette idée dans le monde carcéral¹⁴⁵⁷.

Or, le mérite de Pierre Rosanvallon est justement de dépasser cet horizon et de faire utilement retour sur la longue histoire de la notion de surveillance. Apparue sous la plume des physiocrates Baudeau et Dupont de Nemours, la surveillance désigne un pouvoir de police des marchés dont le but est par conséquent d'assurer l'ordre public économique¹⁴⁵⁸, cette surveillance ayant pour caractéristique d'être « continue et générale ». La fonction de l'Etat est donc ici non plus d'intervenir, mais d'être un « Etat vigilant ». Cette idée de vigilance se retrouve aussi dans la conception que retient le penseur libéral John Stuart Mill de la fonction du Parlement. Selon lui, le rôle d'une assemblée représentative n'est pas d'agir et de gouverner, mais de « surveiller et de contrôler le gouvernement, de mettre en lumière tous ses actes, d'en exiger l'exposé et la justification, quand ces actes paraissent contestables, de les blâmer s'ils sont condamnables, de chasser de leur emploi les hommes qui composent le gouvernement s'ils abusent de leur charge ou s'ils la remplissent d'une façon contraire à la volonté expresse de la nation, et de nommer leurs successeurs, soit expressément soit virtuellement »¹⁴⁵⁹. C'est également à cette idée d'une observation conjuguée à un contrôle actif et continu et le cas échéant à une sanction en cas d'irrégularité que l'on associe la surveillance dans les premières années de la Révolution française. Ainsi que le souligne Pierre Rosanvallon, la surveillance désigne alors une « forme complémentaire de souveraineté que l'on souhaitait mettre en œuvre pour réaliser pleinement l'idéal d'un gouvernement de la volonté générale »¹⁴⁶⁰. Il s'agissait alors d'accompagner la démocratie représentative d'un contre-pouvoir stabilisateur et correcteur permettant aux citoyens de ne

¹⁴⁵⁷ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie*, Paris, Seuil, 2006, p. 37.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 42.

¹⁴⁵⁹ J. STUART MILL, *Considérations sur le gouvernement représentatif*, Paris, Guillaumin, 1877, p. 135.

¹⁴⁶⁰ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie*, *op. cit.*, p. 19.

pas seulement exercer leurs droits politiques de façon ponctuelle lors d'élections, mais de façon plus permanente et plus diffuse. Ce sont précisément les excès des sociétés populaires sous la Terreur qui transformeront la surveillance en défiance voire en suspicion et conduiront à ce que le terme soit finalement banni, à tort, du vocabulaire politique¹⁴⁶¹.

II. La surveillance dans le discours juridique

L'usage du terme de surveillance est aussi tombé en désuétude dans le vocabulaire juridique. Son emploi y est pourtant ancien et mérite d'être renouvelé, *a fortiori* dans l'étude des mécanismes de contrôle des normes locales. En effet, un premier élément justifiant d'y recourir à nouveau nous est fourni par l'utilisation des termes « surveillance » ou « surveiller » pour désigner l'activité de contrôle administratif portant sur les normes locales dans une série de textes historiques traitant de l'organisation administrative de l'État français. Parmi ceux-ci figurent différents travaux préparatoires à des textes constitutionnels qui attestent que l'expression « surveillance » a été, de longue date, employée à la place de celle, aujourd'hui incontestablement plus usitée, de « tutelle ». Ceci est par exemple établi tant pour les débats menés en 1946 à Assemblée nationale constituante autour des limites à apporter aux libertés locales¹⁴⁶², que lors des discussions engagées devant la Convention nationale en 1795 portant sur les règles devant s'appliquer aux colonies françaises¹⁴⁶³. Autant dans le premier cas que dans le second, il apparaît clairement que l'expression « surveillance » désigne le contrôle administratif exercé sur les normes produites par des organes locaux.

En outre, différents textes de droit positif distinguent plus finement et plus systématiquement la « surveillance » de l'« autorité ». C'est l'importante loi relative à

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴⁶² Nous faisons ici référence aux propos d'André Philip, alors président de la commission de la Constitution de la IV^e République, qui déclarait : « Nous affirmons le principe des libertés locales pour les collectivités, aussi bien municipales que départementales. Mais, il est bien évident qu'elles s'exercent sous le contrôle administratif et que la représentation de l'intérêt de l'État et la *surveillance* de l'activité de toutes les collectivités locales subsistent, comme par le passé, de façon que leurs décisions s'exercent dans le cadre national avec un contrôle administratif », *Journal Officiel Débats Assemblée nationale constituante*, séance du 11 septembre 1946, p. 3598 (nous soulignons).

¹⁴⁶³ C'est sous la plume de l'un des principaux rédacteurs de la Constitution de l'an III, le comte François-Antoine de Boissy d'Anglas, que l'on retrouve cette expression. En effet, ce dernier plaidait dans son rapport pour que les colonies françaises « fassent partie de notre République indivisible et soient *surveillées* et régies par les mêmes lois et le même gouvernement » : Rapport et projet d'articles constitutionnels, relatifs aux colonies présentés à la Convention nationale au nom de la Commission des Onze, Rapport du 5 messidor an III, *Moniteur universel*, t. 25, p. 106 (nous soulignons) ; v. à ce propos : R. DEBBASCH, « Décentralisation et unité territoriale », in J. MOREAU, M. VERPEAUX (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica 1992, p. 141.

l'organisation des communes du royaume de France du 14 décembre 1789 qui a vraisemblablement introduit en droit positif cette différenciation entre deux types de contrôles administratifs, qui sera plus tard reprise dans la partie réglant l'organisation de l'administration intérieure de la Constitution du 3 septembre 1791¹⁴⁶⁴. Adoptée au tout début de la Révolution française, cette loi établit pour la première fois une distinction entre deux espèces de fonctions municipales : les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration générale de l'État, et déléguées par elle aux municipalités¹⁴⁶⁵. Or, à cette dualité de fonctions, ce texte fait correspondre une dualité de contrôle administratif¹⁴⁶⁶. Aux fonctions propres au pouvoir municipal correspondent « la *surveillance* et l'*inspection* des assemblées administratives », les fonctions étatiques déléguées aux communes étant elles placées sous leur « *autorité* »¹⁴⁶⁷. Indépendamment de la pérennité de la distinction entre compétences « propres » et compétences « déléguées » et de son influence considérable en Europe continentale, l'intérêt de cette loi pour notre analyse réside plus particulièrement dans le fait qu'elle distingue de façon plus systématique deux types de contrôles administratifs, la référence à la « surveillance » semblant concéder une autonomie plus grande aux organes locaux que « l'autorité »¹⁴⁶⁸.

Cette différenciation entre « surveillance » et « autorité » a par la suite fait l'objet d'une esquisse de conceptualisation en doctrine à l'occasion des controverses relatives aux

¹⁴⁶⁴ Article 2, section II, Chapitre IV, Titre III : « Les administrateurs n'ont aucun caractère de représentation. Ils sont des agents élus à temps par le peuple, pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du roi, les fonctions administratives ».

¹⁴⁶⁵ V. dans la littérature récente la contribution G. GLÉNARD, « Les rapports entre les pouvoirs administratifs locaux selon la Constituante de 1789 », in M. BRIARD (dir.), *Querelles dans le clocher. Tensions et conflits entre les autorités dans les chefs-lieux de département (1790-1795)*, Rouen, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2014, p. 13-30 ; J.-M. BECET, « Tutelle ou hiérarchie », in J. MOREAU, M. VERPEAUX (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica 1992, p. 243-246 ; C. HOUTEER, « Collectivités locales, collectivités à compétences spécialisées », in *ibid.*, p. 97-111. V. également l'article tiré de sa thèse de P. BELDA, « D'une décentralisation hésitante à une centralisation vigoureuse. Faiblesse et disparition de l'autonomie de la municipalité révolutionnaire lyonnaise (12 avril 1790 - 7 ventôse an IV) », *Annuaire des collectivités locales*, 2005, p. 589-593.

¹⁴⁶⁶ Article 49 de la loi relative à l'organisation des communes du royaume de France du 14 décembre 1789, Recueil Duvergier, collection complète des lois, décrets d'intérêt général, t. 1, 1789-1790, p. 63-67. On retrouve par ailleurs cette distinction entre les fonctions municipales et les fonctions étatiques déléguées aux articles 9 et 10 de la Constitution du 3 septembre 1791. Elle sera d'ailleurs reprise dans d'autres textes constitutionnels (par exemple à l'article 31 de la Constitution belge de 1831, encore en vigueur en 2012) et servira de fondement à la thèse d'un « pouvoir municipal » ou « provincial ».

¹⁴⁶⁷ Articles 50 et 51 de la loi (nous soulignons). Sur l'influence de cette distinction issue de la Révolution française sur les systèmes administratifs de nombreux pays d'Europe continentale, v. G. MARCOU, « L'autonomie des collectivités locales en Europe : fondements, formes et limites », *op. cit.*, p. 46-47.

¹⁴⁶⁸ J.-M. BECET, « Tutelle ou hiérarchie ? », *op. cit.*, p. 243-246.

compétences de police du maire¹⁴⁶⁹. Pour un premier groupe d'auteurs, la fonction de police relève d'une fonction communale et, par conséquent, d'un droit propre de la commune exercé par le maire au nom de celle-ci, là où d'autres auteurs y voient au contraire, une fonction d'État déléguée au maire. À cette interrogation, Raymond Carré de Malberg apporte l'explication suivante : selon l'article 92 de la loi du 5 avril de 1884, le maire, en qualité d'agent de l'État, exerce ses fonctions « sous l'autorité de l'administration supérieure », tandis pour les fonctions dites « propres » à la commune, l'article 91 « se borne à placer le maire sous la *surveillance* de l'État. Il ressort de ces textes, poursuit l'éminent professeur de Strasbourg, que dans la mesure où il agit pour le compte de l'État, le maire est étroitement subordonné à la puissance hiérarchique des autorités gouvernementales : il reçoit des instructions et ne fait qu'exécuter leurs ordres. Dès lors, le fait que, pour la police municipale, l'article 91 n'établisse sur les actes du maire qu'une simple *surveillance*, ne comportant en principe que le droit de suspendre ou d'annuler les décisions prises et non le droit de réformer ou d'en prescrire la teneur, suffit à prouver que la loi l'a envisagé comme exerçant cette fonction en qualité de chef de groupement communal »¹⁴⁷⁰.

La concordance sémantique entre le contrôle administratif portant sur les normes produites par les autorités décentralisées – la « tutelle » – et la « surveillance » s'avère en définitive être assez ancienne dans la doctrine française. Sans doute l'étymologie du terme « tutelle » peut elle expliquer l'origine de cette concordance puisque le mot « tutelle » aurait été formé à partir du terme latin « tueor » qui signifie regarder, surveiller¹⁴⁷¹.

De façon plus décisive, il apparaît que « l'idée de surveillance est celle qui est la plus souvent avancée pour parler de la tutelle »¹⁴⁷² dans la doctrine française. Ce constat se vérifie à la lecture de nombreux travaux, autant d'auteurs classiques que contemporains. Nous

¹⁴⁶⁹ V. sur la distinction entre autorité et surveillance sous la Révolution française et sur le concept de surveillance à cette époque, l'analyse de Guillaume Glénard qui s'appuie notamment sur les commentaires des articles 49 à 51 du décret du 14 décembre 1789 d'un juriste de l'époque, Auguste-Charles Guichard : G. GLÉNARD, « Les rapports entre les pouvoirs administratifs locaux selon la Constituante de 1789 », *op. cit.*, p. 20-24 ; J.-M. BERLIÈRE, « Les pouvoirs de police : attributs du pouvoir municipal ou de l'État ? », *Criminocorpus*, article mis en ligne le 01 janvier 2009, consulté le 11 octobre 2017 (<http://criminocorpus.revues.org/259>).

¹⁴⁷⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Sirey, 1920, p. 180-181.

¹⁴⁷¹ V. S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 213. Le terme de tutelle est selon le Dictionnaire « Trésor de la Langue française » emprunté au latin « *tutella* » qui signifie : « action de veiller sur ; protection, garde ».

¹⁴⁷² *Ibid.*, p. 48.

l'avons vu, pour Carré de Malberg, lorsqu'une province ou commune a reçu de l'État le droit de gérer ses affaires par des organes propres agissant en son nom et non au nom de l'État (...), il y a (...) administration indépendante (encore que s'exerçant sous la *surveillance* de l'autorité centrale) »¹⁴⁷³. Pour Maurice Hauriou, « la décentralisation doit laisser subsister une tutelle, c'est-à-dire une *surveillance* de l'État sur les autorités décentralisées »¹⁴⁷⁴. Plus près de nous, Franck Moderne considère pareillement que « la décentralisation à la française est fidèlement suivie de sa compagne vigilante, la tutelle, qui la *surveille* en la soutenant »¹⁴⁷⁵. De même, selon Michel Verpeaux, « la décentralisation peut être définie comme la reconnaissance, à côté de l'État, de personnes publiques chargées de compétences administratives. Ces personnes disposent d'une relative autonomie pour décider ou pour gérer, mais agissent sous la *surveillance* de l'État »¹⁴⁷⁶, une telle référence à la surveillance étant évoquée, du reste, dans de nombreux autres ouvrages français de droit administratif¹⁴⁷⁷.

Notable exception, cette position n'est cependant pas celle retenue dans la classification introduite par deux auteurs classiques du droit administratif français : Léon Duguit¹⁴⁷⁸ et Gaston Jèze¹⁴⁷⁹. Selon eux, la surveillance constituerait une quatrième forme de contrôle des

¹⁴⁷³ CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., t. 1, Paris, Sirey, 1920, p. 170, note 14.

¹⁴⁷⁴ M. HAURIOU, « Décentralisation », in L. BEQUET (dir.), *Répertoire du droit administratif*, t. 9, Paris, Paul Dupont, 1891, p. 476. Pour l'un de ses élèves, Georges Renard, « l'État conserve seul la plénitude de *surveillance* » : G. RENARD, *Théorie de l'institution*, Paris, Sirey, 1930, p. 551. Dans le même sens, François Fournié, dans sa thèse sur la décentralisation chez Maurice Hauriou, écrit : « La tutelle apparaît comme l'un des éléments qui manifestent les exigences du centre et de l'unité ce qui traduit clairement que la décentralisation ne peut pas être autre chose qu'une stratégie étatique. Il en résulte que le principe de la *surveillance* ne peut être qu'un principe intangible, alors même que le contenu en est évolutif » : F. FOURNIÉ, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, op. cit., p. 253.

¹⁴⁷⁵ F. MODERNE, « Préface », in G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, op. cit., p. XIII. Guy Melleray décrit lui aussi la tutelle comme une activité de surveillance : *Ibid.*, p. 29.

¹⁴⁷⁶ M. VERPEAUX, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, 1999, p. XIX. L'expression de surveillance n'est pas reprise dans la définition de la décentralisation donnée dans la 3^{ème} édition de ce manuel : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 14-15.

¹⁴⁷⁷ Sans prétendre à l'exhaustivité, v. par exemple l'ouvrage de Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit : selon ces auteurs, « la décentralisation consiste à conférer à une entité la personnalité morale, en rompant le lien hiérarchique entre elle et l'État central au profit d'un simple contrôle, d'une simple *surveillance* » (nous soulignons) : P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 138. De même, on peut lire dans un autre manuel que la tutelle sert à caractériser « la *surveillance* de l'État sur les collectivités territoriales » : M. DE VILLIERS, T. DE BERRANGER (dir.), *Droit public général*, Paris, Lexis Nexis, 2017, 7^{ème} éd., p. 140. De façon similaire, René Chapus définit la décentralisation comme « un transfert d'attribution de l'État à des institutions (territoriales ou non) juridiquement distinctes de lui et bénéficiant, sous la *surveillance* de l'État, d'une certaine autonomie de gestion ».

¹⁴⁷⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, Paris, E. Bocard, 1923, 2^{ème} éd., p. 60-55 et p. 251-253.

¹⁴⁷⁹ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratifs*, Paris/Nancy, Berger Levrault et Cie, 1904, p. 46-53.

agents administratifs à côté du pouvoir hiérarchique, de la tutelle et du contrôle juridictionnel. Elle aurait « une portée plus large et un objet différent » car elle inclut à la fois le pouvoir d'instruction (surveillance préventive) et le pouvoir disciplinaire (surveillance répressive) dont dispose tout supérieur hiérarchique sur ses subordonnés. Cette classification retient cependant une définition trop étroite du pouvoir hiérarchique qui ne concernerait que les agents centralisés, tandis que la surveillance viserait elle l'ensemble des agents publics. Par ailleurs, le pouvoir de surveillance est analysé comme un pouvoir sur les personnes, tandis que le pouvoir hiérarchique est lui défini comme un pouvoir sur les actes, différenciation qui est à notre avis relative car le contrôle sur les personnes s'avère être en définitive un contrôle lié aux conséquences juridiques de leurs actes¹⁴⁸⁰.

B. Prévalence du concept de surveillance comme tertium comparationis

En plus de ces multiples occurrences et de la pertinence sémantique à recourir à cette expression, ce qui justifie de façon encore plus déterminante notre choix de préférer l'expression de « surveillance » plutôt que celle de « tutelle » est que cette référence permet justement de dépasser le seul cadre du droit français. Autrement dit, pour paraphraser Olivier Beaud lorsqu'il justifiait son choix de recourir à la notion de « pacte fédératif », le fait de redécouvrir l'expression un peu oubliée de « surveillance » participe d'une certaine insatisfaction devant les notions dominantes, notre choix s'expliquant non pas par une tendresse particulière pour les mots archaïques, mais afin d'échapper à l'assimilation, aujourd'hui dominante entre la tutelle et l'État unitaire¹⁴⁸¹.

Le concept de « surveillance » que nous proposons d'établir dans cette étude vise précisément à dépasser le cadre de pensée simplement français. La « surveillance » est en effet l'expression qui est par convention habituellement employée pour désigner en français les contrôles exercées dans le cadre des États fédéraux sur l'ensemble des normes locales, qu'il s'agisse de celles produites par les collectivités fédérées (cantons, *Länder*) ou celles produites par les collectivités locales. C'est par exemple le cas en droit suisse¹⁴⁸². C'est

¹⁴⁸⁰ Dans ce sens, également : S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, op. cit., p. 48. V. sur ce point, *infra* Partie 2, Titre 2, chapitre 2.

¹⁴⁸¹ O. BEAUD, « L'idée de pacte fédératif », in J.-F. KERVÉGAN, H. MOHNHAUPT (dir.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie - Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 201.

¹⁴⁸² V. par exemple dans le cas suisse, P. BILLET, « Aspects du contrôle administratif des actes des communes et des cantons en droit suisse », in P. COMBEAU (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales*

également le cas dans la traduction des grands classiques du droit allemand, comme celle du « Droit public de l'Empire allemand »¹⁴⁸³ de Paul Laband, du « Traité de droit administratif » d'Otto Mayer par le Doyen Henry Berthélemy¹⁴⁸⁴ et celle réalisée par Michel Fromont du « Traité de droit administratif » d'Ernst Forsthoff¹⁴⁸⁵. C'est de même l'expression employée par Louis de Le Fur dans sa monumentale thèse intitulée « État fédéral et confédération d'États »¹⁴⁸⁶. Or, ceci nous semble être un argument décisif au regard de l'objectif de cette étude. User d'une expression différente oblige en effet à se départir de l'idée – habituellement véhiculée dans les définitions du concept de « tutelle » – qu'il s'agit d'un mécanisme typique des États unitaires voire de « la décentralisation à la française ». Utiliser une expression distincte de celle habituellement employée permet par conséquent d'une part de souligner que notre concept se distingue des définitions habituellement retenues dans les doctrines nationales et d'autre part de mettre l'accent sur la généralité de son champ d'application.

En allemand, l'expression « surveillance » peut dans le langage juridique d'une part être rendue par « *Aufsicht* », à l'exemple du « conseil de surveillance » (*Aufsichtsrat*) qui désigne le conseil non-exécutif d'une société anonyme de droit allemand, sa fonction étant de contrôler a posteriori le travail du directoire¹⁴⁸⁷. Elle l'est cependant encore davantage par « *Überwachung* », ce terme du langage ordinaire servant en droit également à désigner un type de contrôle administratif cependant limité au domaine économique. Alors que le contrôle de police administrative exercé par l'administration sur les activités économiques des individus a été longtemps conçu comme relevant du pouvoir de supervision de l'État (*Staatsaufsicht*) dont il était la variante économique (*Wirtschaftsaufsicht*), une partie de la

aujourd'hui, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 289-308 ; P. MOOR, *Droit administratif*, t. 3, Bern, Stämpfli, 1992, n°2.1.3.2. et n°4.4 (une nouvelle édition est annoncée pour décembre 2017) ; P. MOOR, « Pouvoir de surveillance fédérale et autorités cantonales », *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, 1975, p. 191-196 ; P. MAHON, *La décentralisation administrative : étude de droit public français, allemand et suisse*, Genève, Droz, 1985, p. 245-250 et *passim*.

¹⁴⁸³ P. LABAND, *Droit public de l'Empire allemand*, t. 1, Paris, V. Giard et E. Brière, 1900, p. 123, p. 179-180 et *passim*.

¹⁴⁸⁴ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, *op. cit.*, § 59, p. 307-322.

¹⁴⁸⁵ Michel Fromont traduit ainsi l'expression *Reichsaufsicht* par « pouvoir de surveillance de l'Empire » : E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p. 660 ; v. également H. A. SCHWARZ LIEBERMANN v. WAHLENDORF, « Une notion capitale du droit constitutionnel allemand : la *Bundestreue* (fidélité fédérale) », *RDP*, 1979, p. 788.

¹⁴⁸⁶ L. LE FUR, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Marchal et Billard, 1896, p. 165-173 (à propos de la Suisse) et p. 384-394 (à propos du critère de l'étaticité chez Jellinek et son idée qu'est État la collectivité qui exerce ses droits sans contrôle »).

¹⁴⁸⁷ § 111 de la loi sur les sociétés par actions (*Aktiengesetz*).

doctrine a ces dernières années plaidé en faveur d'un changement visant à isoler et distinguer ce type de contrôle afin de ne pas le confondre avec celui portant sur les activités des collectivités publiques¹⁴⁸⁸. Cette volonté de distinguer ces deux types de contrôle repose sur l'idée – cardinale dans la dogmatique allemande – qu'il convient de ne pas assimiler personnes privées et personnes publiques, conformément à la *summa divisio* entre la sphère de l'individu et celle de l'Etat¹⁴⁸⁹. Afin d'éviter l'impression d'une telle confusion qui pourrait sinon survenir en rangeant ces différents contrôles sous la même bannière, il conviendrait d'exprimer par des concepts différents la différence de nature séparant ces deux types de contrôle. En ce sens, la supervision (*Aufsicht*), traditionnellement caractérisée par son « étatismes »¹⁴⁹⁰, serait le corollaire de l'autonomie accordée aux collectivités locales, la surveillance (*Überwachung*) celui de la liberté individuelle¹⁴⁹¹.

Cette distinction ne nous semble toutefois pas nécessaire. D'un point de vue juridique, individus et collectivités locales sont tout d'abord pareillement destinataires de normes qu'il leur incombe de respecter. Par ailleurs, « *Aufsicht* » et « *Überwachung* » mettent communément l'accent sur l'observation et l'examen des actes pris par les collectivités locales, la « supervision » étant parfois définie comme la « surveillance d'un comportement »¹⁴⁹². A la différence de la « supervision », la « surveillance » bénéficie cependant d'une connotation possiblement moins intrusive, plus respectueuse de la liberté décisionnelle ce qui justifie qu'elle soit ici préférée. Conformément à cela et en résumé des caractéristiques évoquées précédemment, le pouvoir de surveillance sera défini ici comme un mécanisme ponctuel de calcul des défauts, d'observation des normes locales, de vérification de leur conformité aux normes centrales et de correction de celles qui parmi elles se révèlent fautives.

¹⁴⁸⁸ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 363. V. cependant pour un usage du concept d'« Aufsicht » en matière économique : S. PIEPER, *Aufsicht. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Strukturanalyse*, Cologne, Carl Heymann, 2006.

¹⁴⁸⁹ Sur la différence entre *Wirtschaftsaufsicht* et *Staatsaufsicht* en raison de cette *summa divisio* : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 366-382. Sur le caractère cardinal de cette distinction comme fondement de l'État constitutionnel, J. MASING, « Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht », in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-AßMANN, A. VOBKUHLE (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. 1, Munich, C.H. Beck, 2012, 2^{ème} éd., p. 437-542.

¹⁴⁹⁰ En ce sens : R. GRÖSCHNER, *Das Überwachungsrechtsverhältnis. Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeirechtlicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1992, p. 46-66.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 52.

¹⁴⁹² W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 353.

Conclusion du Chapitre 2

Après avoir dans le chapitre précédent cherché à délimiter le concept de « pouvoir de surveillance » vis-vis de celui de pouvoir hiérarchique, il importait dans le présent chapitre de le distinguer de concepts auxquels il est généralement associé : ceux de « contrôle », « tutelle » ou « supervision » (*Aufsicht*). L'objectif était donc ici d'en démontrer la spécificité et la valeur-ajoutée.

S'agissant du concept de contrôle, nous avons tout d'abord observé un intérêt renouvelé dans la doctrine administrative allemande contemporaine pour le thème des contrôles administratifs. Celle-ci considère majoritairement que le concept de contrôle administratif représente un concept-générique qui ne présente pas la finesse suffisante pour appréhender le type spécifique de rapports juridiques qui s'organisent dans le cadre de l'examen et de la correction éventuelle des normes locales par des organes centraux d'État. Autrement dit, les rapports juridiques entre l'État et les collectivités locales dans le cadre de la décentralisation par autonomie locale requièrent un concept plus spécifique. Par ailleurs, l'idée de contrôle suggère, par exemple chez Eisenmann, un examen dénué de pure légalité, au sens où l'organe qui y procède sera un automate de la collation. Elle ne serait qu'un acte cognitif. Or, la plupart des actes de concrétisation juridique et en tous cas le contrôle recèle une part cognitive et volitive.

S'agissant des concepts de supervision (*Aufsicht*) et de tutelle, ceux-ci présentent le désavantage d'être soit trop équivoque dans le cas du premier, soit inadéquat dans le cas du second. Nous leur avons donc préféré celui de surveillance dont autant l'usage dans la doctrine française que son emploi dans le cadre d'autres études comparées avec le droit allemand justifient qu'il puisse servir de *tertium comparationis*.

Conclusion du Titre 1

Ces deux premiers chapitres ont eu pour objet de proposer une définition d'un concept adapté à la description des rapports juridiques de contrôle administratif des normes locales par les organes centraux d'État. Nous avons choisi de désigner ce concept par l'expression « pouvoir de surveillance ».

Une telle démarche exige de démontrer la plus-value du concept proposé au regard du répertoire conceptuel existant. Pour cela, il nous a semblé utile de partir des classifications doctrinales nationales et d'en démontrer l'étroitesse et l'hétérogénéité. Conformément au constat général fait en doctrine selon lequel le répertoire conceptuel du droit administratif est surdéterminé par le référentiel national, nous avons observé que ce constat se confirme en tous cas en matière d'organisation administrative de l'État. Ici, il convient sans doute de souligner une particularité liée à notre objet de recherche : en effet, l'une des répercussions de la structure territoriale de l'État est qu'elle donne le cadre de pensée des classifications doctrinales. Cette limite est d'autant plus problématique et difficile à dépasser dans le cas d'une comparaison entre un État unitaire et un État fédéral.

S'en distancer requiert d'une part de passer en revue les concepts habituellement employés et d'en exposer les caractéristiques, en l'espèce ceux de pouvoir hiérarchique, pouvoir de tutelle, contrôle, ainsi que celui principalement employé dans la doctrine allemande de « supervision » (« *Aufsicht* »). S'en distancer requiert d'autre part de les critiquer en fondant cette critique sur une théorie suffisamment solide et apte à permettre de construire, ensuite, un concept plus fin et plus compréhensif, qui puisse pareillement embrasser les systèmes juridiques étudiés afin d'en rendre les singularités.

Le choix que nous avons fait ici a été de nous appuyer sur les travaux de Charles Eisenmann et d'Adolf Merkl. Tous deux ont été à l'origine de travaux dont l'ambition était justement de se départir du cadre de pensée national et d'établir une théorie juridique générale de la centralisation et de la décentralisation. C'est dans leur sillage mais en conservant une distance critique également à leurs égards que nous avons établi notre définition du « pouvoir de surveillance ». Il s'agit dorénavant d'en étudier le fondement et les modalités d'exercice.

Titre 2 : Fonctions et mise en œuvre du pouvoir de surveillance

Le deuxième temps de ce travail constituera en un travail d'édification, de construction, visant plus spécifiquement à poser les propriétés constitutives de notre concept de pouvoir de surveillance. Ceci nous conduira à le définir à partir de certaines spécificités caractéristiques avec lesquelles il n'a été selon nous qu'insuffisamment mis en relation. En ce sens, nous ferons retour sur les classifications de trois auteurs que l'on rattache à l'école de Vienne : Hans Kelsen, Charles Eisenmann mais également et tout particulièrement Adolf Merkl. Nous nous attacherons à cet égard à démontrer la valeur heuristique pour une étude comparée des organisations administratives de recourir à leurs travaux et spécialement à la théorie dite du « calcul des défauts » pour définir le pouvoir de surveillance (chapitre 1) avant d'exploiter cette théorie dans notre présentation des conditions d'exercice en droit positif français et allemand du pouvoir de surveillance (chapitre 2).

Chapitre 1 : Le fondement du pouvoir de surveillance

Après avoir défini le concept de pouvoir de surveillance dans le titre précédent, l'ambition du présent chapitre est de déterminer le fondement du pouvoir de surveillance. Nous chercherons par conséquent à savoir s'il existe un quelconque lien entre le pouvoir de surveillance et l'unité de l'État et nous interrogerons sur la pertinence de l'idée largement admise tant dans la doctrine française qu'allemande selon laquelle le contrôle administratif étatique exercé sur les actes locaux est le corollaire de l'autonomie locale, son absence conduisant à laisser cette autonomie administrative s'étendre aux confins de la puissance étatique. Or, une telle situation aboutirait à ce que l'État unitaire se transforme inévitablement en État fédéral et à créer, dans le cas de l'État fédéral, un troisième niveau d'étaticité (*Staatlichkeit*) qui remettrait en cause la dualité étatique constitutive d'un tel État.

En d'autres termes, le contrôle étatique des actes locaux est généralement perçu tant par la doctrine française qu'allemande comme nécessaire à la sauvegarde de l'unité de la puissance étatique, et, au-delà, comme un critère de différenciation entre les collectivités étatiques et celles qui leur sont subordonnées. À la différence de cette « mystique de l'unité » que nous nous efforcerons tout d'abord de questionner (Section 1), nous tâcherons de démontrer que le pouvoir de surveillance ne peut servir de critère de définition du caractère étatique d'une collectivité territoriale et ne constitue pas dès lors une propriété constitutive de l'autonomie locale (Section 2). En revanche, il s'avère plus juste et surtout plus fécond de l'envisager comme un mécanisme de calcul des défauts institué en vue de garantir l'efficacité de l'ordre juridique. Nous étudierons donc la valeur de cette hypothèse à la lumière des droits positifs français et allemand (Section 3).

Section 1 : Pouvoir de surveillance et structure territoriale de l'État

Si paradoxal que cela puisse paraître de prime abord, les doctrines française et allemande s'accordent pour généralement voir dans l'institution d'un contrôle administratif sur les actes des collectivités locales la marque de l'unité de l'État. Une telle convergence peut sembler à tout le moins surprenante : la forme fédérale de l'État allemand semble difficilement conciliable avec le schème de l'unité qui est au contraire traditionnellement réservé pour décrire l'État français. En vérité, tandis que dans le cas français, l'unité de l'État renvoie à la forme unitaire, simple de l'État (§1), dans le cas allemand, l'unité de l'État fait plus particulièrement référence à la nécessaire insertion des collectivités locales au sein de l'administration des États fédérés. Seule une telle subordination serait en effet censée à la fois garantir un niveau de légitimation démocratique suffisant aux actes des collectivités locales et sauvegarder la dualité étatique du fédéralisme allemand (§2).

§1 Unité et indivisibilité de l'État comme fondement du pouvoir de surveillance

Dans la doctrine française, l'association entre l'unité de l'État et le contrôle administratif étatique des actes des collectivités décentralisées est justifiée en raison du principe d'indivisibilité de l'État. Elle repose, plus particulièrement, sur deux arguments : la tutelle participerait d'une part de la définition de l'État unitaire (A). Elle correspondrait d'autre part à une composante de la « constitution administrative » française et de sa tradition républicaine désormais inscrite en droit positif et sanctionnée par le Conseil constitutionnel (B).

*A. La tutelle : une prétendue *differencia specifica* de l'État unitaire*

I. La thèse de la corrélation entre forme unitaire de l'État et pouvoir de tutelle dans la doctrine publiciste française

Selon une présentation traditionnelle et dominante dans la doctrine française, l'une des différences spécifiques de l'État unitaire, l'une de ses caractéristiques propres, résiderait dans la nécessité du maintien d'un contrôle administratif exercé par les organes centraux sur les actes des collectivités locales. Dire que cette présentation est à la fois traditionnelle et

dominante exige, pour s'en convaincre, de réaliser un tour d'horizon de la doctrine publiciste française dont on ne s'étonnera guère qu'il débute avec la « génération des fondateurs »¹⁴⁹³.

Parmi ces auteurs « classiques », Léon Duguit est sans doute l'un de ceux ayant le plus nettement formulé l'idée qu'existe entre l'État unitaire et le « contrôle » – expression préférée par le célèbre Doyen de la Faculté de droit Bordeaux à celle de « tutelle » – une corrélation spécifique. Fidèle à sa conception distinguant les gouvernants¹⁴⁹⁴ des agents décentralisés¹⁴⁹⁵, pour Duguit, la différence entre l'État fédéral et l'État unitaire réside dans le fait qu'existent dans les États fédéraux deux groupes de gouvernants sur un même territoire. Or, à la différence des agents décentralisés de l'État unitaire, les gouvernants des collectivités fédérées échappent, dans le champ de leur compétence qui leur est imparti, à tout contrôle des gouvernants fédéraux¹⁴⁹⁶. « Une fois un tel contrôle existant, on n'est plus en présence d'un État fédéral, mais d'un État pseudo-fédéral »¹⁴⁹⁷, c'est-à-dire en vérité d'un État unitaire décentralisé.

Cette opinion, Léon Duguit n'est nullement le seul à la défendre. Au contraire, il règne sur ce point un très large consensus parmi les auteurs de la doctrine « classique » pour

¹⁴⁹³ Nous reprenons ici la chronologie des générations doctrinale établie par Olivier Beaud qui distingue une première doctrine « classique », celle des « fondateurs » qui écrit son œuvre entre 1885 et 1925. Suit celle des « successeurs » dont les productions s'étalent entre 1925 et 1945 puis celle des « continuateurs » pour la période d'après-guerre : O. BEAUD, « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *op. cit.*, p. 165-204.

¹⁴⁹⁴ Pour Duguit, l'État naît de la distinction entre gouvernants et gouvernés et constitue un fait social : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, E. de Boccard, 1927, 3^{ème} éd., p. 537-541. A propos de la distinction entre gouvernants et gouvernés, Duguit écrit : « Quelle que soit la forme que revêt la différenciation sociale entre les faibles et les forts, du moment où elle s'est produite, il y a un État. Cette plus grande force tend naturellement à s'organiser. Cette organisation de la plus grande force apparaît avec des aspects très divers et forme ce qu'on appelle cette complexité, le fait politique reste toujours identique à lui-même. Il est constitué par l'existence dans un groupement, d'un ou de plusieurs individus pouvant imposer par la force leur volonté aux autres membres du groupe. Il y a alors un État et ces individus, je les appelle les gouvernants » : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, E. de Boccard, 1921, 2^{ème} éd., p. 512.

¹⁴⁹⁵ Selon Duguit, « les fonctionnaires décentralisés ne sont que les agents des gouvernants, ils n'ont dans aucun domaine une plus grande force », « leurs décisions sont toujours contrôlées par les gouvernants » contrairement aux gouvernants des collectivités fédérées qui échappent à tout contrôle des gouvernants fédéraux » : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. 1, 2^{ème} éd., p. 69

¹⁴⁹⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, Paris, E. Boccard, 1923, 2^{ème} éd., p. 74. Duguit précise à cet égard un peu avant : « Parfois, en fait, ce contrôle s'exerce ; mais là où il s'exerce, les gouvernants cessent d'être des gouvernants. Et peut-être peut-on dire que plusieurs pays fédéraux tendent à devenir des pays unitaires décentralisés » : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. 3, 2^{ème} éd., p. 69. Pour une analyse de la pensée fédérale de Duguit, v. M. MOUSKHÉLY, *La théorie juridique de l'État fédéral*, Paris, Pédone, 1931, p. 197-204 ; O. BEAUD, « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *op. cit.*, p. 170-175 ; S. FLOGAÏTIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, *op. cit.*, p. 45-49.

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 47.

considérer comme acquis que le contrôle sur les actes des collectivités décentralisées contribuerait à distinguer l'État unitaire de l'État fédéral. L'ancien Doyen de la Faculté de Paris, Henry Berthélemy¹⁴⁹⁸, note à ce propos dans son *Traité de droit administratif* que les États fédérés, contrairement aux collectivités locales, « ne sont ni sous le contrôle, ni sous l'autorité de l'État fédéral. Ils se gouvernent comme ils l'entendent, pour toutes les matières retenues ou placées dans leurs compétences »¹⁴⁹⁹. Raymond Carré de Malberg, qui, après avoir cherché à identifier ce qui spécifie la commune et la distingue de l'État non-souverain, conclut pour sa part : « l'unité étatique exige que l'exercice des fonctions municipales, même de celles qui sont propres à la commune, soit soumis à la réglementation et à la surveillance supérieure de l'État, ne fut-ce que pour assurer l'uniformité entre les communes et empêcher entre elles les conflits »¹⁵⁰⁰. C'est, au surplus, cette même idée que sous-entend la formule célèbre et pourtant obscure de Maurice Hauriou selon laquelle la décentralisation serait une « manière d'être de l'État ». En cela, le Doyen de Toulouse suggère que la décentralisation, contrairement au fédéralisme¹⁵⁰¹, respecte l'unité de l'État et doit donc « laisser subsister une tutelle »¹⁵⁰² dans le but « à la fois de protéger les intérêts de la personne en tutelle et de maintenir le bon ordre dans l'administration »¹⁵⁰³.

La thèse selon laquelle il existerait une telle exigence qui spécifierait l'État unitaire et la décentralisation est également présente dans les travaux de « successeurs » ou

¹⁴⁹⁸ Ancien Doyen de la Faculté de droit de Paris, Henry Berthélemy est l'auteur de la préface à l'édition française du *Traité de droit administratif* allemand d'Otto Mayer. Pour une critique de ses travaux, v. M. MOUSKHÉLY, *La théorie juridique de l'État fédéral*, *op. cit.*, p. 193-196.

¹⁴⁹⁹ Il précise par ailleurs : « Un pays décentralisé est celui où le gouvernement national se bornant à diriger les services généraux, laisse la direction des services régionaux, locaux ou spéciaux, à des autorités sur lesquelles il ne se réserve qu'un pouvoir de contrôle ». H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1920, 9^{ème} éd., p. 103.

¹⁵⁰⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 188.

¹⁵⁰¹ Sur la distinction entre le fédéralisme et la décentralisation chez Maurice Hauriou et notamment sur l'évolution de sa position sur ce point, v. F. FOURNIÉ, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, Paris, LGDJ, 2005, p. 234-248.

¹⁵⁰² M. HAURIOU, « Décentralisation », *op. cit.*, p. 476. Ainsi, selon Hauriou, « Gardons-nous de suivre ceux qui voudraient supprimer les préfets et les remplacer par des présidents d'assemblée élus car les préfets sont les piliers de la centralisation administrative et les garants de l'unité nationale » : M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2^{ème} éd., p. 191 (cité chez M. BOURJOL, « Pouvoir municipal et décentralisation : De Barante, Henrion De Pansey, Maurice Hauriou », in M. BOURJOL (dir.), *La commune, l'État et le droit*, Paris, LGDJ, 1990, p. 191). Sur la tutelle administrative chez Hauriou : F. FOURNIÉ, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, *op. cit.*, p. 252-262.

¹⁵⁰³ F. FOURNIÉ, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, *op. cit.*, p. 253.

« continueurs » comme Georges Scelle ou plus tard Georges Burdeau¹⁵⁰⁴. Si, pour le premier, c'est un grand tort de voir une opposition ou même une différence qualitative entre décentralisation et fédéralisme là où il n'y aurait qu'une différence de degré d'autonomie¹⁵⁰⁵, le second, rejoignant en cela explicitement les positions de Léon Duguit ou de Maurice Hauriou, défend lui l'idée d'une différence de nature entre ces deux phénomènes¹⁵⁰⁶. Nonobstant cette divergence fondamentale, tous deux s'accordent néanmoins sur la nécessité du maintien d'un contrôle de l'État sur les autorités locales afin de « sauvegarder l'unité de l'État et de protéger les administrés contre l'arbitraire », confirmant ainsi la prétendue spécificité du lien existant entre la forme unitaire de l'État et le contrôle étatique des actes des collectivités locales. Pour Scelle, dans la décentralisation de l'État unitaire, « l'autorité centrale ne peut pas ne pas conserver un droit de contrôle ou de tutelle sur l'administration des intérêts décentralisés »¹⁵⁰⁷, tandis que pour Georges Burdeau, l'État unitaire « ne saurait renoncer à surveiller la façon dont [les groupements régionaux] s'acquittent de leur tâche. Ce contrôle n'est pas une simple faculté, c'est un devoir corrélatif à ses responsabilités comme serviteur du bien commun »¹⁵⁰⁸. Pour cet auteur, la décentralisation est « un régime de liberté surveillée. Elle implique donc l'exercice de cette surveillance »¹⁵⁰⁹ et ajoute : « la surveillance des organes centraux se légitime par la nécessité de coordonner l'ensemble des activités juridiques quelle que soit l'autorité dont émane la décision, par le souci de sauvegarder l'unité de l'Etat et de protéger les administrés contre l'arbitraire »¹⁵¹⁰, cet arbitraire étant celui causé par l'action des collectivités locales.

Si rien ne semble troubler ce concert à l'unisson d'auteurs aux points de vue, pour le reste, forts dissemblables, la convergence nous semble tout aussi grande dans la doctrine contemporaine pour affirmer que le contrôle administratif exercé par les organes centraux sur les actes des collectivités locales représente un élément constitutif et spécifique à l'État unitaire. Ainsi, Pascal Combeau, auteur de l'une des plus récentes et complètes études sur les

¹⁵⁰⁴ On se permet de rapprocher Georges Burdeau de la génération de Georges Scelle, le cœur de ses travaux sur l'État datant de 1950, même si ceux-ci ont certes été revus et actualisés jusqu'en 1980 pour le tome consacré à l'État.

¹⁵⁰⁵ G. SCELLE, *Le droit public et la théorie de l'État*, Paris, Rousseau, 1951, p. 34.

¹⁵⁰⁶ G. BURDEAU, *Traité de sciences politiques*, t. 2, Paris, LGDJ, 1949, p. 564-565.

¹⁵⁰⁷ G. SCELLE, *Le droit public et la théorie de l'État*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵⁰⁸ G. BURDEAU, *Traité de sciences politiques*, *op. cit.*, p. 428.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 418.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 419.

contrôles étatiques sur les collectivités locales, note, à la suite du Doyen Favoreu, que chacun s'accorde à dire dans la doctrine française que la surveillance étatique « reste le dernier rempart de protection et d'identification de l'État unitaire »¹⁵¹¹. Pour ce dernier : « La notion de tutelle ou de contrôle administratif est inhérente à celle de collectivité territoriale : il ne peut y avoir collectivité territoriale sans contrôle. Si le contrôle disparaît, la collectivité territoriale change de nature et s'identifie à la qualité de la collectivité composante d'un Etat quasi-fédéral. »¹⁵¹². Illustrant ce constat, Constantin Bacoyannis affirme dans sa thèse que « le respect du caractère unitaire de l'État français est garanti par un contrôle veillant à ce que les actes (...) des autorités locales décentralisées soient conformes à la loi ». Il est intéressant de remarquer qu'il conforte de surcroît cette proposition en rappelant que c'est par la référence au contrôle qu'André Philip, fréquemment présenté comme le père de la Constitution de la IV^e République, « a indiqué les limites de la libre administration et a confirmé le caractère unitaire de l'État »¹⁵¹³. Le contrôle étatique des actes locaux serait en définitive donc bien « nécessaire puisqu'on se trouve dans l'État unitaire »¹⁵¹⁴.

II. Les conséquences de la thèse de la corrélation entre forme unitaire de l'État et pouvoir de surveillance sur les concepts doctrinaux relatifs à l'organisation de l'État

De cette corrélation entre surveillance et forme unitaire de l'État, la doctrine paraît tirer trois conséquences. La surveillance étatique sur les actes des autorités locales serait intrinsèque à la « décentralisation » et nécessaire dans un État unitaire (1). Elle permettrait ainsi de distinguer les États fédérés des collectivités locales (2).

1) La surveillance : une différence spécifique de l'État unitaire

Le contrôle étatique serait, premièrement, intrinsèque à la « décentralisation » au sens où l'entendent les auteurs français, c'est-à-dire comme un phénomène qui se distingue d'une

¹⁵¹¹ P. COMBEAU, « Introduction », in P. COMBEAU (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, op. cit., p. 1.

¹⁵¹² L. FAVOREU, L. PHILIPP (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 144 ; déjà : L. FAVOREU, « Décentralisation et constitution », *RDP*, 1982, p. 1280. Dans le même sens : H. ALCARAZ, « Le principe de libre administration des collectivités locales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel après la révision du 28 mars 2003 », *RFDA*, 2009, p. 497-512 ; M. VERPEAUX, « Autonomie régionale et locale et constitutions en France », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2006, p. 194-195.

¹⁵¹³ C. BACCOYANNIS, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, op. cit., p. 166.

¹⁵¹⁴ C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droit constitutionnels européens*, op. cit., p. 287. Dans le même sens, A. ROUX, *Droit constitutionnel local*, op. cit., p. 73.

part de la déconcentration et d'autre part du fédéralisme. Dans la définition de la décentralisation communément admise, celle-ci inclut un contrôle dit de « tutelle »¹⁵¹⁵, à la différence comme on l'a vu, de la déconcentration qui elle est généralement définie par référence au pouvoir hiérarchique. Dans ce sens, « la décentralisation consiste à conférer à une entité la personnalité morale, en rompant le lien hiérarchique entre elle et l'État central au profit d'un simple contrôle, d'une simple surveillance »¹⁵¹⁶.

Si la décentralisation se distingue de la déconcentration, elle se différencie également du fédéralisme. Elle n'est perçue que comme un phénomène purement administratif¹⁵¹⁷ qui ne remet donc nullement en cause l'unité et l'indivisibilité de l'État. Le maintien impératif d'un contrôle étatique a par conséquent justement pour fonction d'éviter « la rupture de l'unité nationale et l'éclatement en fédéralisme »¹⁵¹⁸. Puisque « la notion même de décentralisation ne peut se concevoir sans un contrôle des collectivités territoriales par l'État »¹⁵¹⁹ et que le fédéralisme est supposé exclure le contrôle de l'État¹⁵²⁰, force est de conclure que le contrôle de l'État se révèle, dans la doctrine française, constituer un critère de distinction de la décentralisation et du fédéralisme.

¹⁵¹⁵ Michel Verpeaux voit ainsi dans le contrôle de l'État « une caractéristique de la décentralisation à la française » : M. VERPEAUX, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, 2005, 1^{ère} éd. p. 128. Cette affirmation n'est néanmoins pas reprise dans la troisième édition : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 194. En revanche, l'idée demeure puisque pour ces auteurs la « décentralisation implique aussi nécessairement le contrôle de l'État sur les personnes publiques décentralisées » : p. 14 (v. p. XX dans l'introduction à la première édition).

¹⁵¹⁶ P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif, op. cit.*, p. 138 ; J. MOREAU, *Administration régionale, départementale et municipale*, Paris, Dalloz, 2004, 14^{ème} éd., p. 25 ; P. JAN, *Institutions administratives, op. cit.*, p. 25 ; L. FAVOREU, « Les bases constitutionnelles de la décentralisation », *op. cit.*, p. 86. René Chapus définit quant à lui la décentralisation comme « un transfert d'attribution de l'État à des institutions (territoriales ou non) juridiquement distinctes de lui et bénéficiant, sous la *surveillance* de l'État, d'une certaine autonomie de gestion » : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, 2001, 15^{ème} éd., p. XX. V. pour d'autres références, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁵¹⁷ G. BURDEAU, *Traité de sciences politiques, op. cit.*, p. 427.

¹⁵¹⁸ A. GRUBER, *La décentralisation et les institutions administratives, op. cit.*, p. 25 : « La relation entre l'administration d'État et l'administration décentralisée n'est pas une relation d'ordre ou de commandement, une relation de ce type supprime l'autonomie, mais une *relation de surveillance* destinée à éviter « la rupture de l'unité nationale et l'éclatement en fédéralisme ». Dans le même sens : G. BURDEAU, *Traité de sciences politiques, op. cit.*, p. 427.

¹⁵¹⁹ P. COMBEAU, « Introduction », *op. cit.*, p. 1.

¹⁵²⁰ J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 47. Voir déjà : A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1976, p. 100 : « Le pouvoir de tutelle auquel est toujours soumise, dans la décentralisation, la gestion des affaires locales, n'existe pas dans le fédéralisme. Pour l'exercice de leurs compétences propres, les États membres échappent au contrôle du pouvoir fédéral sauf pour les matières dites concurrentes dans lesquelles le législateur fédéral peut abroger la loi locale ». Dans le même sens, avec quelques minces modifications : Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 212.

De cette corrélation entre État unitaire et pouvoir de tutelle découle, deuxièmement, que le contrôle étatique serait indissociable de la « libre administration » des collectivités locales¹⁵²¹, un tel contrôle étant absolument nécessaire dans un État unitaire¹⁵²². C'est en outre sous cet aspect que la libre administration se différencierait du libre gouvernement¹⁵²³ et de « l'autonomie » des États membres d'un État fédéral, cette « autonomie » étant comprise au sens large, c'est-à-dire comme la compétence de déterminer sa propre organisation¹⁵²⁴. Si l'autonomie et la libre administration sont, certes, désormais généralement associées l'une à l'autre dans l'expression « d'autonomie locale », ces deux concepts ont été cependant longtemps opposés l'un à l'autre. C'est par exemple ce que note Georges Burdeau – à la suite de Carré de Malberg¹⁵²⁵ et antérieurement encore, Jellinek¹⁵²⁶ – quand il écrit que « la collectivité locale n'est à aucun titre autonome car elle ne jouit d'aucune prérogative d'indépendance qui sont attachées à la possession d'un pouvoir propre »¹⁵²⁷.

2) La surveillance : une caractéristique spécifique du concept de collectivité locale

Réapparaît ici, de nouveau, la corrélation faite entre la tutelle et l'État unitaire et dont dérive le fait que le contrôle administratif étatique est communément considéré comme « inhérent à la notion de collectivité territoriale à la française »¹⁵²⁸. Il est à cet égard tout à

¹⁵²¹ G. MARCOU, « L'autonomie des collectivités locales en Europe : fondements, formes, limites », *op. cit.*, p. 41-42. V. également : B. RÉMOND, J. BLANC, *Les collectivités locales*, Paris, Presses de Sciences Po, 1992, 3^{ème} éd., p. 309.

¹⁵²² Dans ce sens, M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 193 : « Il ne peut y avoir de libre administration sans le contrôle exercé par l'État. Au sein des États fédéraux, le contrôle des collectivités territoriales est assuré par les États fédérés, qui sont eux-mêmes des États unitaires ». Dans la précédente édition, Michel Verpeaux précisait après avoir la nécessité du contrôle de l'État : « car la France est un État unitaire » (p. 127 de la première édition).

¹⁵²³ V. L. FAVOREU, « Libre administration et principes constitutionnels », in J. MOREAU, G. D'ARCY (dir.), *La libre administration des collectivités locales*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1984, p. 66.

¹⁵²⁴ Raymond Carré de Malberg distingue précisément l'autonomie (constitutionnelle) qu'il réserve à l'État fédéré et l'auto-administration (*Selbstverwaltung*) qui vise la compétence des collectivités décentralisées. Dans le même sens, G. BURDEAU, *Traité de sciences politiques*, *op. cit.*, p. 401-402 ; L. FAVOREU, « Libre administration et principes constitutionnels », *op. cit.*, p. 66.

¹⁵²⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁵²⁶ V. sur la décentralisation par l'administration autonome : G. JELLINEK, *L'État moderne*, *op. cit.*, p. 357-372, en particulier p. 366-368 : « Un droit de domination, qui appartiendrait en propre à la commune, n'est jamais un droit originaire » (p. 367).

¹⁵²⁷ G. BURDEAU, *Traité de sciences politiques*, *op. cit.*, p. 426 et p. 433.

¹⁵²⁸ L. FAVOREU, « La notion constitutionnelle de collectivité territoriale », *op. cit.*, p. 161. Dans le même sens, Jean-Marie Pontier écrit dans sa thèse : « C'est ce qui caractérise les collectivités décentralisées en

fait significatif que cette spécificité soit en général justifiée en référence à la situation supposée des États fédéraux ou régionaux. C'est par exemple ce que défend de façon emblématique Jean Rivero quand il affirme que la décentralisation se distinguerait du fédéralisme « en ce que, contrairement à l'État membre d'une fédération, la collectivité décentralisée exerce une compétence contrôlée et non point souveraine. Toujours un contrôle de l'État s'exerce sur elle. Ce contrôle, il est, dans la tradition française, une pièce nécessaire de la décentralisation. »¹⁵²⁹. Abondant dans le même sens, Louis Favoreu voit dans la notion de tutelle ou de contrôle administratif un élément inhérent à celle de collectivité territoriale : « il ne peut y avoir collectivité territoriale sans tutelle. Si la tutelle disparaît, la collectivité territoriale devient autre chose qu'une composante d'un État unitaire décentralisé : elle change de nature et s'identifie à la collectivité composante d'un État de type quasi-fédéral. »¹⁵³⁰. Dans le même sens, d'autres auteurs considèrent qu'à la différence des actes des collectivités locales, ceux des organes fédérés « échappent au contrôle des autorités de l'État fédéral » et ne relèvent que du juge¹⁵³¹.

De ce panorama que nous pensons suffisamment représentatif¹⁵³², on peut en définitive déduire qu'il semble acquis dans la doctrine publiciste française, que la surveillance constitue non pas seulement une propriété constitutive de l'État unitaire, mais également l'une de ses différences spécifiques. Ce faisant, c'est l'ensemble des concepts clés relatifs à l'organisation

France : ces collectivités n'ont pas la possibilité d'édicter des règles en toute liberté, elles sont soumises à un contrôle, à une volonté d'une autorité étatique » : J.-M. PONTIER, *L'État et les collectivités locales. La répartition des compétences*, Paris, LGDJ, 1978, p. 23 et p. 33.

¹⁵²⁹ J. RIVERO, *La décentralisation de l'administration, Rapport fait lors de la rencontre de la Deutsch-Französische Juristenvereinigung*, Marienberg/Westerwald, Riedel, 1955, p. 10.

¹⁵³⁰ L. FAVOREU, « Décentralisation et constitution », *op. cit.*, p. 1280.

¹⁵³¹ J. BOURDON, J.-M. PONTIER, J.-C. RICCI, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, 1998, 2^{ème} éd., p. 140-141. Cette thèse avait pourtant été fort bien contredite par l'analyse de Thierry Michalon à l'exemple notamment de l'Inde et du Canada : « La présence d'un représentant du « Gouvernement central » – le Haut-Commissaire de la République – assurant, outre la direction des services de l'État, un certain contrôle sur les actes des autorités territoriales, suffit-elle à réfuter une analyse en termes de fédéralisme ? Non, car dans certaines fédérations les organes fédéraux ont un représentant auprès de chaque entité fédérée : c'est le cas en Inde, où chaque État fédéré est doté d'un gouverneur parfois nommé par le Président de la République, et au Canada où, dans chaque Province, un « lieutenant-gouverneur » nommé par le Gouverneur-général du Dominion tient lieu de chef d'État : T. MICHALON, « La République française, une fédération qui s'ignore », *RDP*, 1982, p. 683. L'auteur renvoie sur ce point à l'étude de Maurice Duverger : M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1978, p. 300.

¹⁵³² Nous avons provisoirement mis de côté les travaux de Louis le Fur ou de Charles Eisenmann. Pour un aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française du XX^e siècle et des références aux travaux d'Adhémar Eismain, de Georges Vedel : O. BEAUD, « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *op. cit.*, p. 165-204. Pour la littérature politico-juridique des XVIII^e et XIX^e siècles (en particulier Tocqueville, Proudhon, Constant, Montesquieu) : O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *op. cit.*, p. 7-82.

administrative de l'État unitaire – décentralisation, libre administration, collectivité locale – qui est influencé par cette proposition. Mais par un effet de miroir, c'est également l'ensemble des concepts clés relatifs à l'organisation administrative de l'État composé – fédéralisme, autonomie ou puissance étatique et État fédéré – qui est, en contrepoint, défini par cette corrélation, l'État fédéral étant généralement pensé à partir de l'État unitaire, voire à partir de l'expérience française de l'État unitaire¹⁵³³.

B. La tutelle : un moyen de garantir l'indivisibilité de l'État

Il ressort de ce tour d'horizon que la corrélation entre la tutelle et le caractère unitaire de l'État repose, au fond, sur l'un des principes considérés comme spécifiques aux États unitaires : l'indivisibilité¹⁵³⁴ (I). Or, il apparaît que cette proposition théorique, du reste confortée en droit positif français par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, renvoie en vérité, plus ou moins consciemment, à la tradition administrative française¹⁵³⁵ (II).

I. État unitaire et indivisibilité

Ce qui, dans la doctrine majoritaire, singularise avant tout l'État unitaire de l'État fédéral, c'est précisément son unité, ou, pour le dire de façon moins tautologique, l'« indivisibilité » de son territoire¹⁵³⁶. Or, celui-ci ne constitue au fond que la projection spatiale de l'unité et de l'indivisibilité de la souveraineté¹⁵³⁷. De ceci découlerait notamment que l'autonomie des

¹⁵³³ Dans ce sens, *Ibid.*, p. 13-14 et *passim*. Pour Georges Burdeau, « l'État unitaire est le prototype de l'État » : G. BURDEAU, *Traité de sciences politiques*, *op. cit.*, p. 417. Déjà Georg Jellinek relevait que les « représentations typiques que l'on se fait de l'État depuis qu'il existe une science politique (*Staatswissenschaft*), sont empruntés à l'État unitaire » : G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 625 ; G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, p. 340 ; J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 4-14 (en particulier p. 12-13).

¹⁵³⁴ V. par exemple les articles 3 (unité et indivisibilité de la souveraineté) et 6 (forme unitaire de l'État) de la Constitution du Portugal de 1976 ; également l'article 5 de la Constitution italienne de 1947 (indivisibilité de la République) et l'article 2 de la Constitution espagnole de 1978 (unité indissoluble de la nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols).

¹⁵³⁵ Sur l'influence du modèle français en Europe : G. MARCOU, « L'autonomie des collectivités locales en Europe : fondements, formes et limites », *op. cit.*, p. 40 et 46-47 ; v. également M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, *op. cit.*, p. 14-18 ; A. v. BOGDANDY, « Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum – Perspektiven einer Disziplin », in A. v. BOGDANDY, S. CASSESE, P. M. HUBER (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. 4, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, §1, p. 12-13.

¹⁵³⁶ Sur cette présentation traditionnelle des formes d'État et des critiques qui peuvent lui être adressées, v. C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droit constitutionnels européens*, *op. cit.*, p. 271-355.

¹⁵³⁷ Dans ce sens, M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 169-170. Sur la différence entre indivisibilité et intégrité du territoire : *Ibid.*, p. 176-178. Sur l'unité et l'indivisibilité de la souveraineté : O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, 1994, p. 127, p. 133-151 ; D. GRIMM, « La

collectivités locales – leurs compétences normatives – serait relative, subalterne et dérivée. Relative, cette autonomie le serait en ce que les actes locaux sont nécessairement soumis au contrôle étatique. Ils sont donc provisoires car susceptibles d’être contestés. Le caractère ensuite subalterne de l’autonomie des collectivités proviendrait du fait qu’elle serait limitée au domaine administratif¹⁵³⁸. Enfin, l’autonomie locale serait dérivée étant donné qu’elle résulterait d’une attribution des organes législatifs centraux. Autrement dit, avec le principe d’indivisibilité, l’État central bénéficierait d’une « omnipotence juridique »¹⁵³⁹, d’une omniscience sur tout le territoire considéré¹⁵⁴⁰, l’étendue des attributions des collectivités dépendant d’une seule source : la loi ordinaire, nationale.

C’est selon nous le legs de la conception bodinienne de la souveraineté qui s’exprime dans cette description de l’État unitaire¹⁵⁴¹. D’après cette conception, la souveraineté – interne, puisqu’il s’agit ici de la domination sur les sujets étatiques, à l’intérieur du territoire – est la puissance suprême, ultime et irrésistible de commandement et de contrainte exercée au moyen d’actes unilatéraux¹⁵⁴². Afin de mieux prendre la mesure de cette pérennité de la pensée bodinienne, il s’avère précieux de se reporter plus amplement à l’analyse que livre l’un des spécialistes français de l’œuvre du célèbre juriconsulte du lien entre l’unité normative, entendue comme le monopole de la production législative, et la souveraineté de la puissance étatique. « La grande nouveauté apportée par Bodin, écrit ainsi Olivier Beaud, est donc la création simultanée de l’indivisibilité de la puissance législative et de l’indivisibilité de la puissance publique. Désormais, l’unité et l’indivisibilité du pouvoir de l’État et de la

Souveraineté », *op. cit.*, p. 558-562 ; R. DEBBASCH, *Le Principe révolutionnaire d’unité et d’indivisibilité de la République*, Paris, Economica, 1988, p. 407-425 ; G. MARCOU, « La démocratie locale en France : aspects juridiques », in CURAPP/CRAPS, *La démocratie locale. Représentation, participation, espace public*, Paris, PUF, 1999, p. 29-30. Sur le principe d’indivisibilité comme base constitutionnelle de l’État unitaire : G. MARCOU, *Le principe d’indivisibilité de la République, Pouvoirs*, 2002, p. 45-65.

¹⁵³⁸ Certains auteurs distinguent, non pas entre les fonctions législative et administrative, mais plus globalement entre les fonctions gouvernementales – dont la part essentielle est législative – et administrative. En général, ceci signifie que cette autonomie n’est pas considérée comme étant liée au pouvoir politique mais serait au contraire restreinte aux « modalités d’actions », donc à des tâches subalternes. Dans ce sens également, L. FAVOREU, « Décentralisation et constitution », *op. cit.*, p. 1280.

¹⁵³⁹ C. DURAND, « L’État fédéral en droit positif » in G. BERGER et al. (dir.), *Le fédéralisme*, Paris, PUF, 1956, p. 175.

¹⁵⁴⁰ Selon Olivier Beaud, la souveraineté interne est un « principe d’omnicompétence rebelle à toute tentative visant à borner le champ d’intervention de l’État », O. BEAUD, *La puissance de l’État*, *op. cit.*, p. 145. Dans le même sens : « En tant que manifestation spatiale de la souveraineté, le territoire étatique comprend les territoires intra-étatiques sur lesquels s’exerce le pouvoir d’autres personnes juridiques » : *Ibid.* p. 129.

¹⁵⁴¹ Sur l’évolution du concept de souveraineté et de ses caractéristiques depuis Jean Bodin, v. D. GRIMM, « Souveraineté », *op. cit.*, p. 548-605, en particulier p. 548-564.

¹⁵⁴² O. BEAUD, *La puissance de l’État*, *op. cit.*, p. 16.

souveraineté vont de pair et sont indissociables. Symétriquement, l'attribution à un tiers de l'une des « marques » (ou l'un de ces droits) de souveraineté revient à briser et violer la souveraineté de la puissance publique, c'est-à-dire le monopole étatique de la loi résultant de l'imputation de la loi au Souverain. L'indivisibilité de la souveraineté s'oppose donc au démembrement de l'État, à la fragmentation de la puissance publique »¹⁵⁴³. On comprend dès lors qu'elle s'avère incompatible avec le fédéralisme¹⁵⁴⁴.

Comment alors parvenir à maintenir, à garantir juridiquement, techniquement, l'indivisibilité ? Comment s'assurer que l'exercice par les organes locaux de leurs compétences ne contrevienne pas à l'indivisibilité de la souveraineté ? Autrement dit, comment s'assurer que l'autonomie des collectivités locales respecte l'omnicompétence des organes centraux ? On l'aura compris : pour que l'unité de l'État ne dégénère pas en fédéralisme¹⁵⁴⁵, que l'autonomie locale ne se transforme en puissance d'auto-organisation ou en libre gouvernement, l'instauration d'un contrôle dit de « tutelle » s'avère, dans le raisonnement de la doctrine traditionnelle, absolument *nécessaire*. Cette position a été par exemple très nettement défendue par le Doyen Favoreu. Distinguant l'État divisible – composé, fédéral – de l'État indivisible – simple, unitaire – l'éminent juriste aixois fixe la frontière entre ces deux formes d'État par référence à l'attribution d'un pouvoir normatif autonome – entendu au sens large – aux collectivités infra-étatiques. « Là réside le critère

¹⁵⁴³ *Ibid.*, p. 144. Le glissement de l'État légal vers l'État constitutionnel n'a guère modifié la substance de cette argumentation. La constitution, à l'instar de la loi, est selon Olivier Beaud comprise comme un commandement unilatéral permettant de trancher les conflits de légitimité et supposant par conséquent d'être unique car « il ne peut y avoir qu'un seul principe de légitimité au sein d'un régime politique » : *Ibid.*, p. 252.

¹⁵⁴⁴ Dans une version radicale de cette conception, l'indivisibilité conduit à ce que l'État ne peut être qu'unitaire, toute proposition visant à différencier la puissance étatique (*Staatsgewalt*) de la souveraineté ou à envisager des formes divisibles ou partagée de souveraineté devant, pour des raisons juridico-politiques, être écartée. Admettre l'État non-souverain conduirait sinon à supprimer toute différence de nature entre l'État et les collectivités inférieures ou reviendrait à introduire l'idée contradictoire de deux puissances suprêmes sur le même territoire. En conséquence, la souveraineté, car elle est indissociable de l'État, exclut toute idée d'État authentiquement fédéral car le fédéralisme « authentique » (on pourrait dire non rationalisé) tout comme l'une de ses expressions techniques, la subsidiarité, sont incompatibles avec la souveraineté et ce faisant, avec la qualité d'État. Les États dits « fédéraux » sont donc *in fine* des États décentralisés et non des organisations véritablement fédérales : O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 251-252. C'est également cette idée qui est remarquablement développée dans la Théorie de la Fédération de cet auteur. Ceci explique notamment pourquoi Olivier Beaud dénie à la République fédérale d'Allemagne la qualité d'organisation fédérale : O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 329-333. À propos des rapports entre souveraineté et fédéralisme et des controverses doctrinales sur la nature du Saint Empire romano-germanique ou, au XX^e siècle, de l'État fédéral allemand ou des États-Unis, v. également D. GRIMM, « Souveraineté », *op. cit.*, p. 560-562, p. 575-580 ; O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 39-65 ; A. HAMAN, « Le IIe Reich allemand, un empire ou un État fédératif ? », *Jus Politicum*, n°14, 2015.

¹⁵⁴⁵ V. C. BACOYANNIS, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 157-174 ; G. BURDEAU, *Traité de sciences politiques*, *op. cit.*, p. 426-434.

décisif : la collectivité secondaire a-t-elle un pouvoir normatif initial et non susceptible d'être anéanti par la collectivité supérieure ? Si oui, nous sortons du cadre de l'État indivisible ; sinon, nous y restons »¹⁵⁴⁶. Or, le pouvoir de surveillance étant précisément un instrument permettant aux organes étatiques de corriger voire de supprimer les actes des collectivités locales et donc de les anéantir, elle est dès lors censée constituer l'une des marques de l'indivisibilité de l'État et représente par conséquent un critère de distinction entre l'État simple et l'État composé.

II. La tutelle comme expression d'un gallicanisme juridique

À la lumière de ces développements, il apparaît que cette classification théorique à portée universelle s'inspire en définitive essentiellement d'une tradition ou d'une « mystique de l'unité »¹⁵⁴⁷ ayant façonné l'organisation de l'État français. Les notations préalablement citées de Jean Rivero sont parfaitement représentatives de cet état d'esprit de la doctrine française¹⁵⁴⁸. Pour cet auteur, la décentralisation se distinguerait du fédéralisme « en ce que, contrairement à l'État membre d'une fédération, la collectivité décentralisée exerce une compétence contrôlée et non point souveraine. Toujours un contrôle de l'État s'exerce sur elle. Ce contrôle, il est, *dans la tradition française*, une pièce nécessaire de la décentralisation. »¹⁵⁴⁹. Dès lors que cette tradition française se révèle si centrale, en quoi consiste-t-elle ?

1) Tutelle et « constitution administrative » de la France

La recherche des éléments constitutifs de la « tradition française » fait écho à l'idée de « Constitution administrative » de la France. Renvoyant originellement à l'une des principales thèses défendues par Alexis de Tocqueville dans son célèbre ouvrage « L'Ancien Régime et la Révolution », l'idée de « Constitution administrative » a depuis été largement

¹⁵⁴⁶ L. FAVOREU, « Décentralisation et constitution », *op. cit.*, p. 1277. Argumentation reprise par exemple par J.-M. PONTIER, *La République en France*, Paris, Dalloz, 1998, p. 123-124.

¹⁵⁴⁷ O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁴⁸ On emprunte ici cette formule à Didier Guignard qui écrit à ce propos dans sa thèse : « Selon la grande majorité de la doctrine, la centralisation fait partie intégrante du patrimoine psychologique français » : D. GUIGNARD, *La notion d'uniformité en droit public français*, Paris, Dalloz, 2004, p. 237. On se reportera à cet égard très utilement aux deux savantes études précitées d'Olivier Beaud sur le fédéralisme dans la littérature juridico-politique française précitées.

¹⁵⁴⁹ J. RIVERO, *La décentralisation de l'administration, Rapport fait lors de la rencontre de la Deutsch-Französische Juristenvereinigung*, *op. cit.*, p. 10 (nous soulignons). Dans le même sens, J. BOURDON, J.-M. PONTIER, J.-C. RICCI, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 140-141.

reprise dans la doctrine publiciste¹⁵⁵⁰. Elle semble désigner les principes et structures qui, établis dès l’Ancien Régime, développés sous la Révolution puis sous le règne napoléonien, ont empreint les institutions françaises au-delà des changements de régimes politiques. Stable, mais non-écrite, cette « constitution administrative de l’État » viendrait surplomber par sa continuité « la Constitution politique de la Nation » qui serait, elle, écrite mais instable¹⁵⁵¹. Ainsi que le résume Tocqueville, « c’est que, depuis 89, la constitution administrative est toujours restée debout au milieu des ruines des constitutions politiques. On changeait la personne du Prince ou les formes du pouvoir central, mais le cours des affaires journalières n’était ni interrompu, ni troublé »¹⁵⁵².

Faite de « beaucoup de centralisation et d’un zeste de décentralisation ayant rendu supportable l’instabilité politique »¹⁵⁵³, la Constitution administrative de la France compterait la tutelle parmi ses principales institutions¹⁵⁵⁴. Preuve en est, Tocqueville y accorde un chapitre entier dans son important ouvrage. S’intéressant aux libertés paroissiales et à l’autonomie décisionnelle des communes face aux intendants et subdélégués, Tocqueville conclut comme suit son analyse du pouvoir des agents du gouvernement central : « Sous l’ancien régime comme de nos jours, écrit Tocqueville, il n’y avait ville, bourg, village, ni si petit hameau en France, hôpital, fabrique, couvent ni collège, qui pût avoir une volonté indépendante dans ses affaires particulières, ni administrer à sa volonté ses propres biens. Alors comme aujourd’hui, l’administration tenait donc tous les Français en tutelle, et si l’insolence du mot ne s’était pas encore produite, on en avait déjà du moins déjà la chose »¹⁵⁵⁵. En résumé, la centralisation représenterait donc une tradition déjà en vigueur durant l’Ancien Régime, mise à nue par la Révolution française, renforcée par le pouvoir

¹⁵⁵⁰ Par exemple par Maurice Hauriou, qui, renvoyant à cet égard à la Constitution du 22 frimaire an VIII et surtout à la loi d’organisation administrative du 28 pluviôse an VIII, y faisait déjà référence : M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1925, p. 3. Au demeurant, c’est aujourd’hui encore le cas, et cela, alors que la pertinence de cette thèse est pourtant remise en cause dans l’historiographie contemporaine.

¹⁵⁵¹ V. M. BOURJOL, « Pouvoir municipal et décentralisation : De Barante, Henrion De Pansey, Maurice Hauriou », *op. cit.* : p. 190-192.

¹⁵⁵² A. DE TOCQUEVILLE, *L’Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1967 (1856), p. 309-310.

¹⁵⁵³ J. GICQUEL, A. HAURIOU, P. GÉLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1985, p. 171.

¹⁵⁵⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *L’Ancien Régime et la Révolution*, *op. cit.*, p. 98-121. V. également J.-J. BIENVENU et al. (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Paris, Dalloz, 2012 et en particulier les contributions d’Arnaud Haquet sur l’unité de l’État, d’Olivier Gohin sur le contrôle de l’État sur les institutions décentralisées et de Grégoire Bigo sur le préfet.

¹⁵⁵⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *L’Ancien Régime et la Révolution*, *op. cit.*, p. 121.

napoléonien et confortée sous la Restauration. En témoignerait la permanence de la tutelle administrative sur les collectivités locales et l'institution du préfet, préfiguration, peu ou prou, de l'intendant d'Ancien Régime.

Pourtant, l'historiographie contemporaine a largement démontré combien cette thèse était scientifiquement fragile en raison notamment de la faillibilité du terrain d'analyse de l'ouvrage de Tocqueville. Réduit quasiment aux seules archives de l'intendance de Tours¹⁵⁵⁶, ce terrain s'avérait insuffisant à l'affirmation d'une thèse de portée aussi générale que celle contenue dans « L'Ancien Régime et de la Révolution ». Comme le résume l'historien Michel Briard à ce propos : « Les raisonnements globalisants de Tocqueville sont contredits par chaque nouvelle étude ou un(e) historien(ne) s'attache à une portion précise du territoire français. »¹⁵⁵⁷. C'est précisément qu'avait mis en évidence François-Xavier Emmanuelli dans sa thèse datant de 1981 sur l'intendance du milieu du XVII^e siècle à la fin du XVIII^e siècle. Dénonçant ici un mythe de l'absolutisme bourbonien, cet auteur rend en partie « L'ancien régime et la Révolution » de Tocqueville responsable de la perpétuation de l'idée selon laquelle la centralisation napoléonienne, incarnée par la figure du préfet tout puissant, prendrait la suite de celle de la Monarchie, représentée elle par l'omnipotence de l'intendant¹⁵⁵⁸. Or, cet auteur rappelle combien Tocqueville use d'affirmations non-démonstrées et comment il « adopte le style administratif du XVIII^e siècle où l'exagération est commune »¹⁵⁵⁹.

Néanmoins, auréolé par le succès de son précédent ouvrage sur « La démocratie en Amérique », le travail de Tocqueville est reçu comme un ouvrage d'historien alors que ce dernier cherche avant tout à « penser la Révolution »¹⁵⁶⁰ dans le contexte de son époque afin

¹⁵⁵⁶ F. FURET, « Tocqueville », in F. FURET, M. OZOUF (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Interprètes et historiens*, op. cit., p. 268.

¹⁵⁵⁷ M. BILLARD, *Les lilliputiens de la centralisation. Des intendants aux préfets : les hésitations d'un « modèle français »*, Seyssel, Champ Vallon, 2007, p. 69 ; dans le même sens, F. BURDEAU, *Histoire de l'administration française*, op. cit., p. 33-35 ; J. MEYER, « Continuité et discontinuité de l'Ancien régime à la Révolution », in W. PARAVICINI, K.F. WERNER (dir.), *Histoire comparée de l'administration (IV^e-XVIII^e siècles)*, Munich/Zurich, Artemis, 1980, p. 52-67.

¹⁵⁵⁸ F.-X. EMMANUELLI, *Un mythe de l'absolutisme bourbonien : L'intendance, du milieu du XVII^e siècle à la fin du XVIII^e siècle (France, Espagne, Amérique)*, Aix-en-Provence, Université de Provence, 1981, p. 16-17.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 16.

¹⁵⁶⁰ On se réfère ici à la différence entre « penser la Révolution » et en faire l'histoire mise en exergue par l'historien François Furet : F. FURET, *Penser la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1983, 2^{ème} éd.

d'influer, en faveur des idées libérales qu'il défend, le cours de la politique alors menée¹⁵⁶¹. C'est d'ailleurs ce qu'il reconnaît lui-même dans l'avant-propos de son ouvrage lorsqu'il écrit : « Le livre que je publie n'est point une histoire de la Révolution (...) ; c'est une étude sur cette Révolution ». Pierre Rosanvallon a lui aussi justement souligné ces faiblesses quand il s'interroge dans son ouvrage sur le modèle politique français : « Imagine-t-on en effet que la France aurait pu vraiment fonctionner si la réalité avait été vraiment conforme à la description glacée proposée par Tocqueville ? »¹⁵⁶² En définitive, la conception statique d'une centralisation absolue s'avère mythique face au poids des particularismes locaux. Comme le résume Gilles Guglielmi à propos de plusieurs travaux doctoraux récents et portant sur l'histoire de l'administration locale¹⁵⁶³, loin du modèle autoritaire et hiérarchisé de la centralisation, l'administration locale française est dominée par la coopération entre notables et représentants de l'Etat, aboutissant à confirmer la thèse d'un « jacobinisme ou d'une démocratisation apprivoisés »¹⁵⁶⁴.

En dépit des faiblesses pointées par ces travaux historiographiques, force est de constater que la caricature tocquevillienne du centralisme français a néanmoins marqué de façon durable les esprits dans la réception qui en fût faite dans les doctrines étrangères et en particulier en Allemagne¹⁵⁶⁵. Cette « sur-réception » du diagnostic exagéré de Tocqueville¹⁵⁶⁶, conjuguée aux souvenirs de l'adoption en partie contrainte du modèle du préfet napoléonien dans certains Etats allemands¹⁵⁶⁷ et à la volonté subséquente de s'en

¹⁵⁶¹ F. FURET, « Tocqueville », *op. cit.*, p. 276-279. Dans sa correspondance faisant suite à la publication de son ouvrage, Tocqueville s'avouait lui-même surpris du succès de son analyse précisément car il s'était fier à son intuition pour généraliser ses conclusions établies suites à ses recherches à Tours.

¹⁵⁶² P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 2004, p. 12.

¹⁵⁶³ Pour des études sur les intendances et plus globalement sur l'histoire de l'administration locale française : T. LE YONCOURT, *Le préfet et ses notables en Ille-et-Vilaine au XIXème siècle (1814-1914)*, Paris, LGDJ, 2001 ; P. BELDA, « D'une décentralisation hésitante à une centralisation vigoureuse. Faiblesse et disparition de l'autonomie de la municipalité révolutionnaire lyonnaise (12 avril 1790 - 7 ventôse an IV) », *Annuaire des collectivités locales*, 2005, p. 587-594

¹⁵⁶⁴ G. GUGLIELMI, « L'histoire du droit administratif érigée en objet (2001-2006) », *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte (Annuaire d'histoire administrative européenne)*, 2007, p. 306.

¹⁵⁶⁵ Pour un exemple de la pérennité de cette réception : J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 13.

¹⁵⁶⁶ V. P. ROSANVALLON, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 1990, p. 19-21.

¹⁵⁶⁷ V. B. WUNDER, « L'administration territoriale des départements allemands annexés par l'Empire napoléonien », in M. PERTUÉ (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Orléans, Presses universitaires d'Orléans, 1998, p. 349-361 ; U. WOLTER, « Les réformes administratives en Bavière et en Prusse au début du XIXe siècle : l'exemple des chartes communales », in J. MOREAU et al. (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica, 1992, p. 123-133.

distinguer et d'affirmer une singularité germanique, a durablement influencé la perception allemande des institutions locales françaises selon laquelle la pensée française serait incapable de rendre dans toute sa portée le concept de « *Selbstverwaltung* »¹⁵⁶⁸.

Puissante et pérenne, cette réception l'est cependant aussi en France. En témoigne le commentaire de référence rédigé par Louis Favoreu sur la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1982 de censure partielle de la loi ayant réformé le contrôle étatique sur les actes locaux : « le Conseil constitutionnel souligne (...) sans ambiguïté qu'une « libre administration » n'est pas, en quelque sorte, une « administration souveraine ». Et ceci est conforme à notre tradition constitutionnelle et administrative, car depuis 1789, et même lors des périodes de grande décentralisation (...), il n'y a jamais eu suppression du contrôle administratif exercé préalablement par l'autorité étatique. La « Constitution administrative » qui sous-tend nos constitutions politiques successives depuis la Révolution a toujours inclus cette notion de contrôle administratif et de tutelle comme limite à l'autonomie locale (...). L'institution préfectorale fait en quelque sorte partie de la constitution administrative inclus, explicitement ou implicitement, dans les constitutions françaises depuis la fin du XVIIIe siècle. »¹⁵⁶⁹. On comprend mieux pourquoi la loi du 2 mars 1982, dont l'objet est précisément de réformer le contrôle étatique sur les actes locaux, a généralement été interprétée comme ayant profondément remis en cause ces équilibres en rompant avec la tradition administrative française¹⁵⁷⁰. Il est dès lors utile de porter plus spécialement notre attention sur cette loi et sur la décision du Conseil constitutionnel qui lui est afférente.

2) La tutelle après 1982 : rupture et pérennité de la « Constitution administrative française »

Généralement présentée comme l'acte I de la décentralisation, la loi du 2 mars 1982 opère, en plus d'importants transferts de compétences, trois principaux bouleversements dans

¹⁵⁶⁸ O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *op. cit.*, p. 14-15, citant à ce propos les propos de l'historien allemand Heinrich von Treitschke : « la langue française "a inventé la souveraineté, mais ne sait pas rendre la notion de *Selbstverwaltung*" ».

¹⁵⁶⁹ L. FAVOREU, « Décentralisation et constitution », *op. cit.*, p. 1280-1284.

¹⁵⁷⁰ Dans ce sens, par exemple J. GICQUEL, A. HAURIOU, P. GÉLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 171. Pour Bertrand Faure, cette loi porte la marque d'une rupture avec le passé et d'un saut qualitatif qui en fait certainement une des avancées majeures de toute la réforme : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 25. De même, pour Guy Carcassonne, il s'agit de « la réforme qui, durant les trente dernières années, a le plus profondément bouleversé le fonctionnement des pouvoirs publics en France » : G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, Paris, Seuil, 2017, 14^{ème} éd., p. 333 ; Y. JÉGOUZO, M. VERPEAUX, « Les collectivités territoriales », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Paris, Dalloz, 2011, p. 278-282.

l'organisation administrative française. Premièrement, elle transforme la région en collectivité territoriale de plein exercice. Deuxièmement, elle généralise l'élection des exécutifs des collectivités territoriales par les assemblées locales. Enfin, et c'est sur ce dernier aspect que se concentreront nos développements, elle réforme les modalités de mise en œuvre du contrôle étatique sur les actes des collectivités locales.

Cette réforme vient tout d'abord restreindre le contrôle étatique à un contrôle dit de « légalité ». Alors qu'il était jusqu'à alors juridiquement possible à l'autorité préfectorale d'exercer son contrôle en prenant en compte des éléments d'opportunité¹⁵⁷¹, le contrôle est désormais limité à une appréciation de la légalité des actes locaux. Par ailleurs, les cas de décisions locales soumises à approbation préalable, qui avait été toutefois déjà fortement réduits¹⁵⁷², le sont encore davantage. Pour autant, ceux-ci ne disparaissent pas totalement, contrairement à l'affirmation généralement faite à cet égard¹⁵⁷³. En troisième lieu, les actes ainsi que les conventions passées par les autorités locales deviennent exécutoires de plein droit¹⁵⁷⁴. En d'autres termes, l'entrée en vigueur de ces actes n'est désormais plus conditionnée par leur contrôle étatique préalable. Enfin, la compétence d'annulation dont disposait le préfet à l'égard des actes locaux est désormais supprimée, ceux-ci ne pouvant désormais plus qu'être déférés au contrôle du juge administratif. En résumé, d'un contrôle exercé a priori et incluant des buts d'opportunité, la loi crée un contrôle principalement a posteriori et restreint à l'examen de la légalité¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷¹ Ce contrôle d'opportunité visait « à procurer une bonne administration des collectivités décentralisées (...) parce que les autorités décentralisées peuvent manquer de la compétence et de l'expérience nécessaire, faire preuve de négligence ou de partialité » : G. VEDEL, P. DELVOVÉ, *Droit administratif*, t. 1, PUF, 1980, 7^{ème} éd., p. 818. V. également sur l'état du droit avant 1982 : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 705-706 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 195. Sur l'exclusion des buts d'opportunité du contrôle étatique, on se reportera aussi utilement aux articles 3 (cas du représentant de l'État) et 15 (cas du comptable) de la loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

¹⁵⁷² Loi n°70-1297 du 31 décembre 1970.

¹⁵⁷³ Dans le même sens, Y. JÉGOUZO, M. VERPEAUX, « Les collectivités territoriales », *op. cit.*, p. 316-317.

¹⁵⁷⁴ Article 2 de la loi n°82-213 du 2 mars 1982.

¹⁵⁷⁵ Il ne s'agit pas ici de présenter l'ensemble du régime de contrôle mais simplement les éléments ayant été réformés par la loi du 2 mars 1982. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces différents éléments plus en détail, voir *infra*.

Saisi de cette loi, le Conseil constitutionnel a rendu une décision de non-conformité partielle¹⁵⁷⁶ au motif que les nouvelles modalités d'exercice du contrôle étatique sur les actes locaux restreignaient voire privaient d'effets les prérogatives de l'État énoncées à l'alinéa 3 de l'article 72. Selon cet alinéa, « dans les départements et territoires, le délégué du Gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois »¹⁵⁷⁷. Or, rendre exécutoires les actes locaux avant même leur transmission au délégué du Gouvernement risquait selon le Conseil de porter atteinte à ces prérogatives. Il aura donc été nécessaire au législateur de revoir ce dispositif. Ce fut chose faite quelques mois plus tard avec l'adoption de la loi du 22 juillet 1982 qui subordonna l'entrée en vigueur d'une série d'actes locaux à leur transmission au représentant de l'État¹⁵⁷⁸.

De façon intéressante, le Conseil constitutionnel ne se contente, par ailleurs, pas seulement de renvoyer à l'article 72 alinéa 3 qui aurait sans doute pu suffire pour juridiquement fonder la censure de ladite loi¹⁵⁷⁹. Le juge constitutionnel prend en outre soin de souligner que « le principe de légalité exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit par lesquelles la Constitution adoptée par le peuple français a proclamé l'indivisibilité de la République, affirmé l'intégrité du territoire et fixé l'organisation des pouvoirs publics »¹⁵⁸⁰. Or, cette référence souligne que pour le Conseil constitutionnel français, le contrôle du représentant de l'État sur les actes locaux résulte, au fond, de l'indivisibilité de la souveraineté de l'État. C'est tout du moins l'analyse très largement majoritaire qui en a été retenue en doctrine¹⁵⁸¹. La souveraineté de l'État exigeant que l'autonomie locale s'exerce dans le respect des prérogatives étatiques, il appartient au législateur de veiller au maintien d'un contrôle étatique effectif des actes des collectivités locales en vue de garantir l'indivisibilité de l'État. Cependant, si notable qu'ait pu être cette décision, il convient d'en relativiser la portée. En effet, à l'étude, l'énoncé de la corrélation

¹⁵⁷⁶ Décision n°82-137 DC du 25 février 1982 (cons. 7 et 8). V. L. FAVOREU, « Note sous décision n°82-137 DC », *RDJ*, 1982, p. 1259 ; L. FAVOREU, L. PHILIPP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 136-149.

¹⁵⁷⁷ Il s'agit aujourd'hui de l'article 72 alinéa 6 de la Constitution française.

¹⁵⁷⁸ Une circulaire de mars 1982 précédera l'adoption de cette loi afin de fixer un premier cadre à l'exercice de contrôle. Depuis, cette liste a été révisée et raccourcie par la loi de 2004.

¹⁵⁷⁹ Voir la référence à la garantie des droits par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme dans la décision n°2004-490 DC du 12 février 2004 (cons. 110).

¹⁵⁸⁰ Décision n°82-137 DC du 25 février 1982 (cons. 3).

¹⁵⁸¹ V. notamment O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *op. cit.*, p. 50 ; R. DEBBASCH, A. ROUX, « L'indivisibilité de la République », in B. MATHIEU, M. VERPAUX (dir.), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 82-84.

généralement établie à partir de cette décision entre le principe d'indivisibilité de l'État et le pouvoir de surveillance s'avère limité à cette décision, le Conseil se contentant dans ses décisions ultérieures d'évoquer les prérogatives réservées à l'État par la Constitution et qui obligent l'autorité de surveillance¹⁵⁸².

En définitive, si nous avons déjà eu l'occasion de montrer dans le chapitre précédent à quel point les classifications doctrinales relatives aux différents contrôles étatiques – surveillance, pouvoir hiérarchique – étaient surdéterminées par les droits nationaux, force est ici de conclure à la même propension d'une grande partie de la doctrine française à se référer à la tradition administrative hexagonale pour justifier ses propositions théoriques relatives à la corrélation entre le contrôle étatique sur les actes locaux et la forme unitaire de l'État. Cette tendance à faire reposer ses concepts en fonction du substrat d'expériences politiques et sociales de la France mais aussi en se référant à une lecture historiographique de la Révolution française teintée de jacobinisme¹⁵⁸³ renvoie, au fond, à ce qu'Olivier Beaud nomme très justement le tropisme français du centralisme. Néanmoins, cette façon de considérer universelle des classifications qui sont au fond « gallocentrées » ne constitue pas une spécificité de la doctrine française et se retrouve tout autant dans la doctrine allemande.

§2 Forme fédérale de l'État et pouvoir de surveillance

Alors que la doctrine française conçoit le pouvoir de surveillance comme l'une des différences spécifiques de l'État unitaire, il est de prime abord paradoxal voire contradictoire que la doctrine allemande puisse également lier fédéralisme et pouvoir de surveillance. En vérité, la structure fédérale de l'État allemand n'exclut pas que soit fait référence au principe d'unité de l'État. Dans la doctrine allemande, l'unité de l'État renvoie d'une part à l'unité du peuple allemand dont doit procéder tout acte de puissance publique. Le pouvoir de surveillance sert alors à garantir un niveau de légitimation démocratique suffisant aux actes locaux (A). D'autre part, la soumission des actes des collectivités locales au pouvoir de surveillance permet d'assurer l'unité de la puissance étatique des *Länder* et ainsi de prévenir toute dégénérescence du dualisme étatique du fédéralisme allemand en « polycratie » (B).

¹⁵⁸² Par exemple : décision n°91-290 du 9 mai 1991 sur la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse (cons. 19) ; décision n°93-335 précitée (cons. 5).

¹⁵⁸³ V. *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

A. Le pouvoir de supervision communale dans la doctrine « étatico-unitariste » allemande

Il convient tout d'abord de faire retour sur cette idée communément admise dans la doctrine allemande qui consiste à voir dans le pouvoir de supervision communale « une émanation du principe d'unité de l'État »¹⁵⁸⁴ et en conséquence un « corollaire à l'autonomie locale » (I), ayant vocation à garantir la légitimité démocratique (II).

I. Le pouvoir de surveillance comme corollaire de l'autonomie locale

À l'instar de la doctrine française qui considère que le contrôle étatique serait indissociable de la libre administration des collectivités locales, la doctrine allemande définit le pouvoir de supervision communale comme la contrepartie naturelle des droits accordés aux collectivités locales, le corollaire de leur autonomie. Mais à la différence de l'argumentation doctrinale française qui déduit de la forme unitaire de l'État la nécessité absolue d'un tel contrôle, la doctrine allemande fonde son raisonnement sur la nécessité de maintenir la subordination des collectivités locales au sein de l'administration des *Länder* en vue de préserver l'unité matérielle de l'État et la légitimation démocratique des actes locaux.

Pour certains auteurs, cette conception renverrait à une conception unitariste de l'État révélatrice de l'influence de la Révolution française sur la pensée allemande qui lui serait pourtant intrinsèquement aux antipodes¹⁵⁸⁵. Tandis qu'il est en général fait crédit à la littérature juridique allemande d'avoir su penser le concept de fédéralisme ou de communauté (*Genossenschaft*) en raison du « substrat d'expériences politiques et sociales » de l'Allemagne¹⁵⁸⁶, on l'associe plus rarement avec le concept d'unité qui serait lui l'apanage de

¹⁵⁸⁴ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 472, en référence à des auteurs de générations ou d'écoles différentes, mais partageant tous cette même opinion tels que Lorenz von Stein, Ernst Forsthooff ou Joseph Isensee.

¹⁵⁸⁵ V. W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 465-468 et p. 473 ; J. ISENSEE, « Der Föderalismus und der Verfassungsstaat der Gegenwart », *AÖR*, 1990, p. 261-262. Sur les origines et malentendus de cette réception : H. HINTZE, *Staatseinheit und Föderalismus im alten Frankreich und in der Revolution*, *op. cit.*, p. 68-82.

¹⁵⁸⁶ Dans ce sens et en référence à Koselleck : O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *op. cit.*, p. 17 ; O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 335, note 2 : « Pour le fédéralisme américain, W. Brooke Greaves souligne ce lien essentiel entre le fédéralisme et « the importance of string, effective institutions of local government ». Mais on pourrait faire la démonstration pour les autres cas de fédéralisme. Inversement, la centralisation d'un État unitaire comme la France a partie liée avec l'absence d'esprit de localité, ce que des esprits fins comme Constant ou Tocqueville ont bien perçu ». V. également W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 27-30 et *passim*.

la doctrine française¹⁵⁸⁷. Pourtant, de nombreuses théories du fédéralisme se sont nourries des idées d’auteurs français et tout spécialement de celles de Montesquieu et Tocqueville, plus marginalement aussi de celles de Constant ou Proudhon. De même, on trouve dans la doctrine allemande des anciens et puissants courants de pensée qui placent la question de l’unité au centre de leurs préoccupations théoriques. Christoph Möllers en distingue deux principaux. Le premier serait affilié à la pensée de Carl Schmitt et avant lui à la doctrine publiciste impériale dite « du constitutionnalisme tardif » incarnée par Gerber et Laband, tandis que le second aurait pour figure de proue le père de la théorie de l’intégration, Rudolf Smend, et serait originellement affilié à la théorie des communautés¹⁵⁸⁸. Pour le premier, l’État serait une catégorie donnée, statique et close, pour le second, il serait une catégorie en construction, dynamique et ouverte. Indépendamment de ces différences notables, Christophe Möllers conclut que « depuis Hegel, le concept d’unité constitue une catégorie centrale de la théorie allemande de l’État »¹⁵⁸⁹, au point d’ailleurs d’être devenu, de façon encore plus prononcée dans la doctrine publiciste allemande de la République fédérale que dans celle de Weimar, une caractéristique constitutive du concept d’État¹⁵⁹⁰.

Il nous semble donc possible d’affirmer que les sources intellectuelles de cette conception unitariste de l’État puisent au moins autant si ce n’est davantage dans une tradition germanique remontant à la théorie de l’État de Hegel dont l’ascendant sur une partie importante de la doctrine allemande classique est notoire. À propos de la fonction du pouvoir de surveillance dans les rapports entre les corporations, les individus et l’État, Hegel écrit :

¹⁵⁸⁷ La France serait l’incarnation par excellence de l’unité, les deux auteurs les plus régulièrement cités à cet égard étant sans doute Bodin et Rousseau. Wolfgang Kahl renvoie également à ces deux auteurs, les considérant comme les représentants d’une « doctrine romane » qui s’opposerait à une doctrine spécifiquement germanique qui serait parfaitement illustrée par la théorie des communautés : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 423-427. Or, ceci revient à méconnaître l’importance des travaux de Tocqueville, Montesquieu, mais également de Constant ou de Proudhon, ainsi que l’a très bien démontré Hedwig Hintze dans sa thèse *Staatseinheit und Föderalismus im alten Frankreich und in der Revolution*. L’ancien juge à la Cour constitutionnelle Brun-Otto Bryde dans son rapport prononcé à la prestigieuse réunion annuelle de l’association des Professeurs allemands de droit public argumente également dans le sens d’une opposition entre la France et l’Allemagne : « L’unité n’est guère le premier mot qui vient à l’esprit quand on pense à l’administration allemande (...). À la différence des États invariablement marqués par le mythe de l’unité (France, Grande Bretagne) (...), l’organisation administrative de la République fédérale tend à la pluralisation, et ce déjà en raison des prescriptions constitutionnelles » : B.-O. BRYDE, « Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem », *VVDStRL*, n°46, 1988, p. 186-187. Sur l’association entre la France et la référence à la République « une et indivisible » au moment des controverses sur la forme unitaire ou fédérale de la République de Weimar : E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, *op. cit.*, t. 6, p. 55.

¹⁵⁸⁸ C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, *op. cit.*, p. 230.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 228.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 230.

« L'État est le rationnel en soi et pour soi. Cette unité substantielle est une fin en soi absolue. Elle a le droit suprême en face des individus, dont le premier devoir est d'être membres de l'État. Dans l'État moderne, les individus n'ont qu'une part restreinte aux affaires générales de l'État. Il est pourtant nécessaire d'assurer à l'homme moral, en dehors de ses buts privés, une activité universelle. C'est dans la corporation qu'il trouve la possibilité de cette activité universelle que l'État ne lui fournit pas toujours (...). Sans doute, celle-ci doit être placée sous la haute surveillance de l'État, parce qu'autrement, elle se sclérose, se replie sur elle-même, et dégénère en une misérable caste »¹⁵⁹¹. Cette conception sublimant l'unité de l'État a servi d'inspiration en particulier aux idées de deux importants auteurs de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle qui comptent parmi les premiers à avoir élaboré une théorie de l'État appliquée aux sciences communales et en particulier au pouvoir de surveillance : Rudolf von Gneist et Lorenz von Stein. Dans un certain esprit de filiation avec les idées de Hegel¹⁵⁹², Lorenz von Stein soutient que la supervision communale incarne le « grand corollaire de l'autonomie »¹⁵⁹³, formule qui depuis sert classiquement à justifier la fonction du pouvoir de surveillance. Cette fonction est de veiller au maintien de l'unité de l'État et de son administration qu'il voit précisément menacé par l'autonomie des corps intermédiaires : c'est la crainte d'un morcellement et d'un démantèlement de l'État face aux intérêts particuliers qui fonde cette présentation du pouvoir de surveillance comme le corollaire de l'autonomie. Que cette définition du pouvoir de surveillance comme le « corollaire » de l'autonomie soit, malgré les variations qu'elle a connu depuis, toujours dominante dans la doctrine contemporaine met en tous cas en lumière la pérennité de cette conception unitariste dans la littérature juridique allemande¹⁵⁹⁴.

¹⁵⁹¹ G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Vrin, 1998 (1821), § 255, p. 257.

¹⁵⁹² Dans ce sens : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 138. Sur la communauté de vue entre Hegel et Lorenz von Stein : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 135-142. S. FLOGAÏTIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, *op. cit.*, p. 70-72. V. pour un jugement plus nuancé : J.-F. KERVÉGAN, « L'État après Hegel : le dépassement social du politique », in S. GOYARD-FABRE (dir.), *L'État moderne (1715-1848)*, Paris, Vrin, 2000, p. 291-305. Sur Lorenz von Stein, v. également la traduction récente d'un article précieux d'Ulrich Scheuner datant de 1978 : U. SCHEUNER, « L'État, la formation et le contrôle des associations dans l'Allemagne du XIXe siècle », *Trivium*, n°21, 2016 ; pour la version originale : U. SCHEUNER, « Staatliche Verbandsbildung und Verbandsaufsicht in Deutschland im 19. Jahrhundert », *Der Staat*, Numéro spécial n°2, 1978 (*Gesellschaftliche Strukturen als Verfassungsproblem. Intermediäre Gewalten, Assoziationen, Öffentliche Körperschaften im 18. und 19. Jahrhundert*), p. 97-121.

¹⁵⁹³ L. v. STEIN, *Die Verwaltungslehre*, t. 1, 2^{ème} partie, Stuttgart, Cotta, 1865, p. 69.

¹⁵⁹⁴ Pour un exemple : E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p. 704. Il convient cependant ici de souligner que Lorenz von Stein insiste sur la nécessité de limiter le pouvoir de surveillance au strict contrôle du respect de la loi, cherchant ainsi à restreindre les formes de contrôle a priori, contrairement par exemple à la position de Rudolf von Gneist. Sur ces différences : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 138-145. Preuves

En plus d'être majoritaire en doctrine, cette formule du « corollaire » a été littéralement reprise tout d'abord dans la jurisprudence de la Cour administrative fédérale¹⁵⁹⁵ puis dans celle de la Cour constitutionnelle fédérale. Celle-ci évoluera cependant dans sa définition : considérant au départ que le « pouvoir de supervision communale n'est pas un élément de la libre administration, mais son corollaire »¹⁵⁹⁶, elle précisera près de deux décennies plus tard qu'il constitue plus exactement le corollaire « constitutionnellement imposé » de l'autonomie locale, semblant dorénavant le déduire moins de l'unité ontologique de l'État que d'une prescription constitutionnelle¹⁵⁹⁷.

II. L'unité de l'État et l'exigence de « légitimation démocratique » des actes locaux

Reformulé à partir de la fin des années 1980 à l'aune du principe démocratique et de la théorie dite de « la chaîne de légitimation », l'impératif de garantir l'unité de l'État et plus singulièrement l'unité de l'administration a depuis fait l'objet d'un puissant regain d'intérêt en doctrine¹⁵⁹⁸ et en jurisprudence¹⁵⁹⁹. Développée à l'origine par Ernst Wolfgang

de la pérennité de cette formule dans la doctrine allemande, on la retrouve par exemple dans les travaux de Hans Peters, Arnold Köttgen, Werner Weber, Hans Peter Ibsen, ces auteurs ayant notamment pour point commun de défendre une position dite « étatiste ». V. en ce sens : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 202-320 ; S. FLOGAÏTIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, *op. cit.*, p. 70-80. V. également, H. H. KLEIN, « Demokratie und Selbstverwaltung », *Festschrift Forsthoff*, Munich, C. H. Beck, 1972, p. 180.

¹⁵⁹⁵ Décision du 18 novembre 1955, BVerwGE 2, 329 (334).

¹⁵⁹⁶ Décision relative à la constitutionnalité de la clause dite des 5% pour les élections locales : Décision du 23 janvier 1957, BVerfGE 6, 104 (118).

¹⁵⁹⁷ ERICHSEN, « Kommunalaufsicht – Hochschulaufsicht », *DVBl.*, 1985, p. 944. De façon générale, ce changement tend sans doute à s'intégrer dans l'évolution globale de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle vis-à-vis de l'autonomie locale. Fortement unitariste dans les premières années de la République fédérale d'Allemagne, la Cour est devenue à partir des années 1980, notoirement plus encline à renforcer l'autonomie des collectivités locales. Sur ce point : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 320-330. V. également, C. PESTALLOZZA, « Die Sicherung des Selbstverwaltungs in der Verfassungsgerichtbarkeit », *in Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg-Christoph Unruh, Heidelberg, 1983*, p. 1057-1075. V. cependant, à propos de la décision du 20 décembre 2007 relative aux agences de retour à l'emploi (*Jobcenter*) : F. SCHOCH, « Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch das Bundesverfassungsgericht ? », *DVBl.*, 2008, p. 937-946.

¹⁵⁹⁸ Sur le principe démocratique comme fondement – contestable – du principe d'unité de l'État et de l'administration : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 477-493. Ce thème a fait l'objet de deux contributions et de débats lors de la réunion annuelle des Professeurs allemands de droit public de 1987 : G. HAVERKATE, « Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem », *VVDStRL*, n°46, 1988, p. 217-258 ; B.-O. BRYDE, « Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem », *op. cit.*, p. 181-216.

¹⁵⁹⁹ On peut citer ici en particulier les deux décisions sur le droit de vote des étrangers d'octobre 1990 : BVerfGE 83, 37 (50-58) et BVerfGE 83, 60 (71-75). On peut également citer la décision du 24 mai 1995 sur la loi relative aux attributions du Conseil des représentants du personnel de Schleswig-Holstein : BVerfGE 93, 37 (66-74). Plus récemment, la jurisprudence a évolué notamment dans le cas des attributions données aux « organisations fonctionnellement autonomes » : décision du 5 décembre 2002 *Lippenverband* BVerfGE 107, 59 (86-101) ; décision du sur les caisses de notaires du 13 juillet 2004 : BVerfGE 111, 191 (216-217). Sur

Böckenförde¹⁶⁰⁰, cette théorie s'appuie au départ sur le principe de « souveraineté nationale »¹⁶⁰¹ (*Volkssouveränität*) contenu à l'article 20 alinéa 2 de la Loi fondamentale allemande et aux termes duquel « tout acte étatique doit procéder de la volonté du peuple ». De cela découle que tout acte de puissance publique de l'administration doit s'inscrire dans une chaîne de légitimation ininterrompue (*ununterbrochene Legitimationskette*) assurant la soumission de l'administration au peuple¹⁶⁰². Dès lors, deux questions se posent : qu'entendre par « peuple » et sous quelles formes peut-on assurer cette exigence de légitimation démocratique des actes des organes d'État ?

Épousant cette théorie à partir de ses deux décisions d'octobre 1990 censurant l'octroi du droit de vote aux étrangers aux élections locales, la Cour constitutionnelle fédérale apporta

l'évolution de cette jurisprudence, v. R. WIEDEMANN, « Les autorités administratives indépendantes et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale sur la légitimation démocratique », in G. MARCOU, J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p. 53-64 ; V. également en matière d'autonomie locale la décision du 20 décembre 2007 sur les « jobs center » : BVerfGE 119, 331 (366-367).

¹⁶⁰⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Demokratie als Verfassungsprinzip », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, 3^{ème} éd., § 24, p. 429-496. Cette contribution a été initialement publiée dans le tome 1 de ce traité, en 1987. Pour une critique radicale de la conception défendue par Böckenförde : B.-O. BRYDE, « Die Bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie », *Staatswissenschaft und Staatspraxis*, 1994, p. 305-330 ; voir également les contributions réunies dans l'ouvrage collectif par la rédaction de la revue *Kritische Justiz : Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung*, Baden-Baden, Nomos, 2000. Sur les controverses entre conceptions unitaire et pluraliste de la démocratie et la thématique du niveau de légitimation démocratique de l'action de l'administration, v. les contributions de MM. PIEROTH, HEUSCHLING, GUSY et MARCOU lors de la réunion du Cercle franco-allemand pour le droit public publiées dans le n°16 de la *Revue Universelle des Droits de l'Homme (RUDH)* en 2004 ainsi qu'en allemand dans la revue *Europäische Grundrechte (EuGRZ)* de 2006, n°12-16. Les travaux autour du principe de démocratie sont pléthoriques dans la doctrine allemande. Parmi les plus régulièrement cités, on peut nommer : H. DREIER, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1991 ; M. JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993. Parmi les travaux plus récents : A. HANEBECK, *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004 ; S. BREDT, *Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006 ; S. UNGER, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.

¹⁶⁰¹ On reprend ici la traduction proposée par Christian Autexier, le concept français de « souveraineté nationale » nous semblant en effet rendre plus justement le concept de « *Volkssouveränität* » que celui de « souveraineté du peuple » : C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand, op cit.*, p. 92. En plus du caractère essentiellement représentatif de la démocratie allemande, la conception dont s'inspire la Loi fondamentale allemande part bien du principe de l'unité nationale du peuple allemand : J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 37.

¹⁶⁰² En langue française, on se reportera utilement : S. DAGRON, « La théorie allemande de la légitimité démocratique de l'administration », *Revue européenne de droit public*, 2006, n°18, p. 1279-1309 ; E. SCHMIDT-AßMANN, S. DAGRON, « Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand », *RFAP*, 2008, n°127, p. 532-533 ; O. LEPSIUS, « La science du droit public et la démocratie », *Jus politicum*, n°4, 2010.

des éclaircissements à propos de ces deux questions¹⁶⁰³. Elle y définit tout d'abord le peuple comme « un groupe d'individus constituant une *unité* »¹⁶⁰⁴. Ce peuple, précise la Cour toujours dans sa première décision, c'est « le peuple de l'État (*Staatsvolk*) de la République fédérale d'Allemagne » qui est constitué des personnes de nationalité allemande, conformément à l'article 116 de la Loi fondamentale¹⁶⁰⁵. Reprenant dans sa seconde décision la classification élaborée par Böckenförde, la Cour distingue en outre deux principaux types de légitimation démocratique des actes des organes d'État : la légitimation « personnelle » (*organisatorisch-personnell*) et la légitimation « matérielle » (*sachlich-inhaltlich*)¹⁶⁰⁶. La première exige une chaîne de nomination ininterrompue des agents publics à l'élu politique tandis que la seconde renvoie pour l'essentiel aux procédures contribuant à assurer le respect de la volonté du peuple allemand telle qu'exprimée par la loi parlementaire¹⁶⁰⁷.

Or, pour une majorité de la doctrine allemande, les élections locales allouent aux organes locaux un certain niveau de légitimation démocratique qui n'est cependant pas identique à celui octroyé par les élections aux Parlements fédérés ou à la Diète fédérale. En effet, s'il existe un peuple fédéral et un « peuple partiel » (*Teilvolk*) dans les *Länder*¹⁶⁰⁸, il n'existe pas, dans le même sens, de peuple local¹⁶⁰⁹. Alors que les *Länder* et la Fédération disposent d'une puissance d'État originaire, les collectivités locales ne possèdent pas de qualité équivalente.

¹⁶⁰³ La jurisprudence de la Cour porte néanmoins sur ce point encore la marque des travaux du Professeur Böckenförde qui était à cette époque précisément en poste à la Cour constitutionnelle fédérale.

¹⁶⁰⁴ Décision du 31 octobre 1990 sur le droit de votes étrangers (I), BVerfGE 83, 37 (51 ; nous soulignons).

¹⁶⁰⁵ Décision précitée BVerfGE 83, 37 (51-52).

¹⁶⁰⁶ Décision du 31 décembre sur le droit de vote des étrangers (II), BVerfGE 83, 60, 72. Une autre forme de légitimation démocratique est également évoquée : la légitimation fonctionnelle-institutionnelle. Sur ce point, v. E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Demokratie als Verfassungsprinzip », *op. cit.*, § 24, p. 437-438 ; H. DREIER, « Artikel 20 : Demokratie », in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, t. 2, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, 2^{ème} éd., p. 86 ; W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 484.

¹⁶⁰⁷ S. DAGRON, E. SCHMIDT-ABMANN, « Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand », *op. cit.*, p. 532.

¹⁶⁰⁸ Sur le concept de « peuple partiel » (« *Teilvolk* ») comme constituant l'ensemble des destinataires d'une norme locale habilités à en déterminer le contenu : H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 181. Ce concept est amendé par Hans Hugo Klein et après lui Joseph Isensee qui préfèrent parler de « *Volksteile* » (démembrements du peuple) et non de « *Teilvölker* » à propos des « peuples des *Länder* » (*Landesvolke*), ceci afin de souligner qu'il n'y a justement pas de peuple des *Länder* comme source autonome de légitimation démocratique. Ceux-ci ne sont légitimés à agir qu'en ce qu'ils sont justement un démembrement du peuple dans son ensemble, autorisés à exercer la puissance publique en vertu d'une habilitation accordée par le peuple dans son ensemble (*Gesamtvolk*) : H. H. KLEIN, « Demokratie und Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 177 ; J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁰⁹ V. E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Demokratie als Verfassungsprinzip », *op. cit.*, § 24 p. 445-450 ; A. TSCHENSCHER, « Demokratische Legitimation der dritten Gewalt », Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 94-95 ; H. DREIER, « Artikel 20 : Demokratie », *op. cit.*, p. 94 ; D. MERTEN, « Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat », *VVDStRL*, n°55, 1995, p. 34.

Les assemblées des collectivités locales ne sont donc pas considérées comme relevant du pouvoir législatif, mais du pouvoir exécutif et sont dès lors assimilées à de « simples » organes administratifs, à une administration apolitique¹⁶¹⁰. Les propos d'Ernst-Wolfgang Böckenförde à cet égard illustrent parfaitement cette conception étatiste et administrative de l'autonomie locale. Pour ce dernier, si l'article 28 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale précise certes que « dans les *Länder*, les arrondissements et les communes, le peuple doit avoir une représentation issue d'élections au suffrage universel direct, libre, égal et secret », cette formule n'aurait nullement pour objet de « constituer les arrondissements et les communes en communauté politique autonome », à en faire en quelque sorte, à côté des *Länder* et du *Bund*, un « troisième pilier de l'ordre fédéral ». Elle ne permet pas d'élever la communauté des citoyens des collectivités locales au rang de « peuple (*Staatsvolk*) à l'échelon local ». Elle n'a en vérité pour objet que de contribuer, en créant des structures de légitimation démocratique analogues à celle du peuple, « à la démocratisation de l'administration, en cela que la communauté citoyenne locale (*Bürgerallgemeinheit*) est ainsi invitée à participer activement à l'exécution des tâches d'administration publique à l'échelon local »¹⁶¹¹.

Le défaut de légitimation démocratique personnelle qui en résulte est alors matériellement compensé par le fait que les collectivités locales doivent agir dans le cadre des lois. Elles ne sont pas habilitées à porter atteinte aux droits fondamentaux et ne peuvent procurer de légitimation matérielle par le vote d'une loi parlementaire ou de légitimation personnelle par la nomination de fonctionnaires¹⁶¹². L'autonomie locale est ainsi subordonnée au programme d'action déterminé par le législateur. Son respect est contrôlé au moyen du pouvoir de supervision exercé par les organes centraux. En conséquence, ce pouvoir accorde une légitimation démocratique complémentaire à celle, partielle, dont disposent directement les collectivités locales à travers l'élection de leurs représentants. Autrement dit, et c'est ce qu'il importe de souligner, le contrôle étatique constitue un moyen primordial d'assurer la légitimation démocratique des organes locaux et, ce faisant, de veiller à la préservation de l'unité de l'État¹⁶¹³. En contrepoint et comme nous le verrons plus loin, le contrôle de la

¹⁶¹⁰ V. sur les origines de cette conception sous la République de Weimar : H. DREIER, « Art. 28 : Homogenitätsgebot ; kommunale Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 66-69.

¹⁶¹¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Demokratie als Verfassungsprinzip », *op. cit.*, p. 450. Dans le même sens : H. H. KLEIN, « Demokratie und Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 176-177.

¹⁶¹² C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, *op. cit.*, p. 372.

¹⁶¹³ *Contra* : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 477.

Fédération sur les collectivités fédérées n'est en revanche pas censé remplir cette fonction car autant le *Bund* que les *Länder* disposeraient des procédures de légitimation démocratique originaires leur permettant d'exercer leurs prérogatives de puissance publique. Le *Bund* et les *Länder* disposent en outre d'un mandat de politique générale qui ferait défaut aux collectivités locales, la formation de leur volonté politique ne se restreignant pas au catalogue des compétences fixées dans la Loi fondamentale¹⁶¹⁴. Ceci rejoint la position défendue par un autre membre de l'école schmittienne : Hans Hugo Klein. Ancien juge à la Cour constitutionnelle fédérale entre 1983 et 1996 comme Böckenförde, Klein avait rédigé sa thèse d'habilitation auprès d'Ernst Forsthoff. Dans un article publié aux *Mélanges Forsthoff* en 1972 mais aujourd'hui encore régulièrement cité et intitulé « Démocratie et auto-administration », Klein rejette l'idée de « peuple » local, quand bien même l'article 28 alinéa 2 de la Loi fondamentale emploie y fait référence. Il ajoute de façon intéressante : « Reconnaître la somme des membres d'une organisation auto-administrée comme source autonome de légitimation de la puissance publique rend difficilement justifiable l'institution du pouvoir de surveillance car qu'est-ce qui dans ce cas expliquerait alors que la source de légitimation plus lointaine soit supérieure à celle plus proche, ou permettrait de postuler la compétence-compétence de l'organisation plus large. »¹⁶¹⁵.

En résumé, on peut dire que la qualité d'État suppose son unité qui implique à son tour l'unité de l'appareil d'État, de son organisation administrative¹⁶¹⁶. Or, l'exécution, la concrétisation de la volonté étatique ne relève en pratique jamais d'une instance centrale omnipotente, mais bien des corps intermédiaires. La structure de l'administration est donc traditionnellement « plurale » : elle est divisée en une pluralité d'organes centraux et non-centraux dont certains – parmi lesquels les collectivités locales – disposent en outre d'une autonomie normative. La fonction du pouvoir de surveillance est par conséquent de concilier l'impératif d'unité de l'État et cette pluralité de structures étatiques en garantissant un niveau de légitimation démocratique suffisant aux actes des organes locaux.

¹⁶¹⁴ Dans ce sens, C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, *op. cit.*, p. 372. Également M. JESTAEDT, « Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts », *op. cit.*, p. 918-919. Dans un sens plus nuancé à l'endroit des *Länder* : H. DREIER, « Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts », in R. WALTER (dir.), *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien*, Vienne, MANZ, 1990, p. 73. V. sur ce point : A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 355.

¹⁶¹⁵ H. H. KLEIN, « Demokratie und Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 177.

¹⁶¹⁶ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 477-478.

B. Le maintien du dualisme étatique de la structure fédérale de l'État allemand

On comprend dès lors mieux que dans cette conception « étatico-unitariste », toute extension du champ de compétence des collectivités locales soit perçue comme une atteinte à la puissance étatique des États fédérés et une menace pour l'unité de l'État. Ceci est parfaitement formulé par Ernst Forsthoff : « L'administration autonome n'a uniquement de sens que si (et tant que) elle sert l'intégration de l'État et qu'aucune autre forme administrative davantage appropriée à cette fonction n'est concevable et réalisable. »¹⁶¹⁷. L'émancipation des collectivités locales conduirait sinon au morcellement de l'État et à la polycratie¹⁶¹⁸. De cela, il résulte que les collectivités locales sont, d'une part, traditionnellement définies comme étant subordonnées aux collectivités fédérées qui disposeraient elles de la qualité d'État (I). Dès lors, le pouvoir de surveillance s'exerçant sur les collectivités locales serait à son tour de nature différente que celui s'exerçant sur les collectivités fédérées (II).

I. La subordination des collectivités locales à l'État

1) L'insertion des collectivités locales dans l'administration médiate d'État

Dans la doctrine allemande, la subordination des collectivités locales s'exprime principalement dans l'affirmation selon laquelle elles ne constituent pas un troisième niveau étatique (*dritte Ebene der Staatlichkeit*) équivalent à ceux de la Fédération et des collectivités fédérées. Au contraire, elles s'intègrent au sein de « l'administration médiate des États fédérés »¹⁶¹⁹ (*mittelbare Landesstaatsverwaltung*), laquelle désigne, selon la définition classique qu'en donne Ernst Forsthoff, « l'administration des affaires étatiques effectuée non

¹⁶¹⁷ E. FORSTHOFF, « Um die kommunale Selbstverwaltung », *Zeitschrift für Politik*, 1932, p. 250. Dans ce sens également, dénonçant à la même époque le risque de la « polycratie » en lien avec l'administration locale : C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 4^{ème} éd. (1931), p. 71-72, p. 94-96.

¹⁶¹⁸ E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand, op. cit.*, p. 687.

¹⁶¹⁹ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 443 ; M. JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung. Entscheidungsteilnahme Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie*, Berlin, Duncker und Humblot, 1993, p. 83-96 ; C. AUTEXIER, *Droit public allemand, op. cit.*, p. 199-213 ; S. FLOGAÏTIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie, op. cit.*, p. 119-122.

par des autorités dépendant directement de l'État, mais par des organismes autonomes, c'est-à-dire jouissant de la personnalité morale »¹⁶²⁰.

Avec cette incorporation des collectivités locales et de l'autonomie locale au sein de l'administration médiata d'État, c'est tout d'abord leur incorporation au sein des activités étatiques – et non sociétales – que l'on cherche à décrire¹⁶²¹. Ce concept traduit le rejet de la théorie d'un pouvoir municipal fondé sur de prétendus droits naturels des collectivités locales qui ferait d'elles des organes situés en dehors de la sphère étatique¹⁶²². Mais surtout, ce rattachement à l'administration des *États fédérés* pointe le rapport de sujétion censé exister au sein de l'ordre fédéral entre les collectivités fédérées et les collectivités locales. Rudolf Smend, l'un des grands juristes de la République de Weimar, père de la doctrine de l'intégration, signalait déjà cette relation d'inclusion en la comparant d'ailleurs avec celle unissant les *Länder* à l'Empire. « L'Empire, écrit Smend, procède principalement en cela qu'il *s'intègre à partir des Länder*, que ceux-ci le constituent – au contraire des collectivités locales, qui sont des *institutions techniques auxiliaires de l'État dirigées par lui au moyen de son pouvoir de supervision*. »¹⁶²³.

Instrument assurant l'intégration de l'administration locale autonome au sein de l'administration médiata des *Länder*¹⁶²⁴, le pouvoir de supervision communale de l'État sert en définitive à préserver l'unité de l'État en évitant que les communes ne se transforment en

¹⁶²⁰ À la différence de l'édition française du Traité de droit administratif allemand, nous ne traduisons pas « staatliche Aufgabe » par affaires publiques, mais bien par affaires étatiques, la controverse en doctrine portant précisément sur le caractère nécessairement étatique des missions prises en charge par les structures administratives autonomes : E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand, op. cit.*, p. 679. Pour la version originale en langue allemande : E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Munich, C. H. Beck, 10^{ème} éd., 1973, p. 478. Pour la majorité de la doctrine contemporaine, l'administration médiata d'État est celle en charge de l'exécution des affaires étatiques, les affaires locales y appartenant de droit dans la mesure où elles sont, dans une analyse d'ensemble, imputées à l'État au sens large. Pour une définition plus moderne détachée du critère de la personnalité morale et plus généralement sur l'état de la doctrine allemande par rapport à cette classification, v. M. JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, op. cit.*, p. 88.

¹⁶²¹ Dans ce sens, *Ibid.*, p. 87 ; v. également W. SCHMITT GLAESER, « Partizipation an Verwaltungsentscheidungen », *VVDStRL*, n°31, 1973, p. 197 ; J. SALZWEDEL, « Staatsaufsicht in der Verwaltung », *VVDStRL*, n°22, 1963, p. 222.

¹⁶²² E. FORSTHOFF, *Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat, op. cit.*, p. 59 ; E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand, op. cit.*, p. 547.

¹⁶²³ R. SMEND, « Verfassung und Verfassungsrecht », in R. SMEND (dir.), *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, 2^{ème} éd., p. 119 (nous soulignons). Sur la théorie de l'intégration de Smend, v. C. MÖLLERS, *Staat als Argument, op. cit.*, p. 100-111.

¹⁶²⁴ *Contra* : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 446 ; F.-L. KNEMEYER, « Das verfassungsrechtliche Verhältnis der Kommunen zueinander und zum Staat », *DVBl.*, 1984, p. 28.

« Républiques dans la République »¹⁶²⁵, conformément à la formule jadis employée par le Baron Charles Henri de Stein (*Heinrich Friedrich Karl Reichsfreiherr vom und zum Stein*) lors de l'élaboration du code communal de Prusse de 1808¹⁶²⁶. Cette relation de subordination des collectivités locales vis-à-vis des *Länder* a en outre été consolidée par la jurisprudence constitutionnelle et, dans une certaine mesure, par la réforme du fédéralisme allemand intervenue en 2006.

2) La subordination des collectivités locales comme expression du résidu d'étatité des Länder

Définir la place des collectivités locales dans la structure territoriale de l'État impose de faire retour sur les dispositions de la Loi fondamentale qui l'organisent. Conformément aux normes constitutionnelles de répartition des compétences législatives¹⁶²⁷, ce sont les *Länder* qui possèdent la compétence exclusive en matière d'organisation territoriale. Les États fédérés allemands « sont libres d'organiser comme ils l'entendent le régime des entités locales »¹⁶²⁸, sous réserve, toutefois, des dispositions de la Loi fondamentale relatives à l'autonomie locale¹⁶²⁹. Cette liberté a en outre été renforcée lors de la révision constitutionnelle entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2006¹⁶³⁰. Depuis cette révision et sauf disposition constitutionnelle contraire¹⁶³¹, interdiction est dorénavant faite au législateur fédéral de transférer des compétences aux communes et aux arrondissements¹⁶³² (*Kreis*). Par

¹⁶²⁵ *Ibid.*, p. 28.

¹⁶²⁶ Généralement considéré comme l'acte de naissance du droit des collectivités locales à s'administrer librement, le code de 1808 porte la marque de son initiateur, le baron d'Empire Heinrich Friedrich Karl vom und zum Stein (1757-1831) aux dires duquel l'instauration d'un pouvoir de surveillance s'impose afin d'éviter que n'émerge un « ensemble de petites Républiques ». Contrairement à la volonté de son collaborateur, Theodor von Schön, qui s'employa à défendre l'idée que les communes étaient « majeures » et qu'il était donc inutile d'intégrer dans le code des dispositions relatives au pouvoir de surveillance de l'État, le Baron vom Stein insista pour que ces dispositions figurent au contraire dès les premiers articles dudit code (§1 et 2) : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 77-78. Ainsi, l'acte de naissance du droit des collectivités locales à s'administrer librement commence, de façon assez remarquable mais largement méconnue, par l'évocation du pouvoir étatique de surveillance.

¹⁶²⁷ Art. 30, art. 70 et suivants de la Loi fondamentale. Dans ce sens récemment avec un cas de censure : Décision du 20 décembre 2007 sur les « Job center » : BVerfGE 119, 331.

¹⁶²⁸ C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droit constitutionnels européens*, *op. cit.*, p. 306-307.

¹⁶²⁹ Art. 28 alinéas 2 et 3 de la Loi fondamentale.

¹⁶³⁰ Loi de révision de la Loi fondamentale du 28 août 2006, *Bundesgesetzblatt* 2006, Première partie, n° 41, p. 2034 et suivantes.

¹⁶³¹ Un tel cas de co-administration existe dans le cas des centres de retour à l'emploi depuis l'introduction de l'article 91e alinéa 2 de la Loi fondamentale.

¹⁶³² Article 84 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale, 6^{ème} phrase. Jusqu'alors, la Cour constitutionnelle fédérale considérait que dans les cas d'une loi fédérale exécutée au nom de la Fédération, celle-ci disposait d'une

conséquent, les *Länder* « font écran » entre le *Bund* et les collectivités locales. Cette médiatisation revient à conforter le rapport de subordination des collectivités locales allemandes vis-à-vis des collectivités fédérées. Enfin, une interprétation dite « systématique » de la loi fondamentale (*systematische Auslegung*) et généralement reprise dans la dogmatique allemande tend à confirmer cette subordination, l'article posant le principe d'autonomie locale figurant parmi les prescriptions devenant être respectées par les constitutions fédérées¹⁶³³.

Il en résulte qu'en matière de supervision communale, seuls les *Länder* disposent de la compétence d'exercer leur contrôle directement sur les actes des collectivités locales. Ainsi en a tout du moins décidé la Cour constitutionnelle dès la fin des années 1950 dans sa décision précitée portant sur les referendums locaux relatifs au réarmement de l'Allemagne qu'avaient organisés plusieurs communes hessoises¹⁶³⁴. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle fédérale prit le soin d'indiquer dans un *obiter dictum* que « le gouvernement fédéral ne dispose en vertu de l'ordre fédéral instauré par la Loi fondamentale d'aucun droit direct d'ingérence (*Durchgriff*) vis-à-vis des collectivités locales : il n'y a pas de supervision fédérale sur les collectivités locales (*Bundeskommunalaufsicht*) »¹⁶³⁵. Ce faisant, elle soulignait déjà que les *Länder* font écran entre le *Bund* et les collectivités locales : ce sont eux et eux seuls qui disposent du monopole du contrôle étatique direct sur les actes des collectivités locales.

En veillant à intégrer les collectivités locales au sein de la puissance étatique des collectivités fédérées, la Cour constitutionnelle fédérale a donc elle aussi contribué à consolider l'étaticité des *Länder*¹⁶³⁶. Il est en effet de jurisprudence constante que les

compétence annexe ponctuelle l'autorisant à transmettre des obligations aux collectivités locales afin d'assurer la bonne exécution des dispositions matérielles de la loi fédérale. Pour un exemple dans lequel la Cour ne reconnaît pas un tel besoin, v. la décision du 18 juillet 1967 relative à l'aide sociale à la jeunesse : BVerfGE 22, 180 (210). Pour un exemple après la révision constitutionnelle de 2006 : voir la décision précitée BVerfGE 119, 331. Sur la réforme de 2006 : M. FROMONT, « La réforme du fédéralisme allemand de 2006 », *op. cit.*, p. 227-248 ; A. LE DIVELLEC, P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2015, p. 727-740.

¹⁶³³ Par ailleurs, l'intitulé du deuxième titre de la Constitution soit « La fédération et les *Länder* » sans mention des collectivités locales est supposé conforter ce rapport de subordination.

¹⁶³⁴ Décision du 30 juillet 1958 relative aux referendums locaux organisés par plusieurs communes du *Land* de Hesse alors dirigées par le SPD et portant sur l'opportunité de disposer sur le sol allemand de bases militaires équipées d'armes nucléaires : BVerfGE 8, 122.

¹⁶³⁵ BVerfGE 8, 122 (137).

¹⁶³⁶ Il ne s'agit cependant pas ici de dire que la jurisprudence constitutionnelle fédérale a continuellement favorisé les *Länder* vis-à-vis du *Bund*. Une vue d'ensemble sur cette question nécessite de prendre en compte

collectivités locales sont intégrées au sein de la puissance des États fédérés et relèvent, comme nous venons de le voir, de leur pouvoir d'organisation territoriale. Même si on ne recense qu'une seule décision qui définit explicitement les collectivités locales à la manière de la doctrine dominante, c'est-à-dire comme formant « une composante de *l'administration médiate d'État* des *Länder* »¹⁶³⁷, la jurisprudence constitutionnelle fédérale se réfère implicitement à cette idée dans la majorité de ces décisions relatives à l'autonomie locale¹⁶³⁸.

II. La comparaison entre la surveillance communale et la surveillance fédérale

De la différence de nature censée opposer les collectivités locales aux collectivités fédérées s'ensuit que, pour une majorité de la doctrine allemande contemporaine, « transposer à la supervision de l'Empire des énoncés juridiques relatifs à la supervision communale aboutirait à formuler des dizaines d'affirmations grotesques et sans fondement »¹⁶³⁹. C'est du moins ce affirmait jadis Heinrich Triepel à l'encontre des thèses d'Albert Hänel et Paul Laband consistant à assimiler les Etats membres de l'Empire allemand à des collectivités locales, du moins dans l'exercice de certaines compétences. En d'autres termes, la différence de nature existant entre collectivité fédérée et collectivité locale se répercuterait sur le contrôle portant sur les actes des collectivités fédérées et locales, la doctrine allemande argumentant dans ce sens de façon convergente avec la doctrine française.

Du contrôle fédéral s'exerçant sur les actes des collectivités fédérées, on peut tout d'abord dire qu'il est présenté comme s'exerçant sur des structures certes non-souveraines mais

d'autres aspects de l'activité jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle fédérale, par exemple ceux relatifs à la répartition des compétences en matière législative entre le *Bund* et les *Länder* et aux controverses relatives à l'ancienne clause dite de nécessité. Sur ces questions, v. C. MÖLLERS, *Staat als Argument, op. cit.*, p. 352-356 ; G. MARCOU, « L'évolution récente du fédéralisme allemand sous l'influence de l'intégration européenne et de l'unification », *RDP*, 1995, p. 883-919.

¹⁶³⁷ Décision du 18 octobre 1994 relative aux frontières territoriales des communes : affaire n°2 BvR 611/91, LKV 1995, p. 187 (188, nous soulignons).

¹⁶³⁸ Dans ce sens, sans la référence explicite au concept d'administration médiate d'État : décision précitée BVerfGE 8, 122 (132) ; décision précitée BVerfGE 22, 180 (203) ; décision du 7 février 1991 sur la redevance sur les hôpitaux : BVerfGE 83, 363 (375) ; décision du 27 mai 1992 sur la loi de péréquation financière entre *Länder* : BVerfGE 86, 148 (215). Voir également la décision du 4 novembre 1986 relative à la loi de Basse-Saxe sur la radiodiffusion selon laquelle les communes sont « un morceau d'État » (« *ein Stück Staat* ») : BVerfGE 73, 118 (191) ; de même, v. la décision précitée relative au droit de vote des étrangers (*Ausländerwahlrecht I*) BVerfGE 83, 37 (54) : « Les communes ne se situent plus dans une situation défensive vis-à-vis de l'organisation étatique (...). Elles sont constituées dans le cadre de l'organisation étatique et intégrées dans la structure étatique ». Tirant le bilan de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale aux rapports entre les collectivités locales et l'État, Wolfgang Kahl considère qu'elle traduit une conception statocentrée et intégrationniste de l'autonomie locale : W. KAHL, *Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 327.

¹⁶³⁹ H. TRIEPEL, *Die Reichsaufsicht*, Berlin, Springer, 1917, p. 171.

bénéficiant d'un niveau de légitimation démocratique suffisant et disposant d'une puissance d'État originaire¹⁶⁴⁰ (*Staatsgewalt*). À cet égard, il n'existerait aucun rapport de domination de l'État central sur les collectivités fédérées qui nécessiterait impérieusement d'être garanti par l'instauration d'une surveillance fédérale systématique et générale. Nonobstant cette parité principielle, certaines dispositions constitutionnelles peuvent néanmoins organiser un rapport de subordination exceptionnel, par exemple dans le domaine des compétences dites concurrentes¹⁶⁴¹. Si une telle supervision ponctuelle est organisée en droit positif¹⁶⁴², elle ne relève cependant que de *l'accident* des rapports entre État central et collectivités fédérées, non de leur *essence*¹⁶⁴³. Étant donné que la qualité d'État est reconnue tant au *Bund* qu'aux *Länder*, ces rapports sont essentiellement équipollents (*gleichgeordnet*). En ce sens, la supervision fédérale a pour fonction de veiller au respect par les *Länder* de la répartition constitutionnelle des compétences et non à assurer leur intégration dans un État supérieur (*Oberstaat*), ni à compenser un défaut de légitimation démocratique¹⁶⁴⁴.

Le fondement de la supervision communale semble conçu aux antipodes de celui de la supervision fédérale¹⁶⁴⁵. Il repose, premièrement, sur la sujétion des collectivités locales aux collectivités fédérées¹⁶⁴⁶. La supervision communale porte non pas sur les actes d'États non-souverains, mais sur les actes de collectivités secondaires, subalternes, dotées d'une seule autonomie administrative : c'est uniquement « dans le cadre des lois » que les communes et groupement de communes disposent du droit d'auto-administration. De la combinaison entre

¹⁶⁴⁰ V. C. MÖLLERS, *Staat als Argument, op. cit.*, p. 350-375. Pour la Cour Constitutionnelle fédérale, dans sa célèbre décision du 29 janvier 1974 (BVerfGE 36, 342 - 360) portant sur la loi du *Land* de Basse-Saxe relative au traitement des fonctionnaires (*Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz*), la Cour déclare : « Ce qui est caractéristique de l'État fédéral, c'est que l'État global (*Gesamtstaat*) et les États membres (*Gliedstaaten*) possèdent la qualité d'État ». Dans le même sens, v. la décision sur la recomposition du territoire des *Länder* du sud-ouest du 23 octobre 1951 (BVerfGE 1, 14 - 34) ainsi que celle du 26 juillet 1972 relative à la loi du *Land* de Hesse relative elle aussi au traitement des fonctionnaires (BVerfGE 34, 9 - 19) qui assure aux *Länder* un domaine réservé néanmoins indéterminé (*Hausgut*).

¹⁶⁴¹ V. J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 56-57 ; M. JESTAEDT, « Bundesstaat als Verfassungsprinzip », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, 3^{ème} éd., § 29, p. 785-841.

¹⁶⁴² V. par exemple le cas du contrôle fédéral des lois exécutées pour le compte de la Fédération par les autorités des *Länder* (Article 85, en particulier le 3^{ème} alinéa).

¹⁶⁴³ Peter Perenthaler considère de façon intéressante la figure de la surveillance fédérale comme une invention de la théorie allemande du fédéralisme : P. PERENTHALER, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, p. 302. V. également W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 498-499.

¹⁶⁴⁴ V. C. MÖLLERS, *Staat als Argument, op. cit.*, p. 363 ; H. BAUER, « Artikel 20 : Bundesstaat », in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, t. 2, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, 2^{ème} éd., p. 160-161.

¹⁶⁴⁵ Dans ce sens, W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 397-398.

¹⁶⁴⁶ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 342-344.

ce rapport de subordination et l'attribution d'une autonomie normative aux collectivités locales découle deuxièmement que la supervision communale constitue, pour une large partie de la doctrine allemande, une composante inhérente à l'autonomie locale, un élément relevant de son essence¹⁶⁴⁷. La similitude avec la doctrine française est sur ce point tout à fait flagrante. La supervision communale est traditionnellement censée former « un moyen révélateur pour déterminer la place des collectivités locales dans l'État fédéral », lesquelles sont conséquemment imputées aux *Länder*¹⁶⁴⁸. En d'autres termes, la supervision communale désignerait « l'activité administrative étatique censée assurer l'intégration des collectivités locales au sein des États fédérés »¹⁶⁴⁹, rehaussant en conséquence la puissance d'État de ces derniers à laquelle les collectivités locales sont ainsi subordonnées. En tant qu'il constitue « le corollaire conceptuellement nécessaire » de l'autonomie accordée aux collectivités locales, le pouvoir de supervision représenterait un paramètre de différenciation *substantielle* entre celles-ci et les collectivités fédérées¹⁶⁵⁰. Ce faisant, la doctrine allemande trouve dans la distinction entre le pouvoir de supervision communale et le pouvoir de supervision fédérale un argument précieux pour consolider la supposée qualité d'État des *Länder*.

¹⁶⁴⁷ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 499.

¹⁶⁴⁸ Dans ce sens : J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 106.

¹⁶⁴⁹ R. ELLERINGMANN, *Grundlagen der Kommunalverfassung und der Kommunalaufsicht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1957, p. 43 ; W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 407.

¹⁶⁵⁰ V. J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 106. Ceci n'est d'ailleurs pas sans rappeler le criterium de la distinction entre l'État-membre et la commune initialement proposé – puis abandonné – par Georg Jellinek dans son livre intitulé *Die Lehre von Staatenverbindungen* et selon lequel un droit propre – critère de la puissance d'État – est un droit juridiquement incontrôlable : G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, *op. cit.*, p. 276-280, p. 311-313. Voir *supra* Partie 2, Titre 1, chapitre 2, section 1.

Section 2 : Le pouvoir de surveillance et la centralisation de l'ordre juridique

Il ressort de la section précédente que, selon les doctrines française et allemande, le pouvoir de surveillance constitue d'une part une nécessité résultant du principe d'unité de l'État et permet d'autre part de différencier les différentes formes d'États. Les doctrines française et allemande convergent en effet pour considérer que la collectivité étatique se différencierait fondamentalement des collectivités locales en raison du contrôle auquel sont nécessairement soumis les actes adoptés par ces dernières. La doctrine française voit plus spécialement dans la soumission à la tutelle une exigence visant à préserver le caractère unitaire et indivisible de l'État, et ce faisant, un critère décisif de la distinction entre collectivité étatique – unitaire ou fédérée – et collectivité locale. Elle assimile en cela généralement l'État fédéral à un État composé d'États unitaires qui sont chacun en charge d'exercer une tutelle sur leurs collectivités décentralisées¹⁶⁵¹. Si les actes des collectivités étatiques peuvent certes être soumis à des contrôles, ces derniers seraient de nature différente de ceux s'exerçant sur les actes des collectivités locales.

Nous nous proposons ici de précisément questionner cette conception traditionnelle du fondement du pouvoir de surveillance et de sa fonction dans les classifications relatives à l'organisation de l'État qui consiste à établir un lien « naturel » ou théoriquement « nécessaire » entre les formes d'État et le droit de surveillance. Questionner les arguments démontrant une différence de nature entre le contrôle exercé sur les actes des collectivités locales et celui exercé sur ceux des collectivités fédérées exige préalablement d'explicitier le rapport de subordination censé exister entre ces deux catégories d'organes (§1). Il apparaîtra que c'est en fait la crainte du morcellement de l'État et de la polycratie qui justifie l'affirmation d'une telle différence de nature (§2).

¹⁶⁵¹ V. par exemple : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 9 ; BURDEAU, *Traité de sciences politiques*, *op. cit.*, p. 554-564.

§1 : La soumission au contrôle étatique comme différence spécifique à l'État

Après avoir brièvement rappelé les arguments censés justifier que la thèse selon laquelle la soumission des collectivités locales au contrôle étatique représenterait une différence spécifique à l'État (A), nous verrons en quoi ceux-ci doivent être réfutés (B).

A. La thèse d'une différence de nature entre collectivités locales et collectivités fédérées : le cas du contrôle étatique sur leurs actes

Selon la doctrine française, le fédéralisme exclurait tout contrôle de tutelle contrairement à la décentralisation par autonomie locale qui elle en revanche l'exige. Cependant, étant donné que les États fédérés sont eux aussi soumis au contrôle de la Fédération, cette proposition signifie soit que l'existence d'un tel contrôle fédéral est largement méconnue des auteurs français, soit, plus finement, qu'existerait une différence de nature entre le contrôle fédéral et la tutelle. C'est justement cette position qui est celle majoritairement soutenue dans la doctrine allemande contemporaine.

Revenons tout d'abord sur l'idée que la différence de nature entre fédéralisme et décentralisation, entre État fédéré et collectivité locale, résulterait de la soumission de ces dernières au contrôle étatique. Jadis défendue par Georg Jellinek, cette proposition toujours présente dans la littérature juridique française contemporaine consiste à définir l'État comme la collectivité disposant de droits juridiquement *incontrôlables*¹⁶⁵². Aurait « le caractère d'État tout collectivité, souveraine ou non, qui possède des droits semblables »¹⁶⁵³.

Une seconde hypothèse, plus fine, plus redoutable et vraisemblablement majoritaire dans les doctrines allemande et française contemporaines, établit, implicitement ou explicitement, une différence de nature entre le contrôle étatique des actes des collectivités locales et celui pesant sur les actes des collectivités fédérées. En résumé, leurs moyens seraient différents, leurs objets dissemblables. Ainsi que cela a été précédemment dit, la surveillance s'exerçant sur les collectivités locales serait dès lors consubstantielle à leur autonomie et

¹⁶⁵² G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, op. cit., p. 276-280, p. 311-313. V. *infra*, Partie 2, Titre 1, chapitre 2, section 1.

¹⁶⁵³ L. LE FUR, *État fédéral et confédération d'États*, op. cit., p. 386. Pour sa part, Le Fur considère au contraire qu'il ne peut exister d'État non-souverain, l'État fédéral n'étant en définitive qu'une forme particulièrement décentralisée d'État unitaire au sein de laquelle les collectivités infra-étatiques bénéficient de droits de participation à l'exercice et à la substance de la volonté étatique participation plus prononcés.

impérieusement nécessaire, contrairement au contrôle s'exerçant sur les collectivités fédérées qui ne serait lui qu'accidentel.

B. Réfutation

Mais, ainsi que le rappelait déjà Louis Le Fur à la suite de Zorn, Rosin et Borel, faire du contrôle un critère censé différencier les collectivités locales des collectivités étatiques va à l'encontre du droit positif de nombreux États fédéraux : « Dans nul Etat fédéral, écrit Le Fur, les membres ne possèdent des droits propres dans le sens où l'entend Jellinek, c'est-à-dire des droits incontrôlables, des droits dans l'exercice desquels ils ne sont responsables devant personne. »¹⁶⁵⁴. Prenant d'ailleurs acte de cette objection, Jellinek finira par se résigner à juste titre à abandonner cette proposition dans sa *Théorie générale de l'État*, ce que semble en revanche avoir omis une partie de la doctrine française contemporaine¹⁶⁵⁵.

La seconde proposition appelle quatre objections. Premièrement, il convient de s'interroger sur l'objet des contrôles étatiques relatifs aux actes des collectivités locales et fédérées. Contrairement à l'affirmation tendant à voir dans la supervision communale un palliatif à la carence de légitimation démocratique des actes des collectivités locales, il nous semble que l'objet commun de ces deux types de contrôle est d'observer et de vérifier la validité et la conformité des normes fédérées et locales aux normes centrales et, le cas échéant, de corriger celles se révélant fautives. Louis le Fur, à la suite du juriste suisse Eugène Borel¹⁶⁵⁶, remarquait déjà que « dans tout État moderne, soumis lui-même aux règles de droit, le pouvoir central ne peut intervenir dans les actes des collectivités inférieures que si ces dernières violent la loi ou manquent à leurs devoirs »¹⁶⁵⁷. Dans l'État simple comme dans l'État fédéral, le contrôle de la puissance centrale ne s'exerce que lorsque les collectivités inférieures ou enfreignent les règles posées par elle, ou bien dépassent les limites de la compétence qui leur est assignée¹⁶⁵⁸. Marquer une différence dans l'objet de la surveillance uniquement en fonction des organes concernés conduit sinon à faire de la supervision

¹⁶⁵⁴ L. LE FUR, *État fédéral et confédération d'États*, op. cit., p. 392.

¹⁶⁵⁵ Sur l'annonce de ce changement de position de Jellinek : *Ibid.*, p. 393.

¹⁶⁵⁶ E. BOREL, *Étude sur la souveraineté et l'État fédératif*, Berne, Staempfli, 1886.

¹⁶⁵⁷ L. LE FUR, *État fédéral et confédération d'États*, op. cit., p. 386.

¹⁶⁵⁸ Dans le même sens, Bertrand Faure rappelle aujourd'hui que « tout intérêt de l'État qui ne se trouverait pas traduit dans la loi reste inopposable à l'exercice des compétences des collectivités » : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 706-707.

communale ou de la tutelle un « pouvoir arbitraire exercé selon le caprice du gouvernement »¹⁶⁵⁹ et non un instrument destiné à assurer la « *continuité d'une vie juridique locale régulière* »¹⁶⁶⁰.

Deuxièmement, si les moyens de la supervision fédérale (*Bundesaufsicht*) divergent de ceux de la supervision communale (*Kommunalaufsicht*), ceci résulte du fait que seuls les instruments visés aux articles 84 et 85 de la Loi fondamentale sont communément considérés comme relevant de la supervision fédérale dans la dogmatique allemande. Or, il importe selon nous d'intégrer dans le champ de définition du pouvoir de surveillance fédérale d'autres procédures ayant pour objet de veiller et le cas échéant de rétablir la régularité juridique des normes fédérées fautes¹⁶⁶¹. Ainsi, l'article 28 alinéa 3 de la Loi fondamentale allemande oblige l'État fédéral à garantir la conformité de l'ordre constitutionnel des *Länder* avec les droits fondamentaux, les principes d'État de droit républicain, démocratique et social, mais également avec le droit à l'autonomie locale des communes et des arrondissements. À cette fin, il dispose de la contrainte fédérale (*Bundeszwang*) prévue à l'article 37 de la Loi fondamentale¹⁶⁶². Ceci l'autorise, en cas de violation par un *Land* d'obligations fédérales, à recourir à des mesures de surveillance pouvant aller jusqu'à l'envoi d'un commissaire aux finances (*Sparkommissar*) en cas par exemple de déficit public grave et chronique d'un *Land*¹⁶⁶³. En outre, la procédure d'intervention fédérale de l'article 35 alinéa 3 de la Loi fondamentale habilite elle le gouvernement fédéral, en cas de catastrophe naturelle ou de

¹⁶⁵⁹ L. LE FUR, *État fédéral et confédération d'États*, op. cit., p. 387, citant sur ce point Eugène Borel qui se réfère aux exigences qu'impose « l'État de droit », c'est-à-dire un « État lui-même soumis aux règles de droit » : E. BOREL, *Étude sur la souveraineté et l'État fédératif*, op. cit., p. 82.

¹⁶⁶⁰ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 706-707 (souligné dans le texte).

¹⁶⁶¹ Dans ce sens également, Fleiner et Giacometti rassemblent dans leur manuel de droit constitutionnel suisse la supervision fédérale (au sens strict), l'exécution fédérale et l'intervention fédérale : F. FLEINER, Z. GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, Schulthess, 1976 (1949), p. 127-143.

¹⁶⁶² Sur la procédure dite d'exécution ou d'intervention fédérale, v. notamment O. BEAUD, « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », in C.-M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, p. 47-84. À l'époque de la République de Weimar, la doctrine attribuait également au gouvernement fédéral la compétence de veiller au respect de l'autonomie locale par le truchement de la surveillance fédérale : E. FORSTHOFF, *Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat*, op. cit., p. 25. Pour une vue d'ensemble de ces procédures sous la Loi fondamentale que sous la République de Weimar et sous l'Empire et une fine analyse de leurs similitudes et différences : F. SHIRVANI, « Die Bundes- und Reichsexekution in der neueren Verfassungsgeschichte », *Der Staat*, n°50, 2011, p. 102-121. Pour une excellente vue d'ensemble comparée : C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droit constitutionnels européens*, op. cit., p. 345-352.

¹⁶⁶³ Il est d'ailleurs intéressant de noter que lors du second plan d'aide à la Grèce en 2012 avait été discutée la proposition faite par l'Allemagne au sein de l'Euro-groupe d'instaurer un commissaire européen au budget (*Sparkommissar*) avec pour tâche d'assurer un contrôle budgétaire du gouvernement grec et doté d'un droit de veto sur les décisions qui ne respecteraient pas les engagements pris à l'égard des créanciers, cette proposition ayant été perçue comme une « mise sous tutelle » de l'État grec contraire à sa souveraineté.

sinistre menaçait le territoire de plus d'un *Land*, à donner instruction aux gouvernements des *Länder* de mettre des forces de police à la disposition d'autres *Länder*. De surcroît, d'autres États fédéraux connaissent des procédures comparables à celles valant à l'égard des collectivités locales¹⁶⁶⁴. Au Canada, les articles 56 et 90 de la loi constitutionnelle de 1867 donnent « au gouvernement fédéral le pouvoir d'annuler une loi provinciale qui lui déplaît »¹⁶⁶⁵ dans le cadre de pouvoirs dits de désaveu et de réserve qui s'étendent aux lois provinciales prises dans le cadre des compétences législatives exclusives des Provinces. Si ces différentes procédures n'ont pas été mises en œuvre depuis la seconde moitié du XXe siècle, elles l'ont en revanche été auparavant, autant au Canada¹⁶⁶⁶ qu'en Allemagne¹⁶⁶⁷. Il n'est du reste guère possible d'exclure qu'elles ne le seront pas à nouveau. Leur obsolescence est en tous cas juridiquement infondée étant donné qu'elles relèvent du droit constitutionnel positif de ces deux pays.

Cette idée qu'il convient de rapprocher ces deux types de surveillance n'est au demeurant pas nouvelle. Elle avait déjà été formulée sous la République de Weimar par Gerhard Anschütz¹⁶⁶⁸. Pour l'éminent publiciste, la surveillance fédérale exercée par le gouvernement central sur les *Länder* se rapproche de la surveillance exercée sur les collectivités locales. Toutes deux relèvent de la surveillance sur les groupements publics (*Verbandsaufsicht*) et ont pour objet commun de veiller au respect des obligations de droit public pesant sur de tels groupements¹⁶⁶⁹. S'appuyant sur les travaux de Triepel, Anschütz définit la surveillance

¹⁶⁶⁴ Pour une présentation du droit suisse et des possibilités offertes à l'État central de contrôler les actes des cantons autant dans le cadre de leurs compétences déléguées que dans celui de leurs compétences propres : F. FLEINER, Z. GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, *op. cit.*, p. 127-143.

¹⁶⁶⁵ V. H. BRUN, G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Montréal, Yvon Blais, 2001, 4^{ème} éd., p. 304-311 ; A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel – Principes*, Montréal, Thémis, 2000, p. 15 et p. 218-224 ; A. TREMBLAY, *La réforme de la Constitution au Canada*, Montréal, Thémis, 1995, p. 27.

¹⁶⁶⁶ On recense 112 cas de recours à ces procédures entre 1867 et 1943 au Canada : L. CÔTÉ, *L'État démocratique*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014, 2^{ème} édition, p. 76 ; H. BRUN, G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Montréal, Yvon Blais, 2001, 4^{ème} éd., p. 308. On pourra aussi se reporter à l'étude certes datée mais utile de Charles Durand : C. DURAND, *Les états fédéraux. Étude de droit constitutionnel positif*, Paris, Sirey, 1930.

¹⁶⁶⁷ Ce fut le cas à plusieurs reprises sous le régime de la République de Weimar, la plus tristement célèbre utilisation ayant eu lieu en 1932 lors du « coup d'État de Prusse » (*Preußenschlag*). Sur cet épisode : M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland : Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, t. 3, Munich, C.H. Beck, 2002, p. 120-124. Sur l'histoire de ce recours, v. également H. BAUER, « Artikel 37 : Bundeszwang », in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, t. 2, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, 2^{ème} éd., p. 940-941.

¹⁶⁶⁸ G. ANSCHÜTZ, « Die Reichsaufsicht », in G. ANSCHÜTZ, R. THOMA (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, t. 1 Tübingen, Mohr Siebeck, 1998 (1930), p. 363-377.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 364.

comme remplissant deux fonctions : l'observation de l'exécution régulière par les *Länder* de leurs obligations et la correction des défauts survenus lors de cette exécution¹⁶⁷⁰. Les moyens mis à la disposition du Reich sont en partie déterminés par l'article 15 de la Constitution de Weimar et comptent parmi eux l'édiction d'instruction ou l'envoi d'un commissaire¹⁶⁷¹. En cas de désaccord, le gouvernement du Reich ou le gouvernement du *Land* peut saisir la Haute Cour de justice. Pour Anschütz, ces moyens ne s'épuisent cependant pas dans la liste fixée à l'article 15, la loi fédérale pouvant compléter cette liste notamment par d'autres moyens correctifs. En cas de résistance d'une collectivité fédérée d'exécuter ses obligations, celle-ci pourra y être forcée dans le cadre de la procédure de contrainte fédérale (*Reichsexecution*). Définie à l'article 48, elle habilite le Président du Reich à recourir à la force en vue de contraindre un *Land* à remplir les devoirs qui lui incombent en vertu de la Constitution et des lois du Reich. Si Anschütz réserve certes à l'étude de la procédure d'exécution fédérale un chapitre spécifique, ce dernier suit directement celui portant sur la surveillance fédérale, Anschütz concédant que ces deux dispositifs sont du reste très fortement liés l'un à l'autre : « L'objet de la surveillance fédérale est de veiller par l'observation et la correction au respect par les *Länder* des obligations qui leur incombent vis-à-vis du Reich. Si un *Land* se refuse à satisfaire l'une des obligations signalées dans le cadre de la procédure de surveillance – ou d'une autre procédure valide –, il pourra y être contraint par la voie de l'exécution fédérale. L'exécution fédérale incarne l'institution par excellence permettant au Reich de forcer les *Länder* à l'exécution de leurs obligations fédérales. »¹⁶⁷². Il ne fait aucun doute qu'au vu de sa définition, l'exécution fédérale relèverait dans le contexte des rapports entre collectivités locales et État du pouvoir de surveillance, son traitement à part se justifiant avant tout par le refus de dégrader la qualité étatique des *Länder* en les assimilant à de simples collectivités locales.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 365 et p. 375-376.

¹⁶⁷¹ Article 15 de la Constitution de Weimar de 1919 : « Le gouvernement du Reich exerce la surveillance dans les domaines relevant de la compétence législative du Reich. Lorsque les lois du Reich doivent être exécutées par les autorités des *Länder*, le gouvernement du Reich peut donner des instructions générales. Pour surveiller l'exécution des lois du Reich, il peut envoyer des commissaires auprès des autorités des *Länder* et, avec l'accord de celles-ci, auprès des autorités subordonnées. Les gouvernements des *Länder* doivent, à la requête du gouvernement du Reich, combler les lacunes constatées dans l'exécution des lois du Reich ». Sur la surveillance et l'exécution fédérales sous Weimar, v. E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. 3 « Bismark und das Reich », Kolhammer, Stuttgart, 1988, p. 1022.

¹⁶⁷² G. ANSCHÜTZ, « Die Reichsexecution », in G. ANSCHÜTZ, R. THOMA (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, t. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998 (1930), p. 377.

En contrepoint, il convient de tempérer le caractère exclusif du droit de surveillance exercé par les *Länder* sur les collectivités locales et en vertu duquel les *Länder* manifesteraient leur qualité d'État vis-à-vis des simples collectivités locales¹⁶⁷³. S'il est certes exact que l'État fédéral ne dispose pas en droit allemand d'un droit de surveillance sur les communes, le droit constitutionnel fédéral fait obligation aux *Länder* d'exercer leur droit de surveillance à l'égard des collectivités locales afin de leur faire respecter la répartition constitutionnelle des compétences. Évoquant à cet égard le principe de loyauté fédérale (*Bundestreue*), la Cour constitutionnelle fédérale a en effet rappelé cette obligation pesant sur les *Länder* dans l'exercice de leur droit de surveillance¹⁶⁷⁴ dans son arrêt précité relatif aux référendums locaux organisés par des communes du *Land* de Hesse. En outre, l'État central dispose dans certains États fédéraux d'un droit de surveillance direct à l'égard des collectivités locales, comme en Belgique ou en Autriche¹⁶⁷⁵. En résumé, les relations entre l'État central, les collectivités fédérées et les collectivités locales sont donc bien plus triangulaires que binaires¹⁶⁷⁶, contrairement à la présentation des collectivités locales tendant à définir les collectivités locales comme relevant uniquement de l'administration médiate des *Länder*.

Troisièmement et plus fondamentalement, il est abusif de voir dans le contrôle étatique portant sur les actes des collectivités locales le corollaire de leur autonomie ou une nécessité théorique liée à la forme fédérale ou unitaire de l'État. « Les pouvoirs de contrôle de la légalité, écrit dans ce sens Charles Eisenmann, ne sont pas des institutions de la décentralisation, incluse dans sa notion même ; le système s'en accommode, il ne postule pas,

¹⁶⁷³ J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 106.

¹⁶⁷⁴ Décision précitée BVerfGE 8, 122 (138).

¹⁶⁷⁵ V. P. PERNTHALER, A. GAMPER, « Les autorités locales dans le système fédéral autrichien », in A. DELCAMP, J. LOUGHLIN (dir.), *La décentralisation dans les États de l'Union européenne, op. cit.*, p. 58-59 ; pour la Belgique : P. DE BRUYCKER, N. LAGASSE, « Achèvement du fédéralisme et de la décentralisation », in A. DELCAMP, J. LOUGHLIN (dir.), *La décentralisation dans les États de l'Union européenne, op. cit.*, p. 87-88. V. également : C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droit constitutionnels européens, op. cit.*, p. 307.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 307. Cette thèse de l'imperméabilité entre le niveau fédéral et le niveau local est en effet très relative, puisque, suite à la censure en 2008 par la Cour constitutionnelle fédérale de la loi fédérale relative à l'organisation des agences d'aide sociale et d'aide à la recherche d'emploi (*Jobcenter*), la Loi fondamentale a été de nouveau révisée en 2010 afin d'introduire une nouvelle disposition, l'article 91e, qui précisément autorise l'instauration d'une administration conjointe entre le *Bund* et les collectivités locales (communes ou arrondissements). Par ailleurs, le *Bund* dispose de plusieurs titres de compétences aux termes de la Loi fondamentale l'autorisant à intervenir directement dans la structure ou les compétences des collectivités locales. C'est par exemple le cas de sa compétence en matière de droit de la fonction publique, mais également en matière de finances publiques (art. 104 a, 106) ou de dispositions à prendre en cas d'état de défense (art. 115c). Sur ces entorses au principe de médiatisation : J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 108-109.

ni ne les exige. »¹⁶⁷⁷. L'établissement d'un droit de surveillance n'est en rien imposé par la forme de l'État ou, dit autrement, par un type particulier de décentralisation. D'un point de vue théorique, seule une procédure de résolution des conflits de normes s'avère nécessaire au risque sinon d'affaiblir l'efficacité de l'application des normes de l'ordre juridique ou de laisser au pouvoir politique – c'est-à-dire aux rapports de force – le soin de régler ces conflits de normes. Mais l'instauration d'une telle procédure est indépendante de la question de la forme de l'État. Le choix fait en faveur du droit de surveillance résulte lui seulement des textes constitutionnels et législatifs et des dispositions relatives à l'exercice de la puissance publique. S'il représente, dans le cas de la décentralisation par autonomie locale, un moyen *traditionnel* de veiller et si nécessaire de corriger des normes locales fautives, d'autres peuvent cependant y subroger comme l'établissement d'une action populaire couplé à un accès plus large aux documents administratifs ou le recours à une autorité administrative indépendante¹⁶⁷⁸. Autrement dit, il n'est nul besoin que le contrôle exercé sur les actes locaux revête *nécessairement* les habits traditionnels de la « tutelle » ou de « la supervision communale », d'autres moyens – notamment juridictionnels – peuvent s'y substituer. On pourrait alors penser que l'efficacité du droit de surveillance dépasse largement celle de ces alternatives, mais la faiblesse des performances du contrôle étatique de légalité pratiquée tout du moins en France est cependant connue et décriée depuis de nombreuses années en dépit des réformes dont il a fait l'objet¹⁶⁷⁹.

En définitive, ni l'objet, ni les moyens, ni la prétendue nécessité du contrôle étatique portant sur les actes des collectivités locales ne permet de soutenir la thèse d'un lien nécessaire, essentiel entre la forme de l'État et le droit de surveillance s'exerçant sur les actes

¹⁶⁷⁷ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 269.

¹⁶⁷⁸ Dans ce sens J.-B. AUBY, *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, 2006, p. 118-123. Ce dernier propose également que puisse être attribué aux collectivités locales le droit de consulter pour avis le juge administratif sur la régularité juridique de leurs actes. Dans la littérature allemande contemporaine, v. J. OEBBECKE, « Kommunalaufsicht – nur Rechtsaufsicht oder mehr ? », *DÖV*, 2001, p. 407 ; T. FRANZ, « Die Staatsaufsicht über die Kommunen », *JUS*, 2004, p. 936. En Allemagne, l'idée de faire exercer le contrôle exclusivement par la justice administrative est cependant minoritaire. Elle a pu être discutée à plusieurs reprises, par exemple en Saxe lors de l'adoption du code communal de 1923 ou après 1945 lors de l'adoption du code communal bavarois : O. v. GEHE, « Die Neuordnung des Gemeindewesens im Freistaate Sachsen », *AÖR*, 1925, p. 76. Sur ces projets, voir W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 280, note 156 ; K. WAECHTER, *Kommunalrecht, op. cit.*, p. 122. Que le recours à un Ombudsman ou l'ouverture d'une action populaire ne soit pas dans la tradition allemande du droit administratif fondée sur la protection des droits subjectifs n'est néanmoins pas un argument invalidant ces deux théoriques alternatives, car il est purement contingent. Dans ce sens pourtant W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 495.

¹⁶⁷⁹ J.-B. AUBY, *La décentralisation et le droit, op. cit.*, p. 115. V. à ce propos : Conseil d'État, *Décentralisation et ordre juridique. Rapport pour 1993*, EDCE 1994, n° 45, Paris, La Documentation française, 1994.

locaux. Il n'existe d'un point de vue juridique nulle différence de nature entre ce dernier et la surveillance fédérale. Que ceci ait été jusqu'à présent largement méconnu s'explique sans doute par la perpétuation de traditions historiques.

§2 : Explication : le spectre du morcellement de l'État

Nous l'avons vu, doctrines allemande et française tendent pareillement à faire du droit de surveillance le corollaire de l'autonomie locale et une nécessité liée à la forme de l'État. Si cette conception semble en France résulter du rejet du fédéralisme (A), en Allemagne, il apparaît que ceci découle à l'opposé de la volonté de rehausser le caractère étatique des collectivités fédérées (B). Dans les deux cas, c'est cependant la crainte du morcellement de l'État qui paraît au fond devoir être combattue.

A. L'opposition entre l'indivisibilité et le fédéralisme dans la doctrine française

Il est connu qu'en France, contrairement à la décentralisation, le fédéralisme serait, selon la formule employée par Robespierre, « un gouvernement étranger à nos mœurs »¹⁶⁸⁰. La France, écrit pour sa part l'Abbé Sieyès, « ne doit point devenir un *État fédéral* composé d'une multitude de républiques unies par un lien politique quelconque. La France est et doit être *un seul tout*, soumis dans toutes ses parties à une législation et à une administration communes. »¹⁶⁸¹. Ostracisé, le fédéralisme est, à cette époque, associé d'une part au spectre du retour au féodalisme et à l'Ancien Régime et d'autre part à la crainte d'une défaite face à la menace des puissances étrangères¹⁶⁸².

¹⁶⁸⁰ M. BOULOISEAU et al. (dir.), *Œuvres de Maximilien Robespierre*, t. 9, Paris, PUF, 1958, p. 20. La date du discours de Robespierre – un discours en réponse à l'accusation de dictature – est significative puisque c'est durant la journée historique du 25 septembre 1792 que la Convention proclamera la République française « une et indivisible », « puisant ainsi dans l'héritage monarchique un principe qui ne cessera jusqu'à nos jours de marquer la Constitution républicaine » : R. DEBBASCH, A. ROUX, « L'indivisibilité de la République », *op. cit.*, p. 59. Sur l'absence de « substrat d'expériences politiques et sociales » liées au fédéralisme, O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *op. cit.*, p. 17. V. également. R. KOSELLECK, « Structures fédérales de l'histoire allemande », *op. cit.*, p. 162-163.

¹⁶⁸¹ E. J. SIEYÈS, « Discours du 7 septembre 1789 », in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, 1^{ère} série, t. 8, Paris, Dupont, 1875, p. 594 (souligné dans le texte).

¹⁶⁸² R. DEBBASCH, A. ROUX, « L'indivisibilité de la République », *op. cit.*, p. 59-76. Il importe toutefois de noter que Sieyès fonde son refus en arguant de la nécessité de disposer pour un peuple de 26 millions d'individus ne disposant pas d'une instruction suffisante d'une représentation élue. C'est donc le « danger » démocratique lié au fédéralisme qui alimente ici ses craintes. V. à ce propos : M. OZOUF, « Fédéralisme », in F. FURET, M. OZOUF (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Évènements*, *op. cit.*, p. 161-162.

Péjorativement connoté, véritable crime politique sous la Révolution française, le fédéralisme a également servi de « concept repoussoir » ou de « contre-concept » (*Gegenbegriff*) dans la littérature juridique française¹⁶⁸³. Ainsi que l'a très finement résumé Olivier Beaud, le centralisme – agrégation conceptuelle de la centralisation et du principe d'unité et d'indivisibilité de l'État¹⁶⁸⁴ – apparaît dans la littérature juridique hexagonale comme un rempart à la dissolution de la France. Il est un moyen de maintenir la Nation en ordre.

À l'inverse, le fédéralisme est lui généralement perçu comme étant source de désordre et de dilution de l'État. Il importe donc de fermement s'en prémunir. Cette crainte du morcellement de l'État se retrouve par exemple exprimée par Maurice Hauriou pour qui « la liberté politique est essentiellement décentralisatrice au rebours du pouvoir minoritaire qui est centralisateur ; un excès de liberté politique ferait passer l'État de la centralisation au fédéralisme, puis du fédéralisme à l'anarchie et à la décomposition »¹⁶⁸⁵. Or, ces présupposés se répercutent directement sur la façon de définir le droit de surveillance. Traditionnellement considéré comme le garant de l'indivisibilité et de l'unité de la République, le pouvoir de surveillance concourt en effet à obvier à ce penchant fédéraliste, ce qui revient, dans ce contexte doctrinal, à finalement prévenir tout séparatisme et toute forme d'anarchie¹⁶⁸⁶. Son absence altérerait l'indivisibilité de l'État qui alors verserait dans le fédéralisme. Sa rémanence est dès lors *nécessaire* au maintien de l'unité de l'État.

Sans qu'il nous soit ici possible d'y répondre de façon exhaustive, il est utile de s'interroger sur l'origine de cette crainte pérenne de l'anarchie fédérale ou du glissement vers la divisibilité de l'État en cas de défaut d'un contrôle étatique des actes locaux. À notre sens, elle résulte, du moins en partie, du souvenir vraisemblablement traumatique des désordres créés par l'attribution au début de la Révolution française du contrôle des actes communaux

¹⁶⁸³ V. O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *op. cit.*, p. 7-84. Dans le même sens, M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 169-170 ; C. AUTEXIER, « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *RDP*, 1981, p. 595 ; F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRETOT (dir.), *La Constitution de la République française*, Economica, Paris, 2009, p. 68 et suivantes.

¹⁶⁸⁴ O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *op. cit.*, p. 14 et p. 48-52.

¹⁶⁸⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 137-138.

¹⁶⁸⁶ O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *op. cit.*, p. 53 ; C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droit constitutionnels européens*, *op. cit.*, p. 276.

aux seules assemblées départementales élues¹⁶⁸⁷. Maurice Hauriou, Raymond Carré de Malberg ou plus tard George Burdeau¹⁶⁸⁸ s'en font en effet l'écho en soulignant à quel point l'absence de contrôle étatique avait conduit à instaurer un régime d'absolue indépendance proche du fédéralisme¹⁶⁸⁹ engendrant l'anarchie et la dissolution de la France. Celle-ci, écrit de façon emblématique le Doyen Hauriou, n'était plus « qu'une fédération extrêmement lâche de communes, de districts, de départements, dans lesquels des assemblées primaires d'électeurs, des conseils de commune, des directoires délibéraient dans le plus complet désordre »¹⁶⁹⁰. Pour Carré de Malberg, « l'indépendance de la commune fut poussée à un tel point que non seulement toutes les autorités municipales étaient élues directement par les citoyens actifs de la commune, mais encore leurs actes ne relevaient point du contrôle de l'autorité centrale, ils relevaient seulement de celui des administrations du département, qui étaient elles-mêmes électives. Un tel régime d'indépendance absolue vis-à-vis du pouvoir central devait aussitôt engendrer l'anarchie ; l'unité étatique exige que l'exercice des fonctions municipales, même de celles qui sont propres à la commune, soit soumis à la réglementation et à la surveillance supérieures de l'État, ne serait-ce que pour assurer l'uniformité entre les communes et empêcher entre elles les conflits. »¹⁶⁹¹.

Or, ces analyses s'appuient sur une certaine tradition historiographique tendanciellement jacobine¹⁶⁹² qui voit dans le nouveau régime municipal – l'attribution du contrôle des actes locaux aux membres élus des assemblées locales en formant un élément central – « une sorte d'anarchie administrative » en raison de l'anéantissement du pouvoir central et de la

¹⁶⁸⁷ V. les articles 49 à 51 du décret du 14 décembre 1789. V. également les très instructives contributions de juristes et d'historiens réunies par M. BRIARD (dir.), *Querelles dans le clocher. Tensions et conflits entre les autorités dans les chefs-lieux de département (1790-1795)*, Rouen, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2014 ; v. également J.-M. BECET, « Tutelle ou hiérarchie », in J. MOREAU, M. VERPEAUX (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica 1992, p. 239-248 ; Y. FAUCHOIS, « Centralisation », in F. FURET, M. OZOUF (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées, op. cit.*, p. 67-85 ; B. GAUTHIER, « Les relations entre le pouvoir central et les administrations locales sous la monarchie constitutionnelle (1789-1792) », in M. PERTUÉ (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Orléans, Presses universitaires d'Orléans, 1998, p. 291-303.

¹⁶⁸⁸ G. BURDEAU, *Traité de sciences politiques, op. cit.*, p. 427.

¹⁶⁸⁹ L'historien Jules Michelet parle à ce propos de la tyrannie du « fédéralisme communal » : J. MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, t. 6, Chamerot, Paris, 1853, p. 408.

¹⁶⁹⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 137-138.

¹⁶⁹¹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.*, p. 188.

¹⁶⁹² On se reportera à ce propos utilement à l'article de François Furet sur le jacobinisme : F. FURET, « Jacobinisme », in F. FURET, M. OZOUF (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées, op. cit.*, p. 233-251.

désorganisation qui en a découlé¹⁶⁹³. C'est ce que résume Albert Mathiez, fervent robespierriste et auteur qui compte parmi les historiens de la Révolution française les plus influents¹⁶⁹⁴ : « la décentralisation inaugurée par la Constituante, loin de consolider l'ordre nouveau, l'ébranla et faillit le renverser »¹⁶⁹⁵. On comprend que pour ces auteurs, il ne fallut rien de moins que la centralisation jacobine pour sauver la France¹⁶⁹⁶.

Pourtant, d'autres études historiographiques plus récentes ont contribué à apporter un éclairage sensiblement différent sur cette période et assurément utile pour notre propos. Dans la description que livre par exemple l'historienne australienne Alison Patrick de cette réforme, les administrateurs locaux étaient en réalité « livrés à eux-mêmes dans l'organisation de leurs nouvelles fonctions. Poussées à élaborer leurs propres priorités – les demandes faites à Paris restent souvent sans réponses – les administrations ont finalement été amenées à se consulter les unes les autres pour pallier le défaut d'information, innovation par rapport au mode d'organisation de l'Ancien Régime, contribuant à forger cette chimère du fédéralisme, qui (...) allait constituer un cadeau royal à Robespierre et à ses Jacobins. »¹⁶⁹⁷. Conduisant à tempérer la portée négative de cette expérience historique, et, ce faisant, à relativiser la pertinence de l'analyse de la doctrine publiciste traditionnelle à son endroit, ces travaux soulignent très nettement à quel point cet épisode historique a en définitive servi de prétexte pour faire du fédéralisme une idée contraire à la tradition française et, par ricochet, du contrôle étatique une exigence, mieux une *nécessité* résultant de l'indivisibilité de l'État.

B. La garantie de la structure dyadique du fédéralisme allemand

Le spectre du morcellement de l'État (*Kleinstaaterei*) a, dans un mouvement inverse, conduit en Allemagne à assimiler l'absence de pouvoir de surveillance sur les collectivités locales à une menace pour la structure dyadique du fédéralisme allemand. En contrepoint,

¹⁶⁹³ Propos par exemple d'Aulard et Taine cités par Y. FAUCHOIS, « Centralisation », *op. cit.*, p. 73.

¹⁶⁹⁴ Fondateur des études robespierristes et de ce qui allait devenir les Annales historiques de la Révolution française, il a d'abord été l'élève d'Aulard. Sur son œuvre et son parcours intellectuel, v. F. GAUTHIER, A. MATHIEZ, « Historien de la Révolution française », *AHRF*, 2008, p. 95-112. Sur son entreprise de réhabilitation de Robespierre et du jacobinisme en particulier, v. C. LE BOZEC, « Albert MATHIEZ. La Réaction thermidorienne », *AHRF*, 2011, p. 225-226.

¹⁶⁹⁵ A. MATHIEZ, *La Révolution française*, Lyon, la Manufacture, 1989 (1922), p. 114.

¹⁶⁹⁶ Y. FAUCHOIS, « Centralisation », *op. cit.*, p. 73.

¹⁶⁹⁷ Nous reprenons ici l'analyse faite par Yann Fauchois des travaux d'Alison Patrick : *Ibid.*, p. 75-76.

ceci contribue à rehausser la qualité – contestée et pour certains purement symbolique¹⁶⁹⁸ – d’État des *Länder* en renforçant la subordination des collectivités locales à ces derniers¹⁶⁹⁹ (I) et à mettre en valeur la supériorité de la forme d’État fédéral (II).

I. L’affirmation de l’étaticité des Länder

Revenons sur le premier point. Comme nous l’avons vu, conformément à l’opinion majoritaire en doctrine et à la jurisprudence constitutionnelle fédérale, la structure fédérale de l’Allemagne repose sur un modèle binaire au sein duquel l’État central (*Bund*) et les États membres ont – seuls – la qualité d’État : *tertium non datur*¹⁷⁰⁰. Or, définir la supervision communale non pas comme un instrument indissociable de leur autonomie (*Korrelat*), absolument *nécessaire* (*begriffsnotwendig*) et fondé sur le rapport de sujétion des collectivités locales envers les *Länder*, mais seulement comme un moyen *possible* de veiller au respect par les collectivités locales de leurs compétences concourt à rapprocher la surveillance communale de la surveillance fédérale. Ceci équivaut à nier la – supposée – différence de nature entre les *Länder* et les collectivités locales et va à l’encontre des efforts de générations d’auteurs de la doctrine allemande ayant précisément consisté à valoriser, pour des raisons – au moins originellement – politiques¹⁷⁰¹, la qualité ou la « nature » des États particuliers (*Einzelstaaten*) puis des *Länder* vis-à-vis de celle des simples collectivités locales.

On comprend qu’il importe, dès lors, d’éviter aux collectivités fédérées d’être *dégradées* au rang de « collectivités territoriales renforcées (*höchstpotenzierte Selbstverwaltungskörper*) d’un État unitaire décentralisé »¹⁷⁰², pour reprendre la formule de la Cour constitutionnelle

¹⁶⁹⁸ V. H. BAUER, « Artikel 20 : Bundesstaat », *op. cit.*, p. 161-162. Sur l’évolution du fédéralisme allemand et le « réveil des *Länder* », v. notamment : G. MARCOU, « L’évolution récente du fédéralisme allemand sous l’influence de l’intégration européenne et de l’unification », *op. cit.*, p. 886-900 ; M. FROMONT, « La réforme du fédéralisme allemand de 2006 », *op. cit.*, p. 227-248. Argumentant au contraire, de façon plus fondamentale, dans le sens d’une perte d’authenticité du fédéralisme allemand qui serait dorénavant « rationalisé » et unitarisé, plus proche d’une forme de décentralisation : O. BEAUD, *Theorie de la fédération*, *op. cit.*, p. 333.

¹⁶⁹⁹ Dans le sens d’une intégration du droit communal aux compétences relevant du domaine réservé intangible des *Länder* : *Ibid.*, p. 162 ; J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 176.

¹⁷⁰⁰ V. J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 101.

¹⁷⁰¹ C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, *op. cit.*, p. 373-375.

¹⁷⁰² Décision précitée BVerfGE 34, 9 (19). Il s’agit par ailleurs d’une expression qui servait parfois à qualifier les collectivités fédérées sous la République de Weimar. C’est déjà l’expression employée par Hugo Preuß, le père de la Constitution de Weimar, à propos des *Länder* : H. PREUß, « Denkschrift zum Entwurf des allgemeinen Teils der Reichsverfassung vom 3. Januar 1919 », in H. PREUß, *Staat, Recht und Freiheit. Aus vierzig Jahren deutscher Geschichte*, Hildesheim, Olms, 2006 (1926), p. 379. Elle a été reprise par exemple en droit fédéral suisse pour parler des cantons : F. FLEINER, Z. GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, *op. cit.*, p. 45 et p. 48-65.

fédérale dans son importante décision de 1972 relative à la loi du *Land* de Hesse organisant l'uniformisation des traitements des fonctionnaires. Pour cela, indique la Cour, il ne suffit pas que les *Länder* disposent d'une autonomie constitutionnelle formelle. Ils doivent avant tout disposer d'un domaine réservé (*Hausgut*) intangible¹⁷⁰³. Or, aussi indéterminé soit-il, ce noyau dur de compétences comprend obligatoirement, outre la garantie de disposer d'une part adaptée des recettes fiscales globales, le pouvoir de décider de sa propre organisation interne. Cette compétence exclusive des Parlements fédérés de disposer des collectivités locales s'avère donc d'autant plus importante pour les *Länder* qu'elle représente l'une des dernières marques de leur supposée puissance d'État, leur pouvoir législatif – généralement considéré comme le signe distinctif de la puissance d'État¹⁷⁰⁴ – étant sinon réduit à portion congrue¹⁷⁰⁵. Autrement dit, par contraste avec les collectivités locales, les collectivités fédérées peuvent ainsi apparaître comme étant restées de vrais États.

Cette volonté résolue de rehausser, ici au moyen du pouvoir de surveillance, le statut des *Länder* – leur qualité étatique – face à celui des collectivités locales vise en fait, comme l'avait jadis parfaitement vu Carré de Malberg, à sauver le prestige étatique des collectivités fédérées¹⁷⁰⁶ et n'est donc n'est nullement récente. Elle traverse en vérité l'histoire constitutionnelle allemande au moins depuis la création de l'Empire allemand en 1871, c'est-à-dire à partir du moment où la souveraineté des collectivités membres de l'Empire perdit son

¹⁷⁰³ Sur le critère de ce domaine réservé, v. la décision précitée du 26 juillet 1972 relative à la loi fédérale sur l'unification des traitements des fonctionnaires fédérés : BVerfGE 34, 9 (20). V. également : J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 173-174.

¹⁷⁰⁴ Sur l'érosion de la puissance d'État des *Länder*, v. C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, *op. cit.*, p. 350-375.

¹⁷⁰⁵ En dépit des révisions constitutionnelles de 1994 et de 2006 qui traduisent, dans une certaine mesure, « un réveil des *Länder* », le domaine législatif relevant exclusivement des *Länder* est particulièrement réduit, le fédéralisme allemand étant par ailleurs un fédéralisme de type administratif. Sur ces différents points, v. M. FROMONT, « La réforme du fédéralisme allemand de 2006 », *op. cit.*, p. 227-248 ; A. LE DIVELLEC, P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, *op. cit.*, p. 726-740.

¹⁷⁰⁶ Pour Carré de Malberg, les auteurs français, à l'instar de Le Fur, « dominés par le concept français de souveraineté, ont pour la plupart, montré leur répugnance à admettre que les collectivités désignées sous le nom d'États confédérées soient des États au sens légitime du mot » – ici, Carré de Malberg désigne bien, en dépit de cette expression, les États membres d'un État fédéral et non d'une confédération d'État. « Un raisonnement inverse s'est fait jour, poursuit notre auteur, dans les pays constitués en États fédéraux. Là, il est bien vite apparu que l'on ne pouvait sauver le prestige étatique des collectivités confédérées qu'à la condition d'établir qu'en dépit de leur subordination à l'État fédéral, elles se différencient essentiellement de la simple circonscription, provinciale, communale ou autre, de l'État unitaire par la possession d'une puissance qui, faisant défaut à cette dernière, existe, au contraire, chez elles et qui présente, à un degré suffisant, les caractères distinctifs d'une puissance d'État effective » : R. CARRÉ DE MALBERG, « La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar », *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1923-24, p. 288.

évidence et devint un objet de controverses¹⁷⁰⁷. Il suffit en effet d'évoquer les débats doctrinaux enflammés ayant fait suite à la constitution de l'Empire allemand et dont l'objet principal consistait à identifier ce qui distingue l'État souverain de l'État non-souverain et ce dernier de la collectivité locale pour se rendre compte que depuis cette époque, tout l'effort des *Länder* et d'une partie de la doctrine a consisté, pour des raisons originellement politiques, à valoriser la position de ces derniers au détriment des collectivités locales. Pour une partie de la doctrine impériale allemande avide d'atteindre l'unification de l'Empire, il importait d'élaborer un concept, celui d'étaticité (*Staatlichkeit*) afin de préserver l'illusion de la puissance des Princes allemands. C'est dans ce cadre qu'émergeront également les concepts de puissance d'État (*Staatsgewalt*) et de droit propres (*eigenes Recht*), Bismarck préférant pour sa part fustiger le « vertige de la souveraineté » (*Souveränitätsschwindel*) des Princes allemands¹⁷⁰⁸. La voie choisie consista dès lors à rehausser la position des États particuliers (*Einzelstaaten*) vis-à-vis des simples collectivités locales sans pour autant faire d'eux des États souverains. De cette façon était acquise leur intégration au sein du nouvel Empire allemand. Autrement dit, la construction du concept d'étaticité repose en définitive principalement sur la volonté des publicistes allemands du XIXe siècle – Paul Laband en tête – de répondre à un problème politique qui était de concilier la légitimité monarchique des Princes allemands avec la fondation de l'Empire allemand¹⁷⁰⁹.

Sans pouvoir ici examiner en détail cet argument, on peut tout du moins noter que les travaux préparatoires à la Loi fondamentale abondent d'exemples donnant à voir la stratégie

¹⁷⁰⁷ A. HAMAN, « Le IIe Reich allemand, un empire ou un État fédératif ? », *Jus Politicum*, n°14, 2015 ; D. GRIMM, « War das Deutsche Kaiserreich ein souveräner Staat », in S. O. MÜLLER, C. TORP (dir.), *Das deutsche Kaiserreich in der Kontroverse*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2009, p. 86-101. V. déjà à propos du Saint-Empire romain germanique : R. HOKE, « Mais qui était donc le souverain du Saint Empire ? Une question du droit public allemand posée et résolue à partir de la doctrine française », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 1998, p. 35-47. On peut ici dresser un parallèle éclairant avec l'affirmation répétée à l'envi en ce début de XXI siècle d'une « identité constitutionnelle nationale » ou avec l'importance doctrinale et juridique prise par le concept de souveraineté étatique qui contrastent avec l'intensité de l'internationalisation du droit et découlent en fait de leur remise en cause profonde : D. GRIMM, « Souveraineté », *op. cit.*, p. 595-605 : v. également F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op. cit.*, p. 72-75.

¹⁷⁰⁸ A la différence de Andrea Haman, il nous semble préférable ici de traduire cette expression de Bismarck – reprise par Dieter Grimm dans son article précité et non inventée par lui comme semble le suggérer Andrea Haman – par « vertige de la souveraineté » que par « mensonge de la souveraineté ». Bismarck cherchait ainsi à critiquer la volonté d'hégémonie des Princes allemands et tout particulièrement de l'Autriche-Hongrie et parlait à ce propos apparemment d'un « vertige de souveraineté sans Dieu et sans Loi » (*den gott- und rechtslosen Souveränitätsschwindel der deutschen Fürsten*). Sur cette citation dans son contexte, v. la reproduction d'un discours de Gustav Radbruch dans ses œuvres complètes rééditées par Hans-Peter Schneider : G. RADBRUCH, *Staat und Verfassung*, t. 14, Heidelberg, C.F. Müller, 2002, p. 124 et p. 228.

¹⁷⁰⁹ V. D. GRIMM, « Souveraineté », *op. cit.*, p. 576-580.

employée par les *Länder* en vue d'empêcher l'évocation des collectivités locales dans le texte de la Loi fondamentale. Ainsi avaient-ils réussi à empêcher que le projet de Constitution élaboré lors de la convention constitutionnelle d'Herrenchiemsee ne fasse pas mention du droit des collectivités locales à s'administrer librement. Si celui-ci fut finalement retenu dans le projet élaboré par le Conseil parlementaire, ce ne fut en revanche pas le cas du droit à ce que soit garantie l'autonomie financière des collectivités locales que les *Länder* ne souhaitaient pas voir inscrit dans la Loi fondamentale¹⁷¹⁰. Il en va de même plus tard des propositions visant à instaurer une chambre des collectivités locales au niveau fédéral qui avaient été discutées lors de la révision constitutionnelle de 1976 ou de la question de la représentation des collectivités locales au sein du Comité des régions, les *Länder* souhaitant obtenir un monopole de la représentation des territoires au niveau fédéral et européen¹⁷¹¹.

Le même constat peut également être fait en ce qui concerne la Constitution de Weimar. La question assurément la plus controversée lors de son élaboration portait justement sur l'organisation du nouvel État allemand¹⁷¹². Dans son avant-projet, Hugo Preuß proposa la création d'un État reposant sur trois niveaux dont les collectivités locales auraient constitué le niveau de base¹⁷¹³. Disposant de représentants démocratiquement légitimés, celles-ci auraient vu leur position renforcée vis-à-vis des *Länder* qui perdaient dès lors de leur autorité à leur égard¹⁷¹⁴. Refusant d'être assimilés à de simples collectivités locales, les *Länder* – qui déjà perdaient la dénomination d'États (*Einzelstaaten*) pour celles de Provinces ou morceau d'État (*Land*)¹⁷¹⁵ – rejetèrent cette proposition par crainte qu'elle ne marque sinon l'émergence d'un État unitaire décentralisé¹⁷¹⁶.

¹⁷¹⁰ V. sur les travaux préparatoires à la Loi fondamentale : H. DREIER, « Art. 28 : Homogenitätsgebot ; kommunale Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 674-675.

¹⁷¹¹ V. *supra* Partie 1, Titre 2, chapitre 2, section 2.

¹⁷¹² V. E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, *op. cit.*, t. 3, p. 55 ; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland : Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, *op. cit.*, p. 80-86, 118-120, p. 233 et *passim*.

¹⁷¹³ *Ibid.*, p. 82-83 ; A. VOSSKUHLE, « Hugo Preuß als Vordenker des Pluralismus », *Der Staat*, 2011, p. 251-267.

¹⁷¹⁴ V. H. DREIER, « Art. 28 : Homogenitätsgebot ; kommunale Selbstverwaltung », *op. cit.*, p. 669.

¹⁷¹⁵ Sur ce point, l'historien du droit Ernst Rudolf Huber rappelle que la proposition – faite par le député démocrate Erich Koch lors des débats au sein de la commission constitutionnelle – de ne plus désigner les collectivités membres de l'État fédéral comme des « États » membres (*Bundesstaaten*, *Gliedstaaten*) mais comme des *Länder* résultait de la volonté de souligner qu'ils étaient dépourvus de toute souveraineté, mais conservaient cependant une « étaticité » : E. R. HUBER, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, t. 3, p. 68.

¹⁷¹⁶ Si la question de la nature du Reich (Confédération ou État fédéral) et de la souveraineté est au centre des controverses doctrinales de 1871 à 1919, sous la République de Weimar, la question principale qui occupe la

C'est dans ce contexte qu'il faut situer et penser l'argument selon lequel l'absence de soumission des collectivités locales au droit de surveillance des *Länder* conduirait à faire émerger une structure fédérale construite à partir de trois niveaux qualitativement équivalents les uns aux autres¹⁷¹⁷ – les niveaux fédéral, fédéré et local. C'est ce que démontrent d'ailleurs très clairement les explications de Joseph Isensee relatives à la place de l'autonomie locale dans l'Etat fédéral figurant dans sa très substantielle contribution consacrée à « l'idée et à la forme du fédéralisme dans la Loi fondamentale » et publiée dans un récent volume du célèbre et monumental *Traité de droit constitutionnel allemand* codirigé par cet auteur¹⁷¹⁸. Isensee note tout d'abord que la thèse d'une différence de nature entre un *Land* et une collectivité locale – et donc entre l'État et l'autonomie locale – résulte notamment du caractère apolitique et circonscrit à des fonctions administratives de l'activité des collectivités locales, mais également du contrôle étatique auquel sont soumis les actes des collectivités locales¹⁷¹⁹. A ce propos, il précise de façon intéressante pour notre propos que « le pouvoir de surveillance de l'État sur les collectivités locales est un critère déterminant de l'intégration de ces dernières au sein du *Land*. Il permet au centre du pouvoir exécutif de faire valoir et d'imposer son interprétation juridique et sa représentation de l'opportunité administrative (dans le cadre du contrôle d'opportunité – *Fachaufsicht*) aux collectivités locales et ainsi de garantir l'unité de

doctrine est celle de savoir si l'État allemand est encore un État fédéral – un État fédéral souple (*labiler Bundesstaat*) selon l'expression de Richard Thoma ou déjà un État unitaire décentralisé : R. THOMA, « Das Reich als Bundestaat », in G. ANSCHÜTZ, R. THOMA (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998 (1930), p. 169-186.

¹⁷¹⁷ Cette équivalence ne s'entend pas de l'étendue de la validité territoriale de leurs compétences, mais de leur « nature ». On peut retrouver une telle conception par exemple auprès des tenants du courant « pluraliste » tendant à considérer les collectivités locales comme détentrices d'une puissance publique originaire. V. à ce propos : J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 104. Une telle construction est également compatible avec la théorie normativiste de la décentralisation, la structure fédérale ayant alors quatre niveaux : les niveaux fédéral, fédérés et locaux constituent trois ordres juridiques partiels, le quatrième niveau, hiérarchiquement supérieur, étant celui de l'ordre juridique global (*Gesamtrechtsordnung*). V. à ce propos : O. PFERSMANN, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, n°28, 1996, p. 171-185. V. à l'exemple de l'Autriche : K. WEBER, « Zwei- oder dreigliedriger Bundesstaat ? Bemerkungen zur Stellung der Gemeinden in einer möglichen künftigen Bundesverfassung », in K. WEBER, N. WIMMER, *Vom Verfassungsstaat am Scheideweg. Festschrift für Peter Pernthaler*, Vienne, Springer, 2005, p. 413-428 ; P. PERNTHALER, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 296-297. V. pour la Suisse avec l'adoption du nouvel article 50 qui établit une structure fédérale à trois niveaux : R. RHINOW, *Die Bundesverfassung 2000*, Basel/Genève/Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 90-91.

¹⁷¹⁸ J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 1-199. Matthias Jestaedt qualifie assez justement le *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* de « manuel de droit constitutionnel allemand le plus célèbre » sous la Loi fondamentale. Si ce jugement d'un élève de Joseph Isensee ne surprendra pas, il est indéniable qu'il s'agit d'une monumentale et influente encyclopédie composée de 13 volumes et réunissant des contributions de plus de cent constitutionnalistes : M. JESTAEDT, « La double constitution – Une stratégie positiviste », *Jus Politicum*, n°6, 2001, p. 8.

¹⁷¹⁹ J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 106.

l'administration »¹⁷²⁰. Voilà pourquoi il importe de marquer la différence de nature entre pouvoir de surveillance fédérale et communale car seul le dernier aurait pour fonction de prévenir du risque d'un morcellement de la prétendue puissance étatique des collectivités fédérées.

II. Le rejet de l'État unitaire comme forme d'État inadaptée au contexte allemand

Mais le fait de conforter la différence de nature entre les *Länder* et les simples collectivités locales au moyen de l'argument d'une différence de nature entre d'une part le pouvoir de surveillance fédérale et d'autre part le pouvoir de surveillance communale ne résulte pas uniquement de la crainte d'un morcellement de l'État allemand qu'impliquerait l'abandon du dualisme du fédéralisme allemand au profit d'une construction triadique incluant l'échelon des collectivités locales. Il ne s'agit, en d'autres termes, pas seulement d'affirmer la nécessité du pouvoir de surveillance communale afin d'éviter une dilution de l'unité de l'État fédéral allemand. Il faut également prendre en compte la menace d'un glissement de l'État fédéral vers un État unitaire car, comme on l'a vu, nier la différence de nature entre pouvoir de surveillance et pouvoir de surveillance locale reviendrait à assimiler les collectivités fédérées à des collectivités locales. Endiguer d'un côté le risque de polycratie et repousser de l'autre le spectre du centralisme sont en vérité les deux pôles d'une même préoccupation : celle de garantir la structure dyadique du fédéralisme allemand.

A l'instar du fédéralisme en France, il n'est sans doute pas exagéré d'affirmer que le centralisme fait office dans la pensée juridico-politique allemande de « concept repoussoir ». Si la France continue d'incarner l'État unitaire par excellence, les expériences d'instauration d'un État unitaire en Allemagne au cours du XX^{ème} siècle, qu'il s'agisse de celle de l'État national-socialiste entre 1933 et 1945 ou de la République démocratique allemande entre 1952 et 1990, ont contribué à consolider ce rejet de l'État unitaire comme forme d'État nullement adaptée au contexte allemand¹⁷²¹. L'idée d'un antagonisme historique et quasiment irréductible entre un centralisme¹⁷²² français et un fédéralisme allemand est cependant plus

¹⁷²⁰ *Ibid.*, p. 106.

¹⁷²¹ La référence à ces deux illustrations historiques d'État unitaire se trouve chez : H.-G. HENNEKE, *Öffentliches Finanzwesen*, Heidelberg, C. F. Müller, 2000, 2^{ème} éd., p. 11.

¹⁷²² Joseph Isensee emploie le terme « Unitarismus » qui renvoie selon nous dans le contexte de l'État unitaire à l'idée de centralisme, le terme « d'unitarisme » étant lui généralement réservé dans la doctrine française pour décrire des phénomènes centripètes dans le cadre fédéral : J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im

ancienne. On en retrouve ainsi la trace chez Georg Waitz, historien et théoricien du fédéralisme respecté à son époque, fidèle lecteur de Tocqueville¹⁷²³, qui notait déjà au Parlement de Francfort en 1848 : « Autant que je connaisse l'Allemagne et les situations allemandes, je crois que rien ne correspond moins à notre caractère que la centralisation. »¹⁷²⁴. Cet antagonisme supposé demeure encore aujourd'hui profondément ancré dans la doctrine allemande ainsi qu'en témoignent les propos de Joseph Isensee dans sa contribution sur l'État fédéral publié dans le célèbre *Traité de droit de l'État* (« *Handbuch des Staatsrechts* »). Se référant explicitement à la thèse de Tocqueville, Isensee voit dans le centralisme un élément de continuité de la culture constitutionnelle française qui transcende les époques et les régimes et dont le fédéralisme serait l'équivalent pour l'Allemagne. France et Allemagne auraient ainsi des « structures constitutionnelles contraires : là-bas l'unicité compacte et strictement centralisée de l'organisation de l'Etat ; ici sa division et sa duplication, l'Etat à deux niveaux : duplex regimen. Là-bas la « république une et indivisible » – ici la « res publica composita » : une communauté (*Gemeinwesen*) composée de plusieurs collectivités étatiques (*Staatsverbände*) ; l'Etat, non pas comme bloc, mais comme construction (*Fügung*), comme composition »¹⁷²⁵. Dans cet antagonisme largement mythifié, « l'Etat fédéral se révèle dans le contexte allemand comme étant de valeur supérieure à l'Etat unitaire »¹⁷²⁶. Il importe par conséquent de cesser de le considérer comme la forme rabougrie et instable de l'Etat moderne. L'Etat fédéral constitue selon Isensee tout au contraire une forme d'Etat plus organisée. Il n'est rien de moins que « l'aboutissement ultime de l'Etat moderne »¹⁷²⁷.

Grundgesetz », *op. cit.*, p. 6 et p. 13. Sur l'opposition entre fédéralisme et centralisme : O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *op. cit.*, p. 14.

¹⁷²³ Sur Waitz et la théorie de la souveraineté partagée : D. GRIMM, « Souveraineté », *op. cit.*, p. 577-579.

¹⁷²⁴ Cité par W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 466.

¹⁷²⁵ J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 13.

¹⁷²⁶ *Ibid.*, p. 13.

¹⁷²⁷ *Ibid.*, p. 12-14. Pour comprendre cette affirmation, il faut rappeler qu'Isensee considère l'État fédéral comme se situant à mi-chemin du « centralisme » (*Unitarismus*) et du « fédéralisme ». Le fédéralisme désigne une union d'États idéalement organisée sur le modèle d'une confédération d'États tandis que le centralisme serait un principe d'organisation de la puissance étatique centralisée, close, monolithique dont l'idéal-type est l'État unitaire. L'État fédéral, lui, combine et réconcilie dans un même ensemble ces deux pôles contraires : J. ISENSEE, « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *op. cit.*, p. 6.

Section 3 : La reconstruction du pouvoir de surveillance à partir de la théorie du calcul des défauts d'Adolf Merkl

Du questionnement portant sur la conception doctrinale postulant l'existence d'un lien nécessaire entre la forme de l'État et le contrôle de légalité des actes des collectivités locales, il ressort qu'ici aussi, le discours idéologique et la référence à une tradition nationale¹⁷²⁸ commandent l'analyse du droit positif¹⁷²⁹. Après avoir réfuté la thèse selon laquelle existerait un lien nécessaire entre la garantie de l'indivisibilité de l'Etat unitaire ou la dualité de la structure de l'Etat fédéral d'une part et le contrôle de légalité des actes des collectivités locales d'autre part, nous suggérons à ce stade d'exploiter la théorie d'Adolf Merkl dite du « calcul des défauts » pour voir en quoi elle réussit plus finement et justement à rendre compte du fondement véritable du pouvoir de surveillance. Recourir à une analyse plus formelle du droit et en particulier à la théorie du « calcul des défauts » d'Adolf Merkl (§1) nous semble en effet intéressant et profitable afin de mieux déterminer d'un point de vue juridique les fonctions du pouvoir de surveillance (§2).

§1 : Le pouvoir de surveillance comme technique de calcul des défauts

Généralement présenté comme l'un des disciples de Hans Kelsen¹⁷³⁰ et, plus rarement, de leur maître commun Edmund Bernatzik¹⁷³¹, Adolf Julius Merkl n'en est pas moins l'un des

¹⁷²⁸ Dans la littérature récente, v. par exemple P. GONOD, « Über den Rechtsexport des deutschen Verwaltungsrechts aus französischer Sicht », *Die Verwaltung*, 2015, p. 337-364. Voir également S. CASSESE, *La construction du droit administratif – France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 12.

¹⁷²⁹ Nous reprenons ici une formule de Jacques Caillosse : J. CAILLOSSE, *Les « mise en scène » juridiques de la décentralisation*, op. cit., p. 56.

¹⁷³⁰ Aux dires mêmes de Hans Kelsen pour son 70^e anniversaire : H. KELSEN, « Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960 », *ÖZöR*, 1960, p. 313. Sur la filiation intellectuelle entre Kelsen et Merkl, v. M. BOROWSKI, « Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl », in S. L. PAULSON, M. STOLLEIS (dir.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 122-159, en particulier p. 157-159 ; W.-D. GRUSSMANN, *Adolf Julius Merkl. Leben und Werk*, Vienne, MANZ, 1989 ; R. WALTER (dir.), *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit*, Vienne, MANZ, 1990. En langue française, on se reportera aux travaux de S. PINA, « Aperçu de la théorie générale du droit administratif d'Adolf Merkl », *Archives de Philosophie du Droit*, 2010, p. 466-477 ; v. également R. BONNARD, « La théorie de la formation du droit par degré dans l'œuvre d'Adolf Merkl », *RDP*, 1928, p. 668-696, en particulier p. 668-678.

¹⁷³¹ Edmund Bernatzik fut Doyen de la faculté de droit de Vienne et l'un des deux rapporteurs, avec Adolf Menzel, de la thèse d'habilitation de Hans Kelsen. À sa mort en 1919, Kelsen lui succéda comme Professeur à la chaire de droit constitutionnel (*Staatsrecht*) et de droit administratif. Il est généralement présenté comme l'un des premiers auteurs à avoir introduit le positivisme dans la doctrine publiciste autrichienne et a soutenu la carrière universitaire d'Adolf Merkl. Sur cette filiation entre Merkl et Bernatzik, v. A. MERKL,

pères de la théorie pure du droit. Publiciste spécialiste de droit administratif, Merkl demeure très largement inconnu en dehors de l'Autriche¹⁷³², du moins en comparaison à la renommée d'Hans Kelsen¹⁷³³ ou de l'internationaliste Alfred Verdross qui sont tous deux considérés comme comptant parmi les « juristes-savants » les plus éminents et influents du 20^{ème} siècle. Ce sont pourtant les travaux de Merkl relatifs au « double visage des normes »¹⁷³⁴, aux théories de la force juridique¹⁷³⁵ et surtout de la « formation du droit par degré »¹⁷³⁶ – communément désignée « théorie de la hiérarchie des normes » – qui contribueront de façon décisive à former le corpus intellectuel des concepts élaborés par l'école de Vienne. C'est toutefois plus spécifiquement à sa théorie trop méconnue « du calcul des défauts »¹⁷³⁷ (*Fehlerkalküllehre*) que nous intéresserons dans les prochains développements car c'est elle

« Autobiographie », in N. GRASS (dir.), *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Vienne, Universitätsverlag Wagner, 1952, p. 137-159. V. également : H. SCHAMBECK, « Adolf Merkl », in P. HÄBERLE et al. (dir.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, Berlin, De Gruyter, p. 353-368.

¹⁷³² V. H. DREIER, « Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts », *op. cit.*, p. 55-88 ; S. PINA, « La réception de la théorie juridique d'Adolf Merkl en France », *Austriaca*, n°63, 2006, p. 167-180. V. cependant notamment dans la production récente allemande : P. HILBERT, *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 101-107 ; J. BUCHHEIM, « Fehlerkalkül als Ermächtigung ? Kelsens Theorie des Rechts letztverbindlicher Entscheidungen vor dem Hintergrund von H. L. A. Harts Rechtstheorie », *Rechtstheorie*, n°1, 2014, p. 59-78 ; C. KLETZER, « Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory », *Ratio Juris*, 2005, p. 46-63.

¹⁷³³ Sur la réception contemporaine en particulier des travaux de Kelsen, v. O. PFERSMANN, « Hans Kelsens Rolle in der gegenwärtigen Rechtswissenschaft », in R. WALTER et al. (dir.), *Hans Kelsen : Leben – Werk – Wirksamkeit*, Vienne, MANZ, 2009, p. 367-387.

¹⁷³⁴ A. MERKL, « Das doppelte Rechtsantlitz. Eine betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes », *Juristische Blätter*, 1918, n°47, p. 425-427, p. 444-447, p. 463-465. Cet article a été reproduit dans : D. MAYER-MALY, H. SCHAMBECK, W.-D. GRUSSMANN (dir.), *Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften*, t. 1, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 227-252.

¹⁷³⁵ A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff : eine rechtstheoretische Untersuchung*, Vienne, F. Deuticke, 1923.

¹⁷³⁶ A. MERKL, « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbau », in A. VERDROSS (dir.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*, Vienne, Springer, 1931, p. 252-294. Cet article a été reproduit dans : D. MAYER-MALY, H. SCHAMBECK, W.-D. GRUSSMANN (dir.), *Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften, op. cit.*, t. 1, p. 437-490.

¹⁷³⁷ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, Springer, 1927, p. 191-201. Il revient principalement à Otto Pfersmann d'avoir introduit dans la doctrine française cette théorie du calcul des défauts. V. parmi ses écrits : O. PFERSMANN, « Pour une typologie modale des classes de validité normative », in J.-L. PETIT (dir.), *La querelle des normes. Hommage à Georg Henrik von Wright*, *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n°27, 1995, p. 69-113 ; O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », *RFDC*, 1997, p. 481-509 ; O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 71-82 ; O. PFERSMANN, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 499-506. V. également HOCHMANN, « Protéger les violations de la Constitution : le Fehlerkalkül d'Adolf Merkl », *op. cit.*, p. 115-125 ; T. HOCHMANN, « Les théories de la « prise en compte des défauts » et de l'« habilitation alternative », in T. HOCHMANN, X. MAGNON, R. PONSARD (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, Mare et Martin, 2018, à paraître.

qui nous paraît la plus appropriée à définir la fonction du pouvoir de surveillance dans l'ordre juridique. Nous en présenterons tout d'abord l'objet (A) puis les techniques (B).

A. L'objet de la théorie du calcul des défauts

Exposée tout d'abord dans son ouvrage consacré à l'étude de la force juridique des normes publiée en 1923, Merkl développera de façon plus substantielle sa théorie du calcul des défauts au sein de son *Traité de droit administratif* paru en 1927. Il en complètera la présentation quatre ans plus tard dans son étude consacrée à la « Théorie de la construction par degrés de l'ordre juridique ». Prolongation de celle-ci, le « calcul des défauts » est défini par Merkl comme l'ensemble des dispositions du droit positif qui permettent d'imputer juridiquement à l'Etat des actes fautifs et par conséquent de les reconnaître comme des actes juridiques valides, bien qu'ils ne remplissent pas parfaitement les conditions juridiques déterminant leur production¹⁷³⁸.

L'objet de cette théorie est donc de régler le sort des actes dits « fautifs » ou « irréguliers » (*fehlerhaft*), c'est-à-dire, écrit Merkl dans une formule générale, « des actes entachés de défauts juridiques »¹⁷³⁹. Fautif, un acte juridique l'est lorsqu'il ne satisfait pas entièrement à ses « règles de production », cette expression imagée désignant l'ensemble des énoncés juridiques qui auraient dû être observés au moment de son édicton¹⁷⁴⁰. Les défauts en question sont autrement dit de nature exclusivement juridique et ne résultent donc pas du caractère inopportun ou injuste de l'acte¹⁷⁴¹.

Le calcul des défauts permet de résoudre une faiblesse de la structuration hiérarchique du système juridique envisagé comme système normatif construit par degré. En droit, un acte sera valide s'il remplit parfaitement l'ensemble des conditions nécessaires à son édicton. Autrement dit, l'acte sera doté de force juridique si et uniquement il correspond entièrement aux exigences posées par les règles de procédure qui en déterminent la production. Sinon, il ne sera pas valide et ne pourra dès lors prétendre au statut de norme de l'ordre juridique :

¹⁷³⁸ A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff : eine rechtstheoretische Untersuchung*, op. cit., p. 293.

¹⁷³⁹ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 194.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 194.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 194.

*tertium non datur*¹⁷⁴². Ces conditions sont généralement relatives à la forme de l'acte¹⁷⁴³, au sens où l'organe qui en est l'auteur dispose de la compétence pour le produire et l'a édicté conformément aux procédures prévues pour l'édicter, notamment au regard de sa publicité.

Or, il est d'une part possible qu'un acte remplisse un nombre minimal des énoncés juridiques qui doivent être observés au moment de son édicition de sorte qu'il puisse être valablement qualifié d'acte juridique (*Staatsakt*), sans pour autant satisfaire parfaitement à l'ensemble des conditions nécessaires à sa validité. Il serait pourtant fâcheux de le considérer pour cette raison comme un acte inexistant ou, comme l'écrit Merkl, comme un « semblant de norme »¹⁷⁴⁴ (*Scheinakt*). En établissant une échelle des conséquences juridiques (*Rechtsfolgen*) en fonction de la gravité des irrégularités, le premier intérêt de la théorie du calcul des défauts est d'introduire une certaine flexibilité dans le système en organisant la validité d'actes fautifs. Ceci permet, en d'autres termes, de « pondérer les conséquences d'une violation de la règle de production. »¹⁷⁴⁵.

Par ailleurs, il faut pour qu'une norme soit valide qu'elle remplisse parfaitement l'ensemble des conditions nécessaires à son édicition. Le respect de cette exigence est suffisant. La validité d'une norme n'implique toutefois pas nécessairement sa conformité au contenu des normes qui lui sont pourtant supérieures dans le rapport de production¹⁷⁴⁶. On se retrouve alors dans le cas d'un conflit entre deux actes valides. Le problème est que conformément à la structuration hiérarchique de l'ordre juridique, les normes supérieures correspondent à des règles générales et abstraites qui doivent être ensuite mises en œuvre. Or, leur exécution requiert de recourir à des normes individuelles et concrètes « puisque l'application exige que la personne et le comportement exactement demandé soient concrètement désignés »¹⁷⁴⁷. Les normes inférieures dans l'ordre de production bénéficient

¹⁷⁴² *Ibid.*, p. 194 ; A. MERKL, « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbau », *op. cit.*, p. 490 ; O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », *op. cit.*, p. 492.

¹⁷⁴³ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 196.

¹⁷⁴⁵ O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *op. cit.*, p. 492.

¹⁷⁴⁶ Tandis que la validité est une propriété constitutive d'une norme d'un système juridique en ce qu'elle permet de distinguer une norme d'une non-norme, il n'en va pas de même du critère de la conformité. Sur la différence entre validité et conformité : O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 76-77 ; O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *op. cit.*, p. 492-493 ; M. JESTAEDT, « Selbststand und Offenheit der Verfassung gegenüber nationalem, supranationalem und internationalem Recht », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 12, Heidelberg, C. F. Müller, 3^{ème} éd., 2014, § 264, p. 352.

¹⁷⁴⁷ O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *op. cit.*, p. 493.

par conséquent d'un degré de concrétisation plus élevé que les normes supérieures dans l'ordre de production. Dès lors, les normes inférieures à celles qui en fixent les conditions de production disposent d'une supériorité d'application sur ces dernières. Ceci s'avère problématique car il en résulte en définitive un inversement de la hiérarchie normative ou, plus exactement, une contradiction entre la hiérarchie par l'ordre de production et la hiérarchie en force dérogatoire.

Une possibilité de répondre à ce problème est d'inclure aux conditions nécessaires à la validité des normes la conformité au contenu des normes supérieures. Tout acte qui violerait cette exigence de conformité serait invalide. Mais comme le note Otto Pfersmann, « ceci rigidifie considérablement le système sans garantir l'élimination de toute production non souhaitée »¹⁷⁴⁸. Une seconde possibilité est que l'auteur de l'acte fautif décide lui-même de le modifier ou de l'éliminer en produisant selon la même procédure d'édiction un nouvel acte modificatif voire contraire. Ceci n'est cependant aucunement garanti et en définitive, force est de reconnaître qu'outre le respect du contenu des normes supérieures par les normes de concrétisation, « même le respect de la règle de production échappe entièrement à ceux qui l'édicte »¹⁷⁴⁹. Le second intérêt du calcul des défauts est précisément d'apporter une réponse à ce « paradoxe de la concrétisation », c'est-à-dire au cas où une norme inférieure dans le rapport de production est supérieure en force dérogatoire¹⁷⁵⁰. En organisant, en dehors des procédures qui ont permis son édicte, la correction d'un acte valide et toutefois contraire au contenu d'une norme supérieure, le calcul des défauts permet de tirer les conséquences juridiques de la non-conformité d'un acte valide, et en cela, de résoudre les cas de conflit de normes.

B. Les techniques du calcul des défauts

Les sanctions prises à la suite du calcul des défauts varient en fonction du degré de gravité des irrégularités relevées. Merkl dresse un inventaire des conséquences juridiques résultant du défaut d'une norme. On peut tout d'abord envisager le cas où la faute restera sans

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 492.

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 492.

¹⁷⁵⁰ O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 79-82. La doctrine autrichienne, à la suite des travaux de Robert Walter, parle ici de force dérogatoire au sens large : R. WALTER, « Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht », *ÖJZ*, 1965, p. 169-174. Sur les controverses relatives à cette conception : E. WIEDERIN, « Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's », in S. GRILLER, H. P. RILL (dir.), *Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*, Vienne/New York, Springer, 2011, p. 107-118.

influence sur sa validité. Merkl invente à ce propos le concept de « ratihabition » (*Ratihabierung*)¹⁷⁵¹ pour désigner cette forme de tolérance vis-à-vis d'un défaut juridique. L'acte sera ainsi purgé de ses irrégularités et sa validité juridique confirmée. Ceci recouvre par exemple le cas des règles de prescriptions et plus généralement des situations juridiques où les voies de recours contre un acte pourtant fautif sont épuisées ou éteintes¹⁷⁵². Parmi les techniques du calcul des défauts, on compte également l'annulabilité de l'acte fautif – partielle, totale, avec ou sans délai voire avec effet rétroactif – ainsi que sa modification¹⁷⁵³.

La compétence de procéder à ce calcul des défauts et d'en tirer les conséquences juridiques est généralement attribuée à d'autres organes que ceux qui ont produit l'acte fautif. Ainsi, la décision relative à son annulabilité peut être prise dans le cadre d'une action en annulation portée devant le juge mais également dans le cadre d'une procédure de contrôle ou de surveillance laissant ouverte la possibilité de son retrait de vigueur¹⁷⁵⁴. Ce contrôle des défauts peut de même être exercé *a priori* ou *a posteriori*. Dans le premier cas, il permet de faire obstacle à l'achèvement de la procédure de production d'un acte entaché de défauts en empêchant que l'acte devienne une norme valide. Cette forme de contrôle en amont peut également conduire à substituer à l'acte initial fautif un autre acte « corrigé ou amélioré »¹⁷⁵⁵. Appliqué aux moyens du pouvoir de surveillance, ceci recouvre le cas de l'approbation préalable des actes locaux, de la transmission obligatoire d'acte mais également de l'annulation directement par l'autorité de surveillance des actes locaux n'étant pas encore entrés en vigueur comme cela est possible en droit allemand. Dans toutes ces hypothèses, l'initiative des collectivités locales est cependant bien respectée étant donné que c'est elle qui fait précisément l'objet du contrôle. Mis en œuvre *a posteriori*, le calcul des défauts vise non pas à empêcher l'introduction d'une nouvelle norme dans le système juridique, mais à éliminer un acte entaché d'un défaut. Dans le cas du pouvoir de surveillance, ceci concerne le cas des actes juridiques locaux valides mais dont l'autorité de surveillance décide d'obtenir la

¹⁷⁵¹ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 196 ; A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff : eine rechtstheoretische Untersuchung*, *op. cit.*, p. 301 ; E. WIEDERIN, « Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's », *op. cit.*, p. 122.

¹⁷⁵² A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 196.

¹⁷⁵³ O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *op. cit.*, p. 494 ; O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 75-76.

¹⁷⁵⁴ A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff : eine rechtstheoretische Untersuchung*, *op. cit.*, p. 294 ; E. WIEDERIN, « Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's », *op. cit.*, p. 122.

¹⁷⁵⁵ O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 76.

suppression en formant un recours contentieux, par exemple au moyen de la procédure de déféré-préfectoral en droit français.

En résumé, conclut Merkl, le calcul des défauts désigne « toute institution juridique, qui place les exigences posées par les actes d'un degré supérieur sur ceux d'un degré inférieur sous le niveau habituellement requis dans l'ordre juridique considéré et, partant, crée la possibilité d'imputer à l'État des actes irréguliers »¹⁷⁵⁶. On peut toutefois s'étonner que cette théorie vise à organiser la violation autorisée de conditions pourtant posées comme nécessaires à la validité d'actes juridiques ou relatives à leur conformité aux normes supérieures. À cette question, Merkl apporte une réponse qui démontre combien sa conception se situe aux antipodes des critiques dont on affuble généralement, aujourd'hui encore, les théories des auteurs de l'École de Vienne de théorie du droit¹⁷⁵⁷. Celles-ci seraient, entre autres, déconnectées du monde et aboutiraient à appauvrir la science juridique¹⁷⁵⁸. En témoigne le reproche formulé par Albert Hensel dans sa recension féroce et sarcastique du *Traité de droit administratif général* de Merkl qui vise, en fin de compte, Kelsen lui-même et « son » école. Pour Hensel, la théorie pure du droit serait « insupportablement inintéressante » et sinistre : « Qui veut véritablement explorer (et plus tard cultiver) un pays est bien inspiré de ne pas auparavant le transformer en désert en y construisant ensuite une seule grande rue. C'est ce pourtant à quoi ressemble en définitive la science du droit administratif de Merkl »¹⁷⁵⁹.

Or, cette présentation outrancière est justement démentie par la théorie du calcul des défauts. Merkl explique tout au contraire la nécessité d'introduire un tel mécanisme de pondération en soulignant que « le droit est un outil produit par des êtres humains pour des

¹⁷⁵⁶ A. MERKL, « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbau », *op. cit.*, p. 491

¹⁷⁵⁷ Pour une critique classique des illusions du positivisme kelsénien, v. la version écrite du discours d'Henrich Triepel rédigé à l'occasion de sa prise de fonction de Recteur de l'Université de Berlin en 1926-1927 : H. TRIEPEL, *Staatsrecht und Politik. Rede beim Antritt des Rektorats der Friedrich Wilhelms-Universität zu Berlin am 15. Oktober 1926*, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1927, p. 19 et suivantes. Sur ce texte et sa signification, C. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997, p. 92-96 ; du même auteur, « Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar », in J.-F. KERVEGAN (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa République et ses juristes*, Lyon, ENS Editions, 2002, p. 87-112 ; A. LE DIVELLEC, « Droit, politique et justice constitutionnelle : deux textes d'Henrich Triepel », *Jus Politicum*, n°2, 2009 (<http://juspoliticum.com/article/Droit-politique-et-justice-constitutionnelle-deux-textes-de-Heinrich-Triepel-83.html>).

¹⁷⁵⁸ V. à propos des critiques adressées à l'encontre des travaux d'Adolf Merkl : H. DREIER, « Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts », *op. cit.*, p. 65-66.

¹⁷⁵⁹ A. HENSEL, « Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht », *AÖR*, 1928, p. 405-422.

êtres humains »¹⁷⁶⁰. Partant de cette prémisse, Merkl estime qu'il faut accepter que le droit ne soit parfois pas respecté par les organes en charge de l'appliquer. De telles violations proviennent en effet des erreurs de raisonnement ou de l'absence de volonté des individus qui font office d'organe d'application du droit. D'un point de vue politico-juridique, une solution serait alors d'amoindrir les exigences posées à la validité d'un acte. À cette option, Merkl objecte qu'elle ferait retomber notre culture juridique dans les abîmes du « primitivisme juridique » alors qu'elle se caractérise à juste titre par la complexité de l'action des organes¹⁷⁶¹.

Le rappel de ces propos n'est pas seulement intéressant dans l'optique de contester le prétendu formalisme désincarné des idées de Merkl. Il permet surtout de justifier notre choix d'intégrer parmi les sanctions liées au calcul des défauts d'un acte celles prises à l'encontre de l'organe auteur de l'acte fautif. Dans une conception stricte, les sanctions prises à l'encontre des organes ayant édicté un acte fautif ne relèvent en effet pas du calcul des défauts¹⁷⁶². Seul le sort de l'acte en cause, les conditions de son maintien en vigueur, de sa correction ou de sa destruction seront pris en compte. Il nous semble néanmoins préférable et fondé d'intégrer au sein du domaine d'application du calcul des défauts les conséquences juridiques qu'une faute peut entraîner pour l'organe qui en est l'auteur car ces sanctions personnelles sont intrinsèquement liées aux défauts de l'acte. Elles en sont le versant organique, là où la destruction de l'acte formera le versant matériel du calcul des défauts. C'est en raison de la gravité de la violation des dispositions qui auraient dû être observées au moment de l'édition de l'acte que se justifie leur adoption, comme ce peut être le cas dans le cadre du pouvoir de surveillance lors de la révocation d'organes locaux décentralisés.

§2 Le pouvoir de surveillance comme calcul des défauts des actes locaux décentralisés

Il est selon nous possible, à partir de la théorie du calcul des défauts, de tirer deux séries d'enseignements relativement au pouvoir de surveillance : les premiers de nature théorique

¹⁷⁶⁰ A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff : eine rechtstheoretische Untersuchung*, op. cit., p. 295.

¹⁷⁶¹ A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff : eine rechtstheoretische Untersuchung*, op. cit., p. 295-296.

¹⁷⁶² En ce sens : E. WIEDERIN, « Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's », op. cit., p. 122-123 ; également, R. WALTER, *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, Vienne, MANZ, 1974, p. 58.

(A), les seconds, dogmatiques, au sens qu'ils seront plus spécialement relatifs à la description systématisée des droits positifs des ordres juridiques étudiés¹⁷⁶³ (B).

A. Les enseignements théoriques issus de la théorie du calcul des défauts

Sur le plan théorique, le recours à la théorie du calcul des défauts permet, en premier lieu, de concevoir le contrôle étatique exercé sur les actes locaux non pas comme l'une des différences spécifiques de la décentralisation par autonomie locale ou comme un instrument qui lui serait *spécifiquement nécessaire*, mais comme un moyen possible de contrôle des normes produites par un ordre juridique partiel. Deux autres arguments procèdent de ce premier enseignement.

D'une part, cette conception contribue à souligner la parenté entre le contrôle juridictionnel exercé sur les actes locaux et le pouvoir de surveillance exercé par les organes de l'État central, tous deux ayant pour objet de résoudre des conflits de normes. Cette manière de voir rend ainsi utilement compte, au-delà des différences structurelles entre ces deux mécanismes de calcul des défauts, des similitudes matérielles qui les rapprochent¹⁷⁶⁴. D'autre part, il ressort de ce premier enseignement que la question du contrôle des normes produites par un ordre juridique partiel dépasse le seul cas de la décentralisation par autonomie locale. Ce premier enseignement souligne que le problème fondant l'établissement du pouvoir de surveillance se pose *in fine* pour *tout* système juridique décentralisé¹⁷⁶⁵ voire pour tout système juridique, étant donné que la centralisation est rompue dès que la

¹⁷⁶³ Sur la différence entre ces différents niveaux d'argumentation : M. JESTAEDT, *Die Verfassung hinter der Verfassung : Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*, Paderborn, Schöningh, 2008.

¹⁷⁶⁴ On peut y voir la marque du relativisme de la théorie normativiste et en particulier de la remise en cause du dualisme traditionnel entre justice et administration. Sur ce point, v. notamment H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 213-214. Dans la doctrine française, cette similitude entre contrôle administratif et contrôle juridictionnel avait d'ailleurs été assez tôt soulignée par MM. Maspétiol et Laroque qui, à la suite de Maurice Hauriou, font en effet référence à l'idée de « tutelle juridictionnelle » à propos du contrôle contentieux des actes locaux : R. MASPETIOL, P. LAROQUE, *La tutelle administrative*, *op. cit.*, p. 161. Reprenant cette idée à son compte, C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratif*, Paris, PUF, 1992, p. 201. Sur les controverses et les difficultés liées à ce concept : S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 96-98. Sur les convergences et différences entre ces deux « structures de surveillance » (*Überwachungsinstanzen*) ainsi que les désigne Wolfgang Kahl, ce qui recoupe en partie la différence entre contrôle et supervision : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 415-421 et p. 551. Wolfgang Kahl note en effet qu'autant le contrôle que la supervision a pour objet l'observation, l'examen et la sanction éventuelle d'un comportement à l'aune de sa conformité avec un certain critère.

¹⁷⁶⁵ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 163-165. Dans ce sens, Eisenmann rappelle en effet que la décentralisation s'applique indifféremment « à tous les éléments de l'appareil étatique » et « pour toute société juridiquement organisée » : C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 22. Dans le même sens, mais relativement à l'Union européenne : O. PFERSMANN, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation : le cas de la supranationalité », *op. cit.*, p. 182.

compétence de concrétiser une norme générale et abstraite est attribuée à un autre organe que celui qui l'a produite¹⁷⁶⁶. Peu importe que l'ordre juridique partiel en cause soit un État membre d'une organisation supranationale, une collectivité fédérée d'un État fédéral ou une simple collectivité locale, ces différents types de décentralisation requièrent une procédure de résolution des conflits de normes au risque sinon de saper l'unité de l'ordre juridique et sa cohérence¹⁷⁶⁷ (*Widerspruchsfreiheit*) en tolérant des conflits de normes inéluctables. Le risque serait alors de laisser au primat de la politique le soin de décider du sort des règles à appliquer. Le dernier mot reviendrait alors au seul jeu des rapports de force. Ainsi que le note Charles Eisenmann, « les décentralisations s'accompagneront toujours de contrôle des organes décentralisés par quelque autorité centrale »¹⁷⁶⁸. Quelle que soit la forme prise par ce calcul des défauts, le principe de son établissement résulte donc non pas de la forme de l'État ou plus globalement du type de décentralisation en cause, mais de l'avantage qu'il procure en vue de garantir la cohérence et l'efficacité globale du système juridique¹⁷⁶⁹. L'instauration du pouvoir de surveillance s'avère être un moyen d'assurer un calcul des défauts des normes des ordres juridiques partiels par rapport aux normes centrales¹⁷⁷⁰. Autrement dit, « les pouvoirs de contrôle manifestent la présence de la centralisation dans la décentralisation »¹⁷⁷¹. Ils ne

¹⁷⁶⁶ On pourrait en effet se contenter de dire « pour tout système juridique », l'idée d'un ordre juridique parfaitement centralisé étant irréaliste puisqu'elle supposerait qu'un seul organe édicte et exécute l'ensemble des normes du système en cause. O. PFERSMANN, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation : le cas de la supranationalité », *op. cit.*, p. 178 ; H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, p. 164.

¹⁷⁶⁷ Sur ces deux concepts : C. BUMKE, *Relative Rechtswidrigkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 37-88 ; D. FELIX, *Einheit der Rechtsordnung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 142-156 ; D. HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, p. 133-170. Il est cependant remarquable qu'aucun de ces auteurs ne fait référence à la théorie du calcul des défauts d'Adolf Merkl. La seule référence qui est généralement faite renvoie à un article de Rainer Lippold datant de 1990 dans lequel cet auteur interprète le contrôle de constitutionnalité des lois par la Cour constitutionnelle fédérale à la lumière de la théorie du calcul des défauts : R. LIPPOLD, « Gilt im deutschen Recht ein Fehlerkalkül für Gesetze ? Eine Untersuchung des Problems des verfassungswidrigen Gesetzes auf der Grundlage der Reinen Rechtslehre », *Der Staat*, 1990, p. 185-208.

¹⁷⁶⁸ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation, op. cit.*, p. 163.

¹⁷⁶⁹ Sur l'efficacité de l'ordre juridique : H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1997 (1945), p. 91 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit, trad. fr. de la deuxième édition par Charles Eisenmann*, Bruxelles/ Paris, Bruylant/LGDJ, 1999 (1962), p. 215. Sur le concept d'efficacité dans la théorie pure du droit comme condition supposée mais non nécessaire du droit : O. PFERSMANN, « Pour une typologie modale des classes de validité normative », *op. cit.*, p. 69-113 ; T. HOCHMANN, « Retour en Rhodésie : Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité », *RFDC*, 2016, p. 48-56.

¹⁷⁷⁰ La décentralisation requiert par définition un minimum de centralisation : il faut *a minima* que la norme fondamentale soit valide sur l'ensemble du territoire de l'ordre juridique. En pratique cependant, la centralisation va toujours au-delà de ce minimum. A défaut, on aurait à faire à une pluralité d'ordres juridiques et non à un ordre juridique décentralisé. En ce sens, H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre, op. cit.*, p. 164-165 ; C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation, op. cit.*, p. 161.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 162.

représentent ni le corollaire propre à l'autonomie locale, ni ne sont la « traduction juridique » de la seule décentralisation administrative¹⁷⁷².

Le recours à la théorie du calcul des défauts en lien avec celle du « double visage des normes » contribue en second lieu à infirmer la typologie érigée par Charles Eisenmann distinguant trois idéaux-types de structure territoriale de l'ordre juridique : la centralisation, la semi-décentralisation et la décentralisation. Pour Eisenmann, nous l'avons vu, la véritable décentralisation se distingue de la semi-décentralisation par le fait que les organes centraux ne disposent d'aucun pouvoir discrétionnaire à l'égard des actes locaux, mais seulement de pouvoirs de « contrôle »¹⁷⁷³. En ce sens, le contrôle serait « l'opération qui consiste à vérifier si des objets concrets sont conformes ou ne sont pas conformes au schéma idéal d'un objet correct, tel que le dessine une norme que l'on nomme norme de contrôle »¹⁷⁷⁴. Toutefois, conformément à ce qu'enseigne la théorie du double visage des normes de Merkl, toute norme comporte à la fois des déterminants hétéronomes et des éléments autonomes¹⁷⁷⁵. La production d'une norme concrétisant une norme supérieure est à la fois un acte de connaissance objective et un acte de volonté¹⁷⁷⁶. Par conséquent, l'idée d'une norme de référence parfaitement et complètement déterminée doit être récusée au profit d'une présentation qui prend au sérieux la complexité de l'opération de concrétisation. Dans le même sens, l'autorité de surveillance, en ce qu'elle procède à un calcul des défauts des normes locales, devra dès lors contrôler et donc interpréter cette production applicative. Or, « la nécessité d'une interprétation résulte précisément de ce que la norme à appliquer, ou le système de normes, laissent ouvertes plusieurs possibilités »¹⁷⁷⁷. Surtout, dans la pensée kelsenienne, « cette interprétation comporte toujours un moment purement volitif et n'est pas un acte purement cognitif »¹⁷⁷⁸. En définissant la décentralisation comme le système au sein duquel les organes de surveillance sont privés de tout pouvoir discrétionnaire, Eisenmann

¹⁷⁷² *Ibid.*, p. 162.

¹⁷⁷³ *V. infra.*

¹⁷⁷⁴ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 167-168.

¹⁷⁷⁵ A. MERKL, « Das doppelte Rechtsantlitz. Eine betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes », p. 234 ; E. WIEDERIN, « Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls », *op. cit.*, p. 85.

¹⁷⁷⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 335.

¹⁷⁷⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 459.

¹⁷⁷⁸ O. JOUANJAN « Présentation. Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », *op. cit.*, p. 30.

méconnaît en fin de compte le double visage des normes et la complexité subséquente du calcul de leurs défauts.

En définitive, l'intérêt de définir le pouvoir de surveillance comme un calcul des défauts est que cela permet de lier cette forme de contrôle à la théorie de la construction de l'ordre juridique par degré. La théorie du calcul des défauts est en effet fortement liée à la conception du droit comme système normatif *hiérarchisé, dynamique et positif*¹⁷⁷⁹. Premièrement, la hiérarchie des normes a toujours deux aspects : l'un relatif à l'ordre de production, l'autre relatif à la force dérogatoire. Deuxièmement, si tous les actes juridiques peuvent être irréguliers¹⁷⁸⁰, l'irrégularité reste avant tout le problème typique des actes de niveau inférieur. Sur le plan quantitatif, les actes administratifs individuels sont tendanciellement plus souvent irréguliers que les lois étant donné que la part d'exécution dans de tels actes est plus prononcée que la part de création. La raison en est que chaque norme¹⁷⁸¹ dispose d'un « double visage » : elle comporte à la fois des éléments de création et d'exécution¹⁷⁸². Plus la part d'exécution est importante, plus le risque d'irrégularité est grand¹⁷⁸³. Inversement, plus le pouvoir discrétionnaire – que Merkl ne limite d'ailleurs pas aux seuls actes administratifs¹⁷⁸⁴ – est important, plus le risque d'irrégularité est réduit. Ceci peut expliquer la nécessité plus importante de disposer pour les actes locaux décentralisés de moyens de contrôle spécifiques comme ceux du pouvoir de surveillance sans recourir à une conception paternaliste des rapports entre l'Etat et les collectivités locales. Enfin, ce n'est, insiste Merkl, ni en vertu de son caractère injuste, inopportun ou contraire à un quelconque système de

¹⁷⁷⁹ Sur les rapports entre ces deux théories : E. WIEDERIN, « Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls », *op. cit.*, p. 121-129 ; M. BOROWSKI, « Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl », in S. PAULSON, M. STOLLEIS (dir.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, p. 122-159 ; O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 71-82.

¹⁷⁸⁰ Si cette théorie est certes développée à partir du cas spécifique des actes administratifs, Merkl prend néanmoins soin de souligner qu'elle concerne l'ensemble des actes juridiques : A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 194.

¹⁷⁸¹ Ceci vaut à l'exception de la norme fondamentale en tant que première norme et de la sanction comme dernière norme.

¹⁷⁸² A. MERKL, « Das doppelte Rechtsantlitz », *op. cit.*, p. 231-235 ; A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 15 ; R. BONNARD « La théorie de la formation du droit par degré dans l'œuvre d'Adolf Merkl », p. 690 ; O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *op. cit.*, p. 488.

¹⁷⁸³ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 195 ; R. BONNARD « La théorie de la formation du droit par degré dans l'œuvre d'Adolf Merkl », p. 690.

¹⁷⁸⁴ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 140-156.

valeur qu'un acte est techniquement irrégulier, mais qu'en raison de sa contrariété avec le système juridique en vigueur¹⁷⁸⁵.

B. La plus-value dogmatique de la théorie du calcul des défauts

Sur le plan dogmatique, le recours à la théorie du calcul des défauts permet de mieux rendre compte de la dualité des fonctions attribuées au pouvoir de surveillance par les droits positifs français et allemand. Autant en France qu'en Allemagne, le pouvoir de surveillance vise à satisfaire deux objectifs possiblement contradictoires : assurer la régularité juridique des décisions locales et consolider la capacité d'initiative des collectivités locales (*Eigenverantwortlichkeit*) et donc leur autonomie normative. Si la première fonction conduit à l'élimination des actes fautifs voire à sanctionner les organes qui en sont les auteurs, la seconde peut à l'inverse aboutir à les laisser en vigueur et favorise la phase de conseil. Or, cette dualité fonctionnelle est pertinemment reflétée par la variété des techniques auxquelles renvoie la théorie du calcul des défauts.

I. La fonction répressive du pouvoir de surveillance

Des deux fonctions du pouvoir de surveillance, la fonction répressive est sans doute la plus frappante et la plus connue. Elle vise à l'élimination des actes locaux jugés irréguliers par les autorités de contrôle. Elle est perçue, autant dans la doctrine allemande que française, comme l'expression du principe de « prééminence du droit »¹⁷⁸⁶, c'est-à-dire, comme découlant de l'obligation de « conformité des normes d'application aux normes de rang supérieur selon le rapport de production »¹⁷⁸⁷ (1). Nonobstant cette obligation, les autorités de surveillance n'ont pas pour compétence d'agir à la demande d'individus en vue de la protection spécifique de leurs droits subjectifs (2) et disposent en outre d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de leur contrôle qui les laisse relativement libres de rechercher l'annulation d'un acte local fautif (3). C'est cette dualité de prime abord contradictoire dont réussit à rendre compte la théorie du calcul des défauts.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 194 ; R. BONNARD « La théorie de la formation du droit par degré dans l'œuvre d'Adolf Merkl », p. 689.

¹⁷⁸⁶ Nous reprenons ici l'expression employée par Michel Fromont et figurant à l'article 3 du statut du Conseil de l'Europe qui nous semble dans ce contexte préférable à celle d'État de droit : M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, *op. cit.*, p. 248.

¹⁷⁸⁷ O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 73-74.

1) L'obligation de veiller au respect de la légalité objective

La doctrine allemande contemporaine fonde généralement le pouvoir de surveillance sur l'obligation constitutionnelle faite aux collectivités locales d'agir « dans le cadre des lois », ainsi qu'en dispose l'article 28II LF, c'est-à-dire, en se conformant au principe d'État de droit inscrit aux articles 20III et 28I de la Loi fondamentale. Cette conformité juridique aux lois permet *in fine* d'assurer un niveau de légitimation démocratique suffisant aux actes locaux. Si la Loi fondamentale n'évoque pas explicitement le pouvoir de surveillance, les constitutions fédérées viennent pour leur part concrétiser cette disposition générale et s'y réfèrent expressément. Après avoir réaffirmé le principe d'auto-administration des collectivités locales, elles énoncent généralement que celles-ci sont soumises dans l'exercice de leurs compétences à un contrôle de légalité (*Rechtsaufsicht*) exercé par les autorités étatiques du *Land*¹⁷⁸⁸. Voilà pourquoi la dogmatique allemande retient habituellement que la fonction du pouvoir de surveillance est de veiller à la « préservation du droit »¹⁷⁸⁹ (*rechtsstaatliche Rechtsbewahrungsfunktion*). Cette description renoue avec l'idée, jadis défendue par Heinrich Triepel et majoritairement reprise dans la doctrine contemporaine, que le pouvoir de surveillance a principalement pour fonction d'assurer la réalisation de certaines obligations (*Pflichtentheorie*) en forçant l'organe surveillé à se conformer au droit positif¹⁷⁹⁰.

De façon similaire, la doctrine française voit elle aussi dans le pouvoir de surveillance le moyen d'assurer le respect du « principe de légalité », lequel exige « à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit par lesquelles la Constitution adoptée par le peuple français a proclamé l'indivisibilité de la République, affirmé l'intégrité du territoire et fixé l'organisation des pouvoirs publics »¹⁷⁹¹. Posée initialement par le Conseil constitutionnel dans sa décision de principe du 25 février 1982, cette définition de la fonction du contrôle administratif s'appuie sur la mission

¹⁷⁸⁸ V. *infra* Partie 2, Titre 2, chapitre 2 pour plus de références.

¹⁷⁸⁹ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 493. F.-L. KNEMEYER, « Die Staatsaufsicht über die Gemeinde und Kreise », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, *op. cit.*, p. 222.

¹⁷⁹⁰ H. TRIEPEL, *Die Reichsaufsicht*, *op. cit.*, p. 126 ; Dans ce sens également, Albert Haenel et Otto Mayer. V. également : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 525 ; M. EEKHOFF, *Die VerBundaufsicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 6-7.

¹⁷⁹¹ Décision n°82-137 DC du 25 février 1982 (cons. 3). La « légalité » est employée comme synecdoque dans la dogmatique française pour désigner non pas simplement le respect de la loi, mais aussi de la constitution voire de l'ensemble des règles de l'ordre juridique. Il serait plus juste de dépasser cette fixation traditionnelle française autour de la « loi » comme expression du droit et préférable de parler de principe de constitutionnalité (*Verfassungsmaßigkeit*) ou plus globalement de juridicité ou de régularité juridique (*Rechtsmäßigkeit*).

constitutionnelle confiée au préfet par l'article 72 alinéa 6 de la Constitution française. Selon cette disposition, le représentant de l'État dans les collectivités territoriales a « la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ». L'interprétation de cette disposition par le Conseil constitutionnel met toutefois plus particulièrement l'accent sur le fait que le pouvoir de surveillance tend à veiller au respect des lois et, plus généralement, à « la sauvegarde des intérêts nationaux auxquels, de surcroît, se rattache l'application des engagements internationaux contractés à cette fin »¹⁷⁹². Il incombe par conséquent au législateur d'assurer le maintien d'une procédure visant à traiter les décisions locales irrégulières¹⁷⁹³ tout en garantissant que les modalités d'exercice de ce contrôle respectent le principe de libre administration.

2) La faculté de protéger les droits subjectifs

La référence au principe constitutionnel d'État de droit comme fondement juridique du pouvoir de surveillance pourrait sembler impliquer que ce dernier a également pour vocation la protection des droits subjectifs. Dans le cas français, c'est tout du moins ce que l'on pourrait raisonnablement déduire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 12 février 2004, considère que « la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 est satisfaite dès lors que, outre la faculté pour les intéressés de saisir le juge administratif, le représentant de l'État a la possibilité d'exercer un contrôle de légalité »¹⁷⁹⁴. En outre, le représentant de l'État dispose d'un recours spécifique dit de « suspension-liberté »¹⁷⁹⁵ qui l'autorise à obtenir du juge administratif la suspension accélérée d'un acte « de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle ». Pour certains auteurs, le pouvoir de surveillance conduit, enfin, à assurer dans son économie générale « l'unicité des conditions d'exercice des libertés publiques »¹⁷⁹⁶ sur le territoire national et contribue ainsi à assurer l'égalité des citoyens de devant la loi¹⁷⁹⁷.

¹⁷⁹² Décision n°82-137 DC précitée (cons. 4).

¹⁷⁹³ Décision n°91-290 DC du 9 mai 1991 (cons. 19).

¹⁷⁹⁴ Décision n°2004-490 DC du 12 février 2004 (cons. 10).

¹⁷⁹⁵ Article L. 554-3 du Code de justice administrative, en rapport avec les cinquième et sixième alinéas de l'article L. 2131-6, les sixième et septième alinéas de l'article L. 3132-1, ainsi que les cinquième et sixième alinéas de l'article L. 4142-1 du code général des collectivités territoriales.

¹⁷⁹⁶ Règle énoncée par le juge constitutionnel français dans sa décision du 13 janvier 1994 et évoquée par exemple par André Roux pour justifier le pouvoir de surveillance de l'État sur les actes locaux. A. ROUX, « La Constitution de 1958. L'unité », in B. MATHIEU (dir.), *Le cinquantième de la Constitution de la V^o République*, Paris, Dalloz, 2008, p. 147-160. Dans un sens quelque peu similaire : M. VERPEAUX, L.

Néanmoins, l'idée d'une vocation spécifique du pouvoir de surveillance visant à protéger les droits subjectifs doit être tempérée et cela pour au moins deux raisons. D'une part, la création par la loi du 30 juin 2000 du « référé-liberté » permet à tout justiciable d'obtenir du juge administratif, si l'urgence le justifie, « d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ». Si les conditions de recevabilité sont certes moins strictes concernant la demande formée par le préfet que celles valant pour un requérant ordinaire, il n'en demeure pas moins que l'objet de ces deux procédures est identique car elles visent, au fond, toutes deux à la protection de libertés constitutionnellement protégées¹⁷⁹⁸. D'autre part, les administrés n'ont surtout aucun droit à obtenir du préfet qu'il exerce son pouvoir de surveillance à l'égard des actes d'une collectivité locale. S'ils sont autorisés à le saisir d'une telle demande¹⁷⁹⁹, son refus d'y accéder demeure insusceptible de recours¹⁸⁰⁰. Quand bien même le préfet aurait accepté de déférer un acte fautif au juge administratif, il lui est loisible de se désister de son recours¹⁸⁰¹, seule la responsabilité de l'État pouvant dès lors être recherchée en cas de carence s'assimilant à une faute lourde¹⁸⁰². Par conséquent, si le respect des droits subjectifs

JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 198-199. V. la décision n°93-329 DC du 13 janvier 1994 (cons. 27), également la décision n°96-373 DC du 9 avril 1996 (cons. 3 et 24-26).

¹⁷⁹⁷ Rapport d'information n°300 précité fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales : J. MÉZARD, *Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'État sur les collectivités territoriales*, Rapport d'information du Sénat n°300, 2012, p. 11.

¹⁷⁹⁸ Dans ce sens, M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 211. On notera que les pouvoirs du juge dans le cadre du « référé-liberté » sont autrement plus larges puisqu'il dispose d'un pouvoir d'injonction. Le référé « suspension-liberté » reste par ailleurs peu utilisé en pratique, « une dizaine de fois par an, surtout dans le domaine de la police administrative » : *Ibid.*, p. 211. Sur l'articulation entre ces deux procédures et notamment la question de leur éventuelle incompatibilité, voire B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 718-725.

¹⁷⁹⁹ Cette procédure dite de « déféré provoqué » est réglée aux articles L.2131-8, L.3121-3 et L.4142-3 CGCT. L'auteur de la demande doit être lésé par l'acte contesté.

¹⁸⁰⁰ CE, Sect. 25 janvier 1991, Brasseur, req. n° 80969, Rec. p. 23 ; RFDA 1991, p. 587 et 594, concl. B. STIRN et note J.-C. DOUENCE ; AJDA 1991, p. 351, chron. R. SCHWARTZ et C. MAUGÛE. Cet arrêt opère un revirement de jurisprudence, le Conseil d'État ayant auparavant considéré un tel refus comme étant susceptible de recours (CE 18 novembre 1987, Marcy, req. n°75312, Rec. p. 371).

¹⁸⁰¹ CE, 16 juin 1989, *Préfet des Bouches-du-Rhône c. Commune Belcodène*, req. n°103661, Rec. Lebon, p. 855. V. sur ces questions : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 715-717 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 208-212.

¹⁸⁰² CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint Florent*, req. n° 205959, Rec. Lebon, p. 395 ; AJDA 2001, p. 201, note M. Cliquennois ; RFDA 2001, p. 152, note P. BON. La critique généralement faite à la jurisprudence du Conseil d'État est double. Elle consiste tout d'abord à contester à juste titre la nécessité de prouver une faute lourde pour engager la responsabilité de l'État en cas de défaillance dans l'exercice du déféré préfectoral. En outre, il est jugé regrettable qu'en cas de désistement du préfet en cours

représente certes un élément d'appréciation de la régularité d'un acte local, force est de constater qu'il est, en droit français, un critère d'appréciation secondaire, les intéressés ayant au demeurant la faculté de saisir directement le juge administratif des actes locaux dont ils souhaitent obtenir l'annulation¹⁸⁰³. L'autorité de surveillance pourra donc librement choisir de ne pas rechercher l'annulation d'un acte fautif portant atteinte, de façon mineure, aux droits subjectifs.

En droit allemand, la protection des droits subjectifs ne figure pas non plus parmi les fonctions mises au crédit du pouvoir de surveillance par la doctrine. À l'instar de la solution retenue par le Conseil d'État français, la Cour administrative fédérale allemande a jugé que les justiciables ne disposaient d'aucun droit subjectif leur permettant d'obliger l'autorité de surveillance à faire usage de son pouvoir de surveillance¹⁸⁰⁴, cette règle valant également pour les organes internes de la collectivité locale¹⁸⁰⁵. Si les individus peuvent certes dénoncer l'irrégularité d'un acte auprès de l'autorité de surveillance, celle-ci ne pourra faire usage de ses prérogatives que si l'acte contesté ne se conforme pas à une règle juridique protégeant un intérêt général. Autrement dit, dans la dogmatique allemande, le pouvoir de surveillance n'a qu'une dimension objective : il ne peut servir à protéger des droits subjectifs¹⁸⁰⁶.

Ceci n'est d'ailleurs nullement nouveau. Heinrich Triepel affirmait déjà dans sa monographie consacrée au pouvoir de surveillance de l'Empire qu'« il faut se défendre de concevoir le pouvoir de surveillance de l'Empire du point de vue de la protection des droits des citoyens. L'Empire dispose de cette prérogative tout à fait indépendamment du fait qu'elle plaise ou non aux individus. Il poursuit au moyen de la surveillance avant tout ses

d'instance, le délai de recours pour excès de pouvoir ouvert aux justiciables ne soit pas prorogé. Dès lors, le déféré provoqué deviendrait un piège pour les justiciables n'ayant pas engagé eux-mêmes un recours pour excès de pouvoir et ayant cru au maintien du déféré préfectoral. Sur ces critiques, v. notamment : P. COMBEAU, « Contrôle de légalité et responsabilité de la puissance publique », in P. COMBEAU (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales*, op. cit., p. 59-66.

¹⁸⁰³ V. pour une application en matière d'urbanisme, en faveur de la constitutionnalité d'une limitation du droit au recours : décision n°93-335 DC du 21 janvier 1994 (cons. 4 et 5).

¹⁸⁰⁴ Voir la décision du 11 février 1972 de la Cour administrative fédérale (BVerwG VII C 71.69) : BVerwGE 39, 311 (314) ; DÖV 1972, p. 723 ; v. F. SCHOCH, « Die staatliche Rechtsaufsicht über Kommunen », *JURA*, 2006, p. 186-196.

¹⁸⁰⁵ Décision de la Cour administrative d'appel de Coblenz du 29 mai 1985 relative au cas d'un membre du conseil municipal (req. n°7 B 11/85) : DÖV 1986, p. 152.

¹⁸⁰⁶ Dans la doctrine contemporaine, v. C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 104-107 ; W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 549-550.

propres intérêts. »¹⁸⁰⁷. Ceci correspondait du reste à la jurisprudence constante de la Haute Cour administrative de Prusse qui considérait déjà que le pouvoir de surveillance ne devait servir qu'à la protection de l'intérêt général et ne pouvait par conséquent être mis en œuvre au profit d'une personne privée lorsque celle-ci disposait par ailleurs d'une voie de recours juridictionnelle¹⁸⁰⁸.

3) La liberté d'intervention de l'autorité de surveillance

On pourrait déduire de l'attribution de cette obligation constitutionnelle aux autorités de surveillance de veiller au respect de la « prééminence du droit » qu'elle exclut que leur soit reconnue la liberté de rechercher l'annulation d'un acte local irrégulier. Autrement dit, car le pouvoir de surveillance « exprime et sanctionne le principe de légalité de l'administration »¹⁸⁰⁹, est-il constitutionnellement acceptable de leur reconnaître un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de leurs compétences ? Controversée, cette question a appelé des réponses majoritairement positives autant en France qu'en Allemagne¹⁸¹⁰, mais inégalement différenciées.

Recourir à la théorie du calcul des défauts permet justement de concilier ces deux interprétations de prime abord contradictoires. Elle contribue à rendre compte de la palette des techniques mises à la disposition des organes de surveillance pour exercer un contrôle différencié en fonction des circonstances. Ces organes auront d'une part l'obligation d'agir afin de remédier à toute irrégularité juridique grave et manifeste remettant en cause la concrétisation des normes supérieures dans l'ordre de production. Ceci vaudra de surcroît dans les cas où les collectivités locales devront exécuter des normes issues d'un ordre juridique distinct, comme c'est le cas en droit allemand en cas de collision d'une norme locale avec une norme fédérale ou quand il s'agit de l'application du droit de l'Union européenne. La sensibilité des organes de surveillance pourra également être accrue dans certains domaines comme la coopération décentralisée, les aides publiques, le recrutement

¹⁸⁰⁷ H. TRIEPEL, *Die Reichsaufsicht, op. cit.*, p. 276. Egalement sous la République de Weimar, H. PETERS, *Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen*, Berlin, Springer, 1926, p. 221.

¹⁸⁰⁸ PrOVGE 70 (57) ; 78 (58) ; 83 (99) ; 84, 106 (112). A sa suite, cette jurisprudence sera reprise sous l'empire de la Loi fondamentale, par la Haute Cour administrative de Rhénanie du Nord-Westphalie dans sa décision du 23 janvier 1963 : OVG 18, 227 (228), DVBl 1963, p. 862-864, avec commentaire de K. MÜLLER-HEIDELBERG. Sur la cette jurisprudence constante : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 216-217 ; C. BRÜNING, K. VOGELSSANG, *Die Kommunalaufsicht, op. cit.*, p. 104-107.

¹⁸⁰⁹ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation, op. cit.*, p. 162-163.

¹⁸¹⁰ V. *supra* Partie 2, Titre 1, chapitre 2.

d'agents publics ou l'urbanisme étant donné les risques juridiques liés à ces matières¹⁸¹¹. En revanche, les autorités de surveillance bénéficieront d'un pouvoir discrétionnaire en cas de saisine par des tiers et en cas de fautes mineures, devant de façon générale privilégier l'échange d'informations sur la recherche de l'élimination de l'acte local fautif afin de respecter le plus possible l'autonomie des collectivités locales. On comprend dès lors que, dans ce contexte, la phase préventive du pouvoir de surveillance et de négociation entre autorités de surveillance et autorités locales s'avérera prépondérante. Nous aurons justement l'occasion de revenir sur ces questions lors de l'étude de la typologie des moyens du pouvoir de surveillance¹⁸¹².

II. La fonction préventive du pouvoir de surveillance

Si la phase répressive est la plus ostensible et généralement la plus étudiée en doctrine, elle n'est en pratique pas la plus essentielle. En France, le taux d'actes déferés par les autorités préfectorales au contrôle du juge est en fait minime et tend de plus à se réduire¹⁸¹³. En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale limite le recours aux procédures de sanction des actes locaux aux cas les plus graves (*Extremfall*), les autorités de surveillance tendant par conséquent dans leur pratique à de plus en plus privilégier la phase de conseil et de coopération¹⁸¹⁴. Dans ces deux États, le discours doctrinal¹⁸¹⁵ et administratif¹⁸¹⁶ dominant

¹⁸¹¹ Les deux décisions du Conseil constitutionnel portaient en particulier sur ces domaines, même si la portée de ces décisions ne s'y borne pas. Dans sa décision 2004-490 DC, le conseil constitutionnel juge en outre qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose que le caractère exécutoire des actes des collectivités territoriales dépende, dans tous les cas, de leur transmission au représentant de l'État ». Or, ceci revient à valider la distinction entre les actes majeurs et obligatoirement transmissibles pour lesquels le contrôle du préfet sera accentué et ceux pour lesquels le risque juridique est a priori moindre.

¹⁸¹² V. *infra* Partie 2, Titre 2, chapitre 2.

¹⁸¹³ V. *infra* et M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 210 ; J. MÉZARD, *Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'État sur les collectivités territoriales*, op. cit., p. 37-45.

¹⁸¹⁴ Ceci a été très bien mis en avant par différents travaux de science administrative : H. LECHLER, *Verwaltungslehre*, Stuttgart, Boorberg, 1988, p. 247 sq ; W. THIEME, *Verwaltungslehre*, Köln, Carl Heymanns, 1984, 4^{ème} éd., p. 239 sq ; M. IBLER, « Ersetzung förmlicher Kommunalaufsichtsmittel durch « kooperatives Verwaltungshandeln »? », in M. HOFFMANN et al. (dir.), *Die kommunale Selbstverwaltung im Spiegel des Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, Stuttgart, Boorberg, 1996, p. 201-219 ; G. F. SCHUPPERT, « Staatsaufsicht im Wandel », *DÖV*, 1998, p. 831. Par ailleurs, la thèse d'habilitation de Wolfgang Kahl vise précisément, en s'appuyant sur la théorie « germanique » des communautés, à définir le pouvoir de surveillance de l'État comme un pouvoir de coopération entre l'État et les collectivités locales : W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 349-573.

¹⁸¹⁵ V. *Ibid.*, p. 440-441 ; G. F. SCHUPPERT, « Staatsaufsicht im Wandel », *DÖV*, 1998, p. 831-838 ; J. CHEVALLIER, *L'État postmoderne*, op. cit., p. 69-89.

est, schématiquement, celui du passage d'un « État censeur » à un « État partenaire », les collectivités locales ne devant plus être considérées comme des mineurs placés sous tutelle. Or, l'analyse du droit positif, orienté autour de la sanction et de la hiérarchie, est généralement réputée être bien en difficulté de décrire ce mouvement de coopération qui demeurerait essentiellement factuel et informel et favoriserait les rapports hétérarchiques, l'émergence de réseaux et, *in fine*, d'une nouvelle « gouvernance ».

Comment dès lors réussir à faire état, *d'un point de vue juridique*, des relations entre organes centraux et organes locaux et de leur évolution ? Tandis qu'il est généralement fait le reproche à la théorie normativiste d'appauvrir le discours doctrinal en étant inapte à rendre compte de la réalité, nous souhaitons ici retourner cet argument et démontrer que la théorie du calcul des défauts tire sa valeur heuristique pour la dogmatique en ce qu'elle présente au contraire la finesse suffisante pour faire objectivement état de la complexité de la vie administrative telle que celle-ci s'exprime dans ses formes juridiques¹⁸¹⁷. A cette fin, nous reprenons en l'adaptant à notre objet d'étude l'argumentation de Kelsen sur les garanties préventives et répressives pour la protection de la Constitution et en fonction de laquelle « les garanties préventives tendent à prévenir la confection d'actes irréguliers, les garanties répressives réagissent contre l'acte irrégulier une fois fait »¹⁸¹⁸.

Comme nous l'avons dit, relève du calcul des défauts « toute institution juridique, qui place les exigences posées par les actes d'un degré supérieur sur ceux d'un degré inférieur sous le niveau habituellement requis dans l'ordre juridique à cet égard et, partant, crée la possibilité d'imputer à l'État des actes irréguliers »¹⁸¹⁹. Pour Merkl, l'un des intérêts du calcul des défauts est dès lors de poser les conditions juridiques pour que puisse être

¹⁸¹⁶ V. J. MÉZARD, *Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'État sur les collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 37-45. Voir *infra* Partie 2, Titre 2, chapitre 2 pour les références à d'autres administratifs (circulaires, directives...).

¹⁸¹⁷ En ce sens également à propos de la définition de Merkl de l'autonomie locale : H. DREIER, « Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts », *op. cit.*, p. 71.

¹⁸¹⁸ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 212-221.

¹⁸¹⁹ A. MERKL, « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbau », *op. cit.*, p. 491 ; v. à l'origine, A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff : eine rechtstheoretische Untersuchung*, *op. cit.*, p. 293 : « Le calcul des défauts se rapporte à la disposition de droit positif qui rend juridiquement possible d'imputer à l'État les actes qui ne remplissent pas l'ensemble des conditions imposées par le droit positif à leur édicition et donc à leur validité, mais qui autorise à reconnaître de tels actes, en dépit de leurs insuffisances, comme droit ». A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 191.

considéré comme juridiquement valide et conforme un acte entaché d'une irrégularité¹⁸²⁰. Or, en France comme en Allemagne, le recours à une autorité administrative – et non à une autorité juridictionnelle, au moins dans un premier temps – pour assurer la surveillance des actes locaux repose précisément sur l'idée d'instaurer un dialogue entre autorités étatiques et décentralisées qui vise à éviter que des actes possiblement irréguliers ne soient éliminés de l'ordre juridique. Tout l'objet de la phase préventive de cette surveillance est précisément d'organiser juridiquement un échange entre l'autorité de contrôle et les collectivités locales afin d'une part de conseiller ces dernières en vue d'empêcher la confection d'actes fautifs. D'autre part, ceci permet à l'autorité de surveillance d'examiner les actes dont il importe plus particulièrement de contrôler la régularité, l'autorité de surveillance ayant la faculté de ne pas en rechercher l'annulation en dépit de leurs irrégularités.

Parmi les procédures instituées à cette fin, les droits positifs français et allemand accordent le droit aux autorités de surveillance de se faire communiquer à tout moment tout type d'acte¹⁸²¹. Par ailleurs, certains actes locaux sont soumis à une obligation de transmission à l'autorité de surveillance. Si en France, ces actes ne rentrent en vigueur qu'après leur transmission complète au représentant de l'État, en Allemagne, leur régime juridique varie en fonction des codes communaux. Ceux-ci prévoient généralement que l'acte pourra n'être exécuté qu'à l'expiration d'un délai courant à partir de la transmission complète des documents nécessaires¹⁸²². Dans les deux cas, l'objectif de cette procédure est de permettre à l'autorité de surveillance d'examiner la légalité de certains actes considérés comme importants par le législateur en disposant de l'ensemble des pièces nécessaires à cet examen.

À sa suite et dans l'hypothèse où des irrégularités auraient été relevées, rien n'oblige l'autorité de surveillance à rechercher immédiatement à obtenir l'annulation de l'acte. Au contraire, les droits positifs français et allemand aménagent ici une phase de négociation entre

¹⁸²⁰ A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff : eine rechtstheoretische Untersuchung*, op. cit., p. 300 ; A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 200.

¹⁸²¹ Art. L. 2131-3 al. 2 ; L.3131-4 al. 2 ; L.4141-4 al. 2 CGCT modifiés suite à la loi 2004-809 du 13 août 2004 ; reprendre ici GO (à l'exc. de §121 GO NW apparemment). En droit allemand, ceci peut prendre la forme de la transmission de documents, mais peut également se traduire par la venue sur place du représentant de l'autorité de surveillance voire par sa participation aux réunions des assemblées locales. Sur ce point, voir *infra* Partie 2, Titre 2, chapitre 2.

¹⁸²² Ce délai pourra varier entre quatre et six semaines. En outre, il convient de faire une différence entre le « *Anzeigepflicht* » et le « *Vorlagepflicht* », le défaut de communication étant dans le cas du « *Anzeigepflicht* » généralement sans effet sur l'entrée en vigueur de l'acte. V. *infra* Partie 2, Titre 2, chapitre 2.

l'autorité de surveillance et la collectivité locale. En droit français, cette phase de négociation se traduit par l'envoi à l'exécutif de la collectivité locale concernée d'une lettre d'observations dans laquelle le préfet demande à la collectivité le retrait ou la modification de l'acte contesté¹⁸²³. Outre ce recours gracieux, la loi française fait obligation au représentant de l'État d'informer sans délai la collectivité locale de son intention de déférer l'acte et l'oblige à lui communiquer toutes précisions sur les illégalités invoquées à l'encontre dudit acte¹⁸²⁴. De même, l'usage par le préfet de son pouvoir de substitution requiert la mise en demeure préalable de la collectivité locale¹⁸²⁵ au risque sinon de méconnaître le principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales. C'est ce qu'illustre la décision du Conseil constitutionnel du 7 décembre 2000 qui censure pour ce motif la loi sur le renouvellement urbain prévoyant des sanctions automatiques en cas de non-respect des objectifs de construction de logements sociaux¹⁸²⁶. La collectivité locale sera de la sorte invitée à justifier sa carence et à corriger le cas échéant son comportement fautif.

La même intention se retrouve également en droit allemand où, nous l'avons vu, le recours aux moyens les plus répressifs du pouvoir de surveillance comme l'annulation ou la substitution ne doit intervenir que dans des cas d'erreurs manifestes afin ne pas porter atteinte à « la capacité décisionnelle et l'esprit d'initiative des collectivités locales ». Cet énoncé, hérité du code communal allemand de 1935¹⁸²⁷, a été en effet repris après 1945 par de

¹⁸²³ CE, 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, req. n°53934, Rec. Lebon, p. 423 ; *AJDA*, 1986, note D. Chabanol ; *RFDA* 1987, p. 206, concl. M. ROUX. Concrètement, il est suffisant que le préfet ou le sous-préfet demande à la collectivité de revenir sur position (CE, 9 octobre 1992, *Commune de Saint Louis*, req. n°94455, Rec. Lebon, p. 358) ou au maire de réexaminer son arrêté (CE, 5 mai 2000, *Commune de Saint Martin d'Uriage*, req. n°104293). Car ce recours gracieux proroge le délai du recours contentieux, il est en pratique devenu un moyen privilégié et généralement efficace en cas de doute sur la légalité d'un acte local. En moyenne, entre 50 et 60% des actes ayant fait l'objet d'une lettre d'observations sont retirés ou réformés suite à l'intervention de la préfecture. Au total, moins de 1% des actes transmis ont fait l'objet d'une lettre d'observation en 2009, ce taux ayant diminué de moitié en dix ans (1999-2009). En valeur absolue, ceci représente un total de 46.498 lettres d'observations sur plus de cinq millions d'actes transmis.

¹⁸²⁴ Art. L. 2136-6 al.2, L.3131-6 al. 2 ; L. 4342-1 al.2 CGCT.

¹⁸²⁵ Pour un exemple de codification de cette obligation en matière de police administrative : art. L. 2215-1 CGCT. En matière budgétaire : art. L. 1612-15 et 1612-16 CGCT.

¹⁸²⁶ Décision n°2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi SRU* (cons. 45). V. *a contrario* la décision de conformité du nouveau dispositif qui prévoit notamment une procédure contradictoire : décision 2001-452 DC du 6 décembre 2001 (cons. 10). Le Conseil d'État contrôle également scrupuleusement le respect cette exigence et cela depuis son arrêt du 8 février 1868, *Jousseau*, Rec. p. 137 (conclusions de Léon Aucoc). Sur le pouvoir de substitution, v. la remarquable étude de B. PLESSIX, « Le pouvoir de substitution », in P. COMBEAU (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, op. cit., p. 67-88.

¹⁸²⁷ § 106 du code communal allemand de 1935 (*Deutsche Gemeindeordnung*) : « L'État surveille la commune afin de s'assurer qu'elle est administrée conformément aux lois et aux buts afférents à la direction de l'État. La surveillance doit être exercée de sorte à ce que soient soutenus, et non compromis, la capacité décisionnelle et l'esprit d'initiative de l'administration communale ». La référence aux « buts afférents à la direction de l'État »

nombreux codes communaux, la Cour constitutionnelle fédérale s’y référant régulièrement dans ses décisions en la matière¹⁸²⁸. En conséquence, cette dernière insiste dans sa jurisprudence sur l’importance de privilégier les moyens préventifs de surveillance. Parmi ceux-ci, précise la Cour, le conseil juridique prodigué par les autorités de surveillance aux collectivités locales¹⁸²⁹ représente l’un des plus importants en ce qu’il a pour objet d’éviter aux collectivités locales de produire des actes *juridiquement* irréguliers. Mais ce conseil ne peut dépasser le cadre d’une analyse juridique et ne doit en aucun cas réduire l’autonomie décisionnelle des collectivités locales. Dans la dogmatique allemande, cette compétence des autorités de surveillance est généralement présentée comme une conséquence de l’obligation de protection mise à la charge des autorités de surveillance par de nombreux codes communaux¹⁸³⁰, rares étant ceux la prévoyant spécifiquement¹⁸³¹.

Replacée et appliquée au pouvoir de surveillance, ces différentes procédures participent de la phase préventive – observation, information, conseil – du pouvoir de surveillance qui permettra à l’autorité qui en est en charge d’apprécier en amont la régularité juridique de l’acte local. Cette phase du calcul des défauts est préalable et préparatoire aux éventuelles sanctions d’un acte local fautif et s’exerce en dialogue avec les collectivités locales¹⁸³².

(*Staatsführung*), qui résonne certes d’une tonalité national-socialiste, remonte cependant à un projet de loi du ministère de l’Intérieur de Prusse de 1930 qui mentionnait l’intérêt de l’État comme critère supplémentaire du pouvoir de surveillance. Sur l’héritage issu de la période 1933-1945 dans la dogmatique allemande contemporaine applicable au droit communal, v. W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 194 et p. 274-283.

¹⁸²⁸ Décisions précitées BVerfGE 8, 122 (137) ; voir également BVerfGE 78, 331 (342).

¹⁸²⁹ Décision du 6 octobre 1981 relative à l’incompatibilité entre mandat communal et la qualité de haut-fonctionnaire territorial auprès d’une administration d’arrondissement : BVerfGE 58, 177 (195).

¹⁸³⁰ V. notamment § 119 (BR), § 78 (MV), § 133 (LSA), § 120 (SH), § 116 (TH). Dans ce sens, F.-L. KNEMEYER, « Die Staatsaufsicht über die Gemeinde und Kreise », *op. cit.*, p. 223-227 ; C. BRÜNING, K. VOGELANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 109-113.

¹⁸³¹ C’est le cas du code bavarois des communes (art. 108) et des arrondissements (art. 94) et également du code de Thuringe (§ 116) – d’ailleurs les deux seuls *Länder* dans lesquels les autorités de surveillance avaient sinon l’obligation de rechercher l’annulation des actes locaux irréguliers.

¹⁸³² Cela peut inclure les cas d’approbation préalable.

Conclusion du Chapitre 1

Après avoir précédemment défini les caractéristiques du pouvoir de surveillance, ce chapitre avait pour ambition de poursuivre notre réflexion en interrogeant cette fois-ci le fondement théorique du pouvoir de surveillance. Il s'agissait de déterminer ce qui justifie de considérer que la surveillance étatique sur les normes locales constitue un instrument central et inhérent aux rapports juridiques entre l'État et les collectivités locales.

Nous avons pour cela sonder et exposer les justifications apportées dans les doctrines française et allemande à l'existence d'un pouvoir de surveillance de l'État sur les collectivités locales. Le résultat de cette enquête donne à voir une convergence de vues de prime abord paradoxale, les doctrines française et allemande s'accordant pour considérer de la même façon que le pouvoir de surveillance est garant de l'unité de l'État. Or, une telle convergence peut étonner au regard des différences dans les structures territoriales françaises et allemandes. L'étude comparée des doctrines a permis de démontrer que le pouvoir de surveillance est un moyen de garantir en France la souveraineté de l'État, en Allemagne l'étaticité des *Länder*.

En Allemagne, le pouvoir de surveillance est défini comme le corollaire du concept d'autonomie locale. Son absence est censée transformer les collectivités locales en collectivités étatiques et remet ainsi en cause le dualisme du fédéralisme allemand qui ne connaît que deux entités étatiques : le *Bund* et les *Länder*. Autrement dit, la surveillance étatique sur les collectivités locales est un critère qui marque dans la doctrine allemande la différence de nature entre les collectivités locales et les collectivités fédérées. Les premières y sont soumises, les secondes ne connaissent pas ce type de rapport avec l'État fédéral.

En France, le pouvoir de surveillance est défini comme « indissolublement lié à la décentralisation »¹⁸³³ en dépit des objurgations formulées par Charles Eisenmann voilà maintenant soixante ans. Il est généralement présenté comme une propriété constitutive et surtout spécifique de l'État unitaire qui permettrait de le différencier de l'État fédéral, le fédéralisme étant censé exclure ce type de rapports entre l'État fédéral et les État fédérés.

¹⁸³³ Critique : C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, op. cit., p. 190.

Il importait dès lors, conformément à l'objectif de ce travail, de questionner et de critiquer ces définitions qui reposent sur une conception matérielle de l'État et de son unité. Pour cela, nous nous sommes appuyés sur les travaux d'Adolf Merkl. Nous avons privilégié une conception formelle de l'État comme ordre juridique et avons cherché à reconstruire en conséquence le fondement théorique du pouvoir de surveillance à partir de la théorie du calcul des défauts. Replacé dans le cadre de cette théorie, le fondement du pouvoir de surveillance apparaît tel qu'il peut être juridiquement conçu : comme un moyen possible et efficace de garantir la centralisation et l'intégrité de l'ordre juridique. Cette théorie permet de souligner la parenté entre le contrôle juridictionnel exercé sur les actes locaux et le pouvoir de surveillance comme contrôle administratif. En outre, la variation des solutions apportées en cas de constat d'un défaut permet elle aussi d'établir une typologie des moyens du pouvoir de surveillance qui permet de rendre compte autant de la phase préventive que la phase répressive.

Chapitre 2 : Les conditions juridiques de l'exercice du pouvoir de surveillance

Le fait que le contrôle administratif de légalité des actes locaux constitue la forme de contrôle la plus étudiée dans les travaux universitaires consacrés aux collectivités locales ne doit pas conduire à minorer la pluralité des autres formes de contrôles s'exerçant sur les décisions et les organes de l'administration autonome¹⁸³⁴. On peut à ce titre mentionner les contrôles internes¹⁸³⁵, par exemple celui de l'organe délibérant sur l'organe exécutif ou du maire sur les maires d'arrondissement à Lyon, Paris et Marseille¹⁸³⁶. S'y adjoignent les contrôles démocratiques, par la voie des élections¹⁸³⁷ ou des référendums révocatoires (*Abwahl*) institués dans les *Länder* allemands à l'encontre des exécutifs locaux, maires ou des chefs d'arrondissements¹⁸³⁸. D'autres mécanismes ont en outre eu tendance à gagner en importance depuis la fin des années 1990¹⁸³⁹. C'est d'une part le cas des contrôles juridictionnels, qui peuvent conduire à l'élimination d'actes entachés d'irrégularités voire à engager la responsabilité des organes des collectivités locales¹⁸⁴⁰. On pense ici bien sûr aux procédures contentieuses initiées par les individus à l'encontre de décisions locales, que ce soit dans le cadre du recours pour excès de pouvoir en France ou des voies de recours

¹⁸³⁴ Sur les typologies des différents contrôles, v. de façon non exhaustive : J.-F. LACHAUME, *L'administration communale*, Paris, LGDJ, 1997, p. 221-242 ; J.-B. AUBY, « Les contrôles administratifs, juridiques et financiers », *op. cit.*, p. 79-89 ; J. Caillosse, « Sur les modes de règlement non juridictionnel des conflits internes à l'administration », *AJDA*, 2003, p. 880-887 ; G. F. SCHUPPERT, « Staatsaufsicht im Wandel », *op. cit.*, p. 831-838 ; R. PITSCHAS, « Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im neuen Verwaltungsmanagement », *DÖV*, 1998, p. 907-915. Dans la littérature allemande plus récente : E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, *op. cit.*, p. 229-237 ; W. KAHL, « Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle », *op. cit.*, § 47, p. 427-539.

¹⁸³⁵ V. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 329-345.

¹⁸³⁶ Article L. 2511-25 CGCT ; v. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 366-381.

¹⁸³⁷ M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 285-304.

¹⁸³⁸ Y. VILAIN, « La démocratie participative dans un cadre fédéral : l'expérience allemande », in U. ALLEGRETTI (dir.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Florence, Firenze University Press, 2010, p. 299-326.

¹⁸³⁹ V. G. MARCOU, « Autonomie locale : étude comparative », *op. cit.*, p. 75-76.

¹⁸⁴⁰ Sur cette tendance en droit français : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 747-768. Cette question est réglée en droit allemand à l'article 34 de la Loi fondamentale en lien avec l'article 839 du code civil allemand. L'article 34 dispose que « lorsqu'une personne, dans l'exercice d'une fonction publique dont elle est investie, viole ses obligations de fonction envers un tiers, la responsabilité incombe par principe à l'État ou à la collectivité au service de laquelle elle se trouve. L'action récursoire demeure possible en cas de faute intentionnelle ou de négligence grossière. Le recours devant les tribunaux ordinaires ne doit pas être exclu pour l'action en dommages-intérêts ni pour l'action récursoire ». V. sur cette question de la responsabilité : M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 112-116 ; C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 204-206.

contentieuses en Allemagne¹⁸⁴¹. Mais c'est également le cas des procédures juridictionnelles de règlement des litiges entre organes de la collectivité locale¹⁸⁴². De même, les différents contrôles financiers¹⁸⁴³ opérés par les chambres régionales des comptes se sont eux aussi considérablement développés. On peut citer à titre d'exemple la forme traditionnelle du contrôle budgétaire visant à vérifier la régularité des comptes ou celle, plus récente, du contrôle de gestion, lequel répond davantage à un objectif d'efficacité économique¹⁸⁴⁴.

Malgré cette pluralité de contrôles, le pouvoir de surveillance demeure l'instrument cardinal qui structure en France et en Allemagne les contrôles effectués par les organes centraux de la régularité juridique des actes locaux¹⁸⁴⁵. Son étude suppose de s'intéresser tout d'abord à la façon dont il est organisé (Section 1) puis aux moyens qui permettent sa mise en œuvre (Section 2).

¹⁸⁴¹ V. sur ce point les paragraphes 40 et suivants de la loi allemande sur la juridiction administrative (*VwGO*). V. C. AUTEIXIER, *Introduction au droit public allemand*, *op. cit.*, p. 308-352. D'un point de vue comparé, v. M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, *op. cit.*, p. 163-190.

¹⁸⁴² La doctrine allemande parle à ce propos de « *Kommunalverfassungsstreitverfahren* ». Cette procédure n'a contrairement à sa dénomination pas de dimension constitutionnelle, mais relève de la juridiction administrative et suit en vérité les règles générales fixées par le § 40 de la loi sur la justice administrative (*VwGO*). V. à ce propos : M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 191-198. En France, la garantie du droit des élus leur permet par exemple d'intenter un recours en référé-liberté, notamment dans le cas où leur liberté d'expression serait menacée : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 219-223.

¹⁸⁴³ V. en particulier : A. HASTINGS-MARCHADIER, *La performance et les contrôles financiers de l'État sur les collectivités locales*, Paris, LGDJ, 2011 ; E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee : Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, *op. cit.*, p. 234-236.

¹⁸⁴⁴ En Allemagne, le contrôle budgétaire et de gestion relève en dernier ressort des Cours régionales des comptes (*Landesrechnungshof*), même s'il est généralement précédé par un contrôle interne par un service interne en partie indépendant de la collectivité locale et faisant office de commissaire au compte. V. sur les particularités de ce contrôle : C. BRÜNING, K. VOGELANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 68-71 ; H. ALBERS, « § 37 Überörtliche Finanzkontrolle », in H.-G. HENNEKE et al. (dir.), *Recht der Kommunalfinanzen*, Munich, C.H. Beck, 2006, p. 716-737 ; M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 288-300 ; C. AUTEIXIER, *Introduction au droit public allemand*, *op. cit.*, p. 210. Pour une présentation du droit français : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 213-217 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 729-741.

¹⁸⁴⁵ Par exemple, le contrôle budgétaire est définitive une forme particulière de contrôle de légalité des actes locaux – ici des actes avec un contenu budgétaire – et est réalisé en étroite coopération avec les organes chargés de ce contrôle, autant en France qu'en Allemagne.

Section 1 : L'organisation du pouvoir de surveillance

La comparaison de l'organisation du pouvoir de surveillance en France et en Allemagne laisse entrevoir d'un côté de fortes convergences dans le champ d'application du pouvoir de surveillance (§1) et de l'autre côté, des différences notables au regard de l'attribution de la compétence aux organes en charge d'exercer ce contrôle (§2).

§1 : La détermination du champ d'application du pouvoir de surveillance

Déterminer le champ d'application du pouvoir de surveillance exige d'en délimiter le domaine et de s'intéresser aux actes qui en sont exclus (A) avant de définir plus spécifiquement l'objet du pouvoir de surveillance : les décisions administratives locales (B).

A. Les actes exclus du domaine de surveillance

Deux séries d'actes pris par les collectivités locales sont pareillement exclus du domaine de surveillance en France et en Allemagne : ceux ne relevant pas du droit public (I) et ceux pris au nom de l'État (II).

I. Les actes de droit privé

En France, l'exclusion des actes des autorités locales relevant du droit privé est prévue par le Code général des collectivités territoriales¹⁸⁴⁶. Ceci vise par exemple les situations où elles prennent des actes touchant la gestion de leur domaine privé, ou concluent des contrats de droit privé¹⁸⁴⁷. Il appartient en cas de doute au juge administratif de qualifier l'acte en cause, ce qui, en particulier dans le cas des contrats, pourra varier en fonction des critères généraux de la jurisprudence administrative en matière de contrats publics. Ainsi, en l'absence de clause exorbitante du droit commun, le contrat d'une personne chargée des travaux de nettoyage des bâtiments scolaires peut être qualifié d'acte de droit privé car cette activité ne

¹⁸⁴⁶ Articles L. 2131-4 CGCT pour les communes, L. 3131-5 CGCT pour les départements, L. 4141-5 pour les régions.

¹⁸⁴⁷ V. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 714-715 ; P. BRUNELLI, *Le contrôle de légalité*, Paris, LGDJ, 1998, p. 46 ; S. MARTIN, *Contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales*, Paris, Berger Levrault, 1990, p. 62-65.

participe pas à l'exécution d'un service public¹⁸⁴⁸. En conséquence, le préfet ne pouvait le déférer et le juge en connaître. Il en ira toutefois autrement dans le cas des fonctions de restauration ou d'assistante du personnel enseignant, activités que le juge administratif considère comme participant directement à l'exécution du service public¹⁸⁴⁹. On le constate à la lumière de ces illustrations, la frontière est fluctuante. Par ailleurs, l'usage par le juge administratif de la « théorie des actes détachables » peut également conduit à intégrer au sein des actes soumis au pouvoir de surveillance des actes de droit privé¹⁸⁵⁰.

A la différence de la France, il n'existe pas en Allemagne de dispositions des codes communaux des *Länder* écartant explicitement du champ d'application du pouvoir de surveillance les actes des autorités locales relevant du droit privé. Cette exclusion ressort d'une règle plus générale qui interdit que soient placées sous le régime du droit administratif les activités des personnes morales de droit public ou de leurs groupements lorsqu'elles se comportent dans leur rapport juridique comme une personne morale de droit privé, sans faire usage de leur prérogative de puissance publique¹⁸⁵¹. Ceci vaut pour les domaines dans lesquelles les collectivités locales agissent non pas en vue de satisfaire des besoins collectifs, mais en vue de gérer des intérêts privés, l'expression allemande servant à désigner ces activités de gestion étant celle de « *Fiskus* »¹⁸⁵². Ceci concerne d'une part les activités économiques à caractère lucratif de la collectivité locale et d'autre part les situations où l'administration locale réalise à titre subsidiaire des opérations visant à satisfaire ses propres besoins matériels ou à organiser la gestion de son personnel contractuel¹⁸⁵³. D'un point de vue comparé, il est en général considéré comme acquis que le domaine des activités de gestion pour lesquelles prévalent donc les règles du droit privé est sensiblement plus étendu en Allemagne qu'en France¹⁸⁵⁴. En revanche, le recours, usuel dans le domaine de

¹⁸⁴⁸ CE, 27 février 1987, *Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante*, req. n°54848 ; RFDA, 1987, concl. B. STIRN, p. 212 et note par J.-C. DOUENCE, p. 777.

¹⁸⁴⁹ CE, 27 février 1987, *Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante*, req. n°54847, 54849 et 54850-54853.

¹⁸⁵⁰ V. par exemple : CE, 17 octobre 1980, *Gaillard*, req. n°05398, Rec. Lebon, p. 379. Pour un exemple en matière de déféré préfectoral : CE, 7 octobre 1994, *Epoux Lopez*, req. n°124244, Rec. Lebon, p. 470.

¹⁸⁵¹ V. W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, op. cit., p. 282.

¹⁸⁵² Elle est traduite par « Domaine », « activité domaniale » ou « Trésor » par Michel Fromont : H. MAURER, *Droit administratif allemand*, op. cit., p. 39-43 ; M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, op. cit., p. 149. Christian Autexier lui préfère selon nous à juste titre l'expression d'administration de gestion qui s'oppose à l'administration d'autorité, au sens de la distinction en cours dans la doctrine française du XIXème siècle : C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 178-179.

¹⁸⁵³ C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 178.

¹⁸⁵⁴ En ce sens, *Ibid.*, p. 178-179 ; M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, op. cit., p. 149.

l'administration de prestation, à des formes du droit privé¹⁸⁵⁵ pour prendre en charge des tâches administratives (*Verwaltungsprivatrecht*) ne permet pas d'écarter le pouvoir de surveillance¹⁸⁵⁶.

II. Démultiplication fonctionnelle et actes pris au nom de l'État

La seconde catégorie d'actes exclus du domaine de surveillance recouvre les actes pris par les collectivités locales au nom de l'État. De la même façon que pour les actes de droit privé, le domaine des actes pris les collectivités locales au nom de l'État est nettement plus important en Allemagne qu'en France. En effet, si les situations de démultiplication fonctionnelle ne sont que très marginales en droit public français, elles sont en revanche tout à fait usuelles outre-rhin¹⁸⁵⁷. Dans de telles situations, une autorité publique tient de la loi des compétences en vertu desquelles elle édicte des actes au nom d'une personne publique autre que celle dont elle relève organiquement. La doctrine française parle à ce propos traditionnellement de dédoublement fonctionnel¹⁸⁵⁸, la doctrine allemande n'ayant pas d'expression générale pour ce concept. Nous préférons cependant parler ici de démultiplication fonctionnelle afin de souligner qu'un seul et même organe peut cumuler plus que deux fonctions, comme dans le cas du *Landrat* en Allemagne.

En France, le maire est à la fois à la tête de l'exécutif de la commune et agent de l'État¹⁸⁵⁹. A ce dernier titre, ses attributions regroupent des missions de police administrative dans le but de préserver l'ordre public¹⁸⁶⁰, des compétences en matière de police judiciaire et d'état civil ainsi que l'exécution des lois et des règlements¹⁸⁶¹. Dans ces différentes

¹⁸⁵⁵ Sur ce concept initié par Hans-Julius Wolff : U. BATTIS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2002, p. 57-63.

¹⁸⁵⁶ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 282 ; C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 149.

¹⁸⁵⁷ Sur ce point : v. *supra*.

¹⁸⁵⁸ Sur ce concept et son application autant en droit interne qu'en droit international, v. en particulier G. SCHELLE, *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, t. 1, Paris, Sirey, 1932, p. 43, p. 54-56, p. 217 ; G. SCHELLE, « Le phénomène de dédoublement fonctionnel », in W. SCHÄTZEL, H. J. SCHLOCHHAUER (dir.), *Rechtsfragen der internationalen Organisation. Festschrift für Hans Wehberg zu seinem 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1956, p. 324-342.

¹⁸⁵⁹ V. P. CASSIA, « Le maire, agent de l'État », *AJDA*, 2004, p. 245-259. On peut donc s'interroger sur la pertinence du maintien dans l'article L. 3131-5 de la référence des actes pris par les autorités départementales au nom de l'État.

¹⁸⁶⁰ Articles L.2212-1 et L.2212-2 CGCT.

¹⁸⁶¹ V. les articles L.2122-27 à L.2122-34 CGCT.

hypothèses, le représentant de l'État dispose de pouvoirs hiérarchiques sur le maire et pourra en annuler et en réformer les décisions pour des raisons de légalité ou d'opportunité¹⁸⁶². Cette prérogative du préfet sur le maire est très clairement établie en jurisprudence administrative¹⁸⁶³. Elle peut également concerner le procureur de la République en fonction des attributions en cause, notamment dans le domaine de l'état civil. C'est ce qu'a rappelé le Conseil constitutionnel récemment dans sa décision relative au refus de certains maires de procéder à la célébration de mariage de personnes de même sexe¹⁸⁶⁴. Au demeurant, identifier la nature des missions exercées par le maire au nom de l'État et distinguer les décisions prises au nom de l'État de celles prises au nom de la collectivité est parfois malaisé, les textes instituant les compétences du maire par exemple en matière de police n'étant pas particulièrement limpides¹⁸⁶⁵.

En Allemagne, les cas de démultiplication fonctionnelle des autorités locales sont incomparablement plus fréquents qu'en France et concernent tous les niveaux de collectivités locales. Les matières concernées recoupent en partie celles faisant également l'objet d'une démultiplication fonctionnelle en France, comme la police administrative, l'état civil, le recensement, l'enregistrement des domiciles, l'organisation des élections du *Land* et de la Fédération ou les affaires scolaires¹⁸⁶⁶. Elles vont cependant au-delà puisque c'est par exemple au chef d'arrondissement qu'est généralement attribuée la compétence d'exercer le pouvoir de surveillance de l'État sur les actes des communes. Par ailleurs, il faut garder à l'esprit qu'à la différence de la France, les variations sont sensibles en Allemagne entre les droits communaux des différents *Länder*.

¹⁸⁶² B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 727-729. Sur la remise en cause de cette intégration du maire dans la hiérarchie administrative et le concept de maire, mandataire de l'État, agissant sur le modèle allemand de délégation de pouvoirs : J.-P. BROUANT, *Le maire au nom de l'État : contribution à l'étude du dédoublement fonctionnel*, Paris, La documentation française, 2005, p. 37-59.

¹⁸⁶³ Tribunal des conflits, 10 avril 1880, *Gorry*, Rec. Lebon, p. 358 et Tribunal des conflits, 26 juin 1897, *Préfet de l'Aisne c. Métivier*, Rec. Lebon, p. 499 : c'est en qualité « d'agent du pouvoir central » que le maire délivre des certificats de bonne vie et mœurs. Cette jurisprudence sur le pouvoir hiérarchique du préfet a été depuis maintes fois confirmée, par exemple CE, 11 juin 1982, *Berjon*, req. n°16567, Rec. Lebon, p. 221 ; CE, 3 février 1992, *Commune de Charles-les-Eaux c/ Société Art-Vision EURL*, req. n° 386992, Rec. Lebon, p. 48. En l'espèce, il s'agissait de l'exercice par un maire de la police spéciale de l'affichage. De façon plus récente : CE, 8 décembre 2000, *Commune de Gières*, req. n°202422.

¹⁸⁶⁴ Décision n°2013-353 QPC du 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres* (cons. 2 et 8).

¹⁸⁶⁵ P. CASSIA, « Le maire, agent de l'État », op. cit., p. 252-259 ; G.-D. MARILLA, *Les pouvoirs du maire*, Paris, Berger-Levrault, 2014, p. 386 ; J. BOURDON et al. (dir.), *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 55-56.

¹⁸⁶⁶ C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 81-82.

En Allemagne, la démultiplication fonctionnelle des autorités locales prend généralement deux formes. La première, assez similaire au cas du maire en droit français, est celle du « prêt d'organe » (*Organleihe*). L'organe de l'autorité locale devient une extension du *Land* ou de la Fédération. Il est soumis dans ces attributions autant au pouvoir disciplinaire qu'au pouvoir d'instruction, d'annulation et de réformation des organes de l'administration d'État et engage leur responsabilité en cas de faute. Ceci concerne essentiellement le chef de l'arrondissement (*Landrat*) dans plusieurs *Länder*¹⁸⁶⁷. Il fait alors office d'une part d'organe de l'arrondissement comme collectivité locale et, d'autre part, d'autorité inférieure de l'administration d'État¹⁸⁶⁸. Ceci concerne également, mais plus rarement, le bourgmestre, encore que comme le note Christian Autexier, la doctrine est « divisée sur le bien-fondé de l'utilisation de l'expression pour désigner les compétences communales en matière d'état-civil, d'enregistrement des domiciles ou de protection civile »¹⁸⁶⁹.

Les compétences du bourgmestre peuvent en effet être exercées en vertu d'une seconde forme de démultiplication fonctionnelle qui répond à un régime juridique différent de celle du « prêt d'organe ». Cette fois-ci, il ne s'agit pas du prêt d'un organe spécifique, mais c'est à la collectivité locale dans son ensemble qu'est déléguée une compétence étatique. Afin d'ajouter ici une dose de complexité supplémentaire, il convient de distinguer la situation des *Länder* ayant adopté un système dit dualiste de division des compétences, de ceux ayant adopté un système moniste¹⁸⁷⁰. Dans les premiers, les « affaires déléguées » (*Auftragsangelegenheiten*), parfois également dénommées « matières de compétences sur instruction » (*Weisungsaufgaben*) regroupent les compétences étatiques exercées par la collectivité locale en vertu d'une délégation de l'État. L'autorité locale dispose certes d'une certaine autonomie pour fixer les modalités de mise en œuvre de la compétence déléguée et engage sa propre responsabilité en cas de faute. Cette liberté sera toutefois restreinte puisque les actes des autorités locales pris dans ce cadre sont soumis à un contrôle spécial et renforcé (*Fachaufsicht* ou *Sonderaufsicht*)¹⁸⁷¹ de l'autorité centrale délégante. En principe illimité,

¹⁸⁶⁷ C'est le cas notamment en Bade-Wurtemberg, en Bavière, en Hesse ou en Rhénanie-Palatinat : M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁸⁶⁸ C. AUTEXIER, « Le système de la Kommunalaufsicht en droit allemand », *op. cit.*, p. 272.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 277. V. également M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁸⁷⁰ Sur cette distinction, v. C. AUTEXIER, « Le système de la Kommunalaufsicht en droit allemand », *op. cit.*, p. 272-276.

¹⁸⁷¹ C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, *op. cit.*, p. 208-211 ; M. FROMONT (dir.), *Les Compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement*, *op. cit.*, p. 33 ; J. W.

sauf dispositions contraires, ce pouvoir d'instruction autorise l'organe central à procéder à un contrôle de la légalité et de l'opportunité des actes locaux pris au titre de cette délégation. Aucune voie de recours n'est en principe ouverte à l'encontre des mesures d'instruction car celles-ci sont dénuées d'effets juridiques obligatoires à l'égard des tiers (*Außenwirkung*)¹⁸⁷². Ceci ne vaut tant qu'elles sont prises dans le cadre du pouvoir discrétionnaire reconnu à l'autorité centrale délégante. Il en va en revanche autrement si la mesure d'instruction a des répercussions sur le domaine d'action propre de la collectivité locale, lequel répond du droit constitutionnel à l'autonomie locale. La mesure d'instruction pourra alors être exceptionnellement attaquée par la voie d'une action en annulation (*Anfechtungsklage*)¹⁸⁷³. A l'inverse, en cas de refus de la collectivité locale de satisfaire à ces instructions, l'autorité centrale délégante devra se tourner vers l'organe en charge du pouvoir de surveillance, et donc du contrôle de la légalité des actes pris dans le domaine de l'administration autonome. Seul celui-ci disposera des moyens répressifs d'annulation ou de substitution permettant de forcer la mise en œuvre de l'instruction par la collectivité locale récalcitrante, son refus constituant une décision illégale susceptible d'être sanctionnée au moyen du pouvoir de surveillance¹⁸⁷⁴. On voit ici les liens étroits qu'entretiennent le pouvoir de surveillance et le pouvoir d'instruction dans la situation allemande, ces deux prérogatives étant parfois réunies dans les mains d'un seul et même organe comme c'est le souvent le cas pour le chef d'arrondissement.

Le régime contentieux des mesures d'instruction est justement un des éléments qui différencie le système moniste du système dualiste. Dans les *Länder* ayant opté pour le modèle moniste dit « de Weinheim », les mesures d'instructions sont qualifiées d'actes administratifs exécutoires au sens du §35 de la loi sur la procédure administrative non-contentieuse (*VwVfG*) et peuvent à ce titre faire l'objet d'un recours en annulation. L'idée est ici que même dans le cas où la collectivité locale exerce « des compétences obligatoires soumises à instruction » (*Pflichtaufgaben nach Weisung*), elles bénéficient malgré tout d'un

HIDIEN, « La tutelle administrative du *Land* sur les collectivités locales en RFA », *Administration*, n°134, 1986, p. 96-98.

¹⁸⁷² Décision de la Cour administrative fédérale du 14 décembre 1994 (BVerwG 11 C 4.94), *DÖV*, 1995, p. 512-513.

¹⁸⁷³ Conformément au § 42 de la loi allemande sur la justice administrative (*VwGO*). V. sur ces voies de recours : C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht, op. cit.*, p. 79 ; M. BURGI, *Kommunalrecht, op. cit.*, p. 85-86 ; C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand, op. cit.*, p. 286-288.

¹⁸⁷⁴ M. BURGI, *Kommunalrecht, op. cit.*, p. 100.

pouvoir discrétionnaire qui ne peut être réduit à zéro, certains auteurs allant jusqu'à estimer qu'il s'agit de compétences relevant d'une forme amoindrie de la libre administration des collectivités locales. Ceci explique également que toute instruction doit être fondée sur une loi spécifique qui détaille les possibilités d'ingérence offerte au pouvoir étatique.

Il demeure qu'en dépit de cette protection supplémentaire, les situations de démultiplication fonctionnelle tendent à créer des confusions qui peuvent conduire à affaiblir l'autonomie dont bénéficient les collectivités locales. Outre les difficultés de distinguer les types de compétences et les types de contrôles qui s'y appliquent, le législateur pourra plus aisément dans le système allemand transférer un volume important de compétences obligatoires aux collectivités locales sans que celles-ci puissent pleinement les assumer en vertu de leur droit à l'autonomie locale. Un tel risque de confusions et de « fausse décentralisation » est par conséquent moins prononcé en France, l'administration territoriale d'État étant, à l'exception du maire organiquement séparée de l'administration autonome¹⁸⁷⁵.

B. L'objet du pouvoir de surveillance : le concept de décision administrative locale

Après avoir présenté les actes locaux exclus du pouvoir de surveillance, il importe de déterminer ceux pouvant faire l'objet d'un tel contrôle administratif. On peut à cet égard dire que le pouvoir de surveillance s'applique à l'ensemble des « décisions administratives locales ». Avec ce concept, on entend d'une part souligner que la surveillance s'exerce sur les décisions explicites et implicites, notamment de refus, des collectivités locales et, d'autre part, marquer que le domaine d'application de la surveillance dépasser les seuls actes administratifs et inclut d'autres actes qui ne sont généralement pas susceptibles de recours dans le cadre d'une action contentieuse en annulation intentée par des particuliers.

Le droit à l'autonomie locale implique, comme nous l'avons vu, la reconnaissance d'un pouvoir normatif au profit des collectivités locales. Sans cela, l'autonomie locale ne serait qu'une coquille vide. Or, ce pouvoir de décision ne se compose pas seulement d'un pouvoir d'action mais aussi d'inaction. Parler de « décision administrative locale » nous paraît en cela plus approprié car il permet justement de prendre en compte les cas de carence des autorités locales. Dans de tels cas, la collectivité locale est en principe tout d'abord mise en demeure d'agir par l'autorité de surveillance. Son refus, bien qu'il ne soit la plupart du temps pas

¹⁸⁷⁵ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, chapitre 1.

formalisé par un acte, constitue cependant bien une décision. Autrement dit, la carence résulte de la volonté de la collectivité locale de délibérément manquer à ses obligations légales et réglementaires. Face à un tel défaut, l'autorité de surveillance pourra par exemple faire usage de son pouvoir de substitution voire prendre des mesures répressives à l'encontre des organes récalcitrants.

L'intérêt du recours au concept de « décision administrative locale » se justifie en outre au regard du régime juridique de certains actes qui, sont en principe considérés comme ne faisant pas grief et sont donc insusceptibles de recours pour annulation devant le juge administratif. C'est par exemple le cas des vœux émis par les collectivités locales. En droit français, les collectivités locales sont en effet autorisées à adopter des délibérations¹⁸⁷⁶ se bornant à exprimer des prises de position sur des objets à caractère politique et qui relèvent de la compétence d'autres personnes publiques¹⁸⁷⁷. Or, pour le Conseil d'État, une telle déclaration d'intention ne constitue pas un acte faisant grief et n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'un recours devant le juge de l'excès de pouvoir¹⁸⁷⁸. La Haute Assemblée administrative fait toutefois une exception en faveur du pouvoir de surveillance du préfet et l'autorise à déférer au tribunal administratif les actes qu'il estime contraire à l'ordre public ou à la légalité¹⁸⁷⁹. Cette solution avait par ailleurs déjà été retenue pour les actes préparatoires¹⁸⁸⁰. Du côté du droit allemand, les déclarations d'intention informelles ne peuvent faire l'objet d'une contestation (*Beanstandung*) par l'autorité de surveillance, à moins qu'elles ne produisent des effets juridiques à l'extérieur de l'administration¹⁸⁸¹. Ceci rappelle par exemple le contentieux des délibérations de communes qui avait pris position sur la dénucléarisation militaire de l'Allemagne. Dans les cas où la délibération a un objet politique d'ampleur nationale, la Cour constitutionnelle fédérale a même jugé que le principe de loyauté fédérale impose aux autorités du *Land* d'exercer leur pouvoir de surveillance à

¹⁸⁷⁶ Articles L.2121-29 CGCT pour les communes, L.3211-1 CGCT pour les départements, article L.4221-1 CGCT pour les régions. La loi n°82-137 du 2 mars 1982 avait abrogé l'article L. 121-19 du code des communes et l'article 51 de la loi du 10 août 1871 qui interdisaient respectivement aux conseils municipaux et départementaux d'émettre des vœux politiques.

¹⁸⁷⁷ CE, 23 juillet 1986, *Didier c. ville de Paris*, req. n° 55064. V. les conclusions du commissaire du gouvernement J.-C. BONICHOT, *AJDA*, 1986, p. 585-588. Il est cependant généralement considéré comme nécessaire que l'objet présente également un intérêt territorial pour la collectivité locale en cause.

¹⁸⁷⁸ CE, 29 décembre 1997, *SARL Enlem*, req. n°157623.

¹⁸⁷⁹ CE, 30 décembre 2009, *Département du Gers*, req. n°308514.

¹⁸⁸⁰ CE, 15 avril 1996, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux*, req. n°120273.

¹⁸⁸¹ C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 134.

l'encontre de telles résolutions communales¹⁸⁸². De la même manière, la Cour administrative fédérale a pour sa part estimé que l'autorité de surveillance avait à juste titre usé de son pouvoir de désapprobation (*Beanstandung*) à l'encontre d'une délibération déclarant la ville de Munich « zone exempte d'armes nucléaires » et exprimant ainsi une hostilité à l'idée que soient stationnées sur le territoire communal des armes nucléaires¹⁸⁸³. Par ailleurs, les mesures d'ordre intérieur tels que les directives ou circulaires peuvent elles aussi être contestées en droit allemand¹⁸⁸⁴.

Autre catégorie de normes locales à faire l'objet du pouvoir de surveillance : les contrats locaux¹⁸⁸⁵. Sans entrer dans le détail d'une analyse présentant les différences tout à fait majeures entre les droits français et allemand en cette matière¹⁸⁸⁶, nous nous contenterons de considérer à ce titre les actes juridiques qui résultent d'un accord de volonté entre d'une part la collectivité locale et d'autre part un particulier, un groupement, un entrepreneur ou une société voire une autre collectivité publique¹⁸⁸⁷. En droit administratif français, les contrats administratifs des collectivités locales font l'objet d'un contrôle de la légalité et, pour les plus importants, d'une obligation de transmission à l'autorité de surveillance¹⁸⁸⁸. Par ailleurs, le déféré préfectoral exercé à l'encontre d'un contrat administratif ne se fait plus seulement dans le cadre des règles du recours pour excès de pouvoir, le préfet étant désormais recevable à introduire un recours de plein contentieux à l'encontre des contrats administratifs qu'il estime

¹⁸⁸² Décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 30 juillet 1958 : BVerfGE 8, 122 (139).

¹⁸⁸³ Décision de la Cour administrative fédérale du 14 décembre 1990, *Atomwaffenfreie Zone München*, n°7C37.8 : BVerwGE 87, 228.

¹⁸⁸⁴ Ceci ne vaut pas cependant pas en Thuringe : C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 134.

¹⁸⁸⁵ F. LICHERE, « Le contrôle de l'État sur les contrats publics locaux », in P. COMBEAU (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 163-172. Sur la nature et le régime juridique des contrats administratifs locaux : J. BOURDON et al. (dir.), *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 136-140.

¹⁸⁸⁶ Sur les différences entre les contrats administratifs en France et les contrats de droit public en Allemagne, v. M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, *op. cit.*, p. 297-305 et p. 313-318 ; C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, *op. cit.*, p. 257-264. Tous deux mettent en garde contre une assimilation des contrats de droit public du droit allemand au contrat administratif français.

¹⁸⁸⁷ F.-P. BENOIT, « Les actes des collectivités locales », in F.-P. BENOIT, J.-C. DOUENCE (dir.), *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, *op. cit.*, t. 5, chapitre 2, p. 4505-2.

¹⁸⁸⁸ V. les articles L. 2131-2 pour les communes et L. 3131-2 CGCT pour les départements. Il s'agit en particulier des conventions relatives aux emprunts, aux marchés et aux accords-cadres, à l'exception des conventions relatives à des marchés et à des accords-cadres d'un montant inférieur à un seuil défini par décret, ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux et les contrats de partenariat. Sur le contentieux de l'annulation des contrats administratifs, J.-C. DOUENCE, « Contrôle de légalité et contentieux de l'annulation. Réformisme législatif et fixisme jurisprudentiel », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 83-86.

irréguliers¹⁸⁸⁹. En droit allemand, ceux-ci peuvent également faire l'objet d'un traitement particulier. Ainsi, les contrats qui sont noués entre la commune et un membre du conseil municipal doivent être obligatoirement transmis à l'autorité de surveillance¹⁸⁹⁰. Tel est également le cas des décisions d'une commune ou d'un arrondissement de créer, d'acquérir ou de céder en partie ou totalement une entreprise de droit public ou de droit privé ou d'en modifier la forme juridique¹⁸⁹¹. En France comme en Allemagne, les décisions administratives locales ayant des répercussions économiques notables feront donc de façon assez comparable l'objet d'une surveillance particulière.

En pratique, ce sont toutefois les défauts juridiques des actes administratifs unilatéraux qui entraîneront généralement la mise en œuvre du pouvoir de surveillance. Le recours au concept d'acte administratif dans un contexte comparé exige lui aussi d'apporter quelques brèves précisions sur ce qu'il recouvre en France et en Allemagne. En effet, l'acte administratif (*Verwaltungsakt*) est défini au §35 de la loi sur la procédure administrative non-contentieuse comme « toute prescription, décision ou autre mesure de puissance publique prise par une autorité administrative pour régler *un cas d'espèce* dans le domaine du droit public et destinée à produire directement des effets de droit à l'extérieur de l'administration ». Contrairement au droit français, le concept allemand d'acte administratif s'oppose donc aux décisions administratives à caractère général et impersonnel. Celles-ci sont regroupées dans deux autres catégories d'actes : les règlements étatiques (*Verordnung*) et, pour ce qui nous intéresse, les règlements locaux (*Satzung*). Le choix du concept de décision locale nous permet par conséquent de souligner cette différence entre les droits français et allemand, le pouvoir de surveillance s'exerçant pareillement sur les actes administratifs individuels que réglementaires.

¹⁸⁸⁹ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, req. n°348647 et 348648 ; CE, 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, req. n°355665. Ces décisions reviennent sur la jurisprudence du Conseil d'État qui assimilait le déféré préfectoral au seul recours pour excès de pouvoir décision : CE, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*, req. n°117717 ; *AJDA*, 1991, p. 693, chron. Maugué et Schwartz ; *RFDA*, 1991, p. 966, concl. Legal. Sur cette évolution, v. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 712-713.

¹⁸⁹⁰ V. par exemple le § 126 du code communal du Bade-Wurtemberg.

¹⁸⁹¹ V. à titre d'exemple le § 135 de la loi sur les collectivités locales de Saxe-Anhalt (*Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt*). Une telle disposition se retrouve dans la majorité des codes communaux des *Länder*. V. pour une vue d'ensemble : C. BRÜNING, K. VOGELANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 120.

§2 : La détermination des organes en charge du pouvoir de surveillance

Tandis que l'étude comparée du champ d'application du pouvoir de surveillance a mis à jour une véritable convergence entre les systèmes juridiques français et allemand, ce sont de prime abord les divergences qui semblent dominer en matière d'organisation du pouvoir de surveillance. Deux figures classiques se font face : celle du préfet, ce haut-fonctionnaire représentant du Gouvernement dans le département, et celle, méconnue au moins dans la littérature française, du *Landrat*, chef de l'exécutif de l'arrondissement élu par la population locale. Dans cette opposition seraient censées se cristalliser les différences entre une organisation administrative française marquée par la hiérarchie, l'uniformité et une centralisation séculaire et une administration territoriale allemande plurielle, décentralisée et caractérisée par « l'esprit de localité ». Preuve en serait donné par le mode de recrutement du préfet et du *Landrat* (A). Les points communs sont pourtant beaucoup plus nombreux qu'il n'y paraît à première vue, l'organisation allemande du pouvoir de surveillance n'étant de surcroît pas aussi favorable à l'autonomie locale. C'est qui ressort de la présentation des rapports hiérarchiques entre les différents organes en charge du pouvoir de surveillance en Allemagne ainsi que des réformes qui y affèrent en France (B).

A. La divergence des modes de recrutement du préfet et du Landrat

Sans doute est-il ici plus encore qu'ailleurs utile de faire retour même brièvement sur les origines historiques du préfet et du *Landrat*, tant la « dépendance au sentier emprunté » (*Pfadabhängigkeit*) apparaît particulièrement prononcée en matière institutionnelle¹⁸⁹² (I) et contribue à expliquer les divergences persistantes en matière d'organisation du pouvoir de surveillance (II).

I. Aux origines historiques du recrutement du préfet et du Landrat : la différence entre commissaires de Cour et commissaires provinciaux

Nous avons déjà eu l'occasion de revenir sur la remise en cause dans l'historiographie contemporaine de la thèse de Tocqueville consistant à voir dans la centralisation une singularité de la Constitution administrative française qui se serait perpétuée au-delà des

¹⁸⁹² V. R. WAHL, « Entwicklungspfade im Recht », *JZ*, 2013, p. 369-379 ; T. WEBER, « Die föderale Kompetenzverteilung als Beispiel für Pfadabhängigkeit », in *Mainzer Assistententagung Öffentliches Recht e.V.* (dir.), *Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 117-132.

changements de régime politique. Incarnation de cette thèse, le préfet serait en capacité d'empêcher les autorités locales d'administrer selon leur volonté leurs affaires particulières et leurs propres biens, à l'instar de l'intendant d'Ancien régime dont il serait l'héritier direct¹⁸⁹³.

Bien qu'excessive¹⁸⁹⁴, cette présentation met l'accent sur un élément intéressant qui est celle de la parenté institutionnelle existant entre ces deux relais de l'État central dans les territoires. Cette parenté a été fort bien analysée par l'un des historiens allemands les plus importants de l'entre-deux-guerres : Otto Hintze¹⁸⁹⁵. Spécialiste de l'histoire administrative et constitutionnelle comparée, ses travaux pionniers sur les commissaires apporte un éclairage utile sur l'histoire comparée de l'institution préfectorale et du *Landrat* allemand¹⁸⁹⁶. Reprenant la typologie établie par Bodin dans le deuxième chapitre du troisième de ses « Six livres de la République », Hintze commence par rappeler la différence faite par le célèbre jurisconsulte entre l'officier et le commissaire¹⁸⁹⁷ : « L'officier est la personne publique qui a charge ordinaire limitée par édit. Commissaire est la personne publique qui a charge extraordinaire, limitée par simple commission. »¹⁸⁹⁸. Contrairement à l'officier qui est recruté

¹⁸⁹³ V. *infra* Partie 2, Titre 2, chapitre 1.

¹⁸⁹⁴ Sur la faiblesse de l'autorité des intendants, « contraints d'exceller dans la négociation plus que le commandement », v. *infra* Partie 2, Titre 2, chapitre 1 et également F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, p. 29-30 ; P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, t. 1, Paris, PUF, 2001, p. 394-416. V. en particulier sur les différences entre préfets et intendants : M. BIARD, *Les lilliputiens de la centralisation. Des intendants aux préfets : les hésitations d'un « modèle français »*, Seyssel, Champ Vallon, 2007, p. 265-299 ; L. JAUME, S. SOLEIL, « Centralisation / Décentralisation. Retour sur quelques certitudes historiques », *AJDA*, 2005, p. 760-765. Ceux-ci mettent en garde contre une assimilation des intendants aux préfets et notent en résumé : « Les uns sont des magistrats, les autres des administrateurs ; les intendants n'œuvrent qu'en fonction d'une double clientèle à Versailles et en province, clientèle infiniment moins contraignante pour les préfets ; les intendants ont une lettre de commission large, mais n'agissent qu'en fonction des ordres précis du gouvernement et des relations avec les institutions locales ; enfin ils animent une institution squelettique » : *Ibid.*, p. 761.

¹⁸⁹⁵ On se reportera à la traduction de l'article de Jürgen Kocka pour gagner un premier aperçu en français de l'œuvre de cet auteur peu méconnu en France : J. KOCKA, « Otto Hintze, Max Weber et le problème de la bureaucratie », *Trivium* n°7, 2010 (<http://trivium.revues.org/3845>). En allemand : J. KOCKA, « Otto Hintze, Max Weber und das Problem der Bürokratie », *Historische Zeitschrift*, n°233, 1981, p. 65-105.

¹⁸⁹⁶ O. HINTZE, « Der Commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verfassungsgeschichte », in O. HINTZE (dir.), *Staat und Verfassung : gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970 (1910), 3^{ème} éd., p. 242-274. Ce dernier s'appuie notamment sur l'ouvrage faisant alors autorité de G. HANOTAUX, *Les origines de l'institution des intendants de provinces (1550-1631)*, Paris, Champion, 1884. V. également : O. HINTZE, « Staatenbildung und Kommunalverwaltung », in O. HINTZE (dir.), *Staat und Verfassung : gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970 (1924), 3^{ème} éd., p. 221.

¹⁸⁹⁷ O. HINTZE, « Der Commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verfassungsgeschichte », *op. cit.*, p. 254.

¹⁸⁹⁸ J. BODIN, *Les Six livres de la République*, Paris, Librairie générale française, 1993 (édition de 1583), p. 264-274. Il est généralement fait crédit à Bodin d'avoir le premier élaboré une véritable théorie générale de la fonction publique, volet organique de sa théorie de la souveraineté, mais qui n'a cependant pas connu le même succès. V. cependant les développements d'Olivier Beaud consacrés à la hiérarchie et à la délégation et en

parmi les notables locaux et bénéficie d'une délégation de compétence de caractère permanent et fondée sur la loi, le commissaire dispose d'un mandat précaire fixé par la lettre de commission et répond aux instructions du Roi¹⁸⁹⁹. L'intendant d'Ancien Régime relève précisément de cette seconde catégorie. Au nombre de 33 en 1789 et généralement assistés dans leurs fonctions par des subdélégués qui les suppléent dans le contrôle des collectivités locales¹⁹⁰⁰, les intendants représentent, selon Philippe Sueur, « assurément l'une des meilleures institutions de l'administration territoriale qui se prolongea dans le préfet »¹⁹⁰¹.

C'est du point de vue des modalités de recrutement que les différences entre les systèmes français et allemand présentent une nette continuité historique mise en lumière par Otto Hintze. « L'intendant de justice, police et finances » est en effet un commissaire départi pour l'exécution des ordres du Souverain. Il est en principe recruté exclusivement parmi les maîtres des requêtes du Conseil du Roi¹⁹⁰². Otto Hintze le rattache ainsi à la catégorie des Commissaires de la Cour (*Hofkommissarien*), qu'il définit comme « des personnes, qui sont envoyées de la Cour dans les Provinces afin d'y imposer l'autorité royale ou sinon pour servir les buts de l'administration centrale : ils sont des instruments de la centralisation et de l'absolutisme, pionnier d'une fonction publique monarchique organisée sur un modèle bureaucratique »¹⁹⁰³. Ce recrutement les distingue justement d'un second type de commissaires : les commissaires provinciaux (*Landkommissar*). Typique des agents du pouvoir central en place dans le Saint-Empire romain germanique, Bodin n'en a cependant pas tenu compte dans sa classification vu qu'ils étaient alors méconnus dans le Royaume de

particulier aux rapports entre Souverain et Magistrats à partir de la théorie la fonction publique étatique de Bodin : O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 153-178.

¹⁸⁹⁹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 172-173. Sur la différence entre officiers et commissaires, v. également, F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 20-23.

¹⁹⁰⁰ On distingue entre le subdélégué général qui est *mutatis mutandis* l'ancêtre du Secrétaire Général de Préfecture et des subdélégués territoriaux, qui sont des correspondants de l'intendant sans véritable pouvoir décisionnel mais chargé de surveiller une division territoriale. V. P. SUEUR, *Histoire du droit public français op. cit.*, p. 366-367 ; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁹⁰¹ P. SUEUR, *Histoire du droit public français op. cit.*, p. 347. V. néanmoins sur la période suivant 1789 où ont été supprimés les intendants l'excellente contribution de B. GAUTHIER, « Les relations entre le pouvoir central et les administrations locales sous la monarchie constitutionnelle (1789-1792) », in M. PERTUÉ (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, *op. cit.*, p. 291-303.

¹⁹⁰² F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 29-30. V. en particulier sur l'origine, les fonctions et le fonctionnement de l'intendant, P. SUEUR, *Histoire du droit public français op. cit.*, p. 347-371.

¹⁹⁰³ O. HINTZE, « Der Commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verfassungsgeschichte », *op. cit.*, p. 270.

France, du moins à son époque¹⁹⁰⁴. Prédécesseurs des chefs d'arrondissement (*Landrat*), « les commissaires provinciaux sont en principe également nommés par le Monarque, mais parmi les notables de la « Province » (« *Land* »), c'est-à-dire d'une circonscription à caractère local ; de temps à autres, ceux-ci sont même choisis par la population locale et seulement confirmés dans leur fonction par le Roi. Ils ont en priorité à veiller aux intérêts des populations locales en les accordant avec l'ordre étatique de la Monarchie. »¹⁹⁰⁵.

II. Préfet et Landrat : la différence entre fonctionnaire nommé et fonctionnaire élu

Cette divergence de mode de recrutement continue aujourd'hui encore de former une ligne de démarcation entre le préfet et *Landrat*. Conformément à l'article 13 de la Constitution, les préfets sont nommés par décret du Président de la République, pris en Conseil des ministres, sur proposition du Premier ministre¹⁹⁰⁶. Représentants de l'État dans les collectivités territoriales de la République, l'article 72 alinéa 6 de la Constitution indique qu'ils représentent chacun des membres du Gouvernement et ont la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois¹⁹⁰⁷. Ces hauts-fonctionnaires sont généralement recrutés parmi les sous-préfets issus de l'École nationale d'administration, à l'exception de ceux nommés au tour extérieur¹⁹⁰⁸.

Il en va autrement des chefs de l'exécutif des arrondissements. Comme les préfets avant 1982, ceux-ci sont en situation de démultiplication fonctionnelle puisqu'ils sont à la fois à la tête de l'exécutif de l'arrondissement et intégrés à l'administration déconcentrée d'État. En revanche, à la différence des préfets, ils sont élus par la population locale. Si elle a pu varier dans le temps et entre les *Länder*¹⁹⁰⁹, la désignation des chefs d'arrondissement par le

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 270-271.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 270.

¹⁹⁰⁶ Art. 1 du décret n°64-805 du 29 juillet 1964 fixant les dispositions réglementaires applicables aux préfets, modifié par le décret n°2015-535 du 15 mai 2015.

¹⁹⁰⁷ On rappellera que l'article 1 du décret n°82-389 du 10 mai 1982 avait substitué au nom de préfet celui de « Commissaire de la République ». Le décret n°88-199 du 29 février 1988 était revenu sur cette modification.

¹⁹⁰⁸ Art. 2 du décret n°64-805 du 29 juillet 1964 fixant les dispositions réglementaires applicables aux préfets, modifié par le décret n°2015-535 du 15 mai 2015. V. B. REMOND, J. BLANC, *Les Collectivités locales*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, 1999, 3^{ème} éd, p. 335-336.

¹⁹⁰⁹ En Saare et en Rhénanie du Nord-Palatinat, deux *Länder* situés dans la zone d'occupation française, le *Landrat* était certes proposé par l'assemblée de l'arrondissement, mais nommé par le Gouvernement du *Land*, à la façon des anciens commissaires de provinces : H. MEYER, « Die Entwicklung der Kreisverfassungssysteme », in G. PÜTTNER, T. MANN, G. (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., p. 697.

truchement d'une élection au suffrage universel direct est devenue la règle dans onze des treize *Länder* disposant de telles structures, seuls le Schleswig-Holstein et le Bade-Wurtemberg ayant maintenu l'élection par l'assemblée d'arrondissement (*Kreistag*)¹⁹¹⁰. Le *Landrat* est généralement élu pour une période de cinq à neuf ans et a durant cette période le statut de fonctionnaire élu (*Wahlbeamter auf Zeit*). En organisant une élection directe et en déconnectant la durée du mandat du *Landrat* de celle des élus à l'assemblée de l'arrondissement, on cherche à renforcer sa position vis-vis de cette dernière et créer au niveau de l'arrondissement un système de « checks and balances »¹⁹¹¹.

On retrouve ici l'une des lignes de partage distinguant les organisations administratives française et allemande, le recours à la technique de la démultiplication fonctionnelle d'organes locaux étant comme on l'a déjà vu beaucoup plus répandu en Allemagne qu'en France. Afin d'éviter de multiplier les autorités administratives, les organes des collectivités locales sont intégrés au sein de la structure hiérarchique de l'administration d'État des *Länder* afin d'accomplir des tâches étatiques. C'est ainsi que le chef d'arrondissement est en charge de contrôler la légalité des actes des communes.

B. L'organisation des rapports hiérarchiques entre autorités de surveillance

On pourrait penser que l'organisation du pouvoir de surveillance en Allemagne tendrait à être plus protectrice de l'autonomie des collectivités locales en ce qu'une plus grande attention serait portée aux intérêts et particularités locales en raison de ce mode de recrutement électif et local des organes de surveillance. Autant les risques de conflits d'intérêts qu'une telle situation de démultiplication fonctionnelle peut engendrer que l'analyse des rapports hiérarchiques entre les organes chargés du pouvoir de surveillance en Allemagne (I) et en France (II) pousse néanmoins à modérer ce jugement.

¹⁹¹⁰ A l'origine, seule la Bavière avait le choix d'une nomination au suffrage universel direct. Le Brandebourg y est finalement également passé en 2010, le Schleswig-Holstein étant lui revenu à un système d'élection par l'assemblée d'arrondissement. M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 316.

¹⁹¹¹ H. MEYER, « Die Entwicklung der Kreisverfassungssysteme », *op. cit.*, p. 698.

I. L'intégration du Landrat dans la hiérarchie de l'administration d'État

La structure du pouvoir de surveillance est organisée en Allemagne de façon pyramidale. Ce modèle pyramidal peut varier selon les *Länder* et être à deux ou trois niveaux¹⁹¹². Le niveau le plus élevé est celui du Ministère de l'Intérieur du *Land* qui représente l'échelon suprême (*oberste Aufsichtsbehörde*) dans tous les *Länder*. La strate la plus basse de cette pyramide (*untere Aufsichtsbehörde*) est inversement toujours constituée par le chef de l'exécutif de l'arrondissement, lequel est chargé de contrôler la légalité des actes pris par les communes faisant partie de son arrondissement (*kreisangehörige Gemeinde*)¹⁹¹³. Dans les *Länder* à deux niveaux et donc sans autorité intermédiaire, le Ministre de l'Intérieur exerce également en premier et dernier ressort le contrôle de légalité des actes des arrondissements et des villes à statut d'arrondissements.

L'échelon intermédiaire (*Mittelinstantz*) regroupant plusieurs arrondissements n'existe plus que dans quelques États fédérés de grande taille¹⁹¹⁴. Il est constitué par le district de gouvernement (*Regierungsbezirk*). À la différence des arrondissements, les districts de gouvernements sont généralement de simples circonscriptions administratives. Ils ne sont en principe pas dotés du droit à l'autonomie locale et servent seulement de relais territorial à l'administration d'État du *Land*¹⁹¹⁵. Certaines caractéristiques communes laissent se dessiner une certaine symétrie entre le gouvernement du district (*Regierungspräsidium* ou *Bezirksregierung* selon les *Länder*) et l'institution préfectorale, pourtant souvent regardée, aussi bien à l'intérieur des frontières hexagonales qu'outre-rhin, comme une singularité de l'organisation administrative française. En particulier, il représente d'une part l'autorité supérieure de surveillance (*obere Aufsichtsbehörde*) pour les communes, et a d'autre part pour mission de mettre en œuvre le contrôle de légalité pour les actes pris par les arrondissements (*Landkreis*) ainsi que les communes à statut d'arrondissement (*kreisfreie Städte*), voire pour certaines communes de grande taille qui sont attachées à un

¹⁹¹² Pour une présentation détaillée : C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 83-93.

¹⁹¹³ M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 18-19.

¹⁹¹⁴ Bade-Wurtemberg, Bavière, Hesse, Rhénanie du Nord-Westphalie. La Rhénanie-Palatinat, la Saxe-Anhalt, la Basse-Saxe et la Saxe ont supprimé cet échelon intermédiaire au cours de la dernière décennie et l'ont parfois remplacé par une autorité spécialisée comme en Rhénanie-Palatinat ou en Thuringe. V. pour une vue d'ensemble : M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 18-19 et 99.

¹⁹¹⁵ V. G. MARCOU, « Le représentant territorial de l'État et le fait régional dans les États européens », *RFAP*, 2010, p. 577 ; W. THIEME, « Die Gliederung der deutschen Verwaltung », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, *op. cit.*, p. 151-166.

arrondissement (*große Kreisstädte*) mais qui bénéficient d'un régime dérogatoire¹⁹¹⁶. Cette parenté est d'ailleurs historiquement explicable car le modèle d'administration de la France napoléonienne et en particulier l'institution préfectorale a directement inspiré l'introduction dans le code des communes de Prusse de 1808 du principe d'unité et de compétence générale du niveau administratif intermédiaire¹⁹¹⁷. Pour autant, le mode de désignation du représentant du gouvernement du district diverge du système français de nomination des préfets. Ce sont les partis politiques au Parlement du *Land* (*Landtag*) qui négocient entre eux les modalités d'attribution des postes de l'exécutif des districts de gouvernement en fonction du rapport des forces politiques au sein de l'Assemblée du *Land*¹⁹¹⁸.

Il ressort de cette présentation de la structure du pouvoir de surveillance que les autorités de surveillance sont placées sous la responsabilité hiérarchique du Gouvernement du *Land* et, en général, plus particulièrement de celle du Ministre de l'Intérieur du *Land*. Cette intégration au sein de l'administration d'État tend donc à relativiser l'autonomie dont pourrait bénéficier le *Landrat* dans l'exercice de son contrôle. Elle sert en outre à tempérer les craintes de conflits d'intérêts suscités par la situation de démultiplication fonctionnelle dans laquelle se trouve le *Landrat*. Loin de ne voir que des avantages à cette forme d'organisation administrative du pouvoir de surveillance, confier au chef d'arrondissement le contrôle de légalité des actes des communes se situant dans son ressort territorial peut s'avérer problématique, en particulier lorsque l'arrondissement est, en qualité de collectivité locale, intéressé à l'acte émis par la commune¹⁹¹⁹.

Différents instruments ont été mis en place dans le but d'éviter de tels conflits d'intérêts. En principe, nous l'avons vu, le *Landrat* exerce son pouvoir de surveillance en tant qu'organe de l'État (*Organleihe*). Concrètement, l'administration de l'arrondissement est alors généralement divisée en deux secteurs : celui des tâches étatiques, ce qui comprend la surveillance sur les actes des communes, et celui des compétences d'administration autonome de l'arrondissement. Le premier est mis en œuvre par des agents et fonctionnaires du *Land*

¹⁹¹⁶ C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 87-90.

¹⁹¹⁷ V. HOFFMANN-MARTINOT, « Décentralisation et fédéralisme coopératif », in Institut international d'administration, *Délocalisations administratives*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 18. Michel Fromont, dans sa traduction du manuel de droit administratif d'Hartmut Maurer, traduit d'ailleurs « *Regierungspräsidium* » par « administration préfectorale » : H. MAURER, *Droit administratif allemand*, op. cit., p. 50.

¹⁹¹⁸ V. HOFFMANN-MARTINOT, « Décentralisation et fédéralisme coopératif », op. cit., p. 19.

¹⁹¹⁹ C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 90.

placés sous l'autorité hiérarchique du Gouvernement du *Land*, le second par des agents et fonctionnaires de l'arrondissement placés sous l'autorité du chef d'arrondissement¹⁹²⁰. On souhaite ainsi éviter un détournement du pouvoir de surveillance au profit des intérêts de l'arrondissement en créant une division organique au sein de l'administration de l'arrondissement entre les services déconcentrés de l'État et les services de l'arrondissement. Trois *Länder*, la Basse-Saxe, la Saxe et la Saxe-Anhalt¹⁹²¹, s'écartent de ce modèle et ont transféré la compétence de surveillance sur les actes des communes directement aux arrondissements. Le chef d'arrondissement n'agit dès lors plus au nom de l'État, mais en sa qualité de chef de l'exécutif de l'arrondissement. Saisie de la loi de Basse-Saxe organisant cette délégation de compétence, la Cour constitutionnelle fédérale s'est néanmoins prononcée dans une décision de juin 1988 en faveur de la conformité de ce dispositif avec le droit constitutionnel à l'autonomie locale des communes¹⁹²². Elle juge en effet que le risque de conflits d'intérêts et d'une transformation de la surveillance en ingérence (*Einmischungsaufsicht*) ou en contrôle d'opportunité (*Fachaufsicht*) n'est pas accru en raison de ces délégations et qu'ont été mis en place suffisamment de garde-fous. Le *Landrat* continue d'être soumis aux instructions de l'autorité étatique de surveillance. Par ailleurs, les lois sur les collectivités locales des *Länder* contiennent généralement une disposition prévoyant en cas de situation de conflit d'intérêts que la compétence de surveillance soit transférée à l'autorité supérieure¹⁹²³. Enfin, les collectivités locales peuvent toujours contester la mesure prise par l'organe de surveillance devant le juge en cas de doute sur sa régularité. En dépit des vives critiques opposées en doctrine à ce transfert de compétences¹⁹²⁴, force est de constater que la différence entre les deux types de délégation du pouvoir de surveillance n'est pas majeure.

¹⁹²⁰ V. H. MEYER, « Die Entwicklung der Kreisverfassungssysteme », *op. cit.*, p. 679 ; C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht, op. cit.*, p. 90.

¹⁹²¹ C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht, op. cit.*, p. 90-93.

¹⁹²² Décision du 21 juin 1988, *Nordhorn* : BVerfGE 78, 331 (342).

¹⁹²³ Par exemple : § 144 al. 2 de la loi de Saxe-Anhalt sur les collectivités locales.

¹⁹²⁴ V. C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht, op. cit.*, p. 93 ; M. BURGI, *Kommunalrecht, op. cit.*, p. 99 ; F.-L. KNEMEYER, « Staatsaufsicht über Kommunen », *JUS*, 2000, p. 521-525 ; F. SCHOCH, « Die staatliche Rechtsaufsicht über Kommunen », *Jura*, 2006, p. 188-196 ; H. LÜHMANN, *Das Prinzip der kommunalisierten Kommunalaufsicht im Kommunalrecht der deutschen Länder*, Berlin, Pro Business, 2004. Les auteurs considèrent en général qu'il s'agit là d'une compétence strictement étatique et qui ne peut être exercé que dans le cadre du « prêt d'organe ».

Cette décision de la Cour constitutionnelle a plus tard été confirmée par la Cour constitutionnelle de Saxe en date du 18 juin 2005¹⁹²⁵. En l'espèce, la Cour constate que la loi sur les communes de cet État prévoit la possibilité au Ministre de l'Intérieur de cet État ou à l'instance intermédiaire d'intervenir directement pour exercer le pouvoir de surveillance dans le cas où l'arrondissement n'aurait pas suivi les instructions édictées par eux¹⁹²⁶. Une grande partie des lois sur l'organisation communale¹⁹²⁷ prévoient en effet que les autorités supérieures disposent d'un « droit d'entrée immédiat » (*unmittelbares Selbsteintrittrecht*) les habilitant à agir à la place des autorités subordonnées lorsque celles-ci ne suivent pas leurs instructions¹⁹²⁸. Mais ce droit existe-t-il même en dehors d'une habilitation législative expresse ? Controversée, cette question a suscité trois différentes réponses en doctrine. Pour un premier groupe apparemment majoritaire d'auteurs, les autorités supérieures et suprêmes ne peuvent mettre en œuvre cette prérogative qu'en vertu d'une disposition expresse qui leur attribue ce droit. Dans le cas contraire, les autorités supérieures ne sont compétentes que pour édicter des circulaires et des instructions aux organes inférieurs¹⁹²⁹. D'autres auteurs admettent une telle proposition uniquement dans le cas d'un péril imminent¹⁹³⁰. Enfin, une dernière partie de la doctrine défend l'idée selon laquelle cette prérogative existe même en l'absence d'un texte. Un tel attribut découlerait de la structure hiérarchique de l'organisation administrative allemande et ne doit pas être empêchée par le simple fait qu'il s'agisse d'organe de l'administration médiate d'État, cette dernière n'étant pas incompatible avec une forme de pouvoir hiérarchique. Enfin, à l'instar d'une règle habituellement retenue dans la dogmatique française, ces auteurs estiment que contrairement à la surveillance qui ne peut être exercée sans fondement textuel, nul n'est besoin d'une telle habilitation dans les rapports hiérarchiques¹⁹³¹. Si on peut avoir des doutes sur la validité d'un droit à intervenir qui serait

¹⁹²⁵ Cour constitutionnelle de Saxe, décision du 18 juin 2005 (23-III-04), NVwZ 2006, p. 329.

¹⁹²⁶ § 112 al. 2 du code communal de Saxe.

¹⁹²⁷ En plus des lois communales, la plupart des lois fédérées relative à la police administrative prévoient une telle prérogative qui peut servir de base légale pour intervenir à la place d'une autorité de surveillance récalcitrante : C. BRÜNING, K. VOGELSSANG, *Die Kommunalaufsicht, op. cit.*, p. 183-184.

¹⁹²⁸ V. par exemple § 110 al. 3 du code des communes du Brandebourg (GO), le § 141 b du code communal de Hesse, ou l'article 3 b de la loi sur la procédure administrative non-contentieuse de Bavière.

¹⁹²⁹ F.-L. KNEMEYER, « Die Staatsaufsicht über die Gemeinde und Kreise », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, op. cit.*, p. 272.

¹⁹³⁰ V. A. GERN, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, 3^{ème} éd., n°809 ; C. BRÜNING, K. VOGELSSANG, *Die Kommunalaufsicht, op. cit.*, p. 87 et 92.

¹⁹³¹ V. W. KREBS, « § 108 : Verwaltungsorganisation », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. 5, Heidelberg, C.F. Müller, 2007, 3^{ème} éd., p. 488-489 ; H. DREIER, *Hierarchische Verwaltung*

immanent au principe hiérarchique, force est de constater que le *Landrat* est en tout état de cause soumis aux instructions du Ministre de l'Intérieur et en cela intégré à la hiérarchie de l'administration d'État.

L'intégration du *Landrat* dans la chaîne hiérarchique de l'administration d'État vient en définitive très fortement tempérer l'idée que sa désignation par la voie d'élection créerait une proximité qui serait nécessairement plus favorable à l'autonomie des collectivités locales que le modèle français de l'institution préfectorale. Si, à l'inverse, les risques de détournement du pouvoir de surveillance au profit des intérêts de l'arrondissement sont justement encadrés par une série de garde-fous, la démultiplication fonctionnelle du chef d'arrondissement peut néanmoins, en pratique, susciter une confusion néfaste pour l'autonomie locale des communes en cas de situations de concurrence entre la commune et l'arrondissement.

II. Les réformes de l'organisation du pouvoir de surveillance en France

A la différence de l'Allemagne, la Constitution française contient depuis 2003 une disposition à l'article 72 alinéa 5 interdisant qu'une collectivité territoriale puisse exercer une tutelle sur une autre collectivité¹⁹³². Expression du principe d'égalité entre collectivité territoriale, cette interdiction vise à empêcher qu'une collectivité puisse disposer du pouvoir de contrôler ou de s'opposer aux actes d'une autre collectivité voire d'y substituer ses propres décisions. C'est en tous cas la lecture que font de ce principe le Conseil d'État¹⁹³³ et le Conseil constitutionnel¹⁹³⁴. En revanche, cette interdiction n'empêche pas les collectivités locales de moduler les conditions en fonction desquelles celle-ci peut accorder une subvention. Il s'agit ici de concilier à la fois la coopération entre collectivités territoriales, celle-ci pouvant prendre des formes asymétriques, et d'éviter que la supériorité qui peut en découler ne verse dans le fédéralisme, le pouvoir de surveillance étant dans la dogmatique

im demokratischen Staat, op. cit., p. 287-291 ; S. KLAES, *Selbsteintritt und kommunale Selbstverwaltung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2009.

¹⁹³² Avant cela, cette interdiction ne figurait qu'à l'article L.1111-3 CGCT et ne s'imposait donc qu'au pouvoir réglementaire. Le juge constitutionnel en avait cependant déjà imposé le respect au législateur à travers différentes décisions. V. par exemple Décision n°01-454 DC du 17 janvier 2002 (cons. 7).

¹⁹³³ CE Ass., 23 décembre 2003, *Département des Landes*, req. n° 236442, Rec. Lebon, p. 502.

¹⁹³⁴ Décision n°2010-618 DC du 9 décembre 2010 (cons. 22) ; Décision n°2011-146 du 8 juillet 2011, *Département des Landes* (cons. 4 et 5).

française considéré comme étant une prérogative exclusive de l'État et nécessaire au maintien de son caractère unitaire¹⁹³⁵.

C'est la raison pour laquelle – seconde différence avec le système allemand – la Constitution confie en vertu de l'article 72 alinéa 6 au seul représentant de l'État dans les collectivités territoriales la mission de surveiller la régularité des actes locaux. Longtemps seul à disposer de cette qualité, le préfet du département la partage désormais avec le préfet de région¹⁹³⁶. Bien que ce dernier ait autorité depuis 2010 sur les préfets de département, cette subordination ne vaut pas en matière de surveillance des actes des collectivités locales¹⁹³⁷. Le préfet de région ne peut donc pas donner d'instructions au préfet de département en ce domaine. Ce dernier dispose d'une compétence exclusive pour contrôler la légalité des actes du département et des communes qui ont leur siège dans le département, le préfet de région étant lui compétent pour le contrôle administratif des actes de la région¹⁹³⁸.

Le préfet de département est néanmoins aidé dans l'exercice de sa mission constitutionnelle par différents collaborateurs et en particulier à l'échelon de l'arrondissement par les sous-préfets¹⁹³⁹. Ceux-ci agissent sous l'autorité du préfet et participent « à l'exercice du contrôle administratif et au conseil aux collectivités territoriales »¹⁹⁴⁰. Les sous-préfets forment ainsi le premier échelon de l'organisation du pouvoir de surveillance en France. Cette proximité avec le niveau communal tout comme le fait que les textes réglementaires leur confie une mission de contrôle et de conseil tend à rapprocher le sous-préfet du *Landrat*. Ainsi que le décrit une observatrice : « Les sous-préfectures assurent la réception des actes des collectivités locales et leur sélection, sur la base de la stratégie locale de contrôle arrêtée par le préfet, puis les transmettent pour traitement au service de la préfecture concerné. Les

¹⁹³⁵ Sur ce principe, v. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 706-708 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 350-352.

¹⁹³⁶ Art. 1 du décret n°2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements.

¹⁹³⁷ Art. 2 du décret précité modifié par le décret n°2010-146 du 16 février 2010.

¹⁹³⁸ Art. 4 du décret n°2004-374 du 29 avril 2004 pour la région et art. 10 pour le département.

¹⁹³⁹ V. le décret n°64-260 du 14 mars 1964 portant statut des sous-préfets. Le Secrétaire général de préfecture tout comme le directeur de cabinet du préfet peuvent recevoir délégation de signature pour exercer le contrôle de légalité. Cette question avait fait l'objet de nombreuses discussions mais est désormais tranchée depuis l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 15 Octobre 1999, *Commune de Savigny-Le-Temple*, req. n° 196548, Rec. Lebon, p. 309. La Haute Assemblée précise que le pouvoir de déléguer ne peut être délégué qu'« aux agents en fonction dans la préfecture ». Pour un panorama de la jurisprudence administrative autour de cette question : C. CORNET, J. FERSTENBERT, L. TOUVET, *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*, Paris, Dalloz, 2001, n°35.

¹⁹⁴⁰ Art. 4 du décret n°2004-374 du 29 avril 2004 modifié par le décret n°2010-146 du 16 février 2010.

éventuelles lettres d'observations sont ensuite soumises par la préfecture à la signature du sous-préfet, qui conserve ainsi sa capacité d'appréciation et d'action. »¹⁹⁴¹. Le sous-préfet est par conséquent une interface essentielle dans les relations entre l'État et les communes. A la différence du *Landrat* cependant, même s'ils sont appelés à donner des conseils aux élus communaux et le cas échéant, à préparer la saisine du tribunal administratif, seul le préfet est en principe habilité à saisir le tribunal d'un recours spécial en annulation pour cause d'illégalité. Le sous-préfet peut toutefois obtenir délégation pour mettre en œuvre lui-même le déféré préfectoral¹⁹⁴². Il peut également remettre, le cas échéant, des attestations de non-recours sur demande du maire ou du président du conseil départemental ou régional¹⁹⁴³. Cette attestation de non-recours ne lie pas l'organe de surveillance et ne vaut pas renonciation définitive du préfet à tout recours. Une telle renonciation serait nulle car contraire à l'ordre public¹⁹⁴⁴.

La grande réforme de l'organisation de l'administration territoriale d'État¹⁹⁴⁵ initiée dans le sillage de la révision générale des politiques publiques a cherché à répondre aux récurrentes critiques sur les faiblesses du contrôle administratif¹⁹⁴⁶ en réorganisant l'exercice du contrôle de légalité et en particulier la répartition des tâches entre le préfet et les sous-préfets¹⁹⁴⁷. Afin de rendre ce contrôle plus efficace et d'en réduire les coûts¹⁹⁴⁸, plusieurs mesures ont été prises. Il a été premièrement décidé de recentrer la surveillance sur les actes les plus importants. Ceci a, d'une part, conduit à fixer des priorités dans le contrôle en

¹⁹⁴¹ C. BRANQUART, « Contrôle de légalité : un réel renouveau ? », *AJDA*, 2011, p. 198-205.

¹⁹⁴² Art. 34 de la loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, modifié par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003.

¹⁹⁴³ Art. L. 2131-6 al. 2 CGCT pour les communes, L. 3132-1 al. 3 CGCT pour les départements et L. 4142-1 al. 2 CGCT pour les régions.

¹⁹⁴⁴ J. BOURDON et al. (dir.), *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 215.

¹⁹⁴⁵ V. la Directive nationale d'orientation des préfectures et sous-préfectures 2016-2018 prise conformément à la circulaire du 28 octobre 2014 relative au protocole des relations entre les administrations centrales et les services déconcentrés (NOR : PRMX1425854C) ainsi que les contributions réunies autour du thème « Les enjeux de la réforme territoriale », *RFAP*, n°156, 2015.

¹⁹⁴⁶ V. COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2016*, Paris, La Documentation française, 2016, p. 329-346 ; J.-M. BRICAULT, « L'impact de la RGPP sur le contrôle de légalité », *RFAP*, 2010, p. 943-954.

¹⁹⁴⁷ V. l'ordonnance n°2009-1401 du 17 novembre 2009 portant simplification de l'exercice du contrôle de légalité et la circulaire NOR IOA/C/091/7418/C du 23 juillet 2009 relative à la réorganisation du contrôle de légalité.

¹⁹⁴⁸ Entre 2009 et 2014, les effectifs affectés au contrôle de légalité et au contrôle budgétaire ont diminué de 30 % dans l'ensemble des départements de métropole : COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2016*, *op. cit.*, p. 346-348.

fonction de stratégies nationales et locales¹⁹⁴⁹, et d'autre part à réduire le nombre d'actes devant être obligatoirement transmis au préfet ou au sous-préfet, cette transmission pouvant désormais se faire par voie dématérialisée¹⁹⁵⁰. Deuxièmement, la complexité accrue du contrôle, en particulier en raison de l'importance prise par les contrôles financiers et les règles de droit européen, exige d'en professionnaliser l'exercice. Deux décisions ont été prises dans ce but. La compétence du contrôle a tout d'abord été centralisée en préfecture au sein d'un service spécialement affecté à cette tâche¹⁹⁵¹. Placé sous l'autorité du secrétaire général de préfecture et sous l'autorité fonctionnelle de chaque sous-préfet d'arrondissement, ce service collabore avec les autres services déconcentrés de l'État dans le département¹⁹⁵². Il a été ensuite créé en 2002 un pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité en charge, avec les services centraux de la Direction générale des collectivités locales, de répondre aux questions juridiques complexes que peuvent se poser les services des préfectures. Cette structure a en outre pour mission de former les agents des préfectures et des services déconcentrés de l'État chargés du contrôle de légalité et du conseil aux collectivités territoriales¹⁹⁵³.

La professionnalisation de la surveillance sur les actes des collectivités représente en effet un enjeu essentiel de modernisation de l'organisation de ce contrôle autant en France qu'en Allemagne. A l'instar de l'influence du droit européen sur l'office du juge national, les organes de surveillance sont en charge de réaliser un contrôle juridique qui doit prendre en considération la part croissante des règles du droit européen en droit national¹⁹⁵⁴. En France,

¹⁹⁴⁹ Circulaire NOR IOCBI 202426C du 25 janvier 2012 portant définition nationale des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité ; Directive nationale d'orientation des préfectures 2010-2015.

¹⁹⁵⁰ Décret n°2005-324 du 7 avril 2005 : Pour les communes : Art. L. 2131-1 et R. 2131-1 à R. 2131-4 CGCT ; pour les Conseils départementaux : Art. L. 3131-1 et R. 3131-1 CGCT ; pour les Conseils régionaux : Art. L. 4141-1 et R. 4142-1 du CGCT. Ceci concerne environ 40% des collectivités locales françaises : COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2016*, *op. cit.*, p. 344. L'article 107 de la loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République a rendu obligatoire d'ici 2020 cette transmission par voie électronique pour les communes de plus de 50 000 habitants, les départements et les régions : v. par exemple art. L. 2131-1 al. 2 CGCT pour les communes.

¹⁹⁵¹ Cette centralisation revêt cependant des formes différentes en fonction des préfectures et n'est que partiellement aboutie : COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2016*, *op. cit.*, p. 339-341.

¹⁹⁵² Ceci concerne en particulier la Direction départementale du territoire pour les questions d'urbanisme et celle des finances publiques. Sur l'état de ces mutualisations, v. COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2016*, *op. cit.*, p. 341-343.

¹⁹⁵³ 22^{ème} rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux (Années 2010 - 2011 - 2012), 2014, p. 18-20. V. C. BRANQUART, « Contrôle de légalité : un réel renouveau ? », *op. cit.*, p. 198-205.

¹⁹⁵⁴ V. O. DORD, « Vers un nouveau type de dédoublement fonctionnel : le préfet organe communautaire ? », in CURAPP, *La Loi de pluviose an VIII : survivance ou pérennité ?*, Paris, PUF, 2000, p. 173-175 ; A.

veiller au respect des engagements internationaux compte d'ailleurs parmi les objectifs explicitement assignés au contrôle administratif confié au représentant de l'État par l'article 72 alinéa 6 de la Constitution. Cette attention des autorités de surveillance est particulièrement prononcée en cas d'intervention économique des collectivités locales, par exemple lors de l'attribution de subventions¹⁹⁵⁵ ou de marchés publics¹⁹⁵⁶. La complexité juridique des actes locaux explique qu'a été créé en France un pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité et que priorité ait été donnée au niveau national notamment au contrôle des actes ayant trait à la commande publique. En Allemagne s'est posée la question de la compatibilité de l'élection directe avec la mission de surveillance dévolue au *Landrat*. Alors que la fonction de chef de l'administration de l'arrondissement était jusqu'à présent très majoritairement exercée par des juristes de formation, cette domination n'est plus aussi importante depuis le passage à l'élection directe du *Landrat*, ce mode de désignation s'accordant mal avec l'exigence de qualification professionnelle de ce type. C'est pourquoi les lois sur les arrondissements – ceci vaut d'ailleurs également au niveau municipal – prévoient généralement que le *Landrat* ou l'un des directeurs d'administration de l'arrondissement lui étant directement subordonné¹⁹⁵⁷ doit disposer des qualifications nécessaires pour exercer un poste d'administrateur de la fonction publique voire de juge¹⁹⁵⁸.

ROUYERE, « L'État, les collectivités locales et la règle de droit communautaire. Interférences », in P. COMBEAU (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, op. cit., p. 107-136 ; G. MARCOU, « Le représentant territorial de l'État et le fait régional dans les États européens », op. cit., p. 577 ; V. MICHEL, « Décentralisation européenne et déconcentration nationale : les modalités d'européanisation des services territoriaux de l'état », *RFAP*, 2005, p. 219-228 ; Rapport du Conseil d'État, *Collectivités locales et obligations communautaires*, Paris, La documentation française, 2004, p. 68-79 ; D. EHLERS, « Was können und was müssen Kommunen und Kommunalaufsicht von/an Europa lernen ? - Kommunalaufsicht und europäisches Gemeinschaftsrecht », in Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen (dir.), *Kommunalaufsicht im Spannungsfeld von kommunaler Selbstverwaltung und gesamtstaatlicher Verantwortung*, Düsseldorf, 2001, p. 137-149.

¹⁹⁵⁵ F. COLLY, « Aides publiques locales et contrôle de l'État », in P. COMBEAU (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, op. cit., p. 213-242.

¹⁹⁵⁶ V. notamment M. RUFFERT, « Unions- und gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung », in T. MANN, G. PÜTTNER (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, op. cit., p. 1077-1101 ; M. TROPER (dir.), *Interventionnisme économique et pouvoir local en Europe*, Paris, Economica, 2000 ; M. DOUENCE, « L'influence du droit communautaire sur les collectivités territoriales », in J-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, op. cit., p. 871-900.

¹⁹⁵⁷ Le statut communal des *Länder* du Nord (*Norddeutsche Ratsverfassung*) inspiré du modèle britannique et qui était en vigueur en Basse-Saxe et en Rhénanie du Nord-Westphalie prévoyait une dyarchie à la tête de l'exécutif des arrondissements avec un *Landrat* exerçant ses fonctions à titre honorifique et un fonctionnaire dirigeant l'administration (*Oberkreisdirektor*). Cette dyarchie a depuis été supprimée au profit du *Landrat* : H. MEYER, « Die Entwicklung der Kreisverfassungssysteme », op. cit., p. 698.

¹⁹⁵⁸ A titre d'exemple, v. § 115 alinéa 8 et § 142 de la loi sur les collectivités locales du Mecklenbourg-Poméranie ; § 47 alinéa 1 de la loi sur les arrondissements de Rhénanie du Nord-Westphalie. Sur le débat autour de l'exigence de disposer de diplômes juridiques pour exercer la fonction de *Landrat*, v. H. HENNEKE,

Section 2 : Les moyens du pouvoir de surveillance en France et en Allemagne

Ainsi que cela été démontré notamment par Eisenmann et vu plus haut, les moyens mis à la disposition des autorités de surveillance sont un indicateur précieux du degré d'autonomie dont bénéficient les collectivités locales. L'hypothèse généralement formulée à cet égard est celle d'une plus grande autonomie locale en Allemagne. En témoignent les propos d'Olivier Beaud dans sa *Théorie de la Fédération* aux termes desquels « la centralisation d'un État unitaire comme la France a partie liée avec l'absence d'esprit de localité », tandis que le fédéralisme repose sur l'idée de « self-government » dont le premier niveau est le justement le gouvernement municipal »¹⁹⁵⁹. Or, la confrontation des typologies française et allemande classant les moyens du pouvoir de surveillance est riche d'enseignements car elle souligne le maintien en Allemagne de moyens de contrôle administratif a priori dont les autorités de surveillance en France sont censées ne plus disposer depuis la réforme de 1982 (§1). L'idée que la palette des moyens d'interférer dans la vie juridique locale serait plus large dans un État unitaire que fédéral sera également remise en cause par la présentation comparée des moyens de surveillance en France et en Allemagne (§2).

§1 : Typologie des moyens de surveillance

La présentation des typologies française et allemande des moyens de surveillance donne à voir une nouvelle fois combien les classifications nationales sont élaborées moins en fonction du concept qui les sous-tend que des cadres de référence nationaux auxquels elles s'appliquent (A). Le dépassement de cet horizon national sera l'occasion de justement revenir sur la particularité du pouvoir de surveillance comme mécanisme de calcul des défauts des décisions administratives locales et de proposer sur cette base une typologie adaptée à la perspective comparative de ce travail (B).

« Anforderungen an eine Kommunalverfassung der Zukunft », *Der Landkreis*, 2003, p. 767 ; H. MEYER, « Die Entwicklung der Kreisverfassungssysteme », *op. cit.*, p. 698.

¹⁹⁵⁹ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 335.

A. La confrontation des typologies nationales des moyens de surveillance

Les moyens du pouvoir de surveillance ne se présentent pas comme un bloc monolithique. Différentes typologies ont en France comme en Allemagne cherché à rendre compte de la variété de ces techniques de calcul des défauts. Dans la doctrine française, il est aujourd'hui classique de distinguer la « tutelle sur les actes » et la « tutelle sur les personnes », appelée aussi tutelle sur les organes¹⁹⁶⁰. Comme nous l'avons déjà démontré, cette différenciation ne paraît cependant guère adaptée à une étude comparée. Premièrement, l'expression de « tutelle sur les personnes » est inappropriée en raison de la confusion qu'elle suggère entre le statut des collectivités locales et celui des personnes incapables en droit civil¹⁹⁶¹. Deuxièmement, si le calcul des défauts possède bien un versant organique, les sanctions prises à l'encontre des organes locaux résultent de décisions administratives locales fautive, actions ou refus d'agir. Sanctionnant des manquements graves et répétés à leurs obligations légales, c'est précisément en raison de la particulière gravité du défaut juridique entachant ces décisions que se justifie la dissolution d'une assemblée locale ou la suspension voire la révocation d'un élu¹⁹⁶². La décision locale est toujours le point d'entrée d'une sanction sur les personnes. Enfin, bien que ceci relève du domaine des faits, force est de constater que la rareté des sanctions effectivement prises à l'encontre des autorités locales minore l'intérêt pratique de cette distinction¹⁹⁶³.

¹⁹⁶⁰ Cette distinction est par exemple reprise par J.-F. LACHAUME, *L'administration communale, op. cit.*, p. 227-234 ; D. TURPIN, *Droit de la décentralisation*, Paris, Gualino, 1998, p. 18 ; A. GRUBER, *La décentralisation et les institutions administratives, op. cit.*, p. 439-453 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 200-217 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 709, p. 725-741, présentation qui intègre la tutelle budgétaire au sein de la tutelle sur les personnes.

¹⁹⁶¹ V. *supra* Partie 2, Titre 1, chapitre 2.

¹⁹⁶² V. en ce sens à propos de la suspension et de la révocation du maire la décision du Conseil constitutionnel qui juge de telles mesures compatibles avec le principe de libre administration : Décision n°2011-210 QPC du 13 janvier 2012, *M. Ahmed S.* (cons. 7).

¹⁹⁶³ On compte par exemple en France en moyenne moins d'une dizaine de cas de dissolution de conseil municipal par an et jusqu'à présent aucun cas de dissolution de conseil départemental (à l'exception d'un seul en 1874) ni de conseil régional. De même, les cas de suspensions ou de révocations de maire ou d'adjoint restent eux aussi assez rares : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 201-205 ; M. VERPEAUX, « Le contrôle administratif exerce sur les maires et les adjoints », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence, La profondeur du droit local*, Paris, Dalloz, 2006, p. 471-482. Les cas de dissolution de l'assemblée délibérante ou de révocation du maire par l'autorité de surveillance sont également peu fréquents en Allemagne : C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht, op. cit.*, p. 167-173. Pour un bilan de la jurisprudence administrative allemande depuis les années 2000, v. : R. BRINKTRINE, S. STICH, « Die Kommunalaufsicht und ihre Maßnahmen im Fokus der verwaltungs- und zivilgerichtlichen Judikatur », *Die Verwaltung*, n°49, 2016, p. 81-103 ; R. BRINKTRINE, « Maßnahmen der Kommunalaufsicht im Spiegel der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung », *Die Verwaltung*, n°42, 2009, p. 565-587.

En Allemagne, une classification intéressante est celle proposée par Otto Mayer dans son « Traité de droit administratif ». Ce dernier différencie les ordres ou déterminations par voie de surveillance (*aufsichtsrechtliche Festsetzungsakte*) et les mesures d'exécution du droit de surveillance (*aufsichtsrechtliche Vollzugsakte*)¹⁹⁶⁴. Les premiers « sont des actes administratifs ayant pour objet un rapport de puissance publique de l'État avec le corps d'administration propre. Il détermine ce qui est de droit pour ce corps. »¹⁹⁶⁵. Otto Mayer cite à titre d'exemple pour ces « ordres » les injonctions d'agir, les annulations ou l'approbation de décisions locales. Les seconds « consistent dans des actes par lesquels l'autorité s'empare des affaires de ce corps : on ne statue pas sur lui, on agit pour lui afin qu'il accomplisse son but vital et qu'il l'accomplisse bien »¹⁹⁶⁶. Ceci vise les mesures de substitution ou de révocation.

S'inspirant en partie de cette classification, Wolfgang Kahl propose un modèle en trois phases. La première est celle de la clarification préalable (*Vorklärungsphase*) et consiste dans l'observation et l'examen juridique de la décision locale. Il s'agit dans ce premier temps de tout d'abord s'informer puis d'évaluer les possibles défauts juridiques de l'acte local¹⁹⁶⁷. La seconde phase est celle de la correction des actes fautifs (*Korrekturphase*). Après avoir commencé par émettre conseils et recommandations, l'organe de surveillance pourra faire usage de son droit de remontrance ou d'injonction en cas de carence¹⁹⁶⁸. La troisième phase enfin est celle de la contrainte (*Zwangsphase*) et vise à sanctionner les défauts qui n'ont pas été purgés par la collectivité locale. L'autorité de surveillance pourra alors « agir pour la collectivité locale » et annuler ou, en cas de manquement, se substituer aux organes locaux, voire désigner un commissaire, dissoudre l'assemblée ou révoquer l'exécutif local en cas de violation particulièrement grave¹⁹⁶⁹. En mettant l'accent sur le déroulement de la procédure, ce modèle diachronique souligne deux caractéristiques déterminantes du pouvoir de surveillance : d'une part l'importance de l'observation et de l'évaluation des défauts juridiques des actes locaux, d'autre part la gradation en intensité des moyens de surveillance exercés afin d'éliminer les défauts juridiques constatés.

¹⁹⁶⁴ O. MAYER, *Droit administratif allemand, op. cit.*, p. 310-315.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 310.

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 312.

¹⁹⁶⁷ W. KAHL, *Die Staatsaufsicht, op. cit.*, p. 565-566.

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 566-567.

¹⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 567-568.

C'est cependant à une autre classification qu'a en général recours la doctrine allemande contemporaine. Celle-ci distingue deux types de moyens : préventifs et répressifs¹⁹⁷⁰. Les premiers interviennent avant l'édiction de la décision de la collectivité locale et permettent d'en contrôler en amont la légalité. Il s'agit des cas de transmission obligatoire d'actes mais également d'actes soumis à approbation. Les seconds sont eux mis en œuvre après l'édiction de la décision locale et visent à en obtenir l'élimination. Parmi ces moyens répressifs, on compte les droits d'information, de remontrance et d'annulation de l'autorité de surveillance ainsi que les mesures d'injonction et de substitution d'action, la prise de sanctions à l'encontre des organes locaux se rattachant également à cette seconde catégorie de moyens¹⁹⁷¹.

Cette classification peut de prime abord surprendre un lecteur français en cela qu'elle fait écho à la distinction traditionnellement retenue en France avant la prétendue suppression de la tutelle par loi de mars 1982 et conformément à laquelle on différenciait entre le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori*. Or, ceci peut donner par analogie l'impression que l'Allemagne aurait maintenu un système de « tutelle » supposé avoir été supprimé en France. En vérité, si le recours à cette typologie révèle que les moyens de contrôle mis à la disposition des autorités de surveillance en Allemagne sont, contrairement aux idées reçues, manifestement plus développés qu'en France, l'appliquer au cas français présente également un intérêt : celui justement de corriger l'allégation selon laquelle la surveillance se limiterait en France uniquement à un contrôle de légalité effectué *a posteriori*¹⁹⁷², allégation du reste d'autant plus paradoxale que, comme on l'a vu, la doctrine française fait – certes à tort – de la tutelle un élément de définition de l'État unitaire.

¹⁹⁷⁰ V. par exemple M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 101-104 ; C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 60-63. W. KAHL, *Die Staatsaufsicht*, *op. cit.*, p. 565-569. Kahl semble renoncer à sa classification dans sa contribution : W. KAHL, « Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle (§ 47) », *op. cit.*, p. 474-475. Pour une typologie s'inspirant de celle de Wolfgang Kahl : F.-L. KNEMEYER, « Die Staatsaufsicht über die Gemeinde und Kreise », *op. cit.*, p. 230.

¹⁹⁷¹ C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 60-61 ; M. BURGI, *Kommunalrecht*, *op. cit.*, p. 101-104 ; C. AUTEXIER, « Le système de la Kommunalaufsicht en droit allemand », *op. cit.*, p. 277.

¹⁹⁷² V. notamment Y. LUCHAIRE, « La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales », *AJDA*, 2009, p. 1134-1140 ; J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation*, *op. cit.*, p. 71-72 ; L. JANICOT, « La tutelle de l'État sur les collectivités territoriales trente ans après la loi du 2 mars 1982 », *AJDA*, 2012, p. 753-758.

B. La surveillance des décisions locales : mécanisme dialogique et pouvoir sanctionnateur

En dépit de l'intérêt certain de cette classification de remettre doublement en cause l'image habituellement véhiculée des systèmes français et allemand, la variante que nous avons retenue pour notre étude s'inspire davantage du modèle diachronique proposé par Wolfgang Kahl, tout en prenant néanmoins spécifiquement en compte le versant organique du pouvoir de surveillance. Conformément à cela, nous distinguerons les moyens de surveillance en fonction de deux phases : celle du dialogue et celle de la sanction. Les premiers ont pour objectif d'obtenir de la collectivité locale qu'elle corrige par elle-même l'acte irrégulier. Si nous choisissons ici de parler à leur propos de moyens préventifs, c'est uniquement en ce sens qu'ils ont pour effet de prévenir une sanction de l'acte local. On peut les considérer comme des actes préparatoires aux sanctions, tout du moins comme des mesures qui les précèdent et visent à les éviter par la voie du dialogue. La seconde phase regroupe l'ensemble des moyens répressifs qui ont pour objectif d'éliminer une décision locale contraire au droit voire en cas de faute grave de sanctionner les organes qui en sont à l'origine. Cette sanction pourra être mise en œuvre soit directement par l'organe de surveillance, soit être obtenue par lui par la voie d'un recours contentieux dirigé contre la décision fautive.

Deux raisons liées à la spécificité du concept de surveillance tel que nous l'avons défini gouvernent le choix fait en faveur de cette classification. À l'instar du contrôle juridictionnel, la surveillance est elle aussi une institution de calcul des défauts. Il s'agit pour l'autorité de surveillance d'évaluer si une décision locale satisfait aux conditions nécessaires à sa validité et à sa conformité juridique et de la purger des défauts juridiques dont elle est possiblement entachée, le cas échéant en l'éliminant de l'ordre juridique. Différencier entre contrôle a priori et a posteriori pourrait donc être pertinent. A la différence du contrôle juridictionnel, la surveillance comporte cependant une phase de dialogue entre l'autorité locale émettrice de la décision locale et l'autorité de contrôle bien plus développée. L'importance et la singularité de cette phase de dialogue sur laquelle nous reviendrons plus loin en détail justifient qu'elle soit spécifiquement prise en considération dans la classification choisie. Ceci confirme de surcroît l'intérêt du recours au concept de surveillance. Ainsi que cela a été analysé par Pierre Rosanvallon, la surveillance comprend trois modalités d'action : la vigilance, la dénonciation et la notation. La « vigilance » est ce moment premier d'observation active qui permet à

l'autorité de surveillance de s'informer par elle-même sur les actes locaux¹⁹⁷³. La « dénonciation » ne doit pas être comprise comme une révélation aux fins de condamnation par l'opinion publique, mais dans son sens étymologique, c'est-à-dire comme l'action de notifier, annoncer, déclarer, bref de faire connaître une décision¹⁹⁷⁴. Dans le contexte de cette étude, nous comprenons donc par dénonciation une forme de formalisation accrue du dialogue, par exemple par le truchement d'une obligation de transmettre des actes ou d'obtenir l'approbation de l'autorité de surveillance. Enfin, « la notation et plus généralement l'évaluation, est la troisième forme prise par la surveillance »¹⁹⁷⁵. Appliquée aux questions qui nous occupent, cette modalité de la surveillance consiste dans l'examen de la qualité juridique de la décision locale, phase qui précède et conditionne la prise éventuelle de sanction.

Ceci fait le lien avec la seconde raison qui gouverne notre choix en faveur d'une typologie diachronique. En effet, ce découpage en deux temps met en évidence que la phase de dialogue et d'évaluation conditionne la phase de sanction par l'autorité de surveillance. Elle permet autrement dit de pointer que ces sanctions varient en intensité en fonction du résultat de cette première phase et de la gravité des défauts juridiques de la décision contrôlée. Ceci permet par conséquent de résoudre les controverses sur le maintien d'un pouvoir d'opportunité de l'autorité de surveillance.

Comme nous l'avons vu, considérer le contrôle administratif réalisé sur les décisions administratives locales sous l'angle de la théorie du calcul des défauts aide à rendre compte de la complexité de l'opération de contrôle. Or, ceci contredit la vision unidimensionnelle et purement cognitive qu'en avait Eisenmann¹⁹⁷⁶. La véritable décentralisation ne s'accommoderait selon lui que d'un contrôle de légalité défini comme une vérification de la concordance entre « rôle » et « contre-rôle ». Autrement dit, l'organe de surveillance est ici assimilé à un automate de la collation. Toute conception du contrôle intégrant la dimension volitive de cette opération transformerait le contrôle en tutelle et la décentralisation en semi-décentralisation¹⁹⁷⁷. A la suite d'Eisenmann, une partie de la doctrine contemporaine

¹⁹⁷³ P. ROSANVALLON, *La Contre-Démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, p. 39-46.

¹⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 46-57.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*, p. 57.

¹⁹⁷⁶ V. C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 285-297.

¹⁹⁷⁷ V. J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation, op. cit.*, p. 58-75.

considère que la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation à l'organe de contrôle tend en effet à démontrer que les autorités de surveillance ne sont pas de simples « serviteurs du droit »¹⁹⁷⁸, mais exerce bien un contrôle d'opportunité sur les actes locaux. On retrouve du reste aussi en Allemagne ce débat sur les limites du pouvoir discrétionnaire accordé aux autorités de surveillance¹⁹⁷⁹. Preuve de cet état de semi-décentralisation et d'hétéro-détermination de la volonté des collectivités locales, les autorités de surveillance pourraient les influencer lors de la phase de conseil par leurs lettres d'observations ou, comme en Allemagne, par l'exercice de leurs droits de remontrance¹⁹⁸⁰. De même, accorder à l'autorité de surveillance la faculté de saisir le juge ou de se désister de l'instance témoignerait de la survivance d'un pouvoir d'opportunité contraire à l'allégation de la suppression de la tutelle et de son remplacement par un simple contrôle de légalité a posteriori. Ceci peut également valoir en Allemagne, l'autorité de surveillance ayant en principe un pouvoir discrétionnaire dans la décision d'intervenir (*Entschliessungsermessen*) et dans le choix des moyens d'intervention (*Auswahlermessen*)¹⁹⁸¹. Outre le poids pris en pratique par les conventions entre l'État et les collectivités locales, cette survivance serait surtout confortée par le maintien d'une série d'actes nécessitant l'approbation de l'autorité de surveillance¹⁹⁸², l'approbation étant un acte « mixte » associant volonté locale et volonté étatique ou, comme cela est dit dans la doctrine allemande, un acte de « condominium »¹⁹⁸³. Enfin, la révocation du maire constituerait en vérité une mesure disciplinaire dont l'appréciation ne dépendrait pas que de motifs strictement juridiques, mais viserait à sanctionner plus largement un comportement contraire à l'autorité morale de la fonction¹⁹⁸⁴.

Recourir à une typologie diachronique qui rend compte de la variété des sanctions prises dans l'exercice du pouvoir de surveillance présente au contraire l'intérêt de démontrer que la sanction a, comme la plupart des normes de l'ordre juridique, « un double visage ». Elle est

¹⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 71.

¹⁹⁷⁹ V. C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 100-104.

¹⁹⁸⁰ L. JANICOT, « La tutelle de l'État sur les collectivités territoriales trente ans après la loi du 2 mars 1982 », *op. cit.*, p. 753-758.

¹⁹⁸¹ C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, *op. cit.*, p. 223.

¹⁹⁸² Y. LUCHAIRE, « La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales », *op. cit.*, p. 1134-1140.

¹⁹⁸³ V. C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 123-132.

¹⁹⁸⁴ V. B. SEILLER, « Le pouvoir disciplinaire sur les maires », *AJDA*, 2004, p. 1637-1643 ; L. JANICOT, « La tutelle de l'État sur les collectivités territoriales trente ans après la loi du 2 mars 1982 », *op. cit.*, p. 753-758 ; C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 173.

un acte de connaissance, la phase de dialogue permettant justement à l'autorité de surveillance d'évaluer la qualité normative de la décision locale. Mais elle est aussi un acte de volonté en ce que cette opération cognitive permet à l'autorité de surveillance d'adapter sa sanction en fonction du défaut relevé. Estimer que la sanction est un acte de connaissance et de volonté ne doit par conséquent selon nous nullement conduire à juger que toute appréciation de l'autorité de surveillance est nécessairement l'expression d'un pouvoir de consentement ou de codécision et serait une ingérence indue dans l'autonomie des collectivités locales.

§2 : La comparaison des moyens de surveillance en France et en Allemagne

Conformément à la typologie précédemment établie, nous distinguerons les moyens de surveillance en fonction des deux phases qui caractérisent l'exercice du pouvoir de surveillance : les moyens préventifs sont ceux mis en œuvre dans le cadre de la phase de dialogue entre collectivité locale et autorité de surveillance en vue d'en obtenir la correction par la collectivité locale (A). Les moyens répressifs sont ceux visant l'élimination par la sanction des actes fautifs locaux (B).

A. Les moyens préventifs de surveillance : la phase de dialogue

La phase de dialogue suit une procédure qui se déploie elle-même en deux temps : la phase d'information de l'autorité de surveillance par la collectivité locale (I) et celle des observations et critiques formulées grâce à ces informations par l'autorité de surveillance à l'endroit de la collectivité locale (II).

I. Les moyens d'information : notification, transmission et approbation

Les moyens offerts à l'autorité de surveillance pour s'informer des actes des collectivités locales sont de deux ordres : facultatif ou obligatoire. Autant en France qu'en Allemagne, les autorités de surveillance disposent tout d'abord du droit d'obtenir communication par les autorités locales des documents dont elles estiment devoir prendre connaissance¹⁹⁸⁵. En

¹⁹⁸⁵ Les lois des *Länder* explicitent plus ou moins en détails les mesures pouvant être prises dans ce cadre. Par gradation croissante du détail, v. par exemple : Art. 111 de la loi bavaroise sur les communes ; § 112 de la loi sur les collectivités locales du Brandebourg ; § 137 de la loi hessoise sur les communes.

Allemagne, ce droit inclut la possibilité pour l'autorité de surveillance d'exiger à tout moment la production de décisions, signatures, rapports, de contrôler sur pièces et sur place, mais également d'assister aux réunions de l'assemblée délibérante de la collectivité locale, y compris lorsque celles-ci ont lieu à huit-clos¹⁹⁸⁶. Discrétionnaire, la mise en œuvre de ce droit doit cependant être motivée par des soupçons sur la régularité d'une décision locale particulière et ne doit pas être purement arbitraire¹⁹⁸⁷. En France, le préfet dispose également depuis la loi du 13 août 2004 d'un droit d'évocation l'autorisant à demander communication à tout moment des actes qui ne doivent pas faire l'objet d'une transmission obligatoire¹⁹⁸⁸. A la différence du droit allemand, sa capacité à réagir suite à la communication de l'acte est cependant plus limitée. Il lui faut en effet formuler sa demande de communication dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle les actes sont devenus exécutoires pour pouvoir les déférer au tribunal administratif, ce recours ne pouvant lui-même être porté que dans un délai de deux mois à compter de leur transmission.

A la différence de cette première catégorie d'actes qui peuvent devenir exécutoires sans avoir été communiqués à l'autorité de surveillance, certains actes font l'objet d'une obligation de transmission à l'autorité de surveillance dont le respect conditionne l'entrée en vigueur. En Allemagne, ces obligations concernent généralement des délibérations ayant des implications financières et relatives aux interventions économiques de la collectivité locale ou de ses établissements¹⁹⁸⁹. En France, la liste des actes obligatoirement transmissibles englobe en revanche un nombre d'actes bien plus important et par ailleurs plus divers qu'en Allemagne. Fixée par différents articles de la partie législative du code général des collectivités territoriales, cette liste a néanmoins été considérablement réduite depuis l'introduction de ce dispositif par la loi du 22 juillet 1982 venue modifier celle du 2 mars 1982. Cette loi avait en effet été partiellement censurée par le Conseil constitutionnel qui avait jugé dans sa décision du 25 février 1982 inconstitutionnel de prévoir que les actes des collectivités seraient « exécutoires de plein droit avant même leur transmission au

¹⁹⁸⁶ V. pour une vue d'ensemble : C. AUTEXIER, « Le système de la Kommunalaufsicht en droit allemand », *op. cit.*, p. 275 ; C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁹⁸⁷ C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁹⁸⁸ Art. L. 2131-3 CGCT pour les communes, L. 3131-4 CGCT pour les départements et L. 4141-4 CGCT pour les régions. V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 196.

¹⁹⁸⁹ V. par exemple § 108 de la loi sur les communes du Bade-Wurtemberg, § 135 de la loi sur les collectivités locales de Saxe-Anhalt.

représentant de l'État, c'est-à-dire alors qu'il n'en connaît pas la teneur »¹⁹⁹⁰. Le législateur avait alors réagi par la loi modificative du 22 juillet 1982 en fixant un régime de transmission obligatoire¹⁹⁹¹. Cette obligation ne concernant cependant pas tous les actes des collectivités locales, certains auteurs avaient cependant émis des doutes sur la conformité de cette modification qui semblait ne pas avoir pris suffisamment en compte les exigences posées par le Conseil constitutionnel. Ce doute a cependant été balayé par une décision du Conseil constitutionnel de février 2004 dans laquelle le Conseil indique « qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose que le caractère exécutoire des actes des collectivités territoriales dépende, dans tous les cas, de leur transmission au représentant de l'État »¹⁹⁹². Sans doute que ce blanc-seing constitutionnel a pu consolider la volonté du législateur de réduire la liste des actes devant faire l'objet d'une transmission obligatoire afin de rendre le contrôle plus efficace, tout d'abord par la loi du 13 août 2004, puis par d'autres textes législatifs ultérieurs¹⁹⁹³. De plus de 8 millions d'actes transmis en 2004, le volume d'actes transmis a été réduit à 5 millions en 2013. En dépit de cette baisse notable, le champ d'application de cette obligation demeure nettement plus étendu qu'en Allemagne, une réduction trop importante risquant sans doute d'être censurée par le Conseil constitutionnel. Cette obligation de transmission concerne principalement quatre domaines : la commande publique, la fonction publique territoriale, l'environnement et l'urbanisme ainsi que la police administrative¹⁹⁹⁴. Néanmoins, alors qu'en Allemagne transmission et contrôle vont de pair, en France, le contrôle ne s'effectue en priorité que sur les actes relevant de ces trois premiers domaines¹⁹⁹⁵. Autrement dit, le contrôle de légalité porte en pratique sur un volume bien plus restreint d'actes que l'ensemble des actes transmis, puisqu'il ne touche que 24% des actes reçus en moyenne au plan national entre 2011 et 2014, les disparités étant du reste très notables entre préfetures¹⁹⁹⁶. Cette obligation de transmission demeure en définitive le

¹⁹⁹⁰ Décision n°82-137 DC du 25 février 1982 (cons. 6 à 8).

¹⁹⁹¹ La loi avait été précédée d'une circulaire interprétative du 5 mars 1982 relative au contrôle de légalité des actes administratifs des communes, des départements et des régions, JORF du 7 mars 1982, p. 786 et s.

¹⁹⁹² Décision n°2004-490 DC du 12 février 2004 (cons. 110). V. sur ces discussions : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 196-197.

¹⁹⁹³ La loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit ; Ordonnance n°2009-1401 du 17 novembre 2009 portant simplification de l'exercice du contrôle de légalité.

¹⁹⁹⁴ V. COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2016, op. cit.*, p. 334.

¹⁹⁹⁵ Circulaire NOR IOCBI 202426C du 25 janvier 2012 portant définition nationale des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité.

¹⁹⁹⁶ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2016, op. cit.*, p. 335-338.

régime d'exception, les actes des collectivités locales ne figurant pas dans l'énumération légale étant exécutoire de plein droit dans les conditions de droit commun¹⁹⁹⁷.

Juridiquement, en France comme en Allemagne, l'acte soumis à une obligation de transmission ne peut être exécuté que sous réserve du respect de cette exigence et des autres modalités de publicité. En France, si les collectivités locales sont en principe libres de décider du moment de la transmission, celle-ci doit toutefois pour certains actes plus complexes ou d'importance se produire obligatoirement dans les 15 jours suivant leur signature¹⁹⁹⁸. L'acte devient cependant exécutoire dès transmission complète et délivrance du récépissé de transmission par les services de la préfecture ou de la sous-préfecture¹⁹⁹⁹. En Allemagne, en revanche, les législations fédérées prévoient généralement un délai d'un mois renouvelable avant que l'acte ne puisse devenir exécutoire, à moins que l'autorité de surveillance ait confirmé avant l'expiration de ce délai la légalité de l'acte²⁰⁰⁰.

On peut à cet égard noter que s'est pareillement posée la question en France et en Allemagne de savoir si la méconnaissance de la condition de transmission conduisait à l'invalidité de l'acte. La doctrine et la législation allemandes distinguent généralement entre les obligations de notification²⁰⁰¹ (*Anzeigepflicht*), de transmission²⁰⁰² (*Vorlagepflicht*) et d'approbation²⁰⁰³ (*Genehmigungspflicht*). Tandis que la méconnaissance de la notification est sans influence sur la validité de l'acte local, celui-ci pourra malgré tout entrer en vigueur et être exécuté. La violation de l'obligation de transmission aura en revanche pour conséquence que cet acte ne pourra en principe pas être exécuté. Cependant, dans le cas par exemple d'un contrat qui aura fait l'objet d'un commencement d'exécution, ce dernier sera valide et pourra

¹⁹⁹⁷ C. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, Paris, Economica, 2014, 11^{ème} éd., p. 333.

¹⁹⁹⁸ C'est le cas en particulier des contrats administratifs (L. 1411-15 CGCT), des décisions individuelles (L. 2131-1 CGCT pour les communes) et des les actes budgétaires (art. L. 1612-8 CGCT).

¹⁹⁹⁹ M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 207 ; v. également l'étude exhaustive faite par F.-P. BENOIT, « La transmission au préfet des actes de collectivités locales », in F.-P. BENOIT, J.-C. DOUENCE (dir.), *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, *op. cit.*, t. 5, chapitre 2, p. 4522-1 et suivantes ; J. MOREAU, « Bilan jurisprudentiel du contrôle administratif de légalité », *AJDA*, spécial 1992, p. 55-56.

²⁰⁰⁰ V. par exemple le § 121 al. 2 de la loi sur les communes du Bade-Wurtemberg ; v. également C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 123.

²⁰⁰¹ Par exemple : § 4 al. 3 de la loi du *Land* de Saxe sur les communes. La notification concerne ici toutes les délibérations décidant de l'adoption d'un règlement local.

²⁰⁰² Par exemple : § 76 al. 2 et § 77 al. 1 de la loi du *Land* de Saxe sur les communes. La transmission concerne les délibérations relatives au budget.

²⁰⁰³ Par exemple : § 84 al. 2 et 3 de la loi du *Land* de Saxe sur les communes et concerne la conclusion d'un prêt bancaire par la commune.

être éventuellement être annulé par l'autorité de surveillance, le co-contractant lésant pouvant alors obtenir des dommages et intérêts en réparation de cette annulation²⁰⁰⁴. Il en va sensiblement de même en France, où doctrine et jurisprudence s'accordent pour considérer que la transmission est une condition à l'opposabilité de la mesure, mais n'est pas une condition de sa validité ou de son existence²⁰⁰⁵. Ainsi, dans le cas d'un contrat, revenant sur la solution dégagée par son avis *Préfet de la Côte d'Or*²⁰⁰⁶, le Conseil d'État a jugé dans un arrêt de décembre 2009 que la circonstance que le maire de la commune avait omis de transmettre la délibération du conseil municipal l'autorisant à signer un contrat administratif n'était pas d'une telle gravité qu'elle impose au juge d'annuler ou écarter l'application du contrat²⁰⁰⁷.

Il en ira précisément autrement dans le cas des actes soumis à approbation préalable. L'approbation est en effet un moyen d'informer l'autorité de surveillance et de s'assurer, par ailleurs, que l'acte fera l'objet d'un contrôle de légalité *a priori*. Le dépôt régulier de la demande d'approbation est donc une condition à la validité juridique de la décision locale sans laquelle celui-ci est considéré comme inexistant. Il en va de même en cas de dépôt régulier de la demande et de refus d'approuver l'acte par l'autorité de surveillance, mais il importe toutefois de noter que l'inexistence résulte cette fois non pas du défaut formel de transmission, mais d'une sanction intervenant suite à un contrôle de la légalité de la décision locale. Car elle interdit cependant aux actes des collectivités locales de devenir exécutoires et intègre à leur validité un contrôle de leur légalité en amont, l'approbation préalable est un outil qui enserme très strictement la libre autonomie des collectivités locales. Elle retarde d'une part l'entrée en vigueur des actes locaux et, en cas de refus, impose aux collectivités locales de modifier leur décision ou de devoir faire la preuve devant le juge administratif que ce refus de l'autorité de surveillance est illégal. L'autorité de surveillance se situant dès lors dans un rapport de force qui lui est donc plutôt favorable, certains auteurs voient dans cette contrainte d'obtenir le consentement de l'autorité de surveillance la preuve que l'acte local

²⁰⁰⁴ C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 123.

²⁰⁰⁵ M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 207. V. CE, 30 septembre 1988, *Commune de Nemours c/ Mme Marquis*, req. n°85099 et CE, 27 avril 1987, *Commissaire de la République des Côtes-du-Nord c/ O.P.H.L.M. des Côtes-du-Nord*, req. n°68831.

²⁰⁰⁶ CE, Section 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, req. n°176873.

²⁰⁰⁷ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers (« Béziers I »)*, req. n°304802, *AJDA*, 2010, p. 142. Cet arrêt sera suivi de deux autres décisions : CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers (« Béziers II »)*, req. n°304806 et CE, 27 février 2015, *Commune de Béziers (« Béziers III »)*, req. n°357028.

est alors adopté en codécision. Ceci ne nous semble cependant nullement justifié. Par analogie, les actes locaux soumis à approbation préalable sont dans une situation similaire aux lois organiques dont la conformité à la constitution doit être contrôlée par le Conseil constitutionnel avant leur promulgation²⁰⁰⁸. Cela ne fait pas pour autant du juge constitutionnel un co-auteur de la loi organique contrôlée.

Quoi qu'il en soit, il est intéressant de noter que d'un point de vue comparé, les cas d'actes locaux soumis à approbation sont plus nombreux en Allemagne qu'en France. Dans le prolongement d'une première vague de réduction des cas d'approbation préalable qui avait eu lieu en 1970²⁰⁰⁹, la loi de mars 1982 en a considérablement réduit le nombre au point que la surveillance est dorénavant en France assimilée à un seul contrôle de légalité a posteriori. Ceci n'est toutefois pas complètement exact. Certes réduits à la portion congrue, certains actes nécessitent aujourd'hui encore l'assentiment de l'autorité préfectorale Il en va ainsi en matière de coopération transfrontalière²⁰¹⁰, d'acte de création d'un syndicat mixte, d'urbanisme ou encore du recours aux emprunts²⁰¹¹. Du côté allemand, les approbations concernent plus globalement les règlements locaux, les actes relatifs aux interventions économiques de la collectivité locale et à son budget tel que le recours au crédit²⁰¹². À ceci s'ajoute ces dernières années l'approbation des actes pris dans le cadre des expérimentations auxquelles des collectivités locales ont été admises à participer et visant à tester de nouveaux modèles de gestion publique, en particulier en matière budgétaire²⁰¹³. En outre, même si le contrôle réalisé par l'autorité de surveillance se résume en principe à un contrôle de la légalité restreint de l'absence de risque juridique, certaines procédures d'approbation confient à l'autorité de surveillance un pouvoir discrétionnaire, notamment en les autorisant à apprécier l'efficacité et l'économie de la décision locale. Ceci doit toutefois se faire, comme lors de chaque intervention de l'autorité de surveillance, dans le respect du droit

²⁰⁰⁸ Art. 61 al. 1 de la Constitution.

²⁰⁰⁹ Loi n°70-1297 du 31 décembre 1970 sur la gestion municipale et les libertés communales.

²⁰¹⁰ V. par exemple l'article L.1115-5 CGCT : cas d'une convention entre une collectivité territoriale et un État étranger en vue de la création d'un groupement européen de coopération territoriale.

²⁰¹¹ Nous laissons de côté ce que certains appellent les tutelles techniques et sont parfois assimilées à des cas d'approbation préalable : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 428-430. V. pour une vue d'ensemble : Y. LUCHAIRE, « La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales », op. cit., p. 1134-1140.

²⁰¹² C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 123-132.

²⁰¹³ C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 130 et p. 209-218 ; W. BECK, C. SCHÜRMEIER, « Die kommunalrechtliche Experimentierklausel als Reforminstrument », *Landes- und Kommunalverwaltung*, 2004, p. 488-491.

constitutionnel à l'autonomie locale²⁰¹⁴, du principe constitutionnel de proportionnalité et de l'obligation faite aux autorités de surveillance d'exercer leurs compétences de sorte à renforcer le sens de l'initiative ainsi que leur capacité d'action des collectivités locales²⁰¹⁵.

II. La seconde phase du dialogue : conseils et mises en demeure

Cette obligation qui incombe aux autorités de surveillance de soutenir dans le cadre du respect des lois les initiatives des collectivités locales se traduit de façon remarquable lors du second temps de la phase de dialogue. Celle-ci consiste pour l'autorité de surveillance, sur la base des informations recueillies, à adresser à la collectivité locale de façon positive et indicative ses conseils et recommandations ou de façon négative et contraignante ses remontrances et injonctions d'agir en cas de carence. On cherche par ces moyens à inciter voire à forcer la collectivité locale à corriger par elle-même les éventuels défauts entachant ses décisions en vue d'éviter la sanction et en particulier l'annulation de l'acte par l'autorité de surveillance ou une autorité habilitée à y procéder.

En France comme en Allemagne, l'autorité de surveillance est tout d'abord chargée d'une fonction de conseil prévue par les textes organisant l'exercice du pouvoir de surveillance. En Allemagne, cette compétence est prévue dans certaines législations fédérées qui y font explicitement référence²⁰¹⁶. Elle découle sinon plus généralement d'une formule définissant les fonctions du pouvoir de surveillance et que l'on retrouve, à l'exception de la Rhénanie du Nord-Westphalie dans toutes les législations fédérées : « La surveillance doit être exercée de sorte à ce que les droits des communes soient protégés, l'exécution de leurs obligations assurée et leur capacité décisionnelle ainsi que leur esprit d'initiative renforcés. »²⁰¹⁷. La Cour constitutionnelle fédérale se réfère elle-même régulièrement à cette formule dans ses décisions et considère qu'il s'agit là d'un « principe gouvernant l'exercice du pouvoir de

²⁰¹⁴ V. décision n°2010-107 QPC du 17 mars 2011 (cons. 5 et 6) ; M. VERPEAUX, « Contrôle des actes des collectivités territoriales et violation du principe de libre administration », *AJDA*, 2011, p. 1735-1738.

²⁰¹⁵ V. C. BRÜNING, K. VOGELANG, *Die Kommunalaufsicht, op. cit.*, p. 130 et p. 126-130.

²⁰¹⁶ V. par exemple l'article 108 de la loi sur les communes de Bavière ou l'article 120 de la loi sur les collectivités locales du Schleswig-Holstein.

²⁰¹⁷ § 111 al. 3 de la loi sur les communes de Saxe. On retrouve cette disposition dans toutes les législations sur les communes (*Gemeindeordnung*) ou les collectivités locales (*Kommunalverfassungsgesetz*) : Bade-Wurtemberg (§ 118 al. 3), Bavière (Art. 108), Brandebourg (§ 108), Hesse (§ 135), Mecklembourg-Poméranie (§ 78 al. 1), Basse-Saxe (§ 170 al. 1), Rhénanie-Palatinat (§ 117), Saare (§ 127), Saxe-Anhalt (§ 142 al. 1), Schleswig-Holstein (§ 120) et Thuringe (§ 116). La formule choisie en Rhénanie du Nord-Westphalie en diffère légèrement (§ 11) : « La surveillance protège les communes dans leurs droits et assure l'exécution de leurs obligations ».

surveillance »²⁰¹⁸. En conséquence, cette dernière insiste sur l'importance de privilégier les moyens préventifs de surveillance, le conseil juridique comptant selon la Cour constitutionnelle fédérale parmi « les formes les plus importantes des moyens préventifs de surveillance »²⁰¹⁹. En France, cette mission de l'État concerne avant tout les communes²⁰²⁰. Elle est par conséquent principalement endossée par le sous-préfet qui « participe à l'exercice du contrôle administratif et au conseil aux collectivités territoriales »²⁰²¹, le code général des collectivités locales prévoyant spécifiquement pour les communes que « sur sa demande, le maire reçoit du représentant de l'État dans le département les informations nécessaires à l'exercice des attributions de la commune »²⁰²². Cette compétence occupe en pratique une place notable dans la surveillance exercée par les préfetures puisqu'elle est estimée à environ un tiers du temps de travail consacré au contrôle administratif des actes locaux²⁰²³.

La phase de conseil se distingue de la phase de mise en demeure par le caractère purement indicatif des observations formulées par l'autorité de surveillance. Ainsi, en France, le préfet ou son délégué peut remettre des attestations de non-recours sur demande du chef de l'exécutif de la collectivité locale contrôlée²⁰²⁴. Cette attestation ne lie cependant pas l'organe de surveillance et ne vaut pas renonciation définitive du préfet à tout recours²⁰²⁵. Ceci vaut également en Allemagne où l'autorité de surveillance pourra exercer son droit de remontrance même lorsqu'elle aura auparavant indiqué ne pas vouloir contester la décision locale. Une telle prise de position n'a qu'une valeur purement indicative, la collectivité locale

²⁰¹⁸ Décision du 21 juin 1988, *Nordhorn* : BVerfGE 78, 331 (342).

²⁰¹⁹ Décision du 6 octobre 1981 relative à l'incompatibilité entre mandat communal et la qualité de haut-fonctionnaire territorial auprès d'une administration d'arrondissement (*Inkompatibilität/Kreisangestellter*) : BVerfGE 58, 177 (195).

²⁰²⁰ Les relations entre les services de l'État et, respectivement, les départements et les régions font également l'objet de dispositions du code général des collectivités territoriales, mais sont moins fortement marquées par ce rôle de conseil du représentant de l'État : Articles L3141-1 et s. CGCT pour les départements, Article L4151-1 et s. CGCT pour les régions.

²⁰²¹ Art. 14 du décret n°2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements, modifié par le décret n°2010-146 du 16 février 2010.

²⁰²² Art. L. 2121-40 al. 2 CGCT. Cette disposition valant également dans le sens inverse.

²⁰²³ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2016*, *op. cit.*, p. 351. Ceci est une moyenne de l'échantillon de l'étude réalisée à partir des données collectées dans 16 préfetures.

²⁰²⁴ Art. L. 2131-6 al. 2 CGCT pour les communes, L. 3132-1 al. 3 CGCT pour les départements et L. 4142-1 al. 2 CGCT pour les régions.

²⁰²⁵ CE, 14 janvier 1991, *Deranlot*, req. n°116145. Ceci vaut également lorsque la décision aurait été délivrée après avoir reçu un avis favorable d'un service de l'État : CE, 25 mai 1988, *commune de Goult*, n°66907.

ne pouvant se fonder sur le principe de confiance légitime²⁰²⁶ en vue d'obtenir le maintien de sa décision et le retrait de la remontrance²⁰²⁷. En outre, l'autorité de surveillance peut en Allemagne émettre des recommandations qu'il sera loisible à la collectivité locale de suivre²⁰²⁸.

En France, à la différence de l'Allemagne, ce dialogue se traduit avant tout par l'envoi de lettres d'observations à la collectivité locale. Ces lettres valent généralement recours gracieux de l'autorité de surveillance, ce qui a pour effet de proroger le délai dont dispose le préfet pour former un recours contentieux en annulation de la décision locale²⁰²⁹. Concrètement, il est suffisant que le préfet ou le sous-préfet demande à l'assemblée de la collectivité de « revenir sur sa position »²⁰³⁰ ou au maire de « réexaminer son arrêté »²⁰³¹. En pratique, entre 2011 et 2014, ce sont 2,9 % en moyenne des actes contrôlés qui ont donné lieu à une lettre d'observation, ce qui correspond à 0,7 % des actes reçus. En valeur absolue, cela représentait en 2014 un volume de 40 797 recours gracieux. Bien que la collectivité locale ne soit nullement obligée d'y répondre favorablement, ce sont plus de la moitié des actes ayant fait l'objet d'une lettre d'observation qui ont été retirés ou réformés par les collectivités locales suite à un recours gracieux. La phase de dialogue représente donc bien en pratique une composante centrale de la procédure de calcul des défauts mise en œuvre dans le cadre du pouvoir de surveillance. Outre ce recours gracieux, la loi française fait obligation au représentant de l'État d'informer sans délai la collectivité locale de son intention de déférer l'acte et l'oblige à lui communiquer toutes précisions sur les illégalités invoquées à l'encontre dudit acte²⁰³². La méconnaissance de cette obligation n'entache cependant pas d'irrecevabilité le déféré préfectoral²⁰³³.

²⁰²⁶ Sur la portée de ce principe en droit allemand : C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 247 ; M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, p. 262-265.

²⁰²⁷ C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 142.

²⁰²⁸ *Ibid.*, p. 118. Sur la phase de conseil : *Ibid.*, p. 109-113.

²⁰²⁹ CE, 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, req. n°62470, Rec. Lebon, p. 423 ; *AJDA*, 1986, note D. CHABANOL ; *RFDA*, 1987, p. 206, concl. M. ROUX.

²⁰³⁰ CE, 9 octobre 1992, *Commune de Saint Louis*, req. n°94455, Rec. Lebon, p. 358.

²⁰³¹ CE, 5 mai 2000, *Commune de Saint Martin d'Uriage*, req. n°104293.

²⁰³² Art. L. 2136-6 al. 2, L.3131-6 al. 2 ; L.4342-1 al. 2 CGCT.

²⁰³³ CE, 24 avril 1985, *Ville d'Aix en Provence*, req. n°58793, Rec. Lebon, p. 522, *AJDA*, 1985, p. 378. Sera en revanche irrecevable le déféré d'un préfet contre un document d'urbanisme ou une autorisation d'occupation du sol lorsque celui-ci n'a pas notifié à l'auteur de la décision contestée et au bénéficiaire de l'autorisation dans le délai de quinze jours prévu par la loi le texte intégral de son recours et non une simple lettre les informant de ce recours : CE, Section, Avis du 1er mars 1996, *Association Soisy Etiolles Environnement*, req. n°175126, Rec.

A la différence des mesures prises dans le cadre de la phase de conseil, les « mises en demeure » obligent juridiquement les collectivités locales. On en distinguera deux types : les remontrances et les injonctions. Les premières ne se retrouvent qu'en Allemagne où le droit de remontrance (*Beanstandungsrecht*) semble en définitive remplir la fonction du recours gracieux en France²⁰³⁴. Cependant, à la différence du recours gracieux, le droit de remontrance est bien plus contraignant puisqu'il peut être associé à une mise en demeure de la collectivité locale de se conformer aux critiques formulées par l'autorité de surveillance et peut en outre empêcher l'exécution de la mesure contestée. Comme en dispose par exemple le §121 de la loi du Bade-Wurtemberg sur les communes : « L'autorité de surveillance peut critiquer les décisions et les injonctions illégalement adoptées par les communes et exiger leur annulation dans un délai raisonnable. Elle peut par ailleurs exiger que le retrait des mesures prises sur le fondement de ces décisions ou injonctions. Cette remontrance a un effet suspensif »²⁰³⁵. Cette mise en demeure d'obtenir le retrait de l'acte ne peut cependant se faire au détriment de la légalité du retrait. Autrement dit, la demande de retrait d'un acte irrégulier n'est possible tant que les conditions légales d'un tel retrait sont respectées, en particulier celles fixées par la loi sur la procédure administrative non-contentieuse²⁰³⁶.

En cas de manquement de la collectivité locale à ses obligations juridiques, l'autorité de surveillance dispose enfin d'une seconde forme de critique : l'injonction (*Anordnung*). Comme le note très justement Christian Autexier : « le droit d'injonction est au manquement fautif ce qu'est la remontrance à l'action fautive »²⁰³⁷. Cette injonction correspond à une mise en demeure d'agir, l'autorité de surveillance devant fixer un délai à la collectivité locale afin de satisfaire aux obligations juridiques qui lui incombent. Par ailleurs, l'injonction peut également être prise en complément de la remontrance lorsque celle-ci n'a pas été suivie d'effet. Le recours à ces moyens – remontrance et injonction – est généralement requis avant que ne soient mis en œuvre les sanctions directement exercées par la collectivité locale : annulation et substitution d'action en cas de carence. Si l'autorité de surveillance n'a en

Lebon, p. 61. Cette obligation vaut également pour le transfert du permis de construire à un nouveau bénéficiaire : CE, Avis 3 novembre 1997, *Préfet des Alpes-Maritimes*, req. n°189228, Rec. Lebon, p. 1135.

²⁰³⁴ V. C. AUTEXIER, « Le système de la Kommunalaufsicht en droit allemand », *op. cit.*, p. 272.

²⁰³⁵ Une telle disposition se retrouve également dans les autres législations fédérées, comme en Bavière (Art. 112) ou en Thuringe (§ 120). V. pour une vue d'ensemble : C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 132-147.

²⁰³⁶ § 48 de la loi sur la procédure administrative non contentieuse (VwVfG) relatif au retrait d'un acte administratif irrégulier.

²⁰³⁷ C. AUTEXIER, « Le système de la Kommunalaufsicht en droit allemand », *op. cit.*, p. 275.

France pas la compétence d'annuler par elle-même l'acte local, l'usage par le préfet de son pouvoir de substitution requiert en revanche la mise en demeure préalable de la collectivité locale au risque sinon de méconnaître le principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales. C'est par exemple le cas en matière de police administrative²⁰³⁸ ou budgétaire²⁰³⁹. Cette obligation de faire précéder la sanction d'une mise en demeure adressée à la collectivité d'agir a d'ailleurs été rappelée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 7 décembre 2000. Le juge constitutionnel y censure une loi qui prévoyait des sanctions automatiques en cas de non-respect des objectifs de construction de logements sociaux²⁰⁴⁰. Il importe par conséquent de privilégier autant que possible le dialogue en invitant la collectivité locale à corriger par elle-même son inaction fautive. La substitution correspond en ce sens à une sanction de la décision de la collectivité locale de refuser d'agir.

B. Les moyens répressifs du pouvoir de surveillance

Sans doute serait-il possible et approprié de traiter en premier lieu des sanctions visant l'élimination d'une décision administrative particulière au moyen de son annulation ou de sa substitution et en second lieu de celles permettant de remédier aux manquements graves et durables des organes locaux. Au vu de notre comparaison, il apparaît cependant plus pertinent de choisir une distinction qui mette davantage en évidence les convergences et les différences entre les moyens répressifs de surveillance en France et en Allemagne. En effet, tandis que règnent de fortes similitudes en cas de carence voire de manquements graves des organes des collectivités locales (I), les systèmes français et allemand divergent avant tout au regard des modalités d'annulation des actes locaux (II).

I. Les remèdes aux défaillances des organes locaux

Outre l'obligation générale de respecter les règles générales qui s'imposent à elles, l'exercice par les collectivités locales de leur droit constitutionnel à l'autonomie va plus

²⁰³⁸ Art. L. 2215-1 CGCT.

²⁰³⁹ Art. L. 1612-15 et 1612-16 CGCT.

²⁰⁴⁰ Décision n°2000-436 DC du 7 décembre 2000 (cons. 47). V. *a contrario* la décision de conformité du nouveau dispositif qui prévoit notamment une procédure contradictoire : Décision 2001-452 DC du 6 décembre 2001 (cons. 10). Le Conseil d'État contrôle également scrupuleusement le respect cette exigence et cela depuis son arrêt précité du 8 février 1868, Jousseau, Rec. Lebon, p. 137 (conclusions de Léon Aucoc). Sur le pouvoir de substitution, v. les deux remarquables études de Benoît Plessix déjà citées : B. PLESSIX, « Le pouvoir de substitution », *op. cit.*, p. 67-88 ; B. PLESSIX, « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », *op. cit.*, p. 579-629.

particulièrement de pair avec le respect des obligations légales auxquelles elles sont spécifiquement soumises. Si elles bénéficient d'un domaine de compétences, en particulier en matière de services publics, qu'elles peuvent librement choisir de mettre en œuvre, le législateur a pu également mettre à leur charge des missions obligatoires. La liberté de choix des collectivités se limite alors à déterminer le mode de prise en charge de ces missions. Ces obligations légales se retrouvent dans de multiples domaines, par exemple en matière budgétaire²⁰⁴¹ ou d'urbanisme²⁰⁴². Afin d'en garantir l'exécution régulière en dépit des défaillances des collectivités locales, les autorités de surveillance disposent en France et en Allemagne de moyens de se substituer ponctuellement aux carences d'organes locaux (1) voire de sanctionner ces derniers en cas de manquements graves et durables (2).

1) La substitution d'action comme réponse à une carence ponctuelle des autorités décentralisées

Ainsi que nous l'avons vu précédemment, en cas de carence, les autorités de surveillance sont au préalable dans l'obligation de mettre en demeure les collectivités locales de remédier à leur défaillance. Cette règle a été en France initialement posée « dans un arrêt du Conseil d'État de 1868, aux conclusions prestigieuses de Léon Aucoc »²⁰⁴³ avant d'être plus récemment confirmée par le Conseil constitutionnel²⁰⁴⁴. Elle vaut également en Allemagne où toutes lois fédérées relatives aux collectivités locales exigent que la substitution d'action n'intervienne qu'en cas d'échec d'une injonction préalable d'agir²⁰⁴⁵. Ceci prouve d'ailleurs

²⁰⁴¹ V. par exemple la liste des dépenses obligatoires des communes : Article L.2321-2 CGCT.

²⁰⁴² V. par exemple les § 1 al. 3 et § 2 du code fédéral de l'urbanisme (*Baugesetzbuch*) qui impose aux communes d'établir un plan d'aménagement (*Bauleitplan*), c'est-à-dire un schéma directeur d'occupation des sols (*Flächennutzungsplan*) et un plan d'occupation des sols (*Bebauungsplan*). V. M. ROSSI, « Vue d'ensemble du droit de l'urbanisme allemand », in GRIDAUH, *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et du l'habitat*, Paris, Le Moniteur, 2009, p. 773-829 ; G. MARCOU et al. (dir.), *Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne*, Paris, La Documentation française, 2003 ; M. FROMONT (dir.), *Les Compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement*, *op. cit.*, p. 33.

²⁰⁴³ B. PLESSIX, « Le pouvoir de substitution d'action », *op. cit.*, p. 76. L'auteur fait référence à l'arrêt du CE, 8 février 1868, *Jousseau*, Rec. Lebon, p. 137. Pour un exemple plus récent : CE, 27 novembre 1974, *Ministre de l'Intérieur c. Bertranuc*, Rec. Lebon, p. 584 (illégalité de la fermeture immédiate d'un établissement, mesure de sécurité contre les avalanches). L'urgence peut cependant être une circonstance exonératoire : CE, 25 novembre 1994, *Ministre de l'Intérieur c. Grégoire*, req. n°148962 et 149018, Rec. Lebon, p. 832 (fermeture provisoire d'une boucherie-charcuterie suite à un risque d'épidémie de listériose).

²⁰⁴⁴ Décision n°2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi SRU* (cons. 45). V. *a contrario* la décision de conformité du nouveau dispositif qui prévoit notamment une procédure contradictoire : Décision 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi MURCEF* (cons. 10).

²⁰⁴⁵ V. par exemple l'article 113 de la loi bavaroise sur les collectivités locales, le § 123 de la loi sur les communes du Bade-Wurtemberg, le § 116 de la loi sur les communes du Brandebourg ou le § 121 de la loi de Thuringe. Comme en France, l'urgence peut en Mecklembourg-Poméranie est une circonstance exonératoire :

bien que la substitution est un pouvoir de contrôle, contrairement à la présentation qu'en fait Benoit Plessix²⁰⁴⁶. Elle intervient tout d'abord après le constat fait par l'autorité de surveillance d'une faute juridique commise par la collectivité locale vis-à-vis des règles juridiques applicables. Il s'agit donc d'une mesure de surveillance au sens où nous l'avons défini plus haut. Cette évaluation du défaut débouche ensuite sur une mise en demeure qui contraint la collectivité à confirmer son refus d'agir. Cette confirmation, implicite ou explicite, constitue bien une confirmation de l'abstention qui vaut décision et justifie donc bien le recours à la substitution d'action. La mesure de substitution a ainsi un double contenu. Elle représente d'un côté une action contre la collectivité locale récalcitrante et de l'autre une action substituée dont la nature juridique varie selon le contexte juridique de la mesure concernée²⁰⁴⁷.

La substitution d'action exige en France et en Allemagne une habilitation législative²⁰⁴⁸. Tandis que cette intervention figure dans la liste des moyens de surveillance énumérés dans les lois fédérées relatives aux collectivités locales, en France, le Code général des collectivités territoriales ne contient pas de disposition équivalente autorisant de façon générale le recours à la substitution d'action. Ce pouvoir est uniquement accordé dans des cas particuliers, cependant assez nombreux²⁰⁴⁹. Le Conseil constitutionnel a toutefois encadré le recours par le législateur à un tel moyen en fixant les conditions de son instauration. L'intervention du représentant de l'État en lieu et place d'une collectivité locale a pour but de « remédier, sous le contrôle du juge, aux difficultés résultant de l'absence de décision de la part des autorités décentralisées compétentes en se substituant à ces dernières lorsque cette

Art. 82 al. 2 de la loi sur les collectivités locales. Il est sinon exigé de présenter une injonction d'agir sans délai : C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht, op. cit.*, p. 160. Pour une vue d'ensemble du droit applicable, v. l'annexe n°1 reproduisant les parties des lois fédérées relatives à la surveillance dans l'ouvrage de C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht, op. cit.*, p. 221-257. À l'exception d'une part de la Mecklembourg-Poméranie et de la Basse-Saxe et d'autre part de la Saxe et Saxe-Anhalt qui ont respectivement adopté en 2011 et 2014 de nouvelles lois communales, ces textes sont à jour. Les nouvelles lois adoptées dans ces quatre *Länder* n'ont cependant pas modifié les règles applicables en matière de surveillance.

²⁰⁴⁶ B. PLESSIX, « Le pouvoir de substitution d'action », *op. cit.*, p. 70-72.

²⁰⁴⁷ C. AUTEXIER, « Le système de la Kommunalaufsicht en droit allemand », *op. cit.*, p. 275.

²⁰⁴⁸ On peut dès lors s'étonner de la décision prise par le Conseil d'État dans son arrêt CE, 18 novembre 2005, Société fermière de Campoloro qui accepte l'exercice par le préfet de la substitution d'action en dépit de l'absence d'habilitation explicite à y procéder. Sur cette décision, v. B. PLESSIX, « Le pouvoir de substitution d'action », *op. cit.*, p. 74-75 ; P. CASSIA, « La contrainte au paiement d'une somme d'argent en cas d'inexécution d'une décision juridictionnelle par une collectivité territoriale », *AJDA*, 2007, p. 1218-1226.

²⁰⁴⁹ C'est par exemple le cas en matière de police (Art. L. 2215-3 CGCT), budgétaire (Art. L. 1612-15 CGCT), de circulation (Art. L. 2215-3 CGCT) ou d'urbanisme (L. 122-1-4 du Code de l'urbanisme). V. M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 213 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 704-709 et p. 726-731.

absence de décision risque de compromettre le fonctionnement des services publics et l'application des lois »²⁰⁵⁰. En ce qu'elle représente une ingérence dans la sphère d'autonomie des collectivités locales, le Conseil exige que les conditions d'exercice de cette intervention de l'autorité de surveillance soient définies par la loi quant à leur objet et à leur portée.

La mise en œuvre du pouvoir de substitution d'action se justifie en France comme en Allemagne par l'illégalité de l'abstention des autorités décentralisées. Le fait cependant qu'en Allemagne, la substitution d'action ne soit pas limitée comme en France à des cas particuliers explique que les mesures de substitution d'action y soient plus particulièrement contrôlées au regard du principe de proportionnalité²⁰⁵¹. Car elle restreint fortement l'autonomie des collectivités locales, la substitution d'action ne peut donc que concerner que des carences d'obligations légales d'une gravité suffisante comme l'adoption du budget ou d'un plan d'urbanisme²⁰⁵². En France, comme en Allemagne, la mesure sera prise au nom de la commune et les dépenses engendrées lui seront facturées. Le recours illégal à la suspension d'action engagera la responsabilité de l'État.

2) Le remplacement des organes locaux en cas de manquement grave et durable

En France comme en Allemagne, l'autorité de surveillance dispose en premier lieu d'un pouvoir de révocation en cas de manquement grave des autorités exécutives de la collectivité locale. En France, seuls le maire et les adjoints peuvent faire l'objet d'une suspension ou d'une révocation²⁰⁵³. De telles mesures ne sont en revanche pas prévues par les textes pour les autorités exécutives des collectivités départementales et régionales, cette différence tenant sans doute au fait que, contrairement au maire, les présidents de ces collectivités n'ont jamais eu la qualité d'agent de l'État. Cette explication semble d'ailleurs se confirmer au regard du droit allemand, la révocation pouvant être décidée autant à l'encontre du maire que du *Landrat*. Or, on le sait, ces deux organes se trouvent, comme le maire en France, dans une situation de démultiplication fonctionnelle. La question s'est dès lors posée de savoir si le pouvoir de révocation devait être classé parmi les moyens de surveillance ou s'il relevait

²⁰⁵⁰ Décision n°2007-559 DC du 6 décembre 2007 (cons. 18) et décision n°2007-556 DC du 16 août 2007 (cons. 24).

²⁰⁵¹ V. C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 158.

²⁰⁵² *Ibid.*, p. 155.

²⁰⁵³ Article L. 2122-16 CGCT.

davantage du pouvoir disciplinaire²⁰⁵⁴. Ceci est d'autant plus prononcé dans le cas allemand que la procédure suit celle du droit disciplinaire²⁰⁵⁵ et que le chef de l'exécutif municipal ou de l'arrondissement ont en outre le statut de fonctionnaire. Ceci vaut cependant aussi dans le cas français, la suspension s'apparentant à une mesure de répression disciplinaire visant à sanctionner le refus de maire d'exécuter leurs tâches étatiques²⁰⁵⁶. Dans les deux pays, la décision de révocation doit être prise par le gouvernement. En France, ceci requiert un décret en Conseil des Ministres, un arrêté du Ministre de l'Intérieur étant suffisant en cas de suspension. En Allemagne, il appartient également au Ministre de l'Intérieur du *Land* de prononcer la révocation.

Le doute sur la nature du pouvoir de révocation résulte non seulement de la situation de démultiplication fonctionnelle des organes auquel il s'applique, mais également de l'indétermination des motifs susceptibles d'en fonder l'usage. En France, l'article L. 2122-16 CGCT n'en précise effectivement pas la teneur et la jurisprudence en admet traditionnellement l'exercice dès lors que l'attitude d'un maire est « de nature à rendre impossible le maintien à la tête de l'administration communale »²⁰⁵⁷. Il en va de même en Allemagne où ces sanctions sont autorisées dans les cas où l'édile local « n'est pas en mesure de remplir ses fonctions et compromet ainsi de façon tellement grave l'administration locale que son maintien à sa tête n'est pour des raisons d'intérêt général plus acceptable »²⁰⁵⁸. Autrement dit, en France comme en Allemagne, la révocation du maire pourra se faire en cas de manquements graves à ses devoirs manifestement incompatibles avec l'exercice de son mandat. Ceci peut donc inclure des actes portant atteinte à la dignité de sa fonction, à l'instar de la destitution du chef de l'État. La prise en compte de considérations idéelles n'est donc pas exclue et peut faire douter non pas seulement de la nature de moyen répressif mais également de sa comptabilité même avec le droit à l'autonomie locale, en particulier au

²⁰⁵⁴ V. B. SEILLER « Le pouvoir disciplinaire sur les maires » *op. cit.*, p. 1637-1643. Cet auteur plaide en faveur d'une autonomisation du pouvoir disciplinaire comme catégorie distincte du pouvoir hiérarchique et de la tutelle ; v. également L. JANICOT, « La tutelle de l'État sur les collectivités territoriales trente ans après la loi du 2 mars 1982 », *op. cit.*, p. 753-758.

²⁰⁵⁵ V. C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 172.

²⁰⁵⁶ Dans ce sens : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 204.

²⁰⁵⁷ CE, 14 janvier 1916, *Camino*, req. n°59619 et 59679, Rec. Lebon, p. 15 ; *RDP*, 1917, p. 463, concl. Corneille, note Jèze.

²⁰⁵⁸ § 128 de la loi communale du Bade-Wurtemberg. Seules deux autres législations fédérées, en Saxe et en Saxe-Anhalt, comportent des dispositions similaires.

regard de la désignation par voie démocratique des édiles locaux²⁰⁵⁹. En effet, ainsi que le notait Charles Eisenmann, « l'indépendance personnelle des autorités locales n'est complète que si l'autorité centrale ne se voit attribuer aucun pouvoir discrétionnaire concernant soit la désignation, soit la révocation des autorités locales »²⁰⁶⁰.

En dépit de cette parenté avec le pouvoir disciplinaire, le pouvoir de révocation constitue bien un moyen de surveillance compatible avec le droit à l'autonomie locale. Ainsi en a jugé, à juste titre, le Conseil constitutionnel, pour qui « l'institution de sanctions réprimant les manquements des maires aux obligations qui s'attachent à leurs fonctions ne méconnaît pas, en elle-même, la libre administration des collectivités territoriales »²⁰⁶¹. Par ailleurs, et ceci est déterminant, le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de surveillance est fortement réduit et ne permet de ne sanctionner que des manquements d'une gravité manifeste et compromettant de façon durable le fonctionnement régulier de l'administration locale²⁰⁶². Ainsi, le Conseil d'État français soumet depuis son arrêt du 2 mars 2010 « Dalongeville » les décisions de révocation à un contrôle de proportionnalité se fondant notamment sur les faits et non plus seulement à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation²⁰⁶³. Il en va de même en droit allemand, le juge administratif vérifiant en particulier que le but de la mesure n'aurait pas pu être atteint par un moyen de surveillance moins sévère²⁰⁶⁴.

C'est un contrôle d'une intensité équivalente qui prévaut également en cas de dissolution des assemblées délibérantes des collectivités locales. Une fois encore, il s'agit là d'une mesure exceptionnelle qui ne peut être prise qu'en cas de défaillances graves compromettant de façon durable le fonctionnement régulier de ces conseils et par conséquent le respect de

²⁰⁵⁹ V. du côté allemand : C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 173. L'auteur critique avant tout le caractère indéterminé des motifs juridiques susceptibles de justifier l'usage de ce pouvoir. V. du Côté français : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 204-205.

²⁰⁶⁰ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 274.

²⁰⁶¹ Décision n°2011-210 QPC du 13 janv. 2012 (cons. 7) ; *AJDA*, 2012, p. 546, note M. Verpeaux.

²⁰⁶² En ce sens également B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 681 ; R. BRINKTRINE, « Maßnahmen der Kommunalaufsicht im Spiegel der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung », *op. cit.*, p. 578 ; R. BRINKTRINE, S. STICH, « Die Kommunalaufsicht und ihre Maßnahmen im Fokus der verwaltungs- und zivilgerichtlichen Judikatur », *op. cit.*, p. 95-96.

²⁰⁶³ CE, 2 mars 2010, *Dalongeville*, req. n°328843 ; *AJDA*, 2010, p. 664, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi.

²⁰⁶⁴ Cette condition de nécessité est d'ailleurs précisée par exemple dans le § 128 de la loi communale du Bade-Wurtemberg. V. C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 172 ; C. AUTEXIER, « Le système de la Kommunalaufsicht en droit allemand », *op. cit.*, p. 276.

ses obligations légales par la collectivité locale²⁰⁶⁵. Ceci est par exemple réalisé lorsque le quorum requis pour que le conseil puisse adopter ses délibérations n'est pas régulièrement pas atteint et que ces défaillances mettent en péril la gestion administrative de la collectivité locale²⁰⁶⁶. De façon similaire à la révocation, la décision de dissolution est prise par un acte du gouvernement, qu'il s'agisse en France d'un décret en Conseil des Ministres ou en Allemagne d'une décision collégiale du gouvernement fédéré²⁰⁶⁷. En pratique, ces mesures restent cependant marginales et ne concernent, en France, moins d'une dizaine de conseils municipaux par an²⁰⁶⁸.

Dernier moyen répressif permettant de compenser les défaillances d'une collectivité, la désignation d'un administrateur intervient en Allemagne en général en préalable de la dissolution de l'assemblée locale ou de la révocation des autorités exécutives. Elle permet de pallier une grave incapacité de la collectivité locale de respecter ses obligations légales qui n'aurait pu être réglée en particulier par une substitution d'action²⁰⁶⁹. Le commissaire ainsi nommé pourra se substituer à aux organes de la collectivité locale, qu'il s'agisse du maire ou du conseil, le maire pouvant d'ailleurs être lui-même nommé en cette qualité d'administrateur en vue de se substituer au conseil²⁰⁷⁰. Comme dans le cas de la substitution, il agira en lieu et place de la collectivité locale. L'action de ce commissaire doit cependant se limiter au strict nécessaire, autant au vu du périmètre de son action que de la durée de son intervention. Il s'agit donc d'une solution provisoire, qui en cas de défaillance persistante, aboutira à la prise d'une mesure plus sévère comme la dissolution²⁰⁷¹. Ceci vise par exemple le refus d'organiser des élections, de siéger au sein des assemblées délibérantes ou lorsque se posent des problèmes sérieux dans la gestion du budget de la collectivité locale. Entre 1990 et 2004, ce sont au total 198 commissaires qui ont été ainsi désignés, en grande partie en raison de ce

²⁰⁶⁵ Les articles L. 3121-5 pour les départements et L. 4132-3 CGCT pour les régions mentionnent comme motif que le fonctionnement de ces conseils « se révèle impossible ». L'article L. 2121-6 CGCT portant sur les communes ne précise lui pas de motifs.

²⁰⁶⁶ V. par exemple § 125 de la loi sur les communes de Rhénanie du Nord-Westphalie. V. C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 168-169 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 201-203.

²⁰⁶⁷ La Hesse fait ici exception, une décision de l'autorité de surveillance était suffisante : § 141a de la loi sur les communes de ce *Land*.

²⁰⁶⁸ M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 202.

²⁰⁶⁹ C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 161.

²⁰⁷⁰ V. par exemple Art. 114 al. 1 de la loi bavaroise sur les communes.

²⁰⁷¹ Art. 114 al. 3 de la loi bavaroise sur les communes.

dernier motif²⁰⁷². En France, la désignation d'une délégation chargée de gérer les affaires courantes n'est prévue qu'en lien avec la dissolution du conseil municipal, cette mission incombant pour les conseils départementaux et régionaux aux présidents de l'assemblée dissoute, leurs actes étant alors soumis à l'approbation du représentant de l'État²⁰⁷³.

II. L'état des divergences : l'annulation des actes locaux par l'autorité de surveillance

Sanction majeure du calcul des défauts, l'annulation d'un acte local irrégulier n'est possible en France que par décision du juge administratif. Une telle annulation ne peut donc être que médiatement obtenue par l'autorité de surveillance. Depuis la loi de mars 1982, le préfet n'a en effet comme seul moyen à sa disposition que de déférer l'acte qu'il estime fautif devant le juge administratif. Il s'agit là de prime abord d'une profonde différence avec l'Allemagne (1). Cette différence tend cependant à s'atténuer au regard des possibilités de demande de suspension en référé que peut présenter l'autorité préfectorale (2). Il sera alors intéressant d'un point de vue comparé de s'interroger sur les raisons qui ont motivé cette juridictionnalisation du pouvoir d'annulation en France (3).

1) Les modalités d'annulation des actes locaux : annulation médiate en France et immédiate en Allemagne

A la différence du système mis en place en France depuis 1982, en droit allemand, les autorités de surveillance sont habilitées à annuler immédiatement, c'est-à-dire par elles-mêmes, une décision administrative locale irrégulière. L'annulation est cependant soumise au respect de certaines conditions. Premièrement, l'autorité de surveillance doit en principe avoir fait préalablement usage de son droit de remontrance²⁰⁷⁴. Si la remontrance a certes un effet suspensif, elle n'implique cependant pas l'annulation. Toutefois, l'annulation est la plupart du temps directement annoncée dans la lettre de remontrance elle-même comme sanction à venir en cas d'inaction. Deuxièmement, l'autorité de surveillance doit avoir fixé un délai précis à la collectivité locale, délai à l'issue duquel elle procédera à défaut de correction

²⁰⁷² C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 166 ; v. également R. BRINKTRINE, S. STICH, « Die Kommunalaufsicht und ihre Maßnahmen im Fokus der verwaltungs- und zivilgerichtlichen Judikatur », op. cit., p. 94 ; R. BRINKTRINE, « Maßnahmen der Kommunalaufsicht im Spiegel der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung », op. cit., p. 577.

²⁰⁷³ Art. L. 3121-6 pour les départements et L. 4132-4 CGCT pour les régions.

²⁰⁷⁴ C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, op. cit., p. 138-139.

à la suppression de la décision locale fautive²⁰⁷⁵. L'annulation n'interviendra, en troisième lieu, que dans les cas où le défaut juridique est suffisamment caractérisé pour justifier la prise d'une telle sanction. Ainsi, les illégalités formelles déboucheront plus rarement au prononcé d'une annulation que la violation des règles matérielles, le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de surveillance se réduisant à portion congrue en cas de violation grave et caractérisée²⁰⁷⁶. Dans de tels cas, l'organe de surveillance sera dans une situation de compétence liée et devra intervenir²⁰⁷⁷. Enfin, si l'annulation peut intervenir à tout moment, elle n'est possible que tant que l'acte n'a pas été exécutée, le retrait de l'acte fautif étant du reste conditionné au respect des règles générales du droit administratif allemand gouvernant le retrait des actes administratifs illégaux²⁰⁷⁸. En pratique, l'autorité de surveillance demandera au maire en tant qu'agent de l'État d'obtenir la correction par l'assemblée délibérante de la décision irrégulière. En l'absence de correction à l'issue du délai fixé ou en cas de maintien par la collectivité locale de sa décision, l'autorité de surveillance sera autorisée à annuler l'acte fautif. Il incombera alors à la collectivité locale de contester devant le juge administratif la décision d'annulation²⁰⁷⁹, à l'instar du système de tutelle qui prévalait en France avant 1982.

Jusqu'en 1982, le système en vigueur en France était en effet celui d'un contrôle *a priori* qui accordait au préfet le pouvoir d'annuler immédiatement et à tout moment un acte local. Il appartenait alors à la collectivité locale de contester l'annulation en introduisant un recours en excès de pouvoir, cette possibilité ayant été reconnue aux collectivités locales par le

²⁰⁷⁵ V. par exemple § 113 al. 1 de la loi sur les communes du Brandebourg. V. F.-L. KNEMEYER, « Die Staatsaufsicht über die Gemeinde und Kreise », *op. cit.*, p. 231 ; C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 141.

²⁰⁷⁶ Sur les conséquences de l'irrégularité d'un acte administratif selon la nature du vice : C. AUTEIXIER, *Introduction au droit public allemand*, *op. cit.*, p. 254-255 ; sur l'application de ces règles à l'annulation par le pouvoir de surveillance : C. BRÜNING, K. VOGELSANG, *Die Kommunalaufsicht*, *op. cit.*, p. 142-143.

²⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 139-140.

²⁰⁷⁸ On fait ici référence en particulier au § 48 de la loi sur la procédure administrative non-contentieuse. V. sur ce point : *Ibid.*, p. 139-140 ; C. AUTEIXIER, *Introduction au droit public allemand*, *op. cit.*, p. 246-248.

²⁰⁷⁹ Le volume de contentieux semble cependant assez modéré. Ralf Brinktrine note dans son étude portant sur les années 2000 à 2009 qu'environ 150 décisions auraient été rendues sur cette période. Son étude suivante (2010-2016) ne contient pas de données chiffrées. V. R. BRINKTRINE, S. STICH, « Die Kommunalaufsicht und ihre Maßnahmen im Fokus der verwaltungs- und zivilgerichtlichen Judikatur », *op. cit.*, p. 81-103 ; R. BRINKTRINE, « Maßnahmen der Kommunalaufsicht im Spiegel der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung », *op. cit.*, p. 565-587.

Conseil d'État dans son arrêt *Commune de Nérès-les-Bains* de 1902²⁰⁸⁰. En revanche, dans les cas où la loi n'avait pas expressément habilité l'autorité de tutelle à prononcer par elle-même l'annulation d'un acte local, c'était à elle qu'il revenait de saisir le juge administratif. Ainsi en avait jugé le Conseil d'État dans son arrêt *Commune de Saint-Blancard* de 1911, obligeant le préfet à obtenir annulation d'un acte administratif individuel créateur de droit, en l'espèce la nomination à un emploi communal, par la seule voie contentieuse²⁰⁸¹. C'est précisément ce système que généralise la loi de 1982²⁰⁸². Le préfet doit dorénavant former un recours contentieux en annulation dénommé « déféré préfectoral », recours qui lui permet d'obtenir l'annulation d'une décision locale irrégulière.

Les modalités de ce recours ont été initialement fixées par la loi du 2 mars 1982²⁰⁸³ et progressivement précisées par la jurisprudence du Conseil d'État. Elles s'inspirent assez largement de celles du recours pour excès de pouvoir²⁰⁸⁴. Ceci vaut en particulier au regard des délais de recours, le préfet disposant par principe d'un délai de deux mois pour déférer au tribunal les actes qu'il estime fautifs. La détermination du point de départ de ce délai et les conditions de sa prorogation divergent cependant partiellement des règles de droit commun du recours pour excès de pouvoir²⁰⁸⁵. Dans le cas des actes devant faire l'objet d'une transmission obligatoire, ce délai commence à courir le jour de la réception de l'acte par les services préfectoraux. Il pourra cependant faire l'objet d'une prorogation en cas de

²⁰⁸⁰ CE, 18 avril 1902, *Commune de Nérès-les-Bains*, req. n°4749, Rec. Lebon, p. 275 ; M. HAURIOU, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir intenté par un maire contre l'arrêté du préfet annulant l'un de ses actes. Note sous Conseil d'État, 18 avril 1902, *Commune de Nérès-les-bains* », *Sirey*, 1902, t. 3, p. 81.

²⁰⁸¹ CE, 24 novembre 1911, *Commune de Saint-Blancard*, req. n° 34555, Rec. Lebon, p. 1089 ; M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. 2, Paris, Sirey, 1929, p. 691. Sur l'histoire du contrôle de légalité, v. J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 686 ; G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 2002, 6^{ème} éd., p. 55-56.

²⁰⁸² Dans les territoires d'outre-mer, le régime prévalant avant 1982 a continué d'être en application. V. par exemple pour la Polynésie la décision n°2010-107 QPC du 17 mars 2011 (cons. 5-8).

²⁰⁸³ Art. 3 de la loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. Ces modalités figurent désormais aux articles L. 2131-6 CGCT pour les communes, L. 3132-1 CGCT pour les départements et L. 4142-1 pour les régions. En ce qui concerne les recours contre les actes ne faisant pas l'objet d'une transmission obligatoire, leur régime est réglé par d'autres dispositions du code.

²⁰⁸⁴ CE, 29 mai 1987, *commune de Goult*, req. n°65605, Rec. Lebon, p. 621 ; v. également CE, 27 février 1987, « *Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante* », req. n°54848 ; *RFDA* 1987, concl. B. STIRN, p. 212 et note par J.-C. DOUENCE, p. 777.

²⁰⁸⁵ V. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 715-718 ; M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 211-212 ; N. DANTONEL-COR, « Les délais en matière de contrôle de légalité », in P. COMBEAU (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 21-34.

transmission incomplète²⁰⁸⁶. Pour les décisions dispensées d'une telle formalité, c'est le critère de la date d'entrée en vigueur qui sera déterminant²⁰⁸⁷. Néanmoins, pour les actes dont le préfet a demandé communication, ce dernier pourra les déférer au tribunal administratif dans un délai de deux mois à compter de leur communication, sous réserve toutefois que sa demande ait été elle-même présentée dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle les actes sont devenus exécutoires²⁰⁸⁸. Enfin, en cas de recours gracieux, le délai pour introduire le déféré sera prorogé²⁰⁸⁹. Mais c'est avant tout du point de vue des actes attaquables que le déféré préfectoral diffère du recours pour excès de pouvoir. Ainsi que nous l'avons déjà vu, le champ d'application du pouvoir de surveillance inclut des catégories de décisions locales pour lesquels le recours pour excès de pouvoir n'est en principe pas recevable. C'est en particulier le cas des vœux²⁰⁹⁰ mais aussi des contrats administratifs²⁰⁹¹.

2) Les demandes de suspension en référé

En plus des particularités du déféré préfectoral tendant à proroger le délai d'introduction du recours en vue de favoriser le dialogue entre le préfet et la collectivité locale, d'autres règles spécifiques au déféré permettent à l'inverse d'obtenir la suspension de l'acte, ce dernier élément venant tempérer la différence entre le droit allemand et le droit français. Alors qu'en Allemagne, l'exercice du droit de remontrance accompagné d'une demande d'annulation de l'acte considéré comme fautif par l'autorité de surveillance entraîne généralement la suspension de l'acte, en France, le déféré préfectoral n'empêche pas l'acte attaqué d'entrer en vigueur. Cette absence était précisément au cœur de la réforme de 1982 et s'explique par le souci que soit garantie autant que possible l'autonomie des collectivités locales.

²⁰⁸⁶ CE, 13 janvier 1988, *Mutuel générale des personnels des collectivités territoriales*, req. n°68166. Ceci ne vaut cependant que si la demande de complément présentée par l'autorité de surveillance est justifiée : CE, 23 février 2000, *Commune de Mende*, req. n°190898, Rec. Lebon, p. 80.

²⁰⁸⁷ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 717-718.

²⁰⁸⁸ Par exemple pour les régions : Art. L4141-4 al. 2 CGCT.

²⁰⁸⁹ Décision précitée du CE, 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, req. n°62470, Rec. Lebon, p. 423.

²⁰⁹⁰ CE, 30 décembre 2009, *Département du Gers*, mentionné dans les tables du Rec. Lebon, req. n°308514.

²⁰⁹¹ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, req. n°348647 et 348648 ; CE, 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, req. n°355665. Ces décisions reviennent sur la jurisprudence du Conseil d'État qui assimilait le déféré préfectoral au seul recours pour excès de pouvoir décision : CE, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*, req. n°117717 ; *AJDA*, 1991, p. 693, chron. Maugué et Schwartz ; *RFDA*, 1991, p. 966, concl. Legal. Sur cette évolution, v. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 713-714.

Il existe cependant deux moyens pour l'autorité préfectorale d'obtenir la suspension provisoire de l'acte local. Le premier est désigné en doctrine sous le nom de « déféré-suspension »²⁰⁹² et est réglé à l'article L. 544-1 du Code de justice administrative : « Le représentant de l'État peut assortir son recours d'une demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Il est statué dans un délai d'un mois ». Les règles s'appliquant à la suspension sur référé sont très largement calquées sur celles de droit commun du « référé-suspension »²⁰⁹³, à la différence cependant notable que le critère d'urgence n'est pas requis dans le cadre du « déféré-suspension ». Seule est exigé un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Le second moyen qui s'offre en France à l'autorité de surveillance est de recourir à l'une des procédures accélérées de suspension. Celles-ci ont en commun de permettre à l'autorité préfectorale d'obtenir en urgence voire de façon automatique un sursis à exécution. Parmi ces procédures spéciales, la plus connue est certainement la suspension sur déféré en matière de libertés codifiée à l'article L. 544-3 du code de justice administrative²⁰⁹⁴. D'autres dispositifs en matière électorale, de défense, d'urbanisme, de délégation de services publics ou de marchés publics sont également accessibles de façon spécifique au représentant de l'État²⁰⁹⁵.

La prise en compte de ces procédures conduit en définitive à atténuer l'impression selon laquelle l'autorité préfectorale serait depuis 1982 largement désarmée lorsqu'il s'agit pour elle d'obtenir la suspension d'une décision locale. En comparaison à son homologue d'outre-rhin, le déféré n'a en principe pas d'effet suspensif et le préfet ne dispose pas non plus d'un pouvoir immédiat d'annulation. Cependant, ces procédures de suspension lui autorisent de

²⁰⁹² Le sursis ne peut être prononcé que contre les actes qui n'ont pas été entièrement exécutés. V. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 721 ; N. DANTONEL-COR, « Les délais en matière de contrôle de légalité », *op. cit.*, p. 30-31.

²⁰⁹³ Art. L. 522-1 et Art. R. 522-1 du Code de justice administrative. V. N. DANTONEL-COR, « Les délais en matière de contrôle de légalité », *op. cit.*, p. 31.

²⁰⁹⁴ Art. 544-3 Code de justice administrative : « Lorsque l'acte attaqué est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué à cet effet en prononce la suspension dans les quarante-huit heures. La décision relative à la suspension est susceptible d'appel devant le Conseil d'État dans la quinzaine de la notification. En ce cas, le président de la section du contentieux du Conseil d'État ou un conseiller d'État délégué à cet effet statue dans un délai de quarante-huit heures ».

²⁰⁹⁵ V. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 722-725 ; N. DANTONEL-COR, « Les délais en matière de contrôle de légalité », *op. cit.*, p. 31-32. Il importe également de noter que les personnes privées peuvent elles former contre les décisions des collectivités locales portant atteinte de façon grave, manifestement illégale et imminente à leurs libertés fondamentales un « référé-liberté fondamentale » conformément à l'article L.521-2 du Code de justice administrative.

façon privilégiée à parvenir à faire suspendre l'exécution d'une décision locale. En pratique, 78,3 % des demandes de suspension déposées en 2014 ont été favorables à l'État. Par ailleurs, la très grande majorité des recours préfectoraux débouchent sur l'annulation des actes locaux. Ainsi, en 2014, sur l'ensemble des décisions juridictionnelles, 88,7 % des déférés ont abouti à l'annulation juridictionnelle de l'acte local. Ce taux de réussite explique probablement que la perspective d'un déferé suffise à convaincre les autorités locales de corriger ou retirer les actes que l'autorité préfectorale considère fautifs, les déférés ne représentant en moyenne que 0,1% des actes contrôlés²⁰⁹⁶, le nombre de « déferé-liberté » étant lui marginal²⁰⁹⁷.

3) Les raisons de la juridictionnalisation du pouvoir d'annulation en France et de son absence en Allemagne

Ces données en plus du tableau dressé de l'état des différences entre la France et l'Allemagne incitent à s'interroger sur les raisons qui ont motivé cette juridictionnalisation du pouvoir d'annulation en France alors qu'en Allemagne on ne trouve trace de telles propositions.

Il importe pour cela de commencer par brièvement faire retour sur les buts de la réforme de 1982. Jacques Caillosse en a fort bien résumé l'essence : « La situation ouverte par la loi du 2 mars 1982 obéissait à une volonté politique de décentralisation qui s'énonçait ainsi : en substituant aux tutelles préfectorales un contrôle juridictionnel (à la demande du représentant de l'État ou de toute personne intéressée) on abandonne un modèle institutionnel qui mettait le préfet en situation de pouvoir agir librement, c'est-à-dire d'imposer, dans le cadre de la loi, sa volonté personnelle, pour lui préférer un système où l'organe de contrôle est censé n'intervenir qu'en tant que serviteur du droit ». Autrement dit, l'attribution au préfet du pouvoir d'annuler par lui-même les actes locaux était assimilée à la reconnaissance d'un large pouvoir discrétionnaire de décider en opportunité du bienfondé des décisions locales. Les actes locaux pouvaient être ainsi empêchés d'entrer en vigueur et annulés à tout moment. Face à ce qui était dénoncé comme une « tutelle » excessive voire arbitraire de l'État sur les collectivités locales qui restreignait exagérément la libre administration des collectivités locales, il est alors apparu que le seul moyen de garantir que l'annulation soit prononcée

²⁰⁹⁶ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2016, op. cit.*, p. 338. Le nombre de déférés déposés était en 2014 de 1.940 et de 696 en 2013 : COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2016, op. cit.*, p. 363.

²⁰⁹⁷ Il ne dépasserait en moyenne pas la dizaine par an : M. VERPEAUX, L. JANICOT, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 211.

uniquement en raison de l'illégalité de l'acte local était de confier cette compétence au juge administratif. Bien que le préfet dispose paradoxalement aujourd'hui encore de moyens répressifs de surveillance qui, à l'exemple du pouvoir de révocation ou de substitution, ne nécessitent pas le truchement d'un juge et sont pourtant plus contraignants, la médiatisation du pouvoir d'annulation semble avoir été dans le cas français la seule voie compatible avec le renforcement de l'autonomie des collectivités locales.

En témoigne d'ailleurs la censure en 2011 par le Conseil constitutionnel d'une ordonnance à valeur législative de 2007 qui autorisait le représentant de l'État à annuler de droit et à toute époque les arrêtés des maires de Polynésie²⁰⁹⁸, le régime prévalant avant 1982 ayant continué d'être en vigueur dans certains territoires d'outre-mer. Or, il est intéressant de noter que le Conseil constitutionnel a à ce propos jugé qu'en raison de la généralité des pouvoirs de contrôle ainsi conférés au représentant de l'État, l'ordonnance privait de garanties suffisantes l'exercice de la libre administration des communes de la Polynésie française. S'il juge en outre conforme à la Constitution le maintien d'un tel pouvoir d'annulation à l'encontre des délibérations des conseils municipaux de Polynésie, c'est uniquement à la triple condition que ce maintien soit provisoire, que le contrôle de l'État soit un pur contrôle de légalité et non d'opportunité et que la loi ait laissé aux communes le choix d'y échapper en leur permettant de demander l'application du régime de contrôle des actes issu de la loi du 2 mars 1982²⁰⁹⁹. Le juge constitutionnel fixe donc dans cette décision un seuil aux moyens de surveillance du représentant de l'État pour ne pas méconnaître le principe de libre administration²¹⁰⁰. Accorder un tel pouvoir d'annulation à une autorité de surveillance ne peut être qu'exceptionnelle et relève sinon des prérogatives du juge administratif. A la différence de l'Allemagne où l'autorité de surveillance dispose de la plénitude des moyens répressifs, en France, on peut déduire de cette décision et des modalités générales du contrôle administratif mis en place en 1982 qu'hormis les cas de défaillances manifestes qui peuvent conduire à l'usage du pouvoir de révocation ou de substitution et pour lesquels il n'apparaît pas nécessaire de recourir au juge administratif, ce dernier semble dans le contexte français toutefois le mieux à même de concilier respect du principe de libre

²⁰⁹⁸ Décision n°2010-107 QPC du 17 mars 2011 (cons. 6).

²⁰⁹⁹ Décision n°2010-107 QPC du 17 mars 2011 (cons. 5). V. le commentaire aux Cahiers, p. 9 ; v. également M. VERPEAUX, « Contrôle des actes des collectivités territoriales et violation du principe de libre administration », *AJDA*, 2011, p. 1735-1738.

²¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 1738.

administration et exigence constitutionnelle du contrôle de légalité lorsqu'il s'agit d'annuler une décision locale.

Il n'est cependant pas nouveau que le juge occupe une place nodale au sein des rapports entre préfet et autorité locale. Déjà, le Doyen Hauriou relevait au début du siècle dernier à propos du juge : « Bientôt il deviendra, plus que le préfet, plus que le Ministre de l'Intérieur, le tuteur et le régent redouté des conseils municipaux. »²¹⁰¹. Cette pensée avait trouvé un écho dans le corps même de la juridiction administrative, le commissaire du gouvernement Chardenet déclarant à propos d'une affaire mettant en cause une collectivité locale : « Vous qui êtes appelés à jouer un peu le rôle de supérieur hiérarchique des autorités administratives, vous devez examiner quelle est la limite des pouvoirs du maire. »²¹⁰². Si le juge était alors assimilé tour à tour à un tuteur voire à un supérieur hiérarchique, il est désormais considéré comme un véritable « serviteur du droit » et « une sorte d'arbitre dans les conflits des collectivités publiques »²¹⁰³. En revanche, il n'est – ou tout du moins n'était en 1982 – guère fait crédit au préfet d'incarner cette figure du « serviteur du droit ». Ce dernier est avant tout perçu comme étant le représentant de l'État central, des intérêts nationaux, ceux-ci pouvant diverger voire entrer en collision avec ceux des collectivités locales. La juridictionnalisation a donc été un moyen de résoudre de façon structurelle et définitive de tels cas de conflit d'intérêts. Par comparaison, en Allemagne, la compétence de contrôler la légalité d'un acte local reviendra en cas de conflit d'intérêts entre le *Landrat* et une commune ponctuellement à l'autorité supérieure. En cas de doute, il appartiendra à la collectivité locale de former un recours contre la décision d'annulation.

²¹⁰¹ M. HAURIOU, « La recevabilité du recours d'un contribuable contre une délibération du conseil municipal intéressant les finances de la commune », Note sous Conseil d'État, 29 mars 1901, *Casanova, Sirey*, 1901, t. 3, p. 73.

²¹⁰² Conclusions Chardenet, *Sirey*, 1909, t. 3, p. 34, sur CE 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c. maire de Sens*, Rec. Lebon, p. 181 ; *RD* 1910, p. 69, note Jèze.

²¹⁰³ J. BOURDON et al. (dir.), *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 57.

Conclusion du Chapitre 2

Cet ultime chapitre avait pour objet de décrire les conditions juridiques de l'exercice du pouvoir de surveillance.

Il ressort de cette présentation une convergence entre les droit français et allemand dans la détermination du champ d'application du pouvoir de pouvoir de surveillance. Autrement dit, son objet s'avère semblable en droit français et en droit allemand. En ce qu'il englobe des décisions administratives locales qui peuvent être unilatérales ou conventionnelles, réglementaires ou non réglementaires, le champ d'application du pouvoir de surveillance dépasse largement les possibilités de recours offerts aux particuliers. Ceci souligne la spécificité du pouvoir de surveillance étatique comme garant de la « continuité d'une vie juridique locale régulière »²¹⁰⁴.

Par ailleurs, nous nous sommes intéressés à deux figures censées incarner l'antagonisme historique des systèmes administratifs français et allemand : celle du préfet et du *Landrat*. Or, contrairement à l'impression initiale d'une organisation de la surveillance sur les actes locaux plus favorable à l'autonomie locale en Allemagne, on constate qu'au-delà des différences de recrutement, la professionnalisation accrue de la surveillance étatique sur les actes locaux concourt en France et en Allemagne à ce que ce contrôle administratif se rapproche en définitive d'un contrôle juridictionnel. Il repose sur des objectifs communs : veiller au respect de la légalité. Mais à la différence du contrôle juridictionnel, il permet en amont de la phase répressive d'assurer un dialogue entre les autorités locales dont les actes sont contrôlés et les organes étatiques de surveillance.

Enfin, si la mise en œuvre des différents moyens de surveillance doit se faire comme nous l'avons vu en Allemagne comme en France conformément au principe de proportionnalité, pour les cas d'annulation, cette prérogative est en France activée par le préfet mais confiée depuis 1982 au seul juge administratif, alors qu'en Allemagne, elle est exercée directement par l'autorité de surveillance, le cas échéant sous le contrôle du juge. Il s'agit là d'un élément tout à fait remarquable car il démontre que les moyens juridiques mis à la disposition des organes étatiques de surveillance sont plus étoffés en Allemagne qu'en France. Cette

²¹⁰⁴ B. FAURE, *Droit des collectivités locales, op. cit.*, p. 707.

constatation est par ailleurs corroborée par le fait que les cas d'actes locaux soumis à approbation de l'autorité de surveillance sont eux aussi plus nombreux en Allemagne qu'en France.

Conclusion du Titre 2

L'étude du fondement et des modalités de mise en œuvre du pouvoir de surveillance avait pour objectif de déterminer pourquoi et comment les normes locales sont soumises à un contrôle qui leur est réputé spécifique. Nous avons tout d'abord vu que l'argument généralement avancé consistant à justifier le pouvoir de surveillance par le fait que son absence conduirait à transformer les collectivités locales qui lui sont soumises en autant de collectivités étatiques était juridiquement infondé. Il est bien plus exact de considérer que le pouvoir de surveillance est une technique de calcul des défauts qui permet d'examiner et le cas échéant de corriger les décisions locales juridiquement fautives. Son fondement se trouve dans la garantie de l'unité de l'ordre juridique, mais des alternatives à ce contrôle sont parfaitement admissibles. Son avantage sur d'autres techniques résulte de son efficacité.

Concevoir le pouvoir de surveillance nous semble en outre plus profitable d'un point de vue heuristique car elle permet de mieux appréhender l'ensemble des moyens – dialogiques et sanctionnateurs – mis à la disposition des autorités de surveillance lors de leur contrôle. Elle met de plus l'accent sur la parenté manifeste et pourtant rarement établie entre cette activité administrative et l'activité juridictionnelle. En pratique, la professionnalisation du contrôle administratif tend d'ailleurs à confirmer cette parenté théorique. À partir de cela, nous avons établi une classification distinguant les moyens préventifs de surveillance des moyens répressifs. Les premiers visent à établir une phase de dialogue entre l'autorité de surveillance et la collectivité locale. Les seconds consistent à corriger les défauts juridiques des décisions locales, le cas échéant en les supprimant de l'ordre juridique.

Conclusion de la Partie 2

Au terme de cette seconde partie consacrée à l'étude du pouvoir de surveillance, ce sont deux observations que nous souhaitons formuler.

Tout d'abord, l'objectif de cette seconde étape de notre recherche était d'analyser un aspect primordial des relations juridiques entre l'État et les collectivités locales : celui de l'irrévocabilité (*Endgültigkeit*) des normes locales. En outre, l'ambition de notre recherche telle que nous l'avions exposée dans notre introduction, était notamment de tenter d'élucider un élément resté peu clair à la lecture de la version allemande de la *Théorie générale de l'État* d'Hans Kelsen, que « l'Aperçu » de cette théorie publiée à la RDP en 1926 n'avait pas réussi à clarifier. Il s'agissait de savoir ce qui distingue la « décentralisation administrative » de la « décentralisation par autonomie locale ». Or, nous avons vu que cela recoupe précisément la distinction entre le « pouvoir hiérarchique » et le « droit de contrôle » sans que ces concepts soient pourtant strictement définis ni clairement délimités.

Il importait par conséquent de déterminer ce qui distingue ces deux mécanismes. Aux termes de notre recherche, il nous a semblé pouvoir proposer les deux définitions suivantes. Le « pouvoir hiérarchique » désigne la compétence de direction au moyen de laquelle un organe d'exécution prescrit de façon déterminante, dans le cadre du droit qui lui est reconnu, à un autre organe d'exécution si, et/ou comment ce dernier doit faire usage de sa compétence. L'exercice de ce « pouvoir hiérarchique » détermine un rapport juridique de subordination qui relève de la décentralisation administrative. Ce rapport peut néanmoins n'être que ponctuel dans le cas où, par exemple, l'organe d'exécution soumis à cette compétence de direction se trouve en situation de dédoublement fonctionnel. C'est par exemple la situation d'une collectivité locale lorsqu'elle reçoit une instruction en vue de l'exercice d'une compétence étatique déléguée.

En revanche, nous avons renoncé à désigner par « droit de contrôle » le second mécanisme qui est lui caractéristique des rapports juridiques applicables dans le cadre de la décentralisation par autonomie locale. Ce choix de nous distancer des expressions empruntées aux classifications nationales était, nous semble-t-il, justifié par les risques de confusion et la nécessité de renouveler le répertoire conceptuel du droit administratif encore largement déterminé par le cadre de référence national. À cette fin, nous avons fait le choix de désigner

par « pouvoir de surveillance » un mécanisme spécifique de calcul des défauts regroupant les moyens mis à la disposition des organes de l'administration d'État en vue de l'observation des décisions administratives locales, de la vérification de leur conformité aux normes centrales et de leur correction au cas où elles se révèlent fautives.

Notre seconde observation a trait à la description des droits positifs français et allemand à la lumière du concept de « pouvoir de surveillance » et des moyens qu'il regroupe. Cette description conduit à tirer une conclusion originale, contraire aux représentations habituellement admises et confirmant notre thèse. En effet, nous avons pu démontrer que les possibilités offertes aux autorités étatiques centrales d'interférer dans la vie juridique locale sont plus limitées en France qu'en Allemagne. Ainsi, les autorités de surveillance allemandes disposent de possibilités d'ingérence directe dans les décisions locales dont ne bénéficient plus les préfets français. Il s'agit d'une part des cas d'approbation préalable. Il s'agit en outre du pouvoir d'annuler un acte local possiblement fautif. Alors qu'en France, le représentant de l'État dans le département ou la région ne dispose désormais plus que de la possibilité de saisir le juge administratif en cas de doute sur la régularité d'une décision locale, en Allemagne, il revient à la collectivité locale de saisir le juge de l'annulation prise par l'autorité de surveillance.

De cet état du droit, il serait assurément abusif de tirer la conclusion qu'en pratique, le système allemand est moins protecteur de l'autonomie locale qu'en France. Il est en revanche certain que d'un point de vue juridique, les organes de surveillance disposent en Allemagne de prérogatives qui ont été retirés aux autorités étatiques françaises voilà maintenant près de trente ans. Or, cet état des lieux juridique apporte un démenti manifeste à la représentation d'un système administratif français moins favorable à l'expression des libertés locales que ne le serait le système fédéral allemand.

Conclusion générale

*Der Schüler denkt sich voller Bangen,
wie er Erkenntnis könnt erlangen,
vom Recht in seinem wahren Wesen,
und schickt sich an in Büchern nachzulesen.*

*Am Anfang ..., war da nicht das Sein?
Hier stockt er schon und hält rasch ein,
ihm dünkt, er hört ein Kantisch' Grollen:
am Anfang, Freund, war doch das Wollen!*

*Dem großen Meister will das nicht behagen,
streng mahnend drängt es ihn zu sagen:
am Anfang, Freund, da war die Norm,
sie fügt sich logisch in die Form!*

*Die Form! Sie birgt in sich das Sollen,
das grundverschieden ist vom Wollen,
das Wollen, Freund, ist nur ein Sein,
trenn scharf daher und denke rein!*

*Im reinen Sollen liegt des Rechts Natur,
vom Sein und Wollen ist dort keine Spur
denk dir das Recht als logisches Produkt,
dann sind dir Sein und Wollen nur Konstrukt!*

*Des echten Wissenschaftlers Logik-Direktive,
liegt einzig in der streng formalen Perspektive,
sie zeigt dir weder Sein noch Wollen,
ihr ist das ganze Recht ein reines Sollen!*

*Fingier, hypostasier daher das Wollen und das Sein,
dann bleibt des Rechtes richt'ge Lehre völlig rein,
so wirst du frei zum bloßen normativen Sinnen,
und kannst der trüben Wirklichkeit entrinnen!*

*Der Rechtserkenntnis öffnen Logik und Geometrie,
des Denkens Weg zur strengen Methodologie,
mag auch das ganze Recht davor verbleichen,
das reine Sollen sei dein richtungweisendes Zeichen!*

Poème d'Hans Kelsen, retranscrit conformément au souvenir de Günther Winkler
Günther Winkler, *Glanz und Elend der Reinen Rechtslehre*, 1988

Si la thèse est assurément une ascèse pour celui qui l'écrit²¹⁰⁵, elle sera en partie réussie si elle ne l'est pour celui qui la lit. Le doute, néanmoins, est permis. La conclusion aura alors pour objet et intérêt de résumer non seulement les principaux résultats du travail accompli, mais également de soumettre à l'appréciation du lecteur les principaux enseignements que l'auteur a tiré de sa recherche. Afin de structurer ces réflexions, nous proposons d'exposer successivement l'intérêt du recours à la théorie de la décentralisation de Kelsen, la présentation de notre démarche de recherche, ses résultats et enfin ses perspectives.

Le premier point que nous souhaitons aborder porte sur l'intérêt d'avoir eu recours aux écrits de Hans Kelsen, Adolf Merkl et Charles Eisenmann pour appréhender notre objet de recherche. Cela nous a confronté à une difficulté et à deux risques. La difficulté résultait de la nécessité de s'appropriier des travaux en grande partie non-traduits et parfois difficiles d'accès, autant d'un point de vue pratique que cognitif. Nous y reviendrons. Le premier risque était lié à cette difficulté et consiste dans le fait d'avoir commis une interprétation erronée ou incertaine. Sans doute n'était-il du reste guère possible d'éviter un tel écueil. En ce cas, notre tentative doit être comprise comme celle d'une recherche qu'il sera possible d'amender, à l'instar de la quête de l'élève du poème de Kelsen retranscrit plus haut. Le second risque était d'appauvrir la présentation des droits étudiés, de présenter un droit « anémié », conformément à une critique généralement adressée à l'encontre du normativisme positiviste.

Nous avons au contraire cherché à démontrer toute la richesse que recèle le recours aux outils conceptuels élaborés par Kelsen, Merkl et Eisenmann pour un travail de droit comparé. Ils offrent en effet un avantage indéniable qui résulte de l'effort d'équidistance fait par ces auteurs dans leurs écrits vis-à-vis des classifications doctrinales nationales dominantes. Ces dernières sont en effet souvent conçues en référence à l'organisation administrative de l'État dont sont issus leurs auteurs et se révèlent par conséquent inadaptées dans le cadre d'un travail comparatif. C'est précisément que ce que nous avons constaté à l'exemple des distinctions établies dans la doctrine française entre les concepts de « déconcentration/pouvoir hiérarchique » et « décentralisation/pouvoir de tutelle », lesquelles

²¹⁰⁵ L. RICHER, « Table ronde sur les enjeux scientifiques et méthodologiques de la thèse en droit administratif », *RFDA*, 2016, p. 1103.

sont sources de malentendus dans un dialogue franco-allemand et en tout état de cause surdéterminées par leur cadre référentiel d'origine. Il convenait dès lors de s'en distancer et de contribuer à établir, grâce aux travaux de ces trois auteurs, un répertoire conceptuel adapté à une doctrine transnationale.

Nous nous sommes ici principalement appuyés sur la typologie de la décentralisation élaborée par Hans Kelsen dans sa *Théorie générale de l'État* parue en 1925 afin de structurer notre recherche sur les rapports entre l'État et les collectivités locales. Pour souligner l'intérêt de cette approche, nous souhaitons citer les propos de Gérard Marcou qui, très justement, indiquait que contrairement à ce que l'on pourrait penser, « le niveau de décentralisation, ou d'autonomie, ne peut pas se mesurer seulement par le volume des compétences exercées (dépenses publiques ou effectifs employés) (...). Beaucoup plus importante que le volume des compétences est l'étendue des marges de manœuvre. Or, celle-ci est beaucoup plus difficile à apprécier »²¹⁰⁶. Face à cette difficulté, il nous a justement semblé que la typologie des formes de décentralisation – administrative, par autonomie locale, fédérale – de Kelsen offre une excellente base de travail pour décrire et comparer l'étendue des marges de manœuvre juridiques des collectivités locales dans deux ordres juridiques distincts.

Notre deuxième point vise à rappeler succinctement l'objet de notre recherche et notre démarche. Nous avons ainsi fait le choix de nous concentrer sur deux aspects fondamentaux des relations juridiques entre l'État et les collectivités locales qui permettent, selon Kelsen, de déterminer ce qu'il appelle le caractère parfait ou imparfait de la décentralisation. Le premier critère est celui de « l'indépendance » des normes locales, c'est-à-dire la faculté des organes locaux à décider librement du contenu de leur décision ; le second critère est celui de « l'irrévocabilité » (*Endgültigkeit*) des normes locales, c'est-à-dire l'impossibilité pour une norme centrale de supprimer une norme.

Notre objectif était de parvenir à décrire, au moyen de ces deux critères, les rapports juridiques entre l'État et les collectivités locales en France et en Allemagne, afin de pouvoir les comparer, et ainsi d'être en mesure de déterminer le degré respectif de décentralisation de ces deux ordres juridiques. Notre champ d'étude portait par conséquent sur les collectivités

²¹⁰⁶ G. MARCOU, « L'autonomie communale : étude comparative », *op. cit.*, p. 84-85.

locales, au sens de structures territoriales bénéficiant d'un droit à l'autonomie locale, c'est-à-dire d'une habilitation constitutionnelle d'administrer librement, dans le cadre des lois, les compétences qui leur sont à ce titre attribuées. Conformément à cela, notre programme de travail s'est décliné en deux temps.

C'est autour de la détermination des garanties constitutionnelles attachées au droit à l'autonomie locale en France et en Allemagne que nous avons mené la première partie de nos investigations. Nous avons à cette fin distingué deux types de garanties : les garanties formelles et les garanties matérielles. Parmi les garanties formelles, nous avons tout d'abord axé notre analyse sur les garanties institutionnelles, c'est-à-dire celles garantissant l'établissement et le maintien en l'état des collectivités locales comme structures territoriales de l'ordre juridique. Il s'agissait par conséquent d'étudier leur intangibilité. Les garanties juridictionnelles touchaient elles principalement au droit des collectivités locales de former un recours devant le juge constitutionnel afin de contester une loi portant atteinte à leur droit à l'autonomie locale. Au cœur de l'étude de cette garantie juridictionnelle s'est posée la question de savoir si le droit à l'autonomie locale pouvait être qualifié de « droit fondamental » ou s'il nécessitait d'être considéré différemment, au sens notamment des « garanties institutionnelles » de la dogmatique allemande. Notre réflexion s'est poursuivie par une comparaison des garanties matérielles de l'autonomie locale. Conformément à cela, nous avons tout d'abord porté notre regard sur les règles constitutionnelles d'attribution de compétences aux collectivités locales et sur les limites constitutionnelles au pouvoir législatif dans la détermination de ces compétences. Il s'agissait ici d'une part de déterminer le degré de discrétionnarité accordé en vertu de la Constitution au législateur dans la répartition territoriale des compétences. D'autre part, il nous a fallu nous intéresser à la façon dont ces règles sont ensuite concrétisées par les juges constitutionnels chargés de veiller à leur respect. En outre, il convenait de s'interroger sur l'étendue et les limites au pouvoir normatif des collectivités locales. Ceci nous a conduit tout d'abord à définir les rapports du pouvoir réglementaire local avec la loi, puis avec le pouvoir réglementaire étatique. Il importait ensuite d'envisager la question de la délégation aux collectivités locales du pouvoir législatif, notamment à titre expérimental. Enfin, nous avons axé nos réflexions sur la représentation des collectivités locales et leur association au processus législatif.

La seconde partie de nos développements a porté sur l'irrévocabilité des normes locales. Cette étude a exigé d'identifier les différents types de contrôles administratifs réalisés par des

organes centraux d'État et pouvant conduire à la suppression des normes locales. Or, nous avons en introduction fait le constat d'un certain flou dans la typologie kelsenienne, que les travaux de Charles Eisenmann n'avaient su combler de façon satisfaisante. Par ailleurs, face à l'hétérogénéité et à l'étroitesse des classifications doctrinales nationales, il nous a semblé utile de définir dans une première approximation le concept de « pouvoir ou droit de surveillance » comme l'ensemble de ces contrôles administratifs applicables aux normes locales. Il convenait dès lors de le distinguer du « pouvoir hiérarchique » mais aussi des concepts parallèles de « tutelle », de « contrôle » et de « supervision ». Il nous a semblé ici que le principal critère de définition de ce pouvoir résidait dans le fait qu'il respecte l'intégrité de l'initiative de l'organe contrôlé, au sens où il ne peut en déterminer le contenu, contrairement au pouvoir hiérarchique. Nous avons ensuite appuyé nos réflexions sur la théorie du calcul des défauts de Merkl afin de préciser notre définition du « pouvoir de surveillance ». Par « droit de surveillance » ou « pouvoir de surveillance » est désigné un mécanisme de calcul des défauts, d'observation des décisions administratives locales, de vérification de leur conformité aux normes centrales et de correction de celles qui parmi elles se révèlent fautives. Nous avons ensuite présenté le fondement de ce « droit de surveillance », en nous distançant de celui habituellement retenu en doctrine au profit de la « tutelle » ou de la « supervision communale » (Kommunalaufsicht), à savoir de garantir l'unité de l'État au sens de sa souveraineté ou de son étaticité. En tant qu'elle est une technique de correction voire de suppression des normes locales fautives, le « droit de surveillance » constitue un instrument particulièrement efficace et vise à garantir l'unité de l'ordre juridique. Ce droit de surveillance ne représente en revanche ni une propriété constitutive de la décentralisation, ni le corolaire de l'autonomie locale. Enfin, il restait en dernier lieu à exposer les modalités d'exercice du pouvoir de surveillance en distinguant entre la situation des catégories d'actes ainsi surveillés, des organes en charge de cette surveillance et enfin des moyens mis à la disposition de ces derniers.

Trois types de résultats peuvent être ici distingués : nous souhaitons présenter dans leurs grandes lignes les divergences et les convergences constatées entre les deux droits étudiés, ainsi que présenter plus spécialement les incidences de la structure territoriale de l'État sur l'autonomie locale que nous avons pu observer.

Sur le plan des convergences tout d'abord, il ressort en premier lieu de nos investigations que les collectivités locales à statut constitutionnel bénéficient en France et en Allemagne

d'une garantie institutionnelle globale et renforcée. En tant que catégorie de l'organisation territoriale de l'État, leur suppression requiert une révision de la Constitution. Cela les distingue de certaines collectivités d'outre-mer françaises nommément mentionnées dans la Constitution, mais également des États fédérés allemands. En outre, les collectivités locales françaises et allemandes bénéficient pareillement d'un pouvoir réglementaire qu'elles exercent dans le cadre des lois. Depuis 2010, les collectivités locales françaises disposent également d'une voie de recours lorsqu'elles souhaitent contester, dans le cadre d'un procès, une loi qu'elles jugent contraire à leur droit constitutionnel à l'autonomie locale. De même, il est possible de voir dans le retrait en 2015 du droit d'initiative aux collectivités départementales et régionales françaises un autre facteur de rapprochement avec la situation allemande, étant donné qu'en Allemagne, les arrondissements ne peuvent exercer que les attributions que la loi leur a confiées. Enfin, force est de constater qu'en dépit des divergences dans les modalités du contrôle, la liberté décisionnelle des collectivités locales est en revanche protégée de façon similaire dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande.

Comment peut-on expliquer ces rapprochements ? Deux observations nous semblent à cet égard pouvoir être faites. La première est que cette convergence résulte très largement de la constitutionnalisation du droit français et en particulier du droit des collectivités locales. Ceci est tout à fait net au regard de la garantie juridictionnelle dont bénéficient désormais les collectivités locales françaises. Il s'agit là d'un puissant facteur de rapprochement. De plus, on assiste en France à un phénomène de différenciation institutionnelle qui s'est amplifiée ces dernières années et contribue également à rapprocher la situation française de la situation allemande, habituée à connaître une grande diversité institutionnelle. En témoigne la création de collectivité territoriale à statut unique mais également le fait que, désormais, en France comme en Allemagne, seules les communes disposent de la clause de compétence générale. Cette dernière convergence repose possiblement sur une conception commune tendant à voir dans l'échelon municipal celui de la vie démocratique locale qu'il conviendrait dès lors de préserver ou de privilégier.

Sur le plan maintenant des divergences, il convient tout d'abord de rappeler la différence de conception du droit à l'autonomie locale, qui est en France rangé parmi les « droits et libertés constitutionnellement garantis », alors qu'il est qualifié en Allemagne de « garantie institutionnelle ». En outre, il est indéniable que le contrôle réalisé par la Cour constitutionnelle fédérale ou les cours constitutionnelles fédérées est plus élaboré que celui

réalisé par le Conseil constitutionnel, mais également le Conseil d'État. Ceci est particulièrement visible en matière de fusion de collectivités locales, ainsi qu'en témoigne le cas récent des décisions de ces deux juridictions relativement à la fusion des régions en 2015. Par ailleurs et de façon tout à fait notable, les moyens de surveillance dont disposent les organes centraux d'État sont en Allemagne plus développés qu'en France où ils ont été fortement réduits suite aux réformes de 1982. Ceci est particulièrement manifeste au regard des approbations préalables qui ont quasiment disparu dans le cas français, mais également et surtout du pouvoir d'annulation dont ne dispose désormais plus le préfet.

Comment expliquer ces différences et, en particulier, quelles incidences peut avoir la structure territoriale de l'État sur le droit à l'autonomie locale ? Sans doute peut-on faire le lien entre ces divergences observées dans notre domaine de recherche et des divergences plus générales qui distinguent ces deux pays. Ainsi, le fédéralisme conduit par exemple à rendre sans objet l'attribution d'un pouvoir législatif aux collectivités locales, les Parlements fédérés disposant déjà d'une compétence législative. Par ailleurs, la structure fédérale de l'État allemand est à l'origine du phénomène de médiatisation des collectivités locales allemandes au sein de l'administration des Länder. Or, cette médiatisation conduit à ce que la représentation des intérêts territoriaux en Allemagne relève exclusivement du ressort des Länder, en dépit du fait que ces intérêts peuvent être divergents. À ceci s'ajoute que le phénomène de dédoublement fonctionnel est bien plus fréquent dans le système fédéral qu'en France où l'administration d'État dispose de ses propres services extérieurs. Il en résulte que l'administration locale française est bien moins dans la situation d'être le relais au niveau local du pouvoir central.

Sans doute peut-on également s'étonner qu'en comparaison à la France, l'Allemagne connaisse des formes de contrôles préventifs et répressifs potentiellement plus attentatoires à l'autonomie des collectivités locales. Il nous semble cependant que cette médiatisation du pouvoir d'annulation par l'intermédiaire du juge en France témoigne davantage d'une méfiance plus forte en France vis-à-vis de la neutralité d'action des autorités administratives d'État. Tandis que dans la doctrine allemande les collectivités locales sont intégrées à « l'administration d'État », en France, elles lui font face. La distinction entre déconcentration et décentralisation repose précisément sur cette opposition organique et sur l'étanchéité des structures locales et étatiques. De même, l'attribution aux collectivités locales du bénéfice de « droits fondamentaux » peut – outre les arguments de pragmatisme que nous avons évoqués – traduire cette tendance à affilier les collectivités locales à la sphère de la société, et à les

voir comme davantage en opposition à l'État central que comme une composante de l'administration d'État. C'est possiblement aussi cette même conception d'une confrontation entre les collectivités locales et l'État central qui est au cœur de la revendication politique en 1982 visant à « supprimer la tutelle de l'État central ». En Allemagne, le fédéralisme a créé un échelon politique supplémentaire rendant un tel discours politique moins porteur, peut-être moins nécessaire. Du reste, ce constat d'une confiance plus grande en Allemagne dans l'impartialité des services de l'État central se retrouve également dans un tout autre domaine : celui de la police économique. Pour en effet dresser un parallèle révélateur, la propension française à créer des autorités administratives indépendantes se situant en dehors de la hiérarchie de l'administration d'État est sans doute également le signe d'une méfiance plus grande en France vis-à-vis d'une partialité présumée de l'État central, ce phénomène étant largement moins développé en Allemagne où il est perçu comme contraire au modèle d'administration bureaucratique et au principe constitutionnel de légitimation démocratique de l'administration²¹⁰⁷.

Quelles perspectives de réflexion peut-on dessiner à la fin de cette enquête ? Deux pistes nous semblent mériter d'être ici évoquées. La première se fonde sur le regain d'intérêt pour les travaux des auteurs de l'École de Vienne de théorie du droit qu'il est possible d'observer ces dernières années, en France comme en Allemagne. Néanmoins, cet intérêt reste encore fortement limité à l'œuvre de Kelsen, celle d'Adolf Merkl étant en France encore largement méconnue. Sans doute peut-on souhaiter que quelques-uns de ces articles parmi les plus influents fassent enfin l'objet d'une traduction en français, à défaut de traduire son *Traité de droit administratif*. Il en va de même de la *Théorie générale du droit* de Hans Kelsen dont plusieurs auteurs s'accordent à dire qu'elle mériterait une réédition²¹⁰⁸ et une traduction en français²¹⁰⁹. Enfin, un tel travail de réédition serait plus que souhaitable pour l'ouvrage de Charles Eisenmann, *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale* qui n'est aujourd'hui plus disponible en librairie et uniquement consultable dans treize bibliothèques en France. La seconde piste de réflexion que nous pouvons formuler concerne

²¹⁰⁷ V. à ce propos les différentes contributions dans G. MARCOU, J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2011.

²¹⁰⁸ O. LEPSIUS, « Hans Kelsen. Allgemeine Staatslehre, 1925 », *JZ*, 2004, n° 59, p. 34.

²¹⁰⁹ O. PFERSMANN, « Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Théorie générale de l'État) », *AJJC*, 1992, 1994, p.764.

davantage la recherche comparée franco-allemande et la nécessité d'investir plus substantiellement l'étude du contrôle administratif et en particulier du « droit de surveillance » sur les normes locales. Une telle suggestion pourrait certes sembler anachronique tant cette thématique a été longtemps reléguée au « cimetière de l'histoire du droit »²¹¹⁰. Pourtant, « à l'heure où l'on réfléchit à de nouvelles mesures en faveur de la décentralisation, il ne s'agit pas seulement de savoir quelles compétences nouvelles on pourrait donner aux communes, mais quel degré de contrôle l'État doit conserver »²¹¹¹. Car en effet, il s'agit là d'un aspect primordial dans l'analyse des rapports juridiques entre l'État et les collectivités locales, qui détermine les limites à l'autonomie des collectivités locales et le degré de décentralisation de l'ordre juridique. Notre étude a par conséquent cherché à combler en partie ce « profond décalage entre l'importance objective de ce contrôle dans la théorie de la décentralisation et la place secondaire qu'on lui accorde aujourd'hui »²¹¹². Il ne serait sans doute pas inutile de poursuivre cet effort.

²¹¹⁰ G. F. SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaften*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 812.

²¹¹¹ G. MARCOU, « L'autonomie communale : étude comparative », *op. cit.*, p. 85.

²¹¹² P. COMBEAU, « Introduction », in P. COMBEAU (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités locales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 1, citant à ce propos l'ouvrage de Charles Eisenmann *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*.

Bibliographie

Bibliographie générale

§1 Références en langue française

I. Ouvrages généraux, traités et manuels

- ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.
- AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014.
- AUTEXIER (C.), *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997.
- AUTIN (J.-L.), RIBOT (C.), *Droit administratif général*, 5^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2007.
- BENOIT (F.-P.), DOUENCE (J.-C.) (dir.), *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, t. 5, Paris, Dalloz, 2005.
- BEQUET (L.) (dir.), *Répertoire du droit administratif*, t. 9, Paris, Paul Dupont, 1891.
- BERTHÉLEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1920.
- BOURDON (J.), PONTIER (J.-M.), RICCI (J.-C.), *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, 1998, 2^{ème} éd.
- BOUSSAGET (L.), JACQUOT (S.), RAVINET (P.) (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, 3^{ème} éd., Paris, Presses universitaires de Sciences Po, 2010.
- BRAIBANT (G.), STIRN (B.), *Le droit administratif français*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2002.
- BRAUD (P.), *La science politique*, Paris, PUF, 2017.
- BRUN (H.), TREMBLAY (G.), *Droit constitutionnel*, 4^{ème} éd., Montréal, Yvon Blais, 2001.
- BURDEAU (G.), *Traité de sciences politiques*, t. 2, Paris, LGDJ, 1949.
- BURDEAU (F.), *Histoire de l'administration française du 18^{ème} au 20^{ème} siècle*, 2^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1994.
- BURDEAU (F.), *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995.
- CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.), *La Constitution*, Paris, Seuil, 14^{ème} éd., 2017.
- CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Sirey, 1920.
- CHAGNOLLAUD (D.), TROPER (M.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012.
- CHAGNOLLAUD (D.), TROPER (M.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, Dalloz, 2012.
- DEBBASCH (C.), *Institutions et droit administratif*, Paris, PUF, 1992.
- DEBBASCH (C.), COLIN (F.), *Droit administratif*, 11^{ème} éd., Paris, Economica, 2014.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., t. 2, Paris, Éd. de Boccard, 1923.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., t. 3, Paris, Éd. de Boccard, 1923.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., t. 1, Paris, Éd. de Boccard, 1927.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., t. 3, Paris, Éd. de Boccard, 1930.
- DUVERGER (M.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1978.
- EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif (1966-1967)*, t. 1, Paris, LGDJ, 1982.
- ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7^{ème} éd., Paris, Sirey, 1927.
- FAURE (B.), *Droit des collectivités territoriales*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018.

FAVOREU (L.) et al. (dir.), *Droit constitutionnel*, 21^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018.

FAVOREU (L.) et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2015.

FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 18^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2016.

FLEINER (F.), *Les principes généraux du droit administratif allemand*, traduction par Eisenmann (C.), Paris, Librairie Delagrave, 1933.

FORSTHOFF (E.), *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1969.

FRIER (P.-L.), PETIT (J.), *Droit administratif*, 12^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2018.

FROMONT (M.), RIEG (A.), *Introduction au droit allemand*, t. 2, Paris, LGDJ, 1984.

FROMONT (M.), *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006.

FURET (F.), OZOUF (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Évènements*, Paris, Flammarion, 2007 (1988).

FURET (F.), OZOUF (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Paris, Flammarion, Paris, 2007 (1988).

FURET (F.), OZOUF (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Interprètes et historiens*, Paris, Flammarion, Paris, 2007 (1988).

GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, 22^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2018.

GICQUEL (J.), HAURIOU (A.), GÉLARD (P.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1985.

GOHIN (O.), SORBARA (J.-G.), *Institutions administratives*, 7^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2016.

GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.) (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Paris, Dalloz, 2011.

GREWE (C.), RUIZ FABRI (H.), *Droit constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995.

GRIDAUH, *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, Paris, Le Moniteur, 2009.

HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, 35^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2014.

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Paris, Larose, 1900.

HAURIOU (M.), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. 2, Paris, Sirey, 1929.

HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1929.

HAURIOU (M.), *Principes du droit public*, Paris, Dalloz, 2010 (1910).

HEGEL (G. W. F.), *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Vrin, 1998 (1821).

JAN (P.), *Institutions administratives*, 5^{ème} éd., Paris, Litec, 2015.

JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2005 (1911).

STOLLEIS (M.), *Histoire du droit public en Allemagne (1800-1914)*, traduction par Maillet (M.-A.) et Roy (M.-A.), Paris, Dalloz, 2014.

STOLLEIS (M.), *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne*, traduction par Gaillet (A.), Paris, Garnier, 2018.

JÈZE (G.), *Les principes généraux du droit administratifs*, Paris/Nancy, Berger Levrault et Cie, 1904.

JÈZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, t. 3, Paris, Dalloz, 2011 (1926).

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1997 (1945).

LABAND (P.), *Droit public de l'Empire allemand*, t. 1, Paris, Giard et Brière, 1900.

DE LAUBADÈRE (A.), *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1976.

LAUVAUX (P.), LE DIVELLEC (A.), *Les grandes démocraties contemporaines*, 4^{ème} éd., Paris, PUF, 2015.

LUCHAIRE (F.), CONAC (G.), PRETOT (X.) (dir.), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2009.

- MAURER (H.), *Droit administratif allemand*, 8^{ème} éd., traduction par Fromont (M.), Paris, LGDJ, 1994.
- MAURER (H.), *Droit administratif allemand*, Paris, LGDJ, 1995.
- MICHELET (J.), *Histoire de la Révolution française*, t. 6, Paris, Chamerot, 1853.
- MONJAL (P.-Y.), *Droit européen des collectivités locales*, Paris, LGDJ, 2010.
- MOOR (P.), *Droit administratif*, t. 3, Berne, Stämpfli, 1992.
- MOREAU (J.), *Administration régionale, départementale et municipale*, 14^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2004.
- PONTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010.
- RÉMOND (B.), BLANC (J.), *Les collectivités locales*, 3^{ème} éd., Paris, Presses de Sciences Po, 1995.
- RIVERO (J.), WALINE (M.), *Droit administratif*, 19^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1999.
- ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013.
- ROUX (A.), *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1995.
- SAUTEL (G.), *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française : administration, justice, finances*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1990.
- SCELLE (G.), *Manuel élémentaire de droit international public*, 2^{ème} éd., Paris, Domat-Montchrestien, 1948.
- SCELLE (G.), *Le droit public et la théorie de l'État*, Paris, Rousseau, 1951.
- SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2013 (1928).
- STOLLEIS (M.), *Histoire du droit public en Allemagne (1800-1914)*, traduction par Maillet (M.-A.) et Roy (M.-A.), Paris, Dalloz, 2014.
- STOLLEIS (M.), *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne*, traduction par Gaillet (A.), Paris, Garnier, 2018
- SUEUR (P.), *Histoire du droit public français, XV^{ème}-XVIII^{ème} siècle*, t. 1, Paris, PUF, 2007.
- TREMBLAY (A.), *Droit constitutionnel – Principes*, Montréal, Thémis, 2000.
- TURPIN (D.), *Droit de la décentralisation*, Paris, Gualino, 1998.
- VEDEL (G.), *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949.
- VEDEL (G.), *Droit administratif*, Paris, PUF, 1963.
- VEDEL (G.), DELVOLLÉ (P.), *Droit administratif*, 7^{ème} éd., t. 1, Paris, PUF, 1980.
- VEDEL (G.), DELVOLLÉ (P.), *Droit administratif*, 12^{ème} éd., t. 2, Paris, PUF, 1992.
- VERPEAUX (M.), JANICOT (L.), *Droit des collectivités territoriales*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2015.
- DE VILLIERS (M.), DE BERRANGER (T.), *Droit public général*, 7^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2017.
- WALINE (J.), *Droit administratif*, 27^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018.
- ZILLER (J.), *Administrations comparées*, Paris, Montchrestien, 1993.

II. Ouvrages spéciaux, monographies, thèses de doctorat et d'habilitation

- ALLEGRETTI (U.) (dir.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Florence, Firenze University Press, 2010.
- AMPHOUX (J.), *Le Chancelier fédéral dans le régime constitutionnel de la République Fédérale d'Allemagne*, Paris, LGDJ, Paris, 1962.
- AMSELEK (P.) (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994.
- AMSELEK (P.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.), *La personnalité morale*, Paris, Dalloz, 2010.
- AUBY (J.-B.), *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, 2006.

- AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010.
- AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2010.
- AUCOC (L.), « Controverses sur la décentralisation administrative. Etude historique », *Revue politique et parlementaire* 1895.
- BACCOYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Paris, Economica, 1993.
- BARROCHE (J.), *État, libéralisme et christianisme. Critique de la subsidiarité européenne*, Paris, Dalloz, 2012.
- BARTHÉLÉMY (C.), *Le régionalisme institutionnel en Europe. Droit comparé en Belgique, Espagne, Italie, Royaume-Uni, France*, Paris, L'Harmattan, 2009.
- BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994.
- BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2009.
- BEAUD (O.), PASQUINO (P.) (dir.), *La controverse sur le gardien de la Constitution*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007.
- BEAUD (O.), WACHSMANN (P.) (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997.
- BECET (J.-M.), *La commune dans le système administratif français*, Paris, Centre de Formation des Personnels Communaux, 1983.
- BÉHAR (P.), GRUNEWALD (M.) (dir.), *Frontières, transferts, échanges transfrontaliers et interculturels*, Berne, Peter Lang, 2005.
- BERGER (G.) et al. (dir.), *Le fédéralisme*, Paris, PUF, 1956.
- BIARD (M.), *Les lilliputiens de la centralisation. Des intendants aux préfets : les hésitations d'un « modèle français »*, Seyssel, Champ Vallon, 2007.
- BIENVENU (J.-J.) et al. (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Paris, Dalloz, 2012.
- BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, Paris, LGDJ, 2000.
- BODIN (J.), *Les Six livres de la République*, Paris, Librairie générale française, 1993 (1583).
- BOREL (E.), *Étude sur la souveraineté et l'État fédératif*, Berne, Stämpfli, 1886.
- BOULOISEAU (M.) et al. (dir.), *Œuvres de Maximilien Robespierre*, t. 9, Paris, PUF, 1958.
- BOURJOL (M.) (dir.), *La commune, l'État et le droit*, Paris, LGDJ, 1990.
- BRIARD (M.) (dir.), *Querelles dans le clocher. Tensions et conflits entre les autorités dans les chefs-lieux de département (1790-1795)*, Rouen, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2014.
- BRISSON (J.-F.) (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, Paris, L'Harmattan, 2009.
- BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.), HEUSCHLING (L.) (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2001.
- BROUANT (J.-P.), *Le maire au nom de l'Etat : contribution à l'étude du dédoublement fonctionnel*, Paris, La documentation française, 2005.
- BRUNELLI (P.), *Le contrôle de légalité*, Paris, LGDJ, 1998.
- BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Rouen/Paris/Bruxelles, Publications de l'Université de Rouen/LGDJ/Bruylant, 2004.
- BRUNET (P.), ARENA (F.J.), *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*, Madrid, Marcial Pons Ediciones, 2011.
- BUI-XUAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Paris, Economica, 2004.
- BURDEAU (G.), *Le pouvoir, Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977.
- BURDEAU (F.), *Libertés, Libertés locales chéries !*, Paris, Cujas, 1983.

CAILLOSSE (J.), *Les « mises en scènes » juridiques de la décentralisation. Sur la question du territoire en droit public français*, Paris, LGDJ, 2009.

CAISSE DES DEPÔTS ET CONSIGNATIONS, *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, Paris, Éd. de l'Aube, 1999.

CAPITANT (D.), *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2001.

CAPITANT (D.), SCHNAPAUFF (K.-D.), *L'administration de la France et de l'Allemagne*, La Documentation française, 2007.

CAPITANT (D.), SOMMERMANN (K.-P.) (dir.), *Actualité du droit public comparé en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2009.

CASSESE (S.), *La construction du droit administratif – France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000.

CHAUVET (C.), *Le pouvoir hiérarchique*, Paris, LGDJ, 2013.

CHÉROT (J.-Y.), FRYDMAN (B.) (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 2^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1994.

CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, 5^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2017.

CHIFFLOT (N.), *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Paris, Dalloz, 2009.

COMBEAU (P.) (dir.), *Les contrôles de l'Etat sur les collectivités locales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007.

CORNET (C.), FERSTENBERT (J.), TOUVET (L.), *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*, Paris, Dalloz, 2001.

CÔTÉ (L.), *L'État démocratique*, 2^{ème} éd., Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014.

CURAPP, *La participation dans l'administration française*, Paris, PUF, 1975.

CURAPP/CRAPS, *La démocratie locale. Représentation, participation, espace public*, Paris, PUF, 1999.

CURAPP, *La Loi de pluviôse an VIII : survivance ou pérennité ?*, Paris, PUF, 2000.

DEBBASCH (R.), *Le Principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Paris, Economica, 1988.

DELCAMP (A.), *Le Sénat et la décentralisation*, Paris, Economica, 1991.

DELCAMP (A.), LOUGHLIN (J.) (dir.), *La décentralisation dans les Etats de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2002.

DEROSIER (J.-P.), *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée : Allemagne, France, Italie*, Paris, LGDJ, 2015.

DIGEON (C.), *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)*, Paris, PUF, 1959.

LE DIVELLEC (A.), *Le gouvernement parlementaire en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2004.

DOAT (M.), *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2003.

DUCLERCQ (J.-B.), *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2015.

DUPUIS (G.), *Le centre et la périphérie en France*, Paris, LGDJ, 2000.

DURAND (C.), *Les états fédéraux. Étude de droit constitutionnel positif*, Paris, Sirey, 1930.

DURAND (C.), *Confédération d'États et État fédéral*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1955.

EISENMANN (C.), *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948.

EISENMANN (C.), *Les sciences sociales dans l'enseignement supérieur, Droit*, Paris, Unesco, 1954.

EISENMANN (C.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1986 (1928).

- EMMANUELLI (F.-X.), *Un mythe de l'absolutisme bourbonien : L'intendance, du milieu du XVII^{ème} siècle à la fin du XVIII^{ème} siècle (France, Espagne, Amérique)*, Aix-en-Provence, Université de Provence, 1981.
- FERCOT (C.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Etat fédéral - Etude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Paris, Fondation de Varennes, 2011.
- FIORENTINO (K.), *La seconde chambre dans l'histoire des institutions et des idées politiques de 1789 à 1940*, Paris, Dalloz, 2008.
- FLOGAITIS (S.), *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, LGDJ, 1979.
- FLOQUET (C.) (dir.), *Pour en finir avec la « dé-centralisation ». Scénario pour la réforme régionale et l'organisation des pouvoirs locaux*, Paris, Éd. de l'Aube, 2002.
- FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, 2002.
- FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, Paris, LGDJ, 2005.
- FRANÇOIS (E.), SERRIER (T.) (dir.), *Europa : notre histoire*, Paris, Les arènes, 2017.
- FROMONT (M.) (dir.), *Les Compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suisse)*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Litec, 1987.
- FROMONT (M.), CHENUT (P.), *Le droit allemand en langue française : répertoire bibliographique*, Paris, CIRAC, 1990.
- FROMONT (M.) (dir.), *Les cinquante ans de la République Fédérale d'Allemagne*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2000.
- LE FUR (L.), *État fédéral et Confédération d'États*, Paris, LGDJ, 2000 (1896).
- FURET (F.), *Penser la Révolution française*, 2^{ème} éd., Paris, Gallimard, 1983.
- GAILLET (A.), *L'individu contre l'État*, Paris, Dalloz, 2012.
- GEORGOPOULOS (T.), *La séparation horizontale des pouvoirs en France et en Allemagne à l'épreuve du droit communautaire : la fonction du contre-pouvoir*, Paris, Dalloz, 2005
- LE GLOANNEC (A.-M.) (dir.), *L'État en Allemagne. La République fédérale après la réunification*, Paris, Presses de Sciences Po, 2001.
- GOYARD-FABRE (S.) (dir.), *L'Etat moderne, 1715-1848*, Paris, Vrin, 2000.
- GRALE, *Droit et Gestion des collectivités territoriales*, Paris, Le Moniteur, 2018.
- GRÉMION (P.), *Le pouvoir périphérique. Bureaucrates et notables dans le système politique français*, Paris, Seuil, 1976.
- GREWE (C.), *Le fédéralisme coopératif en RFA*, Paris, Economica, 1981.
- GRUBER (A.), *La décentralisation et les institutions administratives*, 2^{ème} éd., Paris, Armand Colin, 1996.
- LE GUERN (M.), *Œuvres complètes*, t. 2, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, 2000.
- GUGLIELMI (G. J.), MARTIN (J.), *Le droit constitutionnel des collectivités territoriales : aspects de droit public comparé*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 2014.
- GUIGNARD (D.), *La notion d'uniformité en droit public français*, Paris, Dalloz, 2004.
- HAGUENAU-MOIZARD (C.), *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 2018.
- HANOTAUX (G.), *Les origines de l'institution des intendants de provinces (1550-1631)*, Paris, Champion, 1884.
- HASTINGS-MARCHADIER (A.), *La performance et les contrôles financiers de l'État sur les collectivités locales*, Paris, LGDJ, 2011.
- HERRERA (C. M.), *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997.
- HERRERA (C. M.) (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2001.

- HERRERA (C. M.), *La constitution de Weimar et la pensée juridique française*, Paris, Editions Kimé, 2011.
- HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002.
- HOCHMANN (T.), *Le négationnisme face aux limites à la liberté d'expression*, Paris, Pedone, 2003.
- HOCHMANN (T.), MAGNON (X.), PONSARD (R.) (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, Mare et Martin, 2018, à paraître.
- HOFFMANN-MARTINOT (V.), *Finances et pouvoir local. L'expérience allemande*, Paris, PUF, 1992.
- HUGLO (B.), *La contractualisation des relations entre l'État et les collectivités territoriales*, Paris, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2014.
- HUMMEL (J.), *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, 2002.
- INSTITUT INTERNATIONAL D'ADMINISTRATION, *Délocalisations administratives*, Paris, La Documentation française, 1994.
- JAKOBSON (R.), *Mélanges en l'honneur de Roman Jakobson*, t. 2, La Haye/Paris, Mouton, 1967.
- JOUANJAN (O.) (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.
- JOUANJAN (O.), *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918 : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^{ème} siècle*, Paris, PUF, 2005.
- JOUANJAN (O.) (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010.
- JOUANJAN (O.), *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2016.
- KADIA (N.), *Les collectivités territoriales dans l'Union européenne : vers une Europe décentralisée*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2010.
- KERVÉGAN (J.-F.), *Hegel, Carl Schmitt le Politique entre spéculation et positivité*, PUF, Paris, 1992.
- KERVÉGAN (J.-F.), MOHNHAUPT (H.) (dir.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie - Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- KERVÉGAN (J.-F.) (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa République et ses juristes*, Lyon, ENS Éditions, 2002.
- KORDEVA (M.), *Le principe de la séparation des pouvoirs en droit allemand : étude doctrinale et jurisprudentielle*, thèse, Strasbourg, Université de Strasbourg, 2014.
- KOSELLECK (R.), *L'expérience de l'histoire*, Paris, Seuil/Gallimard, 1997.
- LACHAUME (J.-F.), *L'administration communale*, Paris, LGDJ, 1997.
- LAFERRIÈRE (E.), *Loi organique départementale du 10 août 1871 et lois spéciales relatives au département de la Seine et à l'Algérie, textes officiels annotés*, 2^{ème} éd., Paris, Cotillon et fils, 1872.
- DE LAMARTINE (A.), *Une seule chambre : discours prononcé à l'Assemblée nationale*, Paris, Hachette, 2013.
- LAMI (A.), *Tutelle et contrôle de l'Etat sur les Universités françaises. Mythe et réalité*, Paris, LGDJ, 2015.
- LEBEN (C.), *Hans Kelsen. Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001.
- LEBEN (C.), *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques de Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002.
- LEROUSSEAU (N.), ROSSETTO (J.), *Les Collectivités locales et l'intégration européenne*, Tour, Presses Universitaires François Rabelais, 2005.

- MAHON (P.), *La décentralisation administrative : étude de droit public français, allemand et suisse*, Genève, Droz, 1985.
- MALO (L.), *Autonomie locale et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- DI MALTA (P.), *Essai sur le pouvoir hiérarchique*, Paris, LGDJ, 1961.
- MARCOU (G.) et al. (dir.), *Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne*, Paris, La Documentation française, 2003.
- MARCOU (G.), KISTENMACHER (H.), GLEV (H.-G.), *L'aménagement du territoire en France et en Allemagne*, Paris, La Documentation française, 1994.
- MARCOU (G.), MODERNE (F.) (dir.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, 2001.
- MARCOU (G.), MODERNE (F.) (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, t. 2, Paris, L'Harmattan, 2005.
- MARCOU (G.), WOLLMANN (H.) (dir.), *La modernisation de la gestion des collectivités territoriales, Annuaire 2008 des Collectivités Locales*, Paris, CNRS Éditions, 2008.
- MARCOU (G.), MASING (J.) (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2011.
- MARICHY (J.-P.), *La deuxième chambre dans la vie politique française depuis 1875*, Paris, LGDJ, 1969.
- MARILLA (G.-D.), *Les pouvoirs du maire*, Paris, Berger-Levrault, 2014.
- MARTIN (S.), *Contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales*, Paris, Berger Levrault, 1990.
- MARTINET (A.), *Fonction et dynamique des langues*, Paris, Armand Colin, 1989.
- MASPETIOL (R.), LAROQUE (P.), *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930.
- MASTIAS (J.), *Le Sénat de la V^{ème} République : réforme et renouveau*, Paris, Economica, 1980.
- MATHIEU (B.) (dir.), *Le cinquantenaire de la Constitution de la V^{ème} République*, Paris, Dalloz, 2008.
- MATHIEU (B.), *La loi*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2010.
- MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (dir.), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996.
- MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, 1998.
- MAULIN (E.), *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003.
- MAYER (O.), *Le droit administratif allemand*, t. 4, Paris, Giard et Brière, 1906.
- MEINDL (T.), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, LGDJ, 2003.
- MELLERAY (G.), *La tutelle de l'État sur les communes*, Paris, Sirey, 1981.
- MELLERAY (F.) (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- MENY (Y.), *Centralisation et décentralisation dans le débat politique français (1945-1969)*, Paris, LGDJ, 1974.
- MENY (Y.), SUREL (Y.), *Politique comparée. Les démocraties : Allemagne, Etats-Unis, France, Grande-Bretagne, Italie*, Paris, LGDJ, 2009.
- MERLAND (G.), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2004.
- MESCHERIAKOFF (A.-S.), *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, Strasbourg, Université des sciences juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, 1973.
- MILLET (F.-X.), *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, Paris, LGDJ, 2013.

- MIRKINE-GUETZEVIC (B.), *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1936.
- MODERNE (F.) (dir.), *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, 1983.
- MODERNE (F.), *Mouvements du droit public, Mélanges en l'honneur de Frank Moderne*, Paris, Dalloz, 2004.
- MOREAU (J.), D'ARCY (G.) (dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1984.
- MOREAU (J.), VERPEAUX (M.) (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica, 1992.
- MOREAU (J.), PETIT (J.), *Les collectivités locales : mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003.
- MOUSKHELY (M.), *La théorie juridique de l'État fédéral*, Paris, Pedone, 1931.
- MUNKE (M.), THOB (H.) (dir.), *Europäische Räume – Les espaces européens*, Berlin, Duncker und Humblot, 2013.
- NÉMERY (J.-C.) (dir.), *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2010.
- DE PANSEY (H.), *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, 4^{ème} éd., Paris, Benjamin Duprat/Videcoq, 1840.
- PARAVICINI (W.), WERNER (K. F.) (dir.), *Histoire comparée de l'administration (IV^{ème} – XVIII^{ème} siècles)*, Munich/Zurich, Artemis, 1980.
- PERROUD (T.), GAXIE (D.), KADA (N.), VIDAL (L.) (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou*, Paris, IRJS, 2017.
- PERTUÉ (M.) (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Orléans, Presses de l'Université d'Orléans, 1998.
- PETIT (J.-L.) (dir.), *La querelle des normes. Hommage à Georg Henrik von Wright*, Caen, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1995.
- PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, 1990.
- LE PILLOUER (A.) (dir.), *La protection de la Constitution, la protection par la Constitution*, Paris, LGDJ, 2017.
- PONTIER (J.-M.), *L'Etat et les collectivités locales. La répartition des compétences*, Paris, LGDJ, 1978.
- PONTIER (J.-M.), *La République en France*, Paris, Dalloz, 1998.
- POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *L'Union européenne et l'autonomie locale et régionale*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- PROTIÈRE (G.), *La puissance territoriale. Contribution à l'étude du droit constitutionnel local*, thèse, Lyon, Université Lyon 2, 2006.
- LE POURHIET (A.-M.) (dir.), *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1999.
- RAMBAUD (T.), *Introduction au droit comparé*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2017.
- RANGEON (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986.
- REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992.
- RÉGENT (F.) et al. (dir.), *Les colonies, la Révolution française, la loi*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014.
- REGOURD (S.), *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1982.
- REGOURD (S.), CARLES (J.), GUIGNARD (D.) (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, Toulouse/Paris, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole/LGDJ, 2013.
- RENARD (G.), *Théorie de l'institution*, Paris, Sirey, 1930.

- RENDERS (D.) et al., *Mélanges en hommage à Francis Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2007.
- RIALS (S.), *Destin du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1986.
- RIVERO (J.), *La décentralisation de l'administration, Rapport fait lors de la rencontre de la Deutsch-Französische Juristenvereinigung*, Marienberg/Westerwald, Riedel, 1955.
- ROBBE (F.), *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat*, Paris, LGDJ, 2001.
- ROSANVALLON (P.), *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 1990.
- ROSANVALLON (P.), *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 2004.
- ROSANVALLON (P.), *La Contre-Démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006.
- ROUSSEAU (D.), *Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes & Cie, 1997.
- SACRISTE (G.), *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Science Po, 2011.
- SANSON (C.), *Le contrôle administratif des actes locaux*, thèse, Paris, Université Paris 1, 1990.
- SCELLE (G.), *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, t. 1, Paris, Sirey, 1932.
- SIEYÈS (E. J.), *Qu'est-ce que le Tiers état*, 3^{ème} éd., Paris, Editions du Boucher, 2002 (1789).
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL (dir.), *Les collectivités territoriales non étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone, 2002.
- SOMMERMANN (K.-P.), OGNOIS (L.), LARAT (F.), *Théorie et pratique de la coopération franco-allemande dans l'administration et le domaine de la recherche depuis le Traité de l'Élysée*, Spire, Speyerer Arbeitsheft, 2015.
- STUART MILL (J.), *Considérations sur le gouvernement représentatif*, Paris, Guillaumin, 1877.
- TESOKA (L.), *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.
- TINIERE (R.), VIAL (C.) (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- DE TOCQUEVILLE (A.), *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1967 (1856).
- TRAVERSO (E.) (dir.), *Le Totalitarisme. Le XX^{ème} siècle en débat*, Paris, Seuil, 2001.
- TREMBLAY (A.), *La réforme de la Constitution au Canada*, Montréal, Thémis, 1995.
- TREMEAU (J.), *La réserve de la loi*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1997.
- TROPER (M.), JAULME (L.) (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1994.
- TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994.
- TROPER (M.) (dir.), *Interventionnisme économique et pouvoir local en Europe*, Paris, Economica, 2000.
- TROPER (M.), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 2014 (1973).
- VERPEAUX (M.), MATHIEU (B.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007.
- VOLMERANGE (X.), *Le fédéralisme allemand face au droit communautaire*, Paris L'Harmattan, 2000.
- WAKOTE (R.), *L'évolution des conceptions doctrinales et jurisprudentielles relatives au pouvoir de décision de l'administration en Allemagne et en France depuis 1860*, thèse, Paris, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2011.
- WAKOTE (R.) (dir.), *Les nouvelles compétences régionales*, Paris, L'Harmattan, 2018.

- WALINE (M.) (dir.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975.
- WEIL (P.) (dir.), *Politique de la laïcité au XX^{ème} siècle*, Paris, PUF, 2007.
- XYNOPOULOS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995.
- YAGUES (A.), *Vertus et limites de la décentralisation*, Bordeaux, Editions Bergeret, Les Cahiers du droit public, 1985.
- YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997.
- LE YONCOURT (T.), *Le préfet et ses notables en Ille-et-Vilaine au XIX^{ème} siècle (1814-1914)*, Paris, LGDJ, 2001.
- ZILLER (J.), *Administration comparée*, Paris, Montchrestien, 1993.

III. Articles et études de doctrine publiés dans des revues et dans des ouvrages collectifs

- ACHI (R.), « Les débats sur l'application du régime de séparation à l'Islam impérial », in Weil (P.) (dir.), *Politique de la laïcité au XX^{ème} siècle*, Paris, PUF, 2007, p. 237.
- ALCARAZ (H.), « Le principe de libre administration des collectivités locales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel après la révision du 28 mars 2003 », *RFDA* 2009, p. 497.
- ALLIES (P.), « Sénat : pour en finir avec l'anachronisme », *Pouvoirs locaux* 2005, n° 67, p. 87.
- AMSELEK (P.), « Notice bibliographique. Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques de Charles Eisenmann. Textes réunis par Charles Leben, Éd. Panthéon-Assas, 2002 », *RFDC* 2003, n° 53, p. 223.
- AMSELEK (P.), « Recension », *RFDC* 2003, p. 223.
- ARNOLD (R.), « Autonomie régionale et locale et constitutions – Allemagne », *AIJC* 2006, p. 107.
- ATIAS (C.), « L'expérimentation juridique : y a-t-il des expériences juridiques cruciales ? », in Amselek (P.) (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 129.
- AUBY (J.-M.), « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA* 1984, p. 468.
- AUBY (J.-B.), « Les contrôles administratifs, juridiques et financiers », *Pouvoirs* 1995, n° 73, p. 79.
- AUBY (J.-B.), « Décentralisation et pluralisme », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 39.
- AUTEXIER (C.), « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *RDP* 1981, p. 581.
- AUTEXIER (C.), « Le système de la *Kommunalaufsicht* en droit allemand », in Combeau (P.) (dir.), *Les contrôles de l'Etat sur les collectivités locales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 269.
- AVRIL (P.), BEAUD (O.), BOUVET (L.), WEIL (P.), « Non-cumul des mandats : la mise en garde de quatre universitaires », *Le Monde*, 25 mars 2013.
- AZIMI (V.), « La nation contre les petites nations. L'organisation de la France selon l'abbé Sieyès », in Pertué (M.) (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Orléans, Presses de l'Université d'Orléans, 1998, p. 365.
- BADINTER (R.), « Une longue marche « Du Conseil à la Cour constitutionnelle » », *CCC* 2008, n° 25, p. 6.

- BARANGER (D.), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle – Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* 2012, n° 7.
- BARASH (J. A.), « Hermann Heller, critique de Carl Schmitt », *Cités* 2001, n° 6, p. 175.
- BARBERIS (M.), « La séparation des pouvoirs », in Chagnollaud (D.) et Troper (M.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 706.
- BARBERIS (M.), « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 5.
- BARELLA (X.), « Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales : entre nécessité et controverses », in Regourd (S.) et al. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse, 2013, p. 107.
- BAUME (S.), « Penser l'État organique. Enjeux critiques d'une analogie », *Revue européenne des sciences sociales* 2002/1, p. 119.
- BAUME (S.), « Destin de l'antilibéralisme schmittien : penser l'équilibre des pouvoirs après 1945 », *Raisons politiques* 2004, n° 16, p. 9.
- BAUME (S.), « La réception critique de Carl Schmitt », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques* 2008, n°27, p. 111.
- BAUME (S.), « Les doctrines organicistes et la figuration des entités collectives : les motifs d'un engouement et d'une éclipse », *Raisons politiques* 2017, p. 101.
- BEAUD (O.), « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA* 1993, p. 1045.
- BEAUD (O.), « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP* 1998, p. 83.
- BEAUD (O.), « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? », *Annales de la faculté de droit de l'Université de Strasbourg* 1999, n° 3, p. 7.
- BEAUD (O.), « L'idée de pacte fédératif », in Kervégan (J.-F.) et Mohnhaupt (H.) (dir.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie - Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 201.
- BEAUD (O.), « A propos des "Ecrits de théorie du droit" de Charles Eisenmann », *Droits* 2002, n° 36, p. 189.
- BEAUD (O.), « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *RHFDSJ* 2004, n° 24, p. 165.
- BEAUD (O.), « Kelsen contre Schmitt : un dialogue de sourds », in Beaud (O.) et Pasquino (P.) (dir.), *La controverse sur le gardien de la Constitution*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007, p. 197.
- BEAUD (O.), « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », in Schmitt (C.), *Théorie de la Constitution*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2013, p. 5.
- BEAUD (O.), « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », in Herrera (C. M.) (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 47.
- BECET (J.-M.), « Tutelle ou hiérarchie », in Moreau (J.) et Verpeaux (M.) (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica, 1992, p. 239.
- BELDA (P.), « D'une décentralisation hésitante à une centralisation vigoureuse. Faiblesse et disparition de l'autonomie de la municipalité révolutionnaire lyonnaise (12 avril 1790 – 7 ventôse an IV) », *Annuaire des collectivités locales* 2005, p. 587.
- BELLOUBET (N.), « Vers un modèle européen d'administration locale ? », *RFAP* 2007, p. 5.
- BENETTI (J.), « La genèse de la réforme », *AJDA* 2010, p. 74.
- BENOIT (F.-P.), « La transmission au préfet des actes de collectivités locales », in Benoit (F.-P.) et Douence (J.-C.) (dir.), *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, t. 5, Paris, Dalloz, 2005, Chapitre 2.

BENOIT (F.-P.), « Les actes des collectivités locales », in Benoit (F.-P.) et Douence (J.-C.) (dir.), *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, t. 5, Paris, Dalloz, 2005, Chapitre 2.

BERLIÈRE (J.-M.), « Les pouvoirs de police : attributs du pouvoir municipal ou de l'État ? », *Criminocorpus* 2009.

BIENVENU (J.-J.), « Les idées de Charles Eisenmann en matière d'interprétation juridique », in Amselek (P.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p. 67.

BILLET (P.), « Aspects du contrôle administratif des actes des communes et des cantons en droit suisse », in Combeau (P.) (dir.), *Les contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 289.

BLONDEL (G.), « De l'enseignement du droit dans les universités allemandes », *Revue internationale de l'enseignement* 1885, n° 9, p. 432.

VON BOGDANDY (A.), « La science juridique dans l'espace juridique européen, une réflexion à partir de l'exemple allemand », *D* 2011, n° 24, p. 2816.

BON (P.), « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA* 2009, p. 1107.

BON (P.), « Premières questions, premières précisions », *RFDA* 2010, p. 679.

BONNARD (R.), « La théorie de la formation du droit par degré dans l'œuvre d'Adolf Mehl », *RDP* 1928, p. 668.

BONNET (J.), « Les contrôles a priori et a posteriori », *NCCC* 2013, n° 40, p. 105.

LE BOT (O.), « L'utilisation du référé-liberté par les collectivités territoriales », *AJDA* 2015, p. 592.

BOURJOL (M.), FAVOREU (L.), « Élaboration du statut : compétence exclusive de l'État ou compétence partagée ? », *Cahiers du CFPC* 1983, n° 13, p. V.

BOURJOL (M.), « Libre administration et décentralisation », in Yagues (A.), *Vertus et limites de la décentralisation. Colloque des 2 et 3 mai 1985, Université de Clermont-Ferrand*, Bordeaux, Editions Bergeret, Les Cahiers du droit public, 1985, p. 61.

BOURJOL (M.), « Pouvoir municipal et décentralisation : De Barante, Henrion De Pansey, Maurice Hauriou », in Bourjol (M.) (dir.), *La commune, l'État et le droit*, Paris, LGDJ, 1990, p. 178.

BOURJOL (M.), « Statut constitutionnel », *Jurisclasseur des collectivités locales* 1994, Fascicule 93, n° 58.

BOURTHOUMIEUX (C.), « Fédéralisme et démocratie dans la Constitution de Weimar et Loi fondamentale de Bonn », *RIDC* 1950, p. 27.

BOUSTA (R.), « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC* 2007, p. 859.

LE BOZEC (C.), « Albert MATHIEZ. La Réaction thermidorienne », *AHRF* 2011, p. 225.

BRAIBANT (G.), « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le Juge et le droit public*, t. 2, Paris, LGDJ, 1974, p. 297.

BRICAULT (J.-M.), « L'impact de la RGPP sur le contrôle de légalité », *RFAP* 2010, p. 943.

BRISSON (J.-F.), « Les nouvelles clés constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA* 2003, p. 529.

BROSSET (E.), « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC* 2004, p. 659.

DE BRUYCKER (P.), NIHOUL (M.), « L'impact de la régionalisation sur l'autonomie locale », *Annuaire des Collectivités locales* 1996, p. 37.

DE BRUYCKER (P.), LAGASSE (N.), « Achèvement du fédéralisme et de la décentralisation », in Delcamp (A.) et Loughlin (J.) (dir.), *La décentralisation dans les Etats de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 75.

BULLINGER (M.), « Droit de la régulation, services publics et intégration régionale en Allemagne », in Marcou (G.) et Moderne (F.) (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, t. 2, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 143.

BURDEAU (F.), « Affaires locales et décentralisation : évolution d'un couple de la fin de l'ancien Régime à la Restauration », in *Le pouvoir. Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 765.

BURGORGUE-LARSEN (L.), « Le concept de liberté publique et de droit fondamental », in Auby (J.-B.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 389.

CAILLE (P.-O.), « Le cumul des mandats au regard des expériences étrangères », *RDP* 2000, p. 1701.

CAILLOSSE (J.), « Sur les modes de règlement non juridictionnel des conflits internes à l'administration », *AJDA* 2003, p. 880.

CANEDO (M.), « L'histoire d'une double occasion manquée », *RDP* 2003, p. 767.

CAPITANT (D.), « Les fonctions respectives du Bundestag et du Bundesrat. Regard français », in Fromont (M.) (dir.), *Les cinquante ans de la République Fédérale d'Allemagne*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2000, p. 47.

CARCASSONNE (G.), « Pour un Bundesrat français », *Pouvoirs locaux* 2005, n° 67, p. 104.

CARRÉ DE MALBERG (R.), « La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar », *Bull. Soc. légis. comp.* 1923-24, p. 285.

CASSIA (P.), « Le maire, agent de l'Etat », *AJDA* 2004, p. 245.

CASSIA (P.), « La contrainte au paiement d'une somme d'argent en cas d'inexécution d'une décision juridictionnelle par une collectivité territoriale », *AJDA* 2007, p. 1218.

CAYLET (S.), « Décentralisation et contractualisation », in Regoud (S.), Carles (J.) et Guignard (D.) (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, Toulouse/Paris, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole/LGDJ, 2013, p. 253.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », *Cahiers français* 2010, n° 354, p. 19.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum* 2010, n°5.

CHARITÉ (M.), « Les commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel », *RDP* 2015, p. 451.

CHAVRIER (G.), « Les conseillers territoriaux : questions sur la constitutionnalité d'une création inspirée par la Nouvelle-Calédonie », *AJDA* 2009, p. 2380.

CHEVALLIER (J.), « Bilan de recherche sur la participation dans l'administration française », in CURAPP (dir.), *La participation dans l'administration française*, Paris, PUF, 1975, p. 5.

CHEVALLIER (J.), « La « Modernisation de l'action publique » en question », *RFAP* 2016, p. 585.

CHICOT (P.-Y.), « L'association des départements et régions d'outre-mer à l'exercice du pouvoir législatif et réglementaire », *Pouvoirs locaux* 2010, n° 86, p. 88.

COHENDET (M.-A.), « Une crise de la représentation politique ? », *Cités* 2004, n° 18, p. 41.

COLLY (F.), « Aides publiques locales et contrôle de l'Etat », in Combeau (P.) (dir.), *Les contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 213.

COMBEAU (P.), « Introduction », in Combeau (P.) (dir.), *Les contrôles de l'Etat sur les collectivités locales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 1.

COMBEAU (P.), « Contrôle de légalité et responsabilité de la puissance publique », in Combeau (P.) (dir.), *Les contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 35.

CROUZATIER-DURAND (F.), « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative », *RFDC* 2003, p. 675.

CROUZATIER-DURAND (F.), « L'expérimentation, pâle illustration du pouvoir normatif local », *Pouvoirs locaux* 2010, n° 86, p. 97.

CROZIER (M.), THEONIG (J.-C.), « La régulation des systèmes organisés complexes : le cas du système de décision politico-administratif local en France », *Revue française de sociologie* 1975, p. 3.

DAGRON (S.), « La théorie allemande de la légitimité démocratique de l'administration », *Revue européenne de droit public* 2006, n° 18, p. 1279.

DANTONEL-COR (N.), « Les délais en matière de contrôle de légalité », in Combeau (P.) (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 21.

DEBBASCH (R.), « Décentralisation et unité territoriale », in Moreau (J.) et Verpeaux (M.) (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica 1992, p. 141.

DEBBASCH (R.), ROUX (A.), « L'indivisibilité de la République », in Mathieu (B.) et Verpeaux (M.) (dir.), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 59.

DELCAMP (A.), « Les problèmes de la déconcentration dans les pays européens », *RFDA* 1995, p. 730.

DELCAMP (A.), « La charte européenne de l'autonomie locale et son système de contrôle », *Annuaire des collectivités locales* 1999, p. 139.

DELCAMP (A.), LOUGHLIN (J.), « La décentralisation dans les Etats de l'Union européenne », in Delcamp (A.) et Loughlin (J.) (dir.), *La décentralisation dans les Etats de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 11.

DELPÉRÉE (F.), « Les collectivités locales et l'Europe », *AJJC* 2006, p. 315.

DEROSIER (J.-P.), « La dialectique centralisation/décentralisation – Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC* 2007, p. 107.

LE DIVELLEC (A.), « Droit, politique et justice constitutionnelle : deux textes d'Heinrich Triepel », *Jus Politicum* 2009, n° 2.

LE DIVELLEC (A.), « Présentation de deux textes de Heinrich Triepel : « Droit de l'Etat et politique » (1926) et « Essence et développement de la juridiction constitutionnelle d'Etat » (1929) », *Jus Politicum* 2009, n° 2.

DOLLAT (P.), « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'État unitaire à l'État uni », *RFDA* 2003, p. 670.

DONIER (V.), « Les clairs-obscurs de la nouvelle répartition des compétences », *AJDA* 2011, p. 92.

DONIER (V.), « La réforme des collectivités territoriales à l'épreuve de la Charte européenne de l'autonomie locale », in Perroud (T.), Gaxie (D.), Kada (N.) et Vidal (L.) (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou*, Paris, IRJS, 2017, p. 169.

DORD (O.), « Vers un nouveau type de dédoublement fonctionnel : le préfet organe communautaire ? », in CURAPP, *La Loi de plurièose an VIII : survivance ou pérennité ?*, Paris, PUF, 2000, p. 171.

DOUENCE (J.-C.), « Contrôle de légalité et contentieux de l'annulation. Réformisme législatif et fixisme jurisprudentiel », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 71.

DOUENCE (J.-C.), « La prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre », *RFDA* 2004 p. 525.

DOUENCE (M.), « L'argument de droit comparé – Les travaux préparatoires de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 sur l'organisation décentralisée de la République », in Melleray (F.) (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 152.

DOUENCE (M.), « L'influence du droit communautaire sur les collectivités territoriales », in Auby (J.-B.) et Dutheil de la Rochère (J.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1089.

DOUENCE (M.), « L'influence du droit de l'Union européenne sur les collectivités territoriales », in Auby (J.-B.) et Dutheil de la Rochère (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 1089.

DUBUT (T.), « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des « exigences constitutionnelles », *RFDC* 2009, p. 749.

DUFFY-MEUNIER (A.), JANICOT (L.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « Observatoire de jurisprudence constitutionnelle », *NCCC* 2011, n° 32, p. 213.

DUPRAT (J.-P.), « Représentation territoriale et modération politique : le Sénat français », *RIPC* 1999, n° 6, p. 81.

DURAND (C.), « De l'État fédéral à l'État unitaire décentralisé », in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 193.

DURAND (C.), « L'État fédéral en droit positif », in Berger (G.) et al. (dir.), *Le fédéralisme*, Paris, PUF, 1956, p. 171.

DURAND (F.), « Le 30^{ème} anniversaire de la charte européenne de l'autonomie locale », *AJDA* 2015, p. 2313.

DURANTHON (A.), « À propos d'un cheval de Troie : le Conseil constitutionnel et la suppression de la clause de compétence générale », *Constitutions* 2016, p. 677.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), ODINET (G.), « De l'art de contester une loi par des voies détournées », *AJDA* 2015, p. 2374.

EISENMANN (C.), « Droit public, droit privé », *RDP* 1952, p. 903.

EISENMANN (C.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Ar. philo. dr.* 1966, n° 11, p. 25.

FAUCHOIS (Y.), « Centralisation », in Furet (F.) et Ozouf (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Paris, Flammarion, 2007 (1988), p. 67.

FAURE (B.), « Existe-t-il un « pouvoir local » en droit constitutionnel français », *RDP* 1996, p. 1539.

FAURE (B.), « Le logement de fonction dans la fonction publique territoriale. Toujours à propos du pouvoir réglementaire local », *RFDA* 1996, p. 105.

FAURE (B.), « La constitutionnalisation du droit des collectivités locales », *LPA* 1999, n° 75, p. 12.

FAURE (B.), « Le pouvoir réglementaire des collectivités locales », in Caisse des dépôts et des consignations, *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, Paris, Éd. de l'Aube, 1999, p. 343.

FAURE (B.), « Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration du droit des collectivités locales », *Pouvoirs* 2001, n° 99, p. 117.

FAURE (B.), « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mouvements du droit public, Mélanges en l'honneur de Frank Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 165.

FAURE (B.), « Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité », *RFDA* 2004, p. 1150.

FAURE (B.), « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *CCC* 2005, n° 19, p. 119.

FAURE (B.), « Faut-il garder le mot « tutelle » en droit administratif ? », *AJDA* 2008, p. 113.

FAURE (B.), « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDP* 2008, p. 233.

FAURE (B.), « La collaboration du publiciste et du privatiste au sujet des droits fondamentaux des personnes morales », in Association Henri Capitant (dir.), *La personnalité morale*, Paris, Dalloz, 2010, p. 93.

FAURE (B.), « Le regroupement départements-région : remède ou problème ? », *AJDA* 2011, p. 86.

FAURE (B.), « L'apparition d'un droit constitutionnel des collectivités territoriales », in Regourd (S.) et al. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse, 2013, p. 73.

FAURE (B.), « Règlements locaux et règlements nationaux », *NCCC* 2014, n° 42, p. 43.

FAURE (B.), « La fin d'une catégorie juridique : la collectivité territoriale ? », *AJDA* 2016, p. 2438.

FAURE (B.), « Les collectivités territoriales et les juges », *AJDA* 2016, p. 583.

FAVOREU (L.), « Le statut des collectivités territoriales de la République et le fonctionnement des pouvoirs constitutionnels : la décision du 23 mai 1979 », *RDP* 1979, p. 1694.

FAVOREU (L.), « Décentralisation et Constitution », *RDP* 1982, p. 1252.

FAVOREU (L.), « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in Moderne (F.) (dir.), *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, 1983, p. 15.

FAVOREU (L.), « Libre administration et principes constitutionnels », in Moreau (J.) et D'Arcy (G.) (dir.), *La libre administration des collectivités locales*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1984, p. 63.

FAVOREU (L.), « Libertés locales et libertés universitaires. Les décisions du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984 », *RDP* 1984, p. 687.

FAVOREU (L.), « La problématique constitutionnelle des projets de réforme des collectivités territoriales », *RFDA* 1990, p. 399.

FAVOREU (L.), « Les bases constitutionnelles de la décentralisation », in Moreau (J.) et Verpeaux (M.) (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica, 1992, p. 83.

FAVOREU (L.), ROUX (A.), « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *CCC* 2002, n° 12, p. 88.

FAVOREU (L.), « La notion constitutionnelle de collectivité territoriale », in *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de J. Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 155.

FAVOREU (L.), « Avant-propos à la première édition », in Favoreu (L.) et al., *Droit des libertés fondamentales*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2016, p. XIII.

FAVRE (J.), TARDIVEL (B.), « Recherche sur la catégorie jurisprudentielle des "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle" », *RDP* 2000, p. 1415.

FEDLMANN (J.-P.), « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *RFDC* 2010, p. 483.

FLAUSS (J.-F.), « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP* 1992, p. 1625.

FORSTHOFF (E.), « L'État total », in Traverso (E.) (dir.), *Le Totalitarisme. Le XX^{ème} siècle en débat*, Paris, Seuil, 2001, p. 147.

FRANK (M.), « L'administration des Länder », *RFAP* 1996, p. 305.

FRIER (P.-L.), « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA* 2003, p. 559.

FROMONT (M.), « Le Pouvoir réglementaire et le juge dans la République fédérale d'Allemagne », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, t. 1, Paris, LGDJ, 1974, p. 27.

FROMONT (M.), « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in Waline (M.) (dir.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 49.

FROMONT (M.), « L'évolution du fédéralisme depuis 1949 », in *Le pouvoir, Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 661.

FROMONT (M.), « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, numéro spécial, p. 156.

FROMONT (M.), « Le juge administratif et les collectivités locales en Allemagne, en France et en Italie », *Diritto processuale amministrativo*, 2002, p. 364.

FROMONT (M.), « Les progrès de la décentralisation en France », *JöR* 2006, p. 307.

FROMONT (M.), « La réforme du fédéralisme allemand de 2006 », *RFDC* 2007, p. 227.

FROMONT (M.), « Le droit constitutionnel allemand des collectivités territoriales », in Guglielmi (G. J.), Martin (J.) (dir.), *Le droit constitutionnel des collectivités territoriales : aspects de droit public comparé*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 2014 p. 191.

FURET (F.), « Jacobinisme », in Furet (F.) et Ozouf (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Paris, Flammarion, 2007 (1988), p. 233.

FURET (F.), « Tocqueville », in Furet (F.) et Ozouf (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Interprètes et historiens*, Paris, Flammarion, 2007 (1988), p. 261.

GAILLET (A.), « Coopération et échanges entre acteurs du droit administratif européen », in Perroud (T.), Gaxie (D.), Kada (N.) et Vidal (L.) (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou*, Paris, IRJS, 2017, p. 789.

GALETTA (D.-U.), « Le principe de proportionnalité », in Auby (J.-B.) et Dutheil de la Rochère (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 501.

GALLO (C.), « Recherches sur la territorialisation du droit », *Jurisdoctoria* 2013, n° 10, p. 21.

GAUDEMET (P.-M.), « Paul Laband et la doctrine française de droit public », *RDP* 1989, p. 957.

GAUDEMET (Y.), « Constitution et biens publics », *NCCC* 2012, n° 37, p. 65.

GAUTHIER (B.), « Les relations entre le pouvoir central et les administrations locales sous la monarchie constitutionnelle (1789-1792) », in Pertué (M.) (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Orléans, Presses universitaires d'Orléans, 1998, p. 291.

GAUTHIER (F.), « Albert Mathiez, historien de la Révolution française », *AHRF* 2008, p. 95.

GAUTIER (M.), RICHER (L.), SOMMERMANN (K.-P.), WACHSMANN (P.), « Table ronde sur les enjeux scientifiques et méthodologiques de la thèse en droit administratif », *RFDA* 2016, p. 1099.

GÉLÉDAN (F.), « Spectres du Léviathan : l'État à l'épreuve de la simplification administrative (2006-2015) », *RFAP* 2016, p. 33.

GENEVOIS (B.), « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA* 1998, p. 909.

GERARDIN (N.), « L'objectif de simplification dans les réformes territoriales récentes : l'exemple de la clause de compétence générale », *RFAP* 2016, n° 1, p. 95.

GLÉNARD (G.), « Les rapports entre les pouvoirs administratifs locaux selon la Constituante de 1789 », in Briard (M.) (dir.), *Querelles dans le clocher. Tensions et conflits entre les autorités dans les chefs-lieux de département (1790-1795)*, Rouen, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2014, p. 13.

LE GLOANNEC (A.-M.), « La conception de l'État en République fédérale : valeurs et démocratie », in Le Gloannec (A.-M.) (dir.), *L'État en Allemagne. La République fédérale après la réunification*, Paris, Presses de Sciences Po, 2001, p. 19.

GOHIN (O.), « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État », *AJDA* 2003, p. 522.

GOHIN (O.), « Pouvoir législatif et collectivités locales », in *Les collectivités locales : mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 177.

GOHIN (O.), « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », *CCC* 2004, p. 95.

- GOHIN (O.), JOYAU (M.), « L'évolution institutionnelle de la Polynésie française », *AJDA* 2004, p. 1242.
- GOSEWINKEL (D.), « Histoire et historiographie de l'État en France et en Allemagne », in Chatriot (A.) et Gosewinkel (D.) (dir.), *Figurationen des Staates in Deutschland und Frankreich. Les figures de l'État en Allemagne et en France, 1870-1945*, Berlin, De Gruyter, 2006, p. 19.
- GREWE (C.), « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs* 2011, n° 137, p. 143.
- GREWE (C.), « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité : à la recherche d'une frontière introuvable », *RFDC* 2014, p. 961.
- GRIMM (D.), « Les relations financières dans le système fédéral allemand », in Aubert (J. F.) et al. (dir.), *Les problèmes financiers dans l'État régionalisé*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 1.
- GRIMM (D.), « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *Jus Politicum* 2011, n° 6.
- GRIMM (D.), « La souveraineté », in Troper (M.) et Chagnollaud (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 547.
- GRIMM (D.), « Subsidiarité et fédéralisme », in Rohlfing-Dijoux (S.), Peglow (K.) (dir.), *La subsidiarité*, Berne, Peter Lang 2014, p. 139.
- GROSHENS (J.-C.), « Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés », *AJDA* 1966, p. 140.
- GUASTINI (R.), « L'interprétation de la Constitution », in Troper (M.) et Chagnollaud (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 465.
- GUENIFFEY (P.), « Constitution et intérêts sociaux : le débat sur les deux chambres », in Troper (M.) et Jaulme (L.) (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1994, p. 77.
- GUGLIELMI (G.), « L'histoire du droit administratif érigée en objet (2001-2006) », *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte (Annuaire d'histoire administrative européenne)*, 2007, p. 299.
- GUGLIELMI (G. J.), « Les modèles de l'Italie et de l'Espagne », in Wakote (R.) (dir.), *Les nouvelles compétences régionales*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 129.
- GUILLOUD (L.), « Le comité des régions, un organe paradoxal de l'Union européenne », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 2009, p. 582.
- GUYOMAR (M.), COLLIN (P.), « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA* 2001, p. 143.
- HAMAN (A.), « Le II^{ème} Reich allemand, un empire ou un État fédératif ? », *Jus Politicum* 2015, n° 14.
- HAQUET (A.), « La fausse concurrence du Premier Ministre et des autorités territoriales pour l'exécution des lois », *Pouvoirs locaux* 2010, n° 86, p. 102.
- HAURIOU (M.), « Décentralisation », in Bequet (L.) (dir.), *Répertoire du droit administratif*, t. 9, Paris, Paul Dupont, 1891, p. 471.
- HELLER (H.), « Démocratie politique et homogénéité sociale », *Cités* 2001 (1928), p. 199.
- HERRERA (C. M.), « Théorie et politique dans la réception de Kelsen en France », in Herrera (C. M.) (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2001, p. 13.
- HERRERA (C. M.), « Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar », in Kervegan (J.-F.) (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa République et ses juristes*, Lyon, ENS Editions, 2002, p. 87.
- HERRERA (C. M.), « Du rejet au succès ? Sur la fortune de Hans Kelsen en France », *Austriaca* 2007, n° 63, p. 151.

HERTZOG (R.), « Les dépenses des collectivités territoriales en Europe : une grande diversité, difficile à bien connaître », *Droit et gestion des collectivités territoriales*, 2011, p. 185.

HERTZOG (R.), « Intervention », in Verpeaux (M.) et Moreau (J.) (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica, 1992, p. 254.

HEYEN (E. V.), « Administration communale et science du droit administratif en France et en Allemagne (1871-1914) », *RRJ* 1992, p. 270.

HIDIEN (J. W.), « La tutelle administrative du Land sur les collectivités locales en RFA », *Administration* 1986, n° 134, p. 96.

HOCHMANN (T.), « Retour en Rhodésie : Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité », *RFDC* 2016, p. 48.

HOCHMANN (T.), « Protéger les violations de la Constitution : le Fehlerkalkül d'Adolf Merkl », in Le Pillouer (A.) (dir.), *La protection de la Constitution, la protection par la Constitution*, Paris, LGDJ, 2017, p. 115.

HOCHMANN (T.), « Hans Kelsen et le constitutionnalisme global : Théorie pure du droit et projet politique », *Jus Politicum* 2018, n° 19.

HOCHMANN (T.), « Les théories de la « prise en compte des défauts » et de l' « habilitation alternative », in Hochmann (T.), Magnon (X.) et Ponsard (R.) (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, Mare et Martin, 2018, à paraître.

HOFFMANN-MARTINOT (V.), « Décentralisation et fédéralisme coopératif », in Institut international d'administration, *Délocalisations administratives*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 17.

HOKE (R.), « Mais qui était donc le souverain du Saint Empire ? Une question du droit public allemand posée et résolue à partir de la doctrine française », *RHFDSJ* 1998, p. 35.

HOURQUEBIE (F.), « La nouvelle carte des régions : question de bon sens ou de baronnie ? », *AJDA* 2015, p. 626.

HOUTEER (C.), « Collectivités locales, collectivités à compétences spécialisées », in Moreau (J.) et Verpeaux (M.) (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica 1992, p. 97.

JACKSON (V.), « Fédéralisme – Normes et territoires », in Troper (M.) et Chagnollaude (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 5.

JAN (P.), « La place, le rôle constitutionnel et l'influence du Sénat », *Pouvoirs locaux* 2005, n° 67, p. 48.

JANICOT (L.), « La tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales trente ans après la loi du 2 mars 1982 », *AJDA* 2012, p. 753.

JAUME (L.), SOLEIL (S.), « Centralisation / Décentralisation. Retour sur quelques certitudes historiques », *AJDA* 2005, p. 760.

JEGOUZO (Y.), VERPEAUX (M.), « Les collectivités territoriales », in Gonod (P.), Melleray (F.) et Yolka (P.) (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Paris, Dalloz, 2011, p. 269.

JESTAEDT (M.), « La double constitution – Une stratégie positiviste », *Jus Politicum* 2011, n° 6.

JESTAEDT (M.), « La science comme vision du monde : science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », in Jouanjan (O.) (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010, p. 171.

JOUANJAN (O.), « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle – République Fédérale d'Allemagne », *AIJC* 1994, p. 229.

JOUANJAN (O.), FROMONT (M.), « République fédérale d'Allemagne – Chroniques de jurisprudence constitutionnelle », *AIJC* 1995, p. 736.

JOUANJAN (O.), « La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? », in Mathieu (B.) et Verpeaux (M.) (dir.), *La République en droit français*, Economica, Paris, 1996, p. 267.

JOUANJAN (O.), « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in Beaud (O.) et Wachsmann (P.) (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 11.

JOUANJAN (O.), « Théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA* 1998, numéro spécial, p. 44.

JOUANJAN (O.), « Présentation », in Jouanjan (O.) (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 10.

JOUANJAN (O.), « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum* 2009, n° 2.

JOUANJAN (O.), « Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in Jouanjan (O.) (dir.), *Hans Kelsen, Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010, p. 11.

JOUANJAN (O.), « Présentation », in Jouanjan (O.) (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010, p. 11.

JOUENCE (J.-C.), BRANQUART (C.), « Contrôle de légalité : un réel renouveau ? Analyse de la réforme menée par les pouvoirs publics depuis 2004 », *AJDA* 2011, p. 198.

KELSEN (H.), « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP* 1926, p. 561.

KELSEN (H.), « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI* 1926, vol. 14, p. 227.

KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP* 1928, p. 197.

KERVÉGAN (J.-F.), « L'Etat après Hegel : le dépassement social du politique », in Goyard-Fabre (S.) (dir.), *L'Etat moderne (1715-1848)*, Paris, Vrin, 2000, p. 291.

KEUFFER (N.), « L'autonomie locale, un concept multidimensionnel : comment le définir, comment le mesurer et comment créer un indice d'autonomie locale comparatif ? », *RIPC* 2016, n° 23, p. 443.

KOCKA (J.), « Otto Hintze, Max Weber et le problème de la bureaucratie », *Trivium* n°7 2010.

KOSELLECK (R.), « Structures fédérales de l'histoire allemande », in Koselleck (R.), *L'expérience de l'histoire*, Paris, Seuil/Gallimard, 1997, p. 159.

KOSELLECK (R.), « Les ressorts du passé », *Espaces Temps* 2000, n° 74-75, p. 153.

KUHLMANN (S.), « La réforme des institutions politiques et administratives dans les collectivités locales allemandes : entre rupture et continuité », in Marcou (G.) et Wollmann (H.) (dir.), *La modernisation de la gestion des collectivités territoriales, Annuaire 2008 des Collectivités Locales*, Paris, CNRS Éditions, 2008, p. 189.

KUHLMANN (S.), « La réforme politique et institutionnelle des collectivités locales allemandes : entre transformation et continuité », *Annuaire des collectivités locales*, 2008, p. 189.

KUHLMANN (S.), « Tirer les leçons de « l'économisation » de la politique et de l'administration locales en Allemagne : Le « Neue Steuerungsmodell » a-t-il échoué ? », *Pouvoirs Locaux* 2008, n° 79, p. 115.

KUHLMANN (S.), « Analyse comparative de la décentralisation en France et en Allemagne », *Pouvoirs Locaux* 2009, n° 81, p. 81.

LAGRANGE (E.), « L'efficacité dans l'ordre juridique interne des normes internationales concernant la situation des personnes privées », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 356, Nijhoff, 2012, p. 243.

LAGRANGE (E.), « Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalisme globaux – et la compétence dans tout cela ? », *Jus Politicum* 2018, n° 20.

LASSALLE (C.), « Le Tribunal fédéral constitutionnel et la réorganisation des Länder de l'Allemagne du Sud-Ouest », *RDP* 1952, p. 396.

LEHMANN (P.-E.), « Libre administration et QPC : les enseignements de quatre années de jurisprudence », *Civitas Europa* 2015, n° 34, p. 211.

LEGRAND (P.), « Sur l'analyse différentielle des jurisprudences », *RIDC* 1999, p. 1053.

LEPSIUS (O.), « La science du droit public et la démocratie », *Jus politicum* 2010, n° 4.

LEROUSSEAU (N.), « Les collectivités locales et l'élaboration du droit communautaire », in Lerousseau (N.) et Rossetto (J.), *Les Collectivités locales et l'intégration européenne*, Tour, Presses Universitaires François Rabelais, 2005, p. 43.

LICHERE (F.), « Le contrôle de l'Etat sur les contrats publics locaux », in Combeau (P.) (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 163.

LINDITCH (F.), « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », in Beaud (O.) et Wachsmann (P.) (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 189.

LONG (M.), « Le département après la loi Notre, un acte de décès non transformé », *AJDA* 2015, p. 1912.

LUCHAIRE (F.), « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », *RDP* 1982, p. 1543.

LUCHAIRE (F.), « L'émergence d'un droit constitutionnel de la décentralisation », *AJDA* 1992, numéro spécial « Décentralisation - Bilan et perspectives », p. 20.

LUCHAIRE (Y.), « La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales », *AJDA* 2009, p. 1134.

LUTON (P.), « Liberté communale et coopération intercommunale, trois décisions du Conseil constitutionnel du 26 avril 2013 », *Constitutions* 2013, n°2013-3, p. 387.

MAGNON (X.), « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis Favoreu », *RFDC* 2004, p. 595.

MAGNON (X.), « Le statut constitutionnel des collectivités infra-étatiques dans l'Union européenne », *Rev. aff. Eur* 2006, p. 395.

MAGNON (X.), « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *NCCC* 2013, n° 38, p. 206.

LAHMER (M.), « Le moment 1789 et la séparation des pouvoirs », *Jus Politicum* 2014, n° 12.

MARCOU (G.), « Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le problème de l'ouverture à la concurrence », *RFDA* 1995, p. 462.

MARCOU (G.), « L'évolution récente du fédéralisme allemand sous l'influence de l'intégration européenne et de l'unification », *RDP* 1995, p. 883.

MARCOU (G.), « L'administration publique en Allemagne et en France : des systèmes différents, des valeurs communes », *RFAP* 1996, p. 357.

MARCOU (G.), « L'autonomie des collectivités locales en Europe : fondements, formes et limites », in Caisse des dépôts et consignations, *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, Paris, Éd. de l'Aube, 1999, p. 31.

MARCOU (G.), « Le droit administratif allemand dans la science juridique française », in Beaud (O.) et Heyen (E. V.) (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ?*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 257.

- MARCOU (G.), « La démocratie locale en France : aspects juridiques », *in* CURAPP/CRAPS, *La démocratie locale. Représentation, participation, espace public*, Paris, PUF, 1999, p. 21.
- MARCOU (G.), « L'autonomie communale : étude comparative », *Pouvoirs* 2000, n° 95, p. 69.
- MARCOU (G.), « Le référé administratif et les collectivités territoriales », *LPA* 14 mai 2001, n° 95, p. 43.
- MARCOU (G.), « Bilan et avenir de la déconcentration », *Annuaire des collectivités locales*, 2002, p. 25.
- MARCOU (G.), « Le principe d'indivisibilité de la République », *Pouvoirs* 2002, n° 100, p. 45.
- MARCOU (G.), « Présentation », *Annuaire des collectivités locales* 2002, n° 22, p. 5.
- MARCOU (G.), « Les contrats entre l'État et les collectivités territoriales, réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », *AJDA* 2003, p. 982.
- MARCOU (G.), « L'aménagement du territoire en France et en Allemagne », *in* Jacquot (H.), Marcou (G.) et Cathaly Stelkens (A.) (dir.), *Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne. Loi sur l'aménagement du territoire et Code de l'urbanisme*, Paris, La Documentation française, 2003 p. 35
- MARCOU (G.), « Le bilan en demi-teinte de l'Acte II : décentraliser plus ou décentraliser mieux ? », *RFDA* 2008, p. 295.
- MARCOU (G.), « La réforme territoriale : ambition et défaut de perspective », *RFDA* 2010, p. 357.
- MARCOU (G.), « Le représentant territorial de l'État et le fait régional dans les États européens », *RFAP* 2010, p. 567.
- MARCOU (G.), « Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités locales », *AJDA* 2011, p. 129.
- MARCOU (G.), « Les réformes des collectivités territoriales en Europe : problématiques communes et idiosyncrasies », *RFAP* 2012, n° 141 p. 183.
- MARCOU (G.), « Changements et permanences dans le système français d'administration territoriale », *RFAP* 2012, n° 141, p. 5.
- MARCOU (G.), « Les collectivités locales dans les constitutions des États unitaires en Europe », *NCCC* 2014, n° 42, p. 63.
- MARTINET (A.), « Connotations, poésie et culture », *in Mélanges en l'honneur de Roman Jakobson*, t. 2, La Haye/Paris, Mouton, 1967, p. 1288.
- MARTINET (A.), « Que doit-on entendre par "connotation" ? », *in* Martinet (A.), *Fonction et dynamique des langues*, Paris, Armand Colin, 1989, p. 166.
- MASING (J.), « Typologie des missions des autorités administratives indépendantes », *in* Marcou (G.) et Masing (J.) (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p. 181.
- MAZÈRES (J.-A.), « Les collectivités locales et la représentation », *RDP* 1990, p. 607.
- MAZÈRES (J.-A.), ROSANVALLON (P.), MOREAU (J.) « Débat – le processus de décentralisation », *AJDA* 1992, p. 6.
- MEINDL (T.), « Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent », *RDP* 2003, p. 741.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Le principe d'égalité entre collectivités locales », *CCC* 2002, n° 12, p. 93.
- MENY (Y.), « Le cumul des mandats ou l'impossible séparation des pouvoirs », *Pouvoirs* 1993, n° 64, p. 129.

MEYER (J.), « Continuité et discontinuité de l'Ancien régime à la Révolution », in Paravicini (W.) et Werner (K.F.) (dir.), *Histoire comparée de l'administration (IV^{ème}–XVIII^{ème} siècles)*, Munich/Zurich, Artemis, 1980, p. 52.

MICHALON (T.), « La République française, une fédération qui s'ignore », *RDP* 1982, p. 623.

MICHEL (V.), « Décentralisation européenne et déconcentration nationale : les modalités d'europanisation des services territoriaux de l'état », *RFAP* 2005, p. 219.

MODERNE (F.), « Préface », in Melleray (G.), *La tutelle de l'État sur les communes*, Paris, Sirey, 1981, p. I.

MONJAL (P.-Y.), « Le « niveau local » dans le Traité de Lisbonne ou la reconnaissance du rôle européen des collectivités territoriales », *AJDA* 2011, p. 1069.

MONTAIN-DOMENACH (J.), « Autonomie des collectivités et QPC : une portée très relative des principes de libre administration et d'autonomie financière », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales* 2011, p. 48.

DE MONTALIVET (P.), « Question prioritaire de constitutionnalité et droit administratif », *Droit administratif* 2012, n° 12, p. 21.

DE MONTALIVET (P.), « QPC et droit des collectivités territoriales », *AJDA* 2016, p. 586.

MOOR (P.), « Pouvoir de surveillance fédérale et autorités cantonales », *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 1975, p. 191.

MOREAU (J.), « Bilan jurisprudentiel du contrôle administratif de légalité », *AJDA* 1992, numéro spécial, p. 55.

MUIR-WATT (H.), « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, p. 503.

NAUNDORF (S.), « La simplification en République fédérale d'Allemagne », *RFAP* 2016, p. 49.

NEGRIER (E.), « Métropolisation et réforme territoriale », *RFAP* 2012, p. 73.

NIHOUL (M.), « La commune dans l'État fédéral. Analyse comparative de la situation dans cinq États fédéraux », *Mouvement communal* 1993, p. 8.

NIHOUL (M.), « L'influence de la mutation fédérale d'un État sur le statut des collectivités locales : l'exemple de la Belgique », *Annuaire des Collectivités locales* 1997, p. 135.

OZOUF (M.), « Fédéralisme », in Furet (F.) et Ozouf (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Évènements*, Paris, Flammarion, 2007 (1988), p. 159.

OZOUF (M.), « Département », in Furet (F.) et Ozouf (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Institutions et créations*, Paris, Flammarion, 2007 (1992), p. 221.

PALIER (B.), « Path dependence », in Boussaguet (L.), Jacquot (S.) et Ravinet (P.) (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, 3^{ème} éd., Paris, Presses universitaires de Sciences Po, 2010, p. 411.

PASCAL (B.), « Pensée 871 », in Le Guern (M.), *Œuvres complètes*, t. 2, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, 2000, p. 516.

PASTOREL (J.-P.), « Le principe d'égalité en outre-mer », *NCCC* 2012, n° 35, p. 73.

PERNICE (I.), MAYER (F.), « De la constitution composée de l'Europe », *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 2000, p. 623.

PERNTHALER (P.), GAMPER (A.), « Les autorités locales dans le système fédéral autrichien », in Delcamp (A.) et Loughlin (J.) (dir.), *La décentralisation dans les Etats de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 53.

PERTUÉ (M.), « L'administration territoriale dans les projets constitutionnels de 1793 », in Pertué (M.) (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Orléans, Presses de l'Université d'Orléans, 1998, p. 387.

PFERSMANN (O.), « Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Théorie générale de l'État) », *AIJC* 1992, 1994, p. 764.

PFERSMANN (O.), « Pour une typologie modale des classes de validité normative », in Petit (J.-L.) (dir.), *La querelle des normes. Hommage à Georg Henrik von Wright*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1995, n° 27, p. 69.

PFERSMANN (O.), « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande* 1996, n° 28, p. 171.

PFERSMANN (O.), « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », *RFDC* 1997, p. 481.

PFERSMANN (O.), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, p. 275.

PFERSMANN (O.), « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'«État de droit» », in Jouanjan (O.) (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 53.

PFERSMANN (O.), « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 353.

PFERSMAN (O.), « Monisme revisité contre juriglobisme incohérent », in Chérot (J.-Y.) et Frydman (B.) (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 63.

PFERSMANN (O.), « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in Troper (M.) et Chagnollaud (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 483.

PFERSMANN (O.), « La Constitution comme norme », in Favoreu (L.) et al (dir.), *Droit constitutionnel*, 15^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 53.

PFERSMANN (O.), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », in Favoreu (L.) et al., *Droit des libertés fondamentales*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 64.

PFERSMANN (O.), « Fonction de la théorie et de la construction de l'objet », in Favoreu (L.) et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 72.

PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *ADJA* 1998, numéro spécial, p. 6.

PICARD (E.), « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental », *AJDA* 1998, p. 651.

PICARD (E.), « L'état du droit comparé en France en 1999 », *RIDC* 1999, p. 885.

PINA (S.), « La réception de la théorie juridique d'Adolf Merkl en France », *Austriaca* 2006, n° 63, p. 167.

PINA (S.), « Aperçu de la théorie générale du droit administratif d'Adolf Merkl », *Ar. philo. dr.* 2010, p. 466.

PISSALOUX (J.-F.), « Réflexions sur l'expérimentation normative », *Droit administratif* 2003, n° 19, p. 12.

PLATON (S.), « Le périmètre de l'obligation de respecter les droits fondamentaux en droit de l'Union européenne », in Tinier (R.) et Vial (C.) (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 67.

PLESSIX (B.), « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », *RDP* 2003, p. 579.

PLESSIX (B.), « Le pouvoir de substitution d'action », in Combeau (P.) (dir.), *Les contrôles de l'Etat sur les collectivités locales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 67.

PLESSIX (B.), « Clause minimum de compétence », *Droit administratif* 2016, n° 12, p. 1.

POIRAT (F.), « Territoire », in Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1474.

- PONTIER (J.-M.), « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Clause Douence*, Paris, Dalloz, 2006, p. 365.
- PONTIER (J.-M.), « L'enchevêtrement des compétences », in Némery (J.-C.) (dir.), *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 107.
- PONTIER (J.-M.), « Compétences locales et politiques publiques », *RFAP* 2012, n° 141, p. 139.
- POTVIN-SOLIS (L.), « Autonomie locale et régionale et identité nationale des États membres de l'Union européenne », in Perroud (T.), Gaxie (D.), Kada (N.) et Vidal (L.) (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou*, Paris, IRJS, 2017, p. 363.
- POULET-GIBOT LECLERC (N.), « Le pouvoir hiérarchique », *RFDA* 2007, p. 508.
- RACCAH (A.), « Le contentieux communautaire des autorités régionales et locales », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne de septembre* 2009, p. 649.
- RICHER (L.), « La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif », *RDP* 1979, p. 973.
- RAYNAUD (P.), « Constitutionnalisme », in Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 266.
- REDSLOB (R.), « Hans Kelsen – Allgemeine Staatslehre. Compte rendu de M. R. REDSLOB », *RDP* 1926, p. 147.
- REGOURD (S.), « Décentralisation et démocratie », in Moreau (J.) et Verpeaux (M.) (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica, 1992, p. 215.
- RIDEAU (J.), « Le statut des collectivités infra-étatiques devant les juridictions communautaires », *Rev. aff. Eur.* 2006, p. 405.
- RIVERO (J.), « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA* 1966, p. 154.
- RIVERO (J.), « Avant-propos », in Flogaitis (S.), *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, LGDJ, 1979.
- ROBBE (F.), « Le Sénat défenseur des collectivités locales : histoire d'une "appropriation" », *Pouvoirs locaux* 2005, n° 67, p. 54.
- ROBERT (J.), « La forme républicaine du Gouvernement », *RDP* 2003, p. 359.
- ROSANVALLON (P.), « Les physiocrates », in Furet (F.) et Ousouf (M.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Paris, Flammarion, 2007 (1988), p. 359.
- ROSSI (M.), « Vue d'ensemble du droit de l'urbanisme allemand », in GRIDAUH, *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et du l'habitat*, Paris, Le Moniteur, 2009, p. 773.
- ROUX (A.), « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *RFDA* 1992, p. 435.
- ROUX (A.), « Constitution, décentralisation, et libre administration des collectivités territoriales », in *Mélanges en hommage à Francis Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2007, p. 1379.
- ROUX (A.), « La Constitution de 1958. L'unité », in Mathieu (B.) (dir.), *Le cinquantenaire de la Constitution de la V^{ème} République*, Paris, Dalloz, 2008, p. 147.
- ROUYERE (A.), « L'Etat, les collectivités locales et la règle de droit communautaire. Interférences », in Combeau (P.) (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 107.
- RUIZ FABRI (H.), « Le Conseil de l'Europe et les collectivités infra-étatiques : peut-on parler de libertés locales ? », in Société française de droit international (dir.), *Les collectivités territoriales non étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone, 2002, p. 169.
- SCELLE (G.), « Le phénomène de dédoublement fonctionnel », in Schätzel (W.) et Schlochhauer (H. J.) (dir.), *Rechtsfragen der internationalen Organisation. Festschrift für Hans Wehberg zu seinem 70. Geburtstag*, Frankfurt, Klostermann, 1956, p. 324.

SCHEUNER (U.), « L'État, la formation et le contrôle des associations dans l'Allemagne du XIX^{ème} siècle », *Trivium* 2016, n° 21.

SCHMIDT-ABMANN (E.), « Principes de base d'une réforme du droit administratif (première partie) », *RFDA* 2008, p. 427.

SCHMIDT-ABMANN (E.), « Principes de base d'une réforme du droit administratif (deuxième et troisième partie) », *RFDA* 2008, p. 667.

SCHMIDT-ABMANN (E.), DAGRON (S.), « Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand », *RFAP* 2008, n° 127, p. 525.

SCHNEIDER (H. P.), AUTEXIER (C.), « L'exécution des lois fédérales par les Länder : aspects juridiques et financiers », in Fromont (M.) (dir.), *Les cinquante ans de la République fédérale d'Allemagne*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2000, p. 65.

SCHÖNBERGER (C.), « Penser l'État dans l'Empire et la République. Critique et réception de la théorie juridique de l'État de Laband dans l'œuvre de Carré de Malberg », in Beaud (O.) et Wachsmann (P.) (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 255.

SCHÖNBERGER (C.), « État de droit et État conservateur : Friedrich Julius Stahl », in Jouanjan (O.) (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 177.

SCHÖNBERGER (C.), « « L'État » de la théorie générale de l'État. Remarques comparatives sur une discipline spécifiquement allemande », in Chatriot (A.) et Gosewinkel (D.) (dir.), *Figurationen des Staates in Deutschland und Frankreich. Les figures de l'État en Allemagne et en France, 1870-1945*, Berlin, De Gruyter, 2006, p. 257.

SCHÖNDORF-HAUBOLD (B.), « L'émergence d'un droit commun de l'autonomie territoriale en Europe », *RFAP* 2007, p. 203.

SCHWARZ LIEBERMANN VON WAHLENDORF (H. A.), « Une notion capitale du droit constitutionnel allemand : la Bundestreue (fidélité fédérale) », *RDP* 1979, p. 769.

SCHWARZE (J.), « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand », *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 1993, p. 615.

SEELE (G.), « L'administration en zone rurale », *RFAP* 1996, p. 317.

SEILLER (B.), « Le pouvoir disciplinaire sur les maires », *AJDA* 2004, p. 1637.

SIEYÈS (E. J.), « Discours du 7 septembre 1789 », in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, 1^{ère} série, t. 8, Paris, Dupont, 1875, p. 592.

SOMMERMANN (K.-P.), « La thèse en droit administratif en Allemagne », *RFDA* 2016, p. 1090.

SOMMERMANN (K.-P.), « Quelle comparaison des régions françaises avec les Länder allemands ? », in Wakote (R.) (dir.), *Les nouvelles compétences régionales*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 149.

SOUSSE (M.), « Le bicamérisme : bilan et perspectives », *RDP* 1997, p. 1323.

SPANNOWSKY (W.), « Allemagne », in Troper (M.) (dir.), *Interventionnisme économique et pouvoir local en Europe*, Paris, Economica, p. 58.

STAHL (J.-H.), « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », *NCCC* 2014, n° 42, p. 31.

STARCK (C.), « La Révolution française et le droit public en Allemagne », *RIDC* 1990, p. 251.

STOLLEIS (M.), « Histoire du droit public allemand », *Jus Politicum* 2014, n° 12.

STOLLEIS (M.), « La promesse du droit », in François (E.) et Serrier (T.) (dir.), *Europa : notre histoire*, Paris, Les arènes, 2017, p. 367.

STROEDER (U.), « Influences et regards croisés franco-allemands sur l'enseignement », in Béhar (P.) et Grunewald (M.) (dir.), *Frontières, transferts, échanges transfrontaliers et interculturels*, Bern, Peter Lang, 2005, p. 543.

THOUVENIN (J.-M.), « Collectivités territoriales non-étatiques et Union européenne », in Société française de droit international (dir.), *Les collectivités infra-étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone, 2002, p. 185.

TOUVET (L.), « Premières applications des nouvelles procédures de référé », *RFDA* 2001, p. 378.

TREPPOZ BRUANT (A.), « Libre administration des collectivités territoriales et QPC : entre espoir et amertume », *Droit administratif* 2012, n°12, p. 11

TROPER (M.), PFERMSANN (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in Brondel (S.), Foulquier (N.) et Heuschling (L.) (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2001, p. 21.

TUSSEAU (G.), « De Bentham à Kelsen en passant par Merkl : Une trame conceptuelle récurrente de la théorie », in Brunet (P.) et Arena (F.J.), *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*, Madrid, Marcial Pons Ediciones, 2011, p. 167.

VAILLANT (J.), « Berlin-Brandebourg : du rejet de la fusion à la coopération des deux Länder », *Revue Allemagne d'aujourd'hui* 2017, n° 221, p. 66.

VANDELLI (L.), « Formes d'État : État régional, État décentralisé », in Troper (M.) et Chagnollaud (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 53.

VEDEL (G.), « Préface », in Rangeon (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, p. 1.

VEDEL (G.), « Avant-propos », in Eisenmann (C.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1986 (1928), p. I.

VERPEAUX (M.), « Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité », in Le Pourhiet (A.-M.) (dir.), *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, Paris/Aix-en-Provence, Economica /PUAM, 1999, p. 31.

VERPEAUX (M.), « Libre administration, liberté fondamentale, référé-liberté », *RFDA* 2001, p. 681.

VERPEAUX (M.), « Le droit constitutionnel des collectivités territoriales, avant-propos », *CCC* 2002, n° 12.

VERPEAUX (M.), « Suppression ou renouvellement des conseils généraux », in Floquet (C.) (dir.), *Pour en finir avec la « dé-centralisation ». Scénario pour la réforme régionale et l'organisation des pouvoirs locaux*, Paris, Éd. de l'Aube, 2002, p. 175.

VERPEAUX (M.), « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos », *RFDA* 2003, p. 661.

VERPEAUX (M.), « Autonomie régionale et locale et constitutions. France », *AJJC* 2006, p. 187.

VERPEAUX (M.), « Le contrôle administratif exercé sur les maires et les adjoints », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence, La profondeur du droit local*, Paris, Dalloz, 2006, p. 471.

VERPEAUX (M.), « Vous avez dit « clause générale de compétence » ? », *Commentaire* 2010, n° 129, p. 81.

VERPEAUX (M.), « Question prioritaire de constitutionnalité et principe de libre administration des collectivités territoriales », *AJDA* 2010, p. 1594.

VERPEAUX (M.), « Contrôle des actes des collectivités territoriales et violation du principe de libre administration », *AJDA* 2011, p. 1735.

VERPEAUX (M.), « Les ambiguïtés entretenues du droit constitutionnel des collectivités territoriales », *AJDA* 2011, p. 99.

VERPEAUX (M.), « Quand le Conseil constitutionnel veille au respect de la libre administration des collectivités territoriales », *AJDA* 2011, p. 2067.

VERPEAUX (M.), « Constitution, Conseil constitutionnel et décentralisation », in Regourd (S.) et al. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse, 2013, p. 59.

VERPEAUX (M.), « Suppression de la compétence générale des départements : la fin du Vendée globe ? », *La Semaine juridique. Édition générale* 2016, n° 43, p. 1971.

VIGUIER (J.), « Décentralisation : d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État », in Regourd (S.) et al. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse, 2013, p. 29.

VILAIN (Y.), « Le fédéralisme allemand, 60 ans après l'adoption de la loi fondamentale : entre crise et renouveau », *Pouvoirs locaux* 2009, p. 113.

VILAIN (Y.), « La démocratie participative dans un cadre fédéral : l'expérience allemande », in Allegretti (U.) (dir.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Florence, Firenze University Press, 2010, p. 299.

VOLMERANGE (X.), FROMONT (M.), « Allemagne. La réforme constitutionnelle du fédéralisme allemand, réaction à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale », *AJJC* 2007, n° 22, p. 600.

VOLMERANGE (X.), « L'Union européenne en tant que révélateur de l'identité constitutionnelle en France et en Allemagne », in Capitant (D.) et Sommermann (K.-P.) (dir.), *Actualité du droit public comparé en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2009, p. 27.

VOLMERANGE (X.), « La continuation des efforts de décentralisation et l'amélioration de la répartition des compétences entre les collectivités territoriales en France et en Allemagne », in Munke (M.) et Thoß (H.) (dir.), *Europäische Räume – Les espaces européens*, Berlin, Duncker und Humblot, 2013, p. 36.

WACHSMANN (P.), « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », *RUDH* 2004, p. 40.

WACHSMANN (P.), « Les droits fondamentaux, sans le savoir ni le vouloir », in Mathieu (B.) (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 563.

WALKER (N.), « Le constitutionnalisme multiniveaux », in Chagnollaud (D.) et Troper (M.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 441.

WARNKÖNIG (L. A.), « De l'enseignement du droit dans les Universités d'Allemagne », *Revue encyclopédique ou analyse raisonnée des productions les plus remarquables dans la littérature, les sciences et les arts* 1828, n° 39, p. 281.

WEIL (P.), « Il faut cumuler les mandats politiques ! », *Le Monde* 20 février 2013.

WELZ (C.), « Collectivités locales en Allemagne : entre fédéralisme et subsidiarité », in Delcamp (A.) et Loughlin (J.) (dir.), *La décentralisation dans les Etats de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 27.

WIEDEMANN (R.), « Les autorités administratives indépendantes et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale sur la légitimation démocratique », in Marcou (G.) et Masing (J.) (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p. 53.

WILLIAMS-RIQUIER (P.), « La Charte européenne de l'autonomie locale : un instrument juridique international pour la décentralisation », *RFAP* 2007, p. 191.

WOLLMANN (H.), BOUCKAERT (G.), « Réorganisation de l'État en France et en Allemagne », *Pouvoirs locaux* 2008, n° 76, p. 113.

WOLLMANN (H.), « Des systèmes communaux européens en mutation : Étude comparée de la France, de l'Allemagne, de l'Italie, du Royaume-Uni et de la Suède », *Pouvoir Locaux* 2009, n° 81, p. 57.

WOLLMANN (H.), « Le fédéralisme devient-il plus « hétérogène » et « concurrentiel » ? », *Pouvoir locaux* 2010, n° 86, p. 82.

WOLLMANN (H.), « Modernisation du système administratif local en Allemagne. Quelle RGPP territoriale Outre-Rhin ? », *Pouvoirs Locaux* 2012, n° 93, p. 129.

WOLLMANN (H.), « La gouvernance des territoires en France et en Allemagne. Quelles tendances européennes en matière de réformes territoriales ? », *Pouvoirs Locaux* 2014, n° 101, p. 107.

WOLLMANN (H.), « Les réformes du système local dans les *Länder* allemands : entre communes fusionnées et intercommunalité », *RFAP* 2017, p. 313.

WOLTER (U.), « Les réformes administratives en Bavière et en Prusse au début du XIX^{ème} siècle : l'exemple des chartes communales », in Morau (J.), Verpeaux (M.) et Aubert (J.-F.) (dir.), *Révolution et décentralisation*, Paris, Economica, 1992, p. 126.

WUNDER (B.), « L'administration territoriale des départements allemands annexés par l'Empire napoléonien », in Pertué (M.) (dir.), *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Orléans, Presses de l'Université d'Orléans, 1998, p. 349.

ZARCA (Y. C.), « Éditorial. L'ombre du Léviathan », *Cités* 2004, n° 18, p. 3.

ZILLER (J.), « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1996, p. 185.

ZILLER (J.), « Le principe de subsidiarité », in Auby (J.-B.) et Dutheil de la Rochère (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 527.

ZILLER (J.), « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen », in Auby (J.-B.) et Dutheil de la Rochère (J.) (dir.), *Droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 235.

IV. Notes, chroniques et conclusions

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), conclusions du Commissaire du Gouvernement sous CE, 2 décembre 1994, *Commune de Cuers et préfet de la région Nord-Pas-de-Calais*, *Cahiers de la fonction publique* 1995, p. 23.

AUCOC (L.), conclusion sous CE, 8 février 1868, *Jousseaume*, Rec. p. 137.

BON (P.), note sous CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint Florent*, req. n° 205959, *RFDA* 2001, p. 152.

BONICHOT (J.-C.), conclusion sous CE, 23 juillet 1986, *Didier c. ville de Paris*, req. n° 55064, *AJDA*, 1986, p. 585.

CASSIA (P.), « La compétence exclusive du législateur pour imposer aux collectivités territoriales une dépense à la charge de l'État », note sous CE, 5 janvier 2005, *Commune de Versailles*, req. n° 232888, *RFDA*, 2005, p. 714.

CHABANOL (D.), note sous CE, 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, req. n° 62470, *AJDA* 1986, p. 455.

CHARDENET, conclusion sous CE 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c. maire de Sens*, req. n° 273555, Sirey, 1909, t. 3, p. 34.

CLIQUENNOIS (M.), note sous CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint Florent*, req. n° 205959, *AJDA* 2001, p. 201.

CORNEILLE (P.), conclusion sous CE, 14 janvier 1916, *Camino*, req. n° 59619 et n° 59679, *RDP* 1917, p. 463.

DE MONTECLER (M. C.), note sous CE, 9 octobre 2002, *Fédération des personnels des services des départements et des régions CGT-FO et Fédération nationale Interco-CFDT*, req. n° 238461, *AJDA* 2002, p. 1404.

DONNAT (F.) et CASAS (D.), chronique sous CE, 12 déc. 2003, *Département des Landes*, req. n° 236442, *AJDA* 2004, p. 195.

DOUENCE (J.-C.), note sous CE, 25 janvier 1991, *Brasseur*, req. n° 80969, *RFDA* 1991, p. 587.

DOUENCE (J.-C.), note sous CE, 27 février 1987, *Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante*, req. n° 54848, *RFDA* 1987, p. 777.

FAVOREU (L.), note sous décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, *RDP* 1982, p. 1259.

FLAUSS (J.-F.), note sous TA Strasbourg, 6 février 2001, *Aéroport de Bâle-Mulhouse c. Préfet du Rhin*, *AJDA* 2001, p. 660.

GEFFRAY (E.), conclusions sous CE, 8 mai 2010, *Commune de Dunkerque*, req. n° 306643, *RFDA* 2010, p. 713.

HAURIOU (M.), « La recevabilité du recours d'un contribuable contre une délibération du conseil municipal intéressant les finances de la commune », note sous CE, 29 mars 1901, *Casanova*, req. n° 94580, *Sirey*, 1901, t. 3, p. 73.

HAURIOU (M.), « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir intenté par un maire contre l'arrêté du préfet annulant l'un de ses actes », note sous CE, 18 avril 1902, *Commune de Nérès-les-bains*, req. n° 4749, *Sirey*, 1902, t. 3, p. 81.

JÈZE (G.), note sous CE 14 janvier 1916, *Camino*, req. n° 59619/59679, *RDP* 1917, p. 463.

JÈZE, note sous CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c. maire de Sens*, req. n° 27355, *RDP* 1910, p. 69.

JÈZE, note sous CE, 14 janvier 1916, *Camino*, req. n° 59619 et n° 59679, *RDP* 1917, p. 463.

JOUANJAN (O.), note sous CE, avis, 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, req. n° 131852, *JCP* 1993, p. 22100.

LEGAL, conclusion sous CE, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*, req. n° 117717, *RFDA* 1991, p. 966.

LIEBER (S.-J.), BOTTEGHI (D.), chronique sous CE, 2 mars 2010, *Dalongeville*, req. n° 328843, *AJDA* 2010, p. 664.

MAUGÛE (C.), SCHWARTZ (R.), chronique sous CE 25 janvier 1991, *Brasseur*, req. n° 80969, *AJDA* 1991, p. 351.

MAUGÛE (C.), SCHWARTZ (R.), chronique sous CE, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*, req. n° 117717, *AJDA* 1991, p. 693.

ROUX (M.), conclusion sous CE, 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, req. n° 53934, *RFDA* 1987, p. 206.

SÉNERS (F.), conclusion sous CE 12 déc. 2003, *Département des Landes*, req. n° 236442, *RFDA* 2004, p. 518.

STIRN (B.), conclusion sous CE 25 janvier 1991, *Brasseur*, req. n° 80969, *RFDA* 1991, p. 587.

STIRN (B.), conclusion sous CE, 27 février 1987, *Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante*, req. n° 54848, *RFDA* 1987, p. 212.

VERPEAUX (M.), note sous décision n° 2011-210 QPC du 13 janvier 2012, *AJDA* 2012, p. 546.

WEBER (Y.), note sous CE, 7 octobre 1977, *Commune de Tomblaine*, *AJDA* 1978, p. 153.

V. Rapports officiels

Archives parlementaires de 1789 à 1860, Première série de 1787 à 1799, t. 8, Paris.
 Rapport et projet d'articles constitutionnels, relatifs aux colonies présentées à la Convention nationale au nom de la Commission des Onze, Rapport du 5 messidor an III, *Moniteur universel*, t. 25, Paris.

ATTALI (J.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, Paris, La Documentation française, 2008.

CE, *Décentralisation et ordre juridique. Rapport pour 1993, EDCE 1994*, n° 45, Paris, La Documentation française, 1994.

CE, Avis, 1^{er} mars 1996, *Association Soisy Etiolles Environnement*, req. n° 175126.

CE, Avis, 3 novembre 1997, *Préfet des Alpes-Maritimes*, req. n° 189228.

CE, Avis, 7 décembre 2017, req. n° 393651.

CE, *Collectivités locales et obligations communautaires, Rapport public*, Paris, La documentation française, 2004.

CE, *Étude annuelle 2016 du Conseil d'État – Simplification et qualité du droit*, Paris, La documentation française, 2016.

COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2016*, Paris, La Documentation française, 2016.

COURTOIS (J.-P.), *Projet de loi de réforme des collectivités territoriales*, rapport du sénat n° 169, 2009.

MARCOU (G.), *La décentralisation et la démocratie locale dans le monde*, Barcelone, Cités et gouvernements locaux unis, 2008.

MÉZARD (J.), *Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'État sur les collectivités territoriales*, rapport du Sénat n° 300, 2012.

SUTOUR (S.), *Projet de loi organique interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur*, rapport du Sénat n° 832, 2013.

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, 22^{ème} rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux (Années 2010 – 2011 – 2012), 2014.

VI. Tables de jurisprudence

Conseil constitutionnel

- Décisions DC

Décision n° 1964-29 L du 12 mai 1964, *Nature juridique de certaines dispositions relatives à l'administration départementale et à l'administration communale et figurant dans les ordonnances n° 58-937 du 11 octobre 1958, n° 59-29 du 5 janvier 1959, n° 59-30 du 5 janvier 1959, n° 59-33 du 5 janvier 1959.*

Décision n° 1967-31 DC du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.*

Décision n° 1971-69 L du 1^{er} avril 1971, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 3 de la loi de programme du 31 juillet 1959 relative à l'équipement sanitaire et social.*

Décision n° 1974-54 DC du 15 janvier 1975, *IVG.*

Décision n° 1976-89 L du 2 juin 1976, *Nature juridique de dispositions contenues dans divers textes relatifs à l'administration communale.*

Décision n° 1979-104 DC du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État.*

Décision n° 1980-120 L du 30 décembre 1980, *Nature juridique de diverses dispositions de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites à caractère artistique, historique, légendaire ou pittoresque et de dispositions du code de l'urbanisme et de la loi du 3 janvier.*

Décision n° 1982-143 DC du 30 juillet 1982, *Blocage des prix.*

Décision n° 1982-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.*

Décision n° 1982-138 DC du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse.*

Décisions n° 1983-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.*

Décision n° 1984-174 DC du 25 juillet 1984, *Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion.*

Décision n° 1984-135 DC du 18 janvier 1985.

Décision n° 1985-196 DC du 8 août 1985, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie 1.*

Décision n° 1987-233 DC du 5 janvier 1988, *Loi relative aux élections cantonales.*

Décision n° 1989-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé.*

Décision n° 1990-274 DC du 29 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement.*

Décision n° 1991-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse.*

Décision n° 1992-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.*

Décisions n° 1993-322 DC du 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.*

Décision n° 1993-329 DC du 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales.*

Décision n° 1993-335 DC du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction.*

Décision n° 1996-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française.*

Décisions n° 1996-383 DC du 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective.*

Décision n° 1998-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux.*

Décisions n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000, *Loi relative à l'élection des sénateurs.*

Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains.*

Décision n° 2001-454 DC du 21 janvier 2001, *Loi relative à la Corse.*

Décision n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001, *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie.*

Décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi MURCEF.*

Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse.*

Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.*

Décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, *Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales.*

Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*.

Décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*.

Décision n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*.

Décisions n° 2005-529 DC du 15 décembre 2005, *Loi organique modifiant les dates des renouvellements du Sénat*.

Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*.

Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*.

Décision n° 2007-559 DC du 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*.

Décisions n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*.

Décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*.

Décision n° 2013-667 DC du 16 mai 2013, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*.

Décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015, *Loi relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral*.

Décision n° 2015-717 DC du 6 août 2015, *Loi portant nouvelle organisation territoriale de la République*.

Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*.

Décisions n° 2017-752 DC et n° 2017-753 DC du 8 décembre 2017, *Loi ordinaire et loi organique pour la confiance dans la vie politique*.

- Décision QPC

Décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*.

Décision n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre [Instruction CNI et passeports]*.

Décision n° 2010-56 QPC du 18 octobre 2010, *Département du Val-de-Marne [Mesure d'accompagnement social personnalisé - MASP]*.

Décision n° 2010-107 QPC du 17 mars 2011, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete*.

Décision n° 2011-130 QPC du 20 mai 2011, *Mme Cécile L. et autres [Langues régionales]*.

Décision n° 2011-143 QPC du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault [Concours de l'État au financement par les départements de l'allocation personnalisée d'autonomie]*.

Décision n° 2011-144 QPC du 30 juin 2011, *Départements de l'Hérault et des Côtes-d'Armor [Concours de l'État au financement par les départements de la prestation de compensation du handicap]*.

Décision n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011, *Département des Landes*.

Décision n° 2011-149 QPC du 13 juillet 2011, *Département de la Haute-Savoie*.

Décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société Somodia*.

Décision n° 2011-210 QPC du 13 janvier 2012, *M. Ahmed S.*

Décision n° 2012-255/265 QPC du 29 juin 2012, *Départements de la Seine-Saint-Denis et du Var [Fonds national de péréquation des droits de mutation à titre onéreux perçus par les départements]*.

Décision n° 2013-303 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Puyravault*.

Décision n° 2013-304 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Maing*.

Décision n° 2013-315 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Couvrot*.

Décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres*.

Décision n° 2013-350 QPC du 25 octobre 2013, *Commune du Pré-Saint-Gervais [Mise en œuvre de l'action publique en cas d'injure ou de diffamation publique envers un corps constitué]*.

Décision n° 2014-391 QPC du 25 avril 2014 *Commune de Thonon-les-Bains et autre*.

Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité [Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle]*.

Décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société SOMODIA [Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle]*.

Décision n° 2016-565 QPC du 16 septembre 2016, *Assemblée des départements de France*.

Décision n° 2016-588 QPC du 21 octobre 2016, *Communauté de communes des sources du lac d'Annecy et autre*.

Conseil d'Etat

CE, 8 février 1868, *Jousseaume*.

CE, 19 mars 1868, *Champy*, req. n° 273.

CE, 18 avril 1902, *Commune de Nérès-les-Bains*, req. n° 4749.

CE, 6 février 1903, *Terrier*, req. n° 07496.

CE, 24 novembre 1911, *Commune de Saint-Blancard*, req. n° 34555.

CE, 7 février 1936, *Jamart*, req. n° 43321.

CE, 30 juin 1950, *Quéralt*, req. n° 99882.

CE, 27 novembre 1974, *Ministre de l'Intérieur c. Bertranuc*, req. n° 93691.

CE, 17 octobre 1980, *Gaillard*, req. n° 05398.

CE, 11 juin 1982, *Berjon*, req. n° 16567.

CE, 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, req. n° 40756.

CE, 24 avril 1985, *Ville d'Aix en Provence*, req. n° 58793.

CE, 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, req. n° 62470.

CE, 27 février 1987, *Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante*, req. n° 54847, n° 54849 et n° 54850-54853.

CE, 27 avril 1987, *Commissaire de la République des Côtes-du Nord c/ O.P.H.L.M. des Côtes-du-Nord*, req. n° 68831.

CE, 29 mai 1987, *Commune de Goult*, req. n° 65605.

CE 18 novembre 1987, *Marcy*, req. n° 75312.

CE, 13 janvier 1988, *Mutuel générale des personnels des collectivités territoriales*, req. n° 68166.

CE, 25 mai 1988, *Commune de Goult*, req. n° 66907.

CE, 30 septembre 1988, *Commune de Nemours c/ Mme Marquis*, req. n° 85099.

CE, 16 juin 1989, *Préfet des Bouches-du-Rhône c. Commune Belcodène*, req. n° 103661.

CE, 14 janvier 1991, *Deranlot*, req. n° 116145.

CE, 3 février 1992, *Commune de Charles-les-Eaux c/ Société Art-Vision EURL*, req. n° 386992.

CE, 9 octobre 1992, *Commune de Saint Louis*, req. n° 94455.
 CE, 27 novembre 1992, *Fédération intercommunale CFDT et autres*, req. n° 129600.
 CE, 29 juillet 1994, *Département de l'Indre*, req. n° 111251.
 CE, 7 octobre 1994, *Epoux Lopez*, req. n° 124244.
 CE, 25 novembre 1994, *Ministre de l'Intérieur c. Grégoire*, req. n° 148962 et n° 149018.
 CE, 2 décembre 1994, *Commune de Cuers*, req. n° 148121.
 CE, 2 décembre 1994, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du Nord*, req. n° 147962.
 CE, 1^{er} avril 1996, *Département de la Loire*, req. n° 141958.
 CE, 15 avril 1996, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux*, req. n° 120273.
 CE, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, req. n° 176873.
 CE, 29 décembre 1997, *SARL Enlem*, req. n° 157623.
 CE, 15 Octobre 1999, *Commune de Savigny-Le-Temple*, req. n° 196548.
 CE, 23 février 2000, *Commune de Mende*, req. n° 190898.
 CE, 5 mai 2000, *Commune de Saint Martin d'Uriage*, req. n° 104293.
 CE, 8 décembre 2000, *Commune de Gières*, req. n° 202422.
 CE, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles et Morbelli*, req. n° 229247.
 CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Barœul*, req. n° 193716.
 CE, 23 janvier 2003, *Ville d'Annecy*, req. n° 247909.
 CE, 12 décembre 2003, *Département des Landes*, req. n° 236442.
 CE, 5 janvier 2005, *Commune de Versailles*, req. n° 232888.
 CE, 29 juin 2005, *Commune de Puteaux*, req. n° 264714.
 CE, 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro*, req. n° 271898.
 CE, 23 mai 2007, *Département des Landes*, req. n° 288378.
 CE, 2 octobre 2009, *Département de Seine Saint-Denis*, req. n° 312900
 CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers (« Béziers I »)*, req. n° 304802.
 CE, 30 décembre 2009, *Département du Gers*, req. n° 308514.
 CE, 15 septembre 2010, *Thalineau*, req. n° 340570.
 CE, 15 septembre 2010, *Thalineau*, req. n° 330734.
 CE, 29 octobre 2010, *Département de la Haute-Garonne*, req. n° 342072.
 CE, 23 décembre 2010, *Commune de Lisse*, req. n° 343993.
 CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers, (« Béziers II »)*, req. n° 304806.
 CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, req. n° 348647 et n° 348648.
 CE, 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, req. n° 355665.
 CE, 27 février 2015, *Commune de Béziers (« Béziers III »)*, req. n° 357028.

Autres juridictions

Tribunal des conflits, 10 avril 1880, *Gorry*, Rec. Lebon, p. 358.
 Tribunal des conflits, 26 juin 1897, *Préfet de l'Aisne c. Métivier*, Rec. Lebon, p. 499.
 Tribunal des conflits du 29 février 1908, *Feutry*.
 Cour EDH, 23 novembre 1999, *Section de commune d'Antilly c. France*, req. n° 45129/98.
 CAA Versailles, 1^{er} avril 2010, *Commune de Clamart*, n°09VE02684.
 Cour de Cassation, 2^{ème} chambre civile, 12 octobre 2011, req. n° 11-40.064.

§2 Références en langue allemande

I. Ouvrages généraux, traités et manuels

- ANSCHÜTZ (G.), THOMA (R.) (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, t. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998 (1930).
- BATTIS (U.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2002.
- BENDA (E.), KLEIN (E.), KLEIN (O.), *Verfassungsprozessrecht*, 3^{ème} éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2011.
- VON BOGDANDY (A.), CRUZ VILLALON (P.), HUBER (P. M.) (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. 1, Heidelberg, C.F. Müller, 2007.
- VON BOGDANDY (A.), CRUZ-VILLALON (P.), HUBER (P.) (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. 2, Heidelberg, C.F. Müller, 2008.
- VON BOGDANDY (A.), CASSESE (S.), HUBER (P. M.) (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. 4, Heidelberg, C.F. Müller, 2011.
- BRIX (J.) et al. (dir.), *Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften*, t. 1, Iéna, Verlag von Gustav Fischer, 1918.
- BURGI (M.), *Kommunalrecht*, 5^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2015.
- DEGENHART (C.), *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, 34^{ème} éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2018.
- DREIER (H.) (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2^{ème} éd., t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- DREIER (H.) (dir.), *Grundgesetz-Kommentar, Supplementum 2007*, t. 2 (Art. 20–82), Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- DREIER (H.) (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, 3^{ème} éd., t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- DREIER (H.) (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, 3^{ème} éd., t. 3, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.
- ERICHSEN (H.-U.), EHLERS (D.) (dir.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2016.
- FLEINER (F.), GIACOMETTI (Z.), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, Schulthess, 1976 (1949).
- FORSTHOFF (E.), *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10^{ème} éd., Munich, C. H. Beck, 1973.
- GERN (A.), *Deutsches Kommunalrecht*, 3^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2003.
- GERN (A.), BRÜNING (C.), *Deutsches Kommunalrecht*, 4^{ème} éd., Baden-Baden, Nomos, 2018.
- HENNEKE (H.-G.), *Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung*, 2^{ème} éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2000.
- HINTZE (O.) (dir.), *Staat und Verfassung: gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, 3^{ème} éd., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970.
- HOFFMANN-RIEM (W.), SCHMIDT-ABMANN (E.), VOBKUHLE (A.) (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2^{ème} éd., t. 1-3, Munich, C.H. Beck, 2012/2013.
- HUBER (E. R.), *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Weimarer Rechtsverfassung*, 2^{ème} éd, t. 6, Stuttgart, Kolhammer, 1981.
- HUBER (E. R.), *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Bismarck und das Reich*, 3^{ème} éd., t. 3, Stuttgart, Kolhammer, 1988.
- ISENSEE (J.), KIRCHHOF (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 2, Heidelberg, C.F. Müller, 2004.
- ISENSEE (J.), KIRCHHOFF (J.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 3, Heidelberg, C.F. Müller, 2005.
- ISENSEE (J.), KIRCHHOF (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 5, Heidelberg, C. F. Müller, 2007.
- ISENSEE (J.), KIRCHHOF (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 6, Heidelberg, C.F. Müller, 2008.

ISENSEE (J.), KIRCHHOF (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 7, Heidelberg, C. F. Müller, 2014.

ISENSEE (J.), KIRCHHOF (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 9, Heidelberg, C.F. Müller, 2011.

JELLINEK (G.), *Allgemeine Staatslehre*, 3^{ème} éd., Berlin, Springer, 1921.

KELSEN (H.), *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925.

KÖBLER (G.), *Etymologisches Rechtswörterbuch*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995.

KOJA (F.), *Allgemeine Staatslehre*, Vienne, Manz, 1993.

LANGE (K.), *Kommunalrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.

LECHELER (H.), *Verwaltungslehre*, Stuttgart, Boorberg, 1988.

LÖWENSTEIN (K.), *Verfassungslehre*, 4^{ème} éd., traduction par Boerner (R.), Tübingen, Mohr Siebeck, 2000 (1957).

MANGOLDT (H.) et al. (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 5^{ème} éd., Munich, Vahlen, 2005.

MANN (T.), PÜTTNER (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007.

MARSCH (N.), VILAIN (Y.), WENDEL (M.) (dir.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2015.

MAURENBRECHER (R.), *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, Francfort, Franz Varrentrapp, 1847.

MERKL (A.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, Springer, 1927.

MERTEN (D.), PAPIER (H.-J.), *Handbuch der Grundrechte*, t. 1, Heidelberg, C.F. Müller, 2004.

MÜNCH (I.), KUNIG (P.) (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, 6^{ème} éd., t. 1, Munich, C.H. Beck, 2012.

PÜTTNER (G.), *Verwaltungslehre*, 4^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2007.

RADBRUCH (G.), *Staat und Verfassung*, t. 14, Heidelberg, C.F. Müller, 2002.

VON ROTTECK (C.), VON WELCKER (C.), *Das Staatslexikon: Encyclopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 3^{ème} éd., t. 5, Leipzig, Brockhaus, 1862.

SACHS (M.) (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 7^{ème} éd., C.H. Beck, Munich, 2014.

STERN (K.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts. Strukturprinzipien der Verfassung*, t. 1, Munich, C.H. Beck, 1984.

STOBER (S.), WOLFF (H.-J.), BACHOF (O.), *Verwaltungsrecht*, 7^{ème} éd., t. 2, Munich, C.H. Beck, 2010.

THIEME (W.), *Verwaltungslehre*, 4^{ème} éd., Köln, Carl Heymanns, 1984.

UMBACH (C.), CLEMENS (T.), DOLLINGER (F.-W.) (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2^{ème} éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2005.

VOGELGESANG (K.), LÜBKING (U.), JAHN (H.), *Kommunale Selbstverwaltung*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2005.

WAECHTER (K.), *Kommunalrecht*, 3^{ème} éd., Cologne, Carl Heylanns Verlag, 1997.

WEBER (M.), *Gesammelte Schriften zur Wissenschaftslehre*, 5^{ème} éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 1982.

WOLLMANN (H.), ROTH (R.) (dir.), *Kommunalpolitik*, 2^{ème} éd., Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, 1998.

ZWEIGERT (K.), KÖTZ (H.), *Einführung in der Rechtsvergleichung*, 3^{ème} éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 1996.

II. Ouvrages spéciaux, monographies, thèses de doctorat et d'habilitation

- ALBER (E.), ZWILLING (C.) (dir.), *Gemeinden im Europäischen Mehrebenensystem : Herausforderungen im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden, Nomos, 2014.
- ANSCHÜTZ (G.), *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 8^{ème} éd., Berlin, Georg Stilke Verlag, 1928.
- AULEHNER (J.) et al. (dir.), *Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit ?*, Stuttgart, Booberg Verlag, 1997.
- AUST (H.) et al. (dir.), *Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle*, Baden-Baden, Nomos, 2016.
- AUST (H.), *Das Recht der globalen Stadt : Grenzüberschreitende Dimensionen kommunaler Selbstverwaltung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.
- BAADE (B.) et al. (dir.), *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.
- BADURA (P.), DREIER (H.) (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
- BADURA (P.), DREIER (H.) (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
- BEAUD (O.), HEYEN (E. V.) (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- BLANKENAGEL (A.), PERNICE (I.), SCHULZE-FIELITZ (H.) (dir.), *Verfassung im Diskurs der Welt - Festschrift für Peter Häberle*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.
- BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, 2^{ème} éd., Berlin, Duncker und Humblot, 1998 (1964).
- BOGUMIL (J.), KUHLMAN (S.) (dir.), *Kommunale Aufgabenwahrnehmung im Wandel. Kommunalisierung, Regionalisierung und Territorialreform in Deutschland und Europa*, Wiesbaden, VS Verlag/Springer, 2010.
- BRAUN (J.), *Leitbilder im Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- BREDT (S.), *Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- BRÜNIG (C.), VOGELSANG (K.), *Die Kommunalaufsicht*, 2^{ème} éd., Berlin, ESV, 2009.
- BRYDE (B.-O.), *Kritische Justiz: Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung*, Baden-Baden, Nomos, 2000.
- BUMKE (C.), *Relative Rechtswidrigkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.
- CALLIESS (C.) (dir.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- CAPITANT (D.) et al. (dir.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- CATHLY-STELKENS (A.), *Kommunale Selbstverwaltung und Ingerenz des Gemeinschaftsrechts, insbesondere am Beispiel Frankreichs und Deutschlands*, Baden-Baden, Nomos, 1996.
- CHATRIOT (A.), GOSEWINKEL (D.) (dir.), *Figurationen des Staates in Deutschland und Frankreich. Les figures de l'État en Allemagne et en France, 1870-1945*, Berlin, De Gruyter, 2006.
- DEPENHAUER (O.), GRABENWARTER (C.) (dir.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.
- DREIER (H.), *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat: Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1991.
- DREWS (W.), *Grundzüge einer Verwaltungsreform*, Berlin, Carl Heymann, 1919.

- ECKHOFF (M.), *Die Verbundaufsicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- ELLERINGMANN (R.), *Grundlagen der Kommunalverfassung und der Kommunalaufsicht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1957.
- EISENBERG (E.), *Die Anhörung des Bürgers im Verwaltungsverfahren und die Begründungspflicht für Verwaltungsakte*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- ENGELKEN (K.), *Das Konnexitätsprinzip im Landesverfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2012.
- ENGELS (A.), *Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.
- FELIX (D.), *Einheit der Rechtsordnung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.
- FORSTHOFF (E.), *Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1932.
- FRAENKEL-HÄBERLE (C.), GALETTA (D.-U.), SOMMERMANN (K.-P.) (dir.), *Europäisierung und Internationalisierung der nationalen Verwaltungen im Vergleich. Deutsch-italienische Analysen*, Berlin, Duncker und Humblot, 2017.
- FRANZIUS (C.), MAYER (F.C.), NEYER (J.) (dir.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2010.
- FRANZIUS (C.), MAYER (F. C.), NEYER (J.) (dir.), *Grenzen der europäischen Integration*, Baden-Baden, Nomos, 2014.
- GAMPER (A.) et al. (dir.), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2016.
- GASSER (A.), *Gemeindefreiheit in Europa. Der steinige Weg zu mehr kommunaler Selbstverwaltung in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2004 (1946).
- GEIS (M.-E.), LORENZ (D.) (dir.), *Staat. Kirche. Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, Munich, C.H. Beck, 2001, p. 1053.
- VON GIERKE (O.), *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. 1, Berlin, Weidmann, 1868.
- GOSEWINKEL (D.), BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Francfort, Suhrkamp, 2011.
- GRASS (N.) (dir.), *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Vienne, Universitätsverlag Wagner, 1952.
- GREWE (C.), GUSY (C.) (dir.), *Französisches Staatsdenken*, Baden-Baden, Nomos, 2002.
- GRILLER (S.), RILL (H. P.) (dir.), *Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*, Vienne/New York, Springer, 2011.
- GRIMM (D.), *Staatsaufgaben*, Francfort, Suhrkamp, 1996.
- GRIMM (D.), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1998.
- GRIMM (D.), *Souveränität – Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin, Berlin University Press, 2009.
- GRIMM (D.), *Die Zukunft der Verfassung II*, Francfort, Suhrkamp, 2012.
- GRÖSCHNER (R.), *Das Überwachungsrechtsverhältnis. Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeirechtlicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1992.
- GROßE KRACHT (H.-J.) (dir.), *Religion - Recht – Republik : Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Paderborn, Schöningh, 2014.
- GRUSSMANN (W.-D.), *Adolf Julius Merkl. Leben und Werk*, Vienne, Manz, 1989.
- HÄBERLE (P.) et al. (dir.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, Berlin, De Gruyter, 2014.
- HÄBERLE (P.), *Europäische Rechtskultur*, Francfort, Suhrkamp, 1997.
- HANEBECK (A.), *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*, Berlin, Duncker und Humblot, 2004.
- HECKMANN (D.), *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.

- HEIGENDORT (E.), SCHULZE-FIELITZ (H.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- HELLER (H.), *Gesammelte Schriften*, t. 3, Leiden, A. W. Sijthoff, 1971.
- HENNE (T.), RIEDLINGER (A.) (dir.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin, Berliner Wissenschaft-Verlag, 2005.
- HENNEKE (G.) (dir.), *Kommunen und Europa – Herausforderungen und Chancen*, München/Stuttgart, Boorberg, 1999.
- HENNEKE (H.-G.), *Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung*, Heidelberg, CF Müller, 2000.
- HESSE (K.), *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1962.
- HEYEN (E. V.), *Profile der deutschen und französischen Verwaltungsrechtswissenschaft 1880-1914*, Francfort, Klostermann, 1989.
- HILBERT (P.), *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- HILGENDORF (E.), SCHULZE-FIELITZ (H.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- HINTZE (H.), *Staatseinheit und Föderalismus im alten Frankreich und in der Revolution*, Francfort, Suhrkamp, 1989 (1928).
- HOFFMANN (M.) et al. (dir.), *Die kommunale Selbstverwaltung im Spiegel des Verfassungs- und Verwaltungsrechts*, Stuttgart, Boorberg, 1996.
- HOFFMANN-RIEM (W.), SCHMIDT-AßMANN (E.) (dir.), *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden, Nomos, 2001.
- HUEGLIN (T.), ALAN (F.) (dir.), *Comparative federalism : A Systematic Inquiry*, Toronto, Broadview Press, 2006.
- IPSEN (J.) (dir.), *Das neue Kommunalverfassungsgesetz*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 2011.
- JELLINEK (G.), *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Vienne, Hölder, 1882.
- JELLINEK (G.), *Ausgewählte Schriften und Reden*, Berlin, O. Häring, 1911.
- JELLINEK (G.), *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011 (1905).
- JESTAEDT (M.), *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie*, Berlin, Duncker und Humblot, 1993.
- JESTAEDT (M.), *Die Verfassung hinter der Verfassung: Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*, Paderborn, Schöningh, 2008.
- JESTAEDT (M.), LEPSIUS (O.) (dir.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- JURT (J.) et al. (dir.), *Wandel von Recht und Rechtsbewußtsein in Frankreich und Deutschland*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 1999.
- KAHL (W.), *Die Staatsaufsicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.
- KAUFHOLD (A.-K.), *Systemaufsicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.
- KELSEN (H.), *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, J. Springer, 1925.
- KISCHEL (U.), *Rechtsvergleichung*, Munich, C.H Beck, 2015.
- KLAES (S.), *Selbsteintritt und kommunale Selbstverwaltung*, Francfort, Peter Lang, 2009.
- KLEIN (B.), *Kommunale Kooperationen zwischen innerstaatlichem Organisationsakt und Markt*, Osnabrück, V&R Unipress, 2012.
- KLUTH (W.) (dir.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- KUTH (W.) (dir.), *Föderalismusreformgesetz*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

- KRAUSE (R.) et al. (dir.), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer*, Berlin, Duncker und Humblot, 2004.
- KUHLMANN (S.), *Politik- und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa. Subnationaler Institutionenwandel im deutsch-französischen Vergleich*, Baden-Baden, Nomos, 2008.
- KUHLMANN (S.) et al. (dir.), *Dezentralisierung des Staates in Europa. Auswirkungen auf die kommunale Aufgabenerfüllung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien*, Wiesbaden, VS Verlag/Springer, 2011.
- KUHLMANN (S.) et al., *Wirkungen kommunaler Gebietsreformen. Stand der Forschung und Empfehlungen*, Baden-Baden, Nomos, 2018.
- LINDEMANN (H.) et al. (dir.), *Erzählungen vom Konstitutionalismus*, Baden-Baden, Nomos, 2012.
- LÜDER (K.) (dir.), *Staat und Verwaltung. Fünfzig Jahre Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Berlin, Duncker und Humblot, 1997.
- LÜHMANN (H.), *Das Prinzip der kommunalisierten Kommunalaufsicht im Kommunalrecht der deutschen Länder*, Berlin, Pro Business, 2004.
- MAAB (V.), *Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen*, Berlin, Duncker und Humblot, 2001.
- MAGER (U.), *Einrichtungsgarantien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.
- MAGIERA (S.) et al. (dir.), *Festschrift für Heinrich Siedentopf*, Berlin, Duncker und Humblot, 2008.
- MASING (J.), JOUANJAN (O.) (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit – Grundlagen, innerstaatliche Stellung, überstaatliche Einbindung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.
- MASING (J.), MARCOU (G.) (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.
- MAUNZ (T.) et al. (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.H. Beck, Munich, 2017.
- MAYER-MALY (D.), SCHAMBECK (H.), GRUSSMANN (W.-D.) (dir.), *Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften*, t. 1, Berlin, Duncker und Humblot, 1993.
- VON MEIER (E.), *Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Preußens im 19. Jahrhundert*, t. 1/2, Leipzig, Duncker und Humblot, 1907/1908.
- MEINEL (F.), *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft - Ernst Forsthoff und seine Zeit*, Berlin, Akademie Verlag, 2011.
- MELS (P.), *Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel – Ein Vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich im Spannungsfeld zwischen der Euphorie für die Krönung des Rechtsstaates und der Furcht vor einem „gouvernement des juges“*, München, Vahlen, 2003.
- MENZEL (J.), MÜLLER-TERPITZ (R.) (dir.), *Verfassungsrechtsprechung. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*, 3^{ème} éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- MERKL (A.), *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff: eine rechtstheoretische Untersuchung*, Vienne, F. Deuticke, 1923.
- MERTEN (D.), *Die Zukunft des Föderalismus in Deutschland und Europa*, Berlin, Duncker und Humblot, 2007.
- MIEG (H.), HEYL (C.) (dir.), *Stadt. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart/Weimar, J.B. Metzler/Springer, 2013.
- MÖLLER (M.), *Subsidiaritätsprinzip und kommunale Selbstverwaltung*, Baden-Baden, Nomos, 2009.
- MÖLLERS (C.), *Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
- MÖLLERS (C.), *Staat als Argument*, 2^{ème} éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.
- MÖLLERS (C.), SCHNEIDER (L.), *Demokratiesicherung in der Europäischen Union*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.

- MÜLLER (S. O.), TORP (C.) (dir.), *Das deutsche Kaiserreich in der Kontroverse*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2009.
- MUßGNUG (D.), MUßGNUG (R.), REINTHAL (A.) (dir.), *Ernst Forsthoff – Carl Schmitt. Briefwechsel 1926-1974*, Berlin, Akademie Verlag, 2007.
- VON MUTIUS (A.) (dir.), *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft. Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh*, Heidelberg, Decker Verlag, 1983.
- NEUHAUS (H.) (dir.), *Selbstverwaltung in der Geschichte Europas in Mittelalter und Neuzeit*, Berlin, Duncker und Humblot, 2010.
- OETER (S.), *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundestaatsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.
- VON OUYEN (C.), *Bundesverfassungsgericht und politische Theorie*, Vienne, Springer, 2015.
- OTTO (V.), *Das Staatsverständnis des Parlemantarischen Rates. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Düsseldorf, Rheinisch-Bergische Druck und Verlagsgesellschaft, 1971.
- PAULSON (S.), STOLLEIS (M.) (dir.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
- PETERS (H.), *Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen*, Berlin, Springer, 1926.
- PETERS (H.), *Zentralisation und Dezentralisation*, Berlin, Springer, 1928.
- PIEPER (S.), *Aufsicht. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Strukturanalyse*, Cologne, Carl Heymann, 2006.
- PREUß (H.), *Staat, Recht und Freiheit. Aus vierzig Jahren deutscher Geschichte*, Hildesheim, Olms, 2006 (1926).
- QUARITSCH (H.), *Souveränität : Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jh. bis 1806*, Berlin, Duncker und Humblot, 1986.
- RHINOW (R.), *Die Bundesverfassung 2000*, Basel/Genève/Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2000.
- ROTH (R.), WOLLMANN (H.) (dir.), *Kommunalpolitik*, 2^{ème} éd., Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, 1998.
- RUFFERT (M.) (dir.), *The Transformation of Administrative Law in Europe / La mutation du droit administratif en Europe*, Munich, Sellier, 2007.
- SCHÄFER (P.), *Zentralisation und Dezentralisation*, Berlin, Duncker und Humblot, 1982.
- SCHARPF (F. W.) et al. (dir.), *Politikverflechtung : Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik*, Kronberg im Taunus, Scriptor, 1976.
- SCHÄTZEL (W.), SCHLOCHHAUER (H. J.) (dir.), *Rechtsfragen der internationalen Organisation. Festschrift für Hans Wehberg zu seinem 70. Geburtstag*, Francfort, Klostermann, 1956.
- SCHILD (J.), UTERWEDDE (H.) (dir.), *Frankreichs V. Republik : Ein Regierungssystem im Wandel – Festschrift für Adolf Kimmel*, Wiesbaden, Springer, 2005.
- SCHMITT (C.), *Der Hüter der Verfassung*, 4^{ème} éd., Berlin, Duncker und Humblot, 1996 (1931).
- SCHMIDT-ABMANN (E.), *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2^{ème} éd., Berlin, Springer, 2004.
- SCHMITT (C.), *Der Hüter der Verfassung*, 4^{ème} éd., Berlin, Duncker und Humblot, 1996 (1931).
- SCHMITT (C.), *Rechtswissenschaftliche Beiträge zum 25jährigen Bestehen der Handelshochschule Berlin*, Berlin, Hobbing, 1931, réédité in Schmitt (C.), *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*, 3^{ème} éd., Berlin, Duncker und Humblot, 1985.

- SCHNEIDER (H.-P.) (dir.), *Grundgesetz-Dokumentation*, t. 10, Francfort, Klostermann, 1996.
- SCHÖNBORN (W.), *Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht*, Heidelberg, Schulze, 1906.
- SCHULZE-FIELITZ (H.) (dir.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Berlin, Duncker und Humblot, 2007.
- SCHUPPERT (G. F.) et al. (dir.), *Der Rechtsstaat unter Bewährungsdruck*, Baden-Baden, Nomos, 2010.
- SCHÜTTE (G.) (dir.), *Wettlauf ums Wissen*, Berlin, Berlin University Press, 2008.
- SCHWARZE (J.) (dir.), *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2008.
- SMEND (R.) (dir.), *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2^{ème} éd., Berlin, Duncker und Humblot, 1968.
- SOMMERMANN (K.-P.), *Bitburger Gespräche*, Munich, C.H. Beck, 2006.
- SPARWASSER (R.), *Zentralismus, Dezentralisation, Regionalismus und Föderalismus in Frankreich*, Berlin, Duncker und Humblot, 1986.
- VON STEIN (L.), *Die Verwaltungslehre*, t. 1, Stuttgart, Cotta, 1865.
- STOLLEIS (M.), *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland (1800-1914)*, t. 2, Munich, C.H. Beck, 1992.
- STOLLEIS (M.), *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland : Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, t. 3, Munich, C.H. Beck, 2002.
- STOLLEIS (M.) (dir.), *Herzkammern der Republik : die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, Munich, C.H. Beck, 2011.
- TEĪVA RICHARD-MOLARD (G.), *Die Rechtsgrundlagen des grenzüberschreitenden Kooperationsrechts zwischen Gebietskörperschaften*, Münster, Lit Verlag, 2017.
- THRÄNHARDT (D.), *Die Kommunen und die Europäischen Union*, Wiesbaden, Springer, 1999.
- H. TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1907.
- TRIEPEL (H.), *Die Reichsaufsicht*, Berlin, Springer, 1917.
- TRIEPEL (H.), *Staatsrecht und Politik. Rede beim Antritte des Rektorats der Friedrich Wilhelms-Universität zu Berlin am 15. Oktober 1926*, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1927.
- VERDROSS (A.) (dir.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*, Vienne, Springer, 1931.
- UNGER (S.), *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- USTERI (M.), *Theorie des Bundesstaates*, Zurich, Polygraph, 1954.
- VOLKER (O.), *Das Staatsverständnis des Parlamentarischen Rates*, Kommission für Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien, Düsseldorf, Rheinisch-Bergische Dr.- und Verlagsgesellschaft, 1971.
- VOBKUHLE (A.), *Rechtsschutz gegen den Richter. Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG*, Munich, C.H. Beck, 1993.
- WAHL (R.), *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Francfort, Suhrkamp, 2003.
- WAHL (R.), *Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Berlin, De Gruyter, 2006.
- WALTER (R.), *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, Vienne, Manz, 1974.
- WALTER (R.) (dir.), *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit*, Vienne, Manz, 1990.
- WALTER (R.), JABLONER (C.), ZELENİ (K.) (dir.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Vienne, Manz, 2008.

- WALTER (R.) et al. (dir.), *Hans Kelsen: Leben – Werk - Wirksamkeit*, Vienne, Manz, 2009.
- WEBER (M.), *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5^{ème} éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2002 (1922).
- WEBER (K.), WIMMER (N.), *Vom Verfassungsstaat am Scheideweg. Festschrift für Peter Perenthaler*, Vienne, Springer, 2005.
- WENDEL (M.), *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht: Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.
- WOLLMANN (H.), *Reformen in der Kommunalpolitik und -Verwaltung. England, Schweden, Frankreich und Deutschland im Vergleich*, Wiesbaden, VS Verlag/Springer, 2008.

III. Articles et études de doctrine publiés dans des revues et dans des ouvrages collectifs

- ALBERS (H.), « § 37 Überörtliche Finanzkontrolle », in Henneke (H.-G.) et al. (dir.), *Recht der Kommunalfinanzen*, Munich, C.H. Beck, 2006, p. 716.
- ANSCHÜTZ (G.), « Die Reichsaufsicht », in Anschütz (G.) et Thoma (R.) (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, t. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998 (1930), p. 363.
- ANSCHÜTZ (G.), « Die Reichsexecution », in Anschütz (G.) et Thoma (R.) (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, t. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998 (1930), p. 377.
- BACHMANN (U.), « Artikel 30 », in Schneider (H.-P.) (dir.), *Grundgesetz-Dokumentation*, t. 10, Francfort, Klostermann, 1996, p. 1.
- BAER (S.), « Verfassungsvergleichung und reflexive Methode : Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz », *ZaöRV* 2004, p. 735.
- BAER (S.), « Zum Potenzial der Rechtsvergleichung für den Konstitutionalismus », *JöR* 2015, p. 389.
- BAUER (H.), « Artikel 20 : Bundesstaat », in Dreier (H.) (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2^{ème} éd., t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 137.
- BAUER (H.), « Artikel 37 : Bundeszwang », in Dreier (H.) (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2^{ème} éd., t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 939.
- BAUER (H.), « Bundesstaatstheorie und Grundgesetz », in Blankenagel (A.), Pernice (I.) et Schulze-Fielitz (H.) (dir.), *Verfassung im Diskurs der Welt - Festschrift für Peter Häberle*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 645.
- BAUER (H.), « Entwicklungstendenzen und Perspektive des Föderalismus in der BRD », *DÖV* 2002, p. 837.
- BECK (W.), SCHÜRMEIER (C.), « Die kommunalrechtliche Experimentierklausel als Reforminstrument », *Landes- und Kommunalverwaltung* 2004, p. 488.
- BENDA (E.), « Föderalismus in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », in Benda (E.) (dir.), *Probleme des Föderalismus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1985, p. 71.
- BETHGE (H.), « § 73 – Landesverfassungsstreitigkeiten auf Grund landesrechtlicher Zuweisung », in Maunz (T.) et al. (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Munich, C.H. Beck, 2017.
- BETHGE (H.), « § 91 – Kommunale Verfassungsbeschwerde », in Maunz (T.) et al. (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Munich, C.H. Beck, 2017.
- BLÜMEL (W.), « Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart », *VVDStRL* 1978, n° 36, p. 171.
- BLÜMEL (W.), « Mitwirkung der kommunalen Gebietskörperschaften und ihrer Spitzenverbände an der Gesetzgebung », in Lüder (K.) (dir.), *Staat und Verwaltung. Fünfzig Jahre Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Berlin, Duncker und Humblot, 1997, p. 331.

- BÖCKENFÖRDE (E.-W.), « Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs », in Böckenförde (E.-W.), *Recht Staat Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Francfort, Suhrkamp, 1991, p. 143.
- BÖCKENFÖRDE (E.-W.), « Demokratie als Verfassungsprinzip », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 2, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, § 24.
- VON BOGDANDY (A.), « Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum – Perspektiven einer Disziplin », in von Bogdandy (A.), Cassese (S.) et Huber (P. M.) (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. 4, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, § 57.
- VON BOGDANDY (A.), « Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum », *JZ* 2011, p. 1.
- VON BOGDANDY (A.), « Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft. Betrachtungen zu einem identitätswandelnden Prozess », in Hilgendorf (E.) et Schulze-Fielitz (H.) (dir.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 133.
- VON BOGDANDY (A.), « Zur sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsvergleichung », *Der Staat* 2016, p. 103.
- BOGUMIL (J.), « Die Zukunft der ehrenamtlichen Kommunalverwaltung », *Die Verwaltung* 2010, n° 43, p. 151.
- BOGUMIL (J.), KUHLMAN (S.), « Kommunalisierung, Regionalisierung, Kooperation – die „neue Welle“ subnationaler Verwaltungsreform », in Bogumil (J.) et Kuhlmann (S.) (dir.), *Kommunale Aufgabenwahrnehmung im Wandel. Kommunalisierung, Regionalisierung und Territorialreform in Deutschland und Europa*, Wiesbaden, VS Verlag/Springer, 2010, p. 347.
- BOROWSKI (M.), « Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl », in Paulson (S.) et Stolleis (M.) (dir.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 122.
- BRINKTRINE (R.), « Maßnahmen der Kommunalaufsicht im Spiegel der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung », *Die Verwaltung* 2009, n° 42, p. 565.
- BRINKTRINE (R.), STICH (S.), « Die Kommunalaufsicht und ihre Maßnahmen im Fokus der verwaltungs- und zivilgerichtlichen Judikatur », *Die Verwaltung* 2016, n° 49, p. 81.
- BRYDE (B.-O.), « Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem », *VVDStRL* 1988, n° 46, p. 181.
- BRYDE (B.-O.), « Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie », *Staatswissenschaft und Staatspraxis* 1994, p. 305.
- BUCHHEIM (J.), « Fehlerkalkül als Ermächtigung? Kelsens Theorie des Rechts letztverbindlicher Entscheidungen vor dem Hintergrund von H. L. A. Harts Rechtstheorie », *Rechtstheorie*, 2014, n° 45, p. 59.
- BULL (H.-P.), « Hamburg », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 26b.
- BULLINGER (M.), « Staatsaufsicht in der Wirtschaft », *VVDStRL* 1965, n° 22, p. 264.
- BULLINGER (M.), « Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge », *JZ* 2003, p. 597.
- BURGI (M.), « Kommunalisierung als gestaltungsbedürftiger Wandel von Staatlichkeit und von Selbstverwaltung », *Die Verwaltung* 2009, p. 155.
- BURGI (M.), « Kommunalisierung staatlicher Aufgaben. Möglichkeiten, Grenzen und Folgefragen aus rechtlicher Sicht », in Bogumil (J.) et Kuhlmann (S.) (dir.), *Kommunale Aufgabenwahrnehmung im Wandel. Kommunalisierung, Regionalisierung und Territorialreform in Deutschland und Europa*, Wiesbaden, Springer/VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2010, p. 23.
- BURGI (M.), « Verwaltungsorganisationsrecht », in Erichsen (H.-U.) et Ehlers (D.) (dir.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15^{ème} éd., Berlin, De Gruyter, 2016, p. 256.

- CAPITANT (D.), « Landesbericht Frankreich », in Kluth (W.) (dir.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, 2007, p. 141.
- CASSESE (S.), « Der Einfluss des gemeinschaftsrechtlichen Verwaltungsrechts auf die nationalen Verwaltungssysteme », *Der Staat* 1994, p. 25.
- CLASSEN (C. D.), « Französischer Einfluß auf die Grundrechtsentwicklung in Deutschland », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 9, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, § 187.
- CLEMENS (T.), « Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie : Neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das BVerfG », *NVwZ* 1990, p. 834.
- CORNILS (M.), « Aufgabenverteilungsprinzip statt Verhältnismäßigkeit : Die Neuorientierung der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung », in Menzel (J.) et Müller-Terpitz (R.) (dir.), *Verfassungsrechtsprechung. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*, 3^{ème} éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 415.
- DIECKMANN (J.), « Die Städte im Bundestaat », in Roth (R.) et Wollmann (H.) (dir.), *Kommunalpolitik*, 2^{ème} éd., Wiesbaden, Springer, 1999, p. 292.
- DITTMANN (A.), « Verfassungshoheit der Länder und bundesstaatliche Verfassungshomogenität », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 6, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, § 127.
- DOLLINGER (F.W.), « Artikel 80 – Vorlagebeschluß », in Umbach (C.), Clemens (T.) et Dollinger (F.-W.) (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2^{ème} éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2005, p. 995.
- DREIER (H.), « Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts », in Walter (R.) (dir.), *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien*, Vienne, Manz, 1990, p. 55.
- DREIER (H.), « Artikel 28 : Homogenitätsgebot; kommunale Selbstverwaltung », in Dreier (H.), *Grundgesetz-Kommentar*, 3^{ème} éd., t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 584.
- DREIER (H.), « Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm », in Schulze-Fielitz (H.) (dir.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Berlin, Duncker und Humblot, 2007, p. 81.
- ERICHSEN, « Kommunalaufsicht – Hochschulaufsicht », *DVBl* 1985, p. 943.
- ERMACORA (F.), « Das Wesen und die Grundformen der Zentralisation und Dezentralisation. Ein Beitrag zu Hauptproblemen der Staatslehre », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1953, n° 5, p. 101.
- FANZIUS (C.), « Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft – eine vorläufige Bilanz », *JöR* 2017, n° 65, p. 441.
- FORSTHOFF (E.), « Um die kommunale Selbstverwaltung », *ZfP* 1932, p. 250.
- FRANZ (T.), « Die Staatsaufsicht über die Kommunen », *JuS* 2004, p. 937.
- FROMONT (M.), « Die Verfassungsmäßigkeitskontrolle in Deutschland und Frankreich », *DÖV* 2003, p. 542.
- GAMPER (A.), « Die Stellung der Gemeinden im Vergleich europäischer Bundesstaaten », *Jahrbuch des Föderalismus* 2006, p. 66.
- GAMPER (A.), « Verfassungsvergleichung und „gemeineuropäischer“ Verfassungsstaat », *ZÖR* 2008, n° 63, p. 359.
- GAMPER (A.), « Tausch und Reform : Die Änderung des Grundgesetzes 2017 » in Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (dir.), *Jahrbuch des Föderalismus 2017*, Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 114.
- VON GEHE (O.), « Die Neuordnung des Gemeindewesens im Freistaate Sachsen », *AöR* 1925, p. 56.
- GÖBEL (M.), « Bremen », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 26c.
- GONOD (P.), « Über den Rechtsexport des deutschen Verwaltungsrechts aus französischer Sicht », *Die Verwaltung* 2015, p. 337.

- GOSEWINKEL (D.), « "Beim Staat geht es nicht allein um Macht, sondern um die staatliche Ordnung als Freiheitsordnung". Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde », in Böckenförde (E.-W.) et Gosewinkel (D.), *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Francfort, Suhrkamp, 2011, p. 307.
- GRAWERT (R.), « Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart », *VVDStRL*, 1978, n° 36, p. 277.
- GREWE (C.), « Das Verständnis des Rechtsstaates in Frankreich und in Deutschland », in Jurt (J.) et al. (dir.), *Wandel von Recht und Rechtsbewußtsein in Frankreich und Deutschland*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 1999, p. 157.
- GRIMM (D.), « Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1994, p. 6.
- GRIMM (D.), « Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts », in Grimm (D.), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1998, p. 308.
- GRIMM (D.), « Rechtswissenschaft – eine internationale Disziplin ? », in Schütte (G.) (dir.), *Wettlauf ums Wissen*, Berlin, Berlin University Press, 2008, p. 135.
- GRIMM (D.), « Stufen der Rechtsstaatlichkeit. Zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft », *JZ* 2009, p. 596.
- GRIMM (D.), « The Basic Law at 60 – Identity and Change », *German Law Journal* 2009, numéro spécial n° 11, p. 33.
- GRIMM (D.), « War das Deutsche Kaiserreich ein souveräner Staat », in Müller (S. O.) et Torp (C.) (dir.), *Das deutsche Kaiserreich in der Kontroverse*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 2009, p. 86.
- GRIMM (D.), « Ursprung und Wandel der Verfassung », in Grimm (D.), *Die Zukunft der Verfassung II*, Francfort, Suhrkamp, 2012, p. 11.
- GRIMM (D.), « Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt », in Grimm (D.), *Die Zukunft der Verfassung II*, Francfort, Suhrkamp, 2012, p. 315.
- GROß (T.), « Zum Stand der Verwaltungsrechtsvergleichung in Europa : Grundlagen », *Die Verwaltung* 2012, n° 45, p. 251.
- HÄBERLE (P.), « Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode », *JZ* 1989, n° 20, p. 913.
- HÄBERLE (P.), « Gemeineuropäisches Verfassungsrecht », *EuGRZ* 1991, p. 261.
- HÄBERLE (P.), « „Werkstatt Schweiz“: Verfassungspolitik im Blick auf das künftige Gesamteuropa », *JöR* 1992, p. 167.
- HÄBERLE (P.), « Der Regionalismus als werdendes Strukturprinzip des Verfassungsstaates und als europapolitische Maxime », in Häberle (P.) (dir.), *Europäische Rechtskultur*, Francfort, Suhrkamp, 1997, p. 209.
- HÄBERLE (P.), « Föderalismus-Modelle im kulturellen Verfassungsvergleich », *ZÖR* 2007, n° 62, p. 39.
- HÄBERLE (P.), « Verfassungsstaatliche Textstufen in Sachen kommunaler Selbstverwaltung – eine Skizze », in Magiera (S.) et al. (dir.), *Festschrift für Heinrich Siedentopf*, Berlin, Duncker und Humblot, 2008, p. 411.
- HARTMANN (L.), « Das Konzept der Pfadabhängigkeit – Bedingungen und Grenzen seiner Rezeption durch die Wissenschaften vom Öffentlichen Recht », in Mainzer Assistententagung Öffentliches Recht e.V. (dir.), *Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 71.
- HAVERKATE (G.), « Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem », *VVDStRL* 1988, n° 46, p. 217.

HENDLER (R.), « Grundbegriffe der Selbstverwaltung », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 1.

HENNEKE (H.), « Anforderungen an eine Kommunalverfassung der Zukunft », *Der Landkreis* 2003, p. 762.

HENNEKE (H.-G.), « Funktionen und Aufgaben der kommunalen Spitzenverbände im europäisierten Bundesstaat », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, §35.

HENNEKE (G.), « BVerfG : Arbeitsgemeinschaften nach § 44 SGB II sind mit Art. 28 Abs. 2 i.V.m. Art. 83 unvereinbar », *Der Landkreis* 2008, p. 5.

HENSEL (A.), « Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht », *AöR* 1928, p. 405.

HERDEGEN (M.), « Strukturen und Institute des Verfassungsrechts der Länder », in Isensee (J.), et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 6, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, § 129.

HEYEN (E. V.), « Das französische Verwaltungsrecht in der deutschen Rechtswissenschaft », in Beaud (O.) et Heyen (E. V.) (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ?*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 279.

HINTZE (O.), « Der Commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verfassungsgeschichte », in Hintze (O.) (dir.), *Staat und Verfassung: gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, 3^{ème} éd., Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1970 (1910), p. 242.

HINTZE (O.), « Staatenbildung und Kommunalverwaltung », in Hintze (O.) (dir.), *Staat und Verfassung: gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, 3^{ème} éd., Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1970 (1924), p. 216.

HOCHMANN (T.), « Grundrechte », in Marsch (N.), Vilain (Y.) et Wendel (M.) (dir.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2015, p. 323.

HOFFMANN-MARTINOT (V.), « Zentralisierung und Dezentralisierung », in Picht (R.), Hoffmann-Martinot (V.), Lasserre (V.) et Theiner (P.) (dir.), *Fremde Freunde. Deutsche und Franzosen vor dem 21. Jahrhundert*, Munich, Piper, 1997, p. 168.

HOFMANN (H.), « Die Grundrechte 1789 – 1949 – 1989 », *NJW* 1989, n° 42, p. 3177.

HOFMANN (W.), « Die Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung von 1848 bis 1918 », Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, §5.

HÖRSTER (A.), « Höhere Kommunalverbände », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 31.

HUBER (P. M.), « Die Europatauglichkeit des Art. 23 GG », in Merten (D.), *Die Zukunft des Föderalismus in Deutschland und Europa*, Berlin, Duncker und Humblot, 2007, p. 209.

HUEGLIN (T.), FENNA (A.), « Federal systems », in Hueglin (T.) et Alan (F.) (dir.), *Comparative federalism : A Systematic Inquiry*, Toronto, Broadview Press, 2006, p. 47.

HURNIK (W.), « Berlin », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 26a.

IBLER (M.), « Ersetzung förmlicher Kommunalaufsichtsmittel durch „kooperatives Verwaltungshandeln“? », in Hoffmann (M.) et al. (dir.), *Die kommunale Selbstverwaltung im Spiegel des Verfassungs- und Verwaltungsrechts*, Stuttgart, Boorberg, 1996, p. 201.

IPSEN (J.), « Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden? », *JZ* 1990, p. 789.

IPSEN (J.), « Die Entwicklung der Kommunalverfassung in Deutschland », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 24.

- ISENSEE (J.), « Der Föderalismus und der Verfassungsstaat der Gegenwart », *AöR* 1990, n° 115, p. 248.
- ISENSEE (J.), « Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz », *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 6, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, § 126.
- JAEDICKE (W.), WOLLMANN (H.), « Kommunale Spitzenverbände », in Wollmann (H.) et Roth (R.) (dir.), *Kommunalpolitik*, 2^{ème} éd., Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, 1999, p. 306.
- JESTAEDT (M.), « Der europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation », in Krause (R.) et al. (dir.), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer*, Berlin, Duncker und Humblot, 2004, p. 637.
- JESTAEDT (M.), « Bundesstaat als Verfassungsprinzip », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 2, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, § 29.
- JESTAEDT (M.), « Verfassungstheorie als Disziplin », in Depenhauer (O.) et Grabenwarter (C.) (dir.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, § 1.
- JESTAEDT (M.), « Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts », in Hoffmann-Riem (W.), Schmidt-Aßmann (E.) et Voßkuhle (A.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2^{ème} éd., t. 1, Munich, C. H. Beck, 2012, p. 953.
- JESTAEDT (M.), « Selbstand und Offenheit der Verfassung gegenüber nationalem, supranationalem und internationalem Recht », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 12, Heidelberg, C. F. Müller, 2014, § 264.
- JOUANJAN (O.), « § 2 – Frankreich », in von Bogdandy (A.), Cruz Villalon (P.) et Huber (P.M.) (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. 1, Heidelberg, C. F. Müller, 2007, p. 87.
- JOUANJAN (O.), « Die Krise der französischen Verfassungsrechtswissenschaft um 1900 », *ZRG GA* 2009, n° 126, p. 98.
- JOUANJAN (O.), « Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht », in Stolleis (M.) (dir.), *Herzkammern der Republik : die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, Munich, C. H. Beck, 2011, p. 137.
- JOUANJAN (O.), « Die Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Verfassung », in Masing (J.) et Jouanjan (O.) (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit – Grundlagen, innerstaatliche Stellung, überstaatliche Einbindung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 3.
- JOUANJAN (O.), « Fragmentierung im Öffentlichen Recht. Diskursvergleich im Verfassungs- und im Verwaltungsrecht », *VVDStRL* 2018, n° 77, Berlin, De Gruyter, p. 351.
- KAHL (W.), « Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle », in Hoffmann-Riem (W.), Schmidt-Aßmann (E.) et Voßkuhle (A.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2^{ème} éd., t. 1, Munich, C. H. Beck, 2012, p. 439.
- KELSEN (H.), « Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960 », *ÖZöR* 1960, p. 313.
- KIRCHHOF (P.), « Mittel staatlichen Handelns », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 5, Tübingen, C. F. Müller, 2007, § 99.
- KIRSCH (G.), « Von einigen Merkwürdigkeiten des französischen Staates », in Grewe (C.) et Gusy (C.) (dir.), *Französisches Staatsdenken*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 25.
- KLEIN (H. H.), « Demokratie und Selbstverwaltung », *Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 1972, p. 165.
- KLETZER (C.), « Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory », *Ratio Juris* 2005, n° 18, p. 46.

- KLUTH (W.), « Grundlagen und Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts », in Stober (S.), Wolff (H.-J.) et Bachof (O.), *Verwaltungsrecht*, 7^{ème} éd., t. 2, Munich, C. H. Beck, 2010, § 81.
- KNEMEYER (F.-L.), « Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinde und Landkreise », in von Mutius (A.) (dir.), *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft. Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh*, Heidelberg, Decker Verlag, 1983, p. 209.
- KNEMEYER (F.-L.), « Das verfassungsrechtliche Verhältnis der Kommunen zueinander und zum Staat », *DVBl* 1984, p. 23.
- KNEMEYER (F.-L.), « Staatsaufsicht über Kommunen », *JuS* 2000, p. 521.
- KNEMEYER (F.-L.), « Die Staatsaufsicht über die Gemeinde und Kreise », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Heidelberg, Springer, 2007, §12.
- KOCKA (J.), « Otto Hintze, Max Weber und das Problem der Bürokratie », *Historische Zeitschrift* 1981, n° 233, p. 65.
- KOKOTT (J.), « Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes : Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung », *VVStRL* 2004, n° 63, p. 7.
- KOTZUR (M.), « Föderalisierung, Regionalisierung und Kommunalisierung als Strukturprinzipien des europäischen Verfassungsraumes », *JöR* 2002, n° 50, p. 257.
- KREBS (W.), « Verwaltungsorganisation », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 5, Heidelberg, C.F. Müller, 2007, § 108.
- KUHLMANN (S.), « Konvergenz lokaler Verwaltungsmodelle ? Dezentralisierung im deutsch-französischen Vergleich », *Die Verwaltung* 2009, p. 589.
- KÜHNE (J.-D.), « Zur Kernbereichsermittlung bei der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie », in *Die Gemeinde : Verfassung, Planung, Wirtschaft und das kommunale Selbstverwaltungsrecht. Festschrift zum 70. Geburtstag von H. Faber*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 35.
- LAUX (E.), « Erfahrung und Perspektiven der kommunalen Gebiets- und Funktionalreformen », in Wollmann (H.) et Roth (R.) (dir.), *Kommunalpolitik*, 2^{ème} éd., Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, 1999, p. 168.
- LEHMANN (M.), « Der Ursprung der Städteordnung von 1808 », *Preußische Jahrbücher*, t. 93, 1898, p. 471.
- LEPSIUS (O.), « Hans Kelsen. Allgemeine Staatslehre, 1925 », *JZ* 2004, n° 59, p. 34.
- LEPSIUS (O.), « Sicherheit und Freiheit – ein zunehmend asymmetrisches Verhältnis », in Schuppert (G. F.) et al. (dir.), *Der Rechtsstaat unter Bewährungsdruck*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 23.
- LERCHE (P.), « Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip », *VVDStRL* 1964, n° 21, p. 66.
- LIPPOLD (R.), « Gilt im deutschen Recht ein Fehlerkalkül für Gesetze ? Eine Untersuchung des Problems des verfassungswidrigen Gesetzes auf der Grundlage der Reinen Rechtslehre », *Der Staat* 1990, p. 185.
- LOSCHELDER (W.), « Weisungshierarchie und persönliche Verantwortung in der Exekutive », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 5, Heidelberg, C.F. Müller, 2007, § 107.
- LÖWER (W.), « Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts », in Isensee (J.) et Kirchhoff (J.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 3, Heidelberg, C.F. Müller, 2005, § 70.
- LUHMANN (N.), « Verfassung als evolutionäre Errungenschaft », *Rechtshistorisches Journal* 1990, p. 176.

- MAGEN (S.), « § 91 BVerfGG », in Umbach (D.) et al. (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2^{ème} éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2005, p. 1164.
- MANN (T.), ELVERS (T.), « Die Rechtsquellen des Kommunalrechts », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 10.
- MARSCH (N.), « Verfassungsgerichtsbarkeit », in Marsch (N.), Vilain (Y.) et Wendel (M.) (dir.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2015, p. 275.
- MARTINEZ SORIA (J.), in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 36.
- MASING (J.), « Unabhängigen Regulierungsbehörden und ihr Aufgabenprofil », in Masing (J.) et Marcou (G.) (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 181.
- MASING (J.), « Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht » in Hoffmann-Riem (W.), Schmidt-Aßmann (E.) et Voßkuhle (A.) (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2^{ème} éd., t. 1, Munich, C.H. Beck, 2012, p. 437.
- MAURER (H.), « Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung », *DVBl* 1995, p. 1037.
- MAYER (F.), « Die Bedeutung von Rechts- und Verfassungsvergleichung im europäischen Verfassungsverbund », in Calliess (C.) (dir.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 167.
- MERKL (A.), « Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes », *Juristische Blätter* 1918, n° 47, p. 425.
- MERKL (A.), « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus », in Verdross (A.) (dir.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*, Vienne, Springer, 1931, p. 252.
- MERKL (A.), « Autobiographie », in Grass (N.) (dir.), *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Vienne, Universitätsverlag Wagner, 1952, p. 137.
- MERTEN (D.), « Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat », *VVDStRL* 1995, n° 55, p. 7.
- MEYER (H.), « Die Entwicklung der Kreisverfassungssysteme », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 25.
- MEYER (H.), « Liegt die Zukunft Mecklenburg-Vorpommerns im 19. Jahrhundert? Zum Neugliederungsurteil des Landesverfassungsgerichts », *NVwZ* 2008, p. 24.
- MICHAELS (R.), « Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongreß für Rechtsvergleichung — Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans », *RabelsZ* 2002, p. 97.
- MÖLLERS (C.), « Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat », in Aulehner (J.) et al. (dir.), *Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, Stuttgart, Booberg Verlag, 1997, p. 81.
- MÖLLERS (C.), « Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit ? », *Verwaltungsarchiv* 1999, p. 187.
- MÖLLERS (C.), « Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung », *AöR* 2007, p. 493.
- MÖLLERS (C.), « Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts », in Jestaedt (M.) et Lepsius (O.) (dir.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 151.
- MÖLLERS (C.), « Römischer Konziliarismus und politische Reform. Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 80. Geburtstag », *ZIG* 2010, n° 4, p. 107.

- MÖLLERS (C.), « Methoden », in Hoffmann-Riem (W.), Schmidt-Aßmann (E.) et Voßkuhle (A.) (dir.), *Grundlagen der Verwaltungsrechtswissenschaft*, t. 1, Munich, C.H. Beck, 2012, § 3.
- MÖSTL (M.), « Landesverfassungsrecht – zum Schattendasein verurteilt? », *AöR* 2005, p. 350.
- NIERHAUS (M.), « Artikel 28 : Verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern, Wahlrecht, kommunale Selbstverwaltung, Gewährleistung durch den Bund », in Sachs (M.), *Grundgesetz Kommentar*, 7^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2014, p. 1046.
- OEBBECKE (J.), « Kommunalaufsicht – nur Rechtsaufsicht oder mehr? », *DÖV* 2001, p. 406.
- OERDER (M.), « Grenzen der kommunalen Satzungsautonomie », *NJW* 1990, p. 2104.
- OETER (S.), « Deutschland – Exekutivföderalismus im Korsett des unitarischen Bundesstaats », in Gamper (A.) et al. (dir.), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 103.
- OSSENBÜHL (F.), « Satzung », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 5, Heidelberg, C. F. Müller, 2007, § 105.
- OSSENBÜHL (F.), « Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 5, Heidelberg, C. F. Müller, 2007, § 101.
- PALLAVER (G.), BRUNAZZO (M.), « Das Pendel des „föderalen“ Regionalismus – Verfassungsreform und neuer Zentralismus in Italien », in Gamper (A.) et al. (dir.), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 283.
- PAPIER (H. J.), « Aktuelle Fragen der Bundesstaatlichen Ordnung », *NJW* 2007, p. 2145.
- PESTALLOZZA (C.), « Die Sicherung des Selbstverwaltungsrechts in der Verfassungsgerichtbarkeit », in *Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg-Christoph Unruh*, Heidelberg, Decker, 1983, p. 1057.
- PETERS (A.), « Verhältnismäßigkeit als globales Verfassungsprinzip », in Baade (B.) et al. (dir.), *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, p. 1.
- PFERSMANN (O.), « Charles Eisenmann », in Walter (R.), Jabloner (C.) et Zeleni (K.) (dir.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Vienne, Manz, 2008, p. 75.
- PFERSMANN (O.), « Hans Kelsens Rolle in der gegenwärtigen Rechtswissenschaft », in Walter (R.) et al. (dir.), *Hans Kelsen: Leben – Werk - Wirksamkeit*, Vienne, Manz, 2009, p. 367.
- PIETZCKER (J.), « Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 6, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, § 134.
- PITSCHAS (R.), « Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im neuen Verwaltungsmanagement », *DÖV* 1998, p. 907.
- PREUSS (H.), « Dezentralisation und Zentralisation », in Brix (J.) et al. (dir.), *Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften*, t. 1, Iéna, Verlag von Gustav Fischer, 1918, p. 536.
- PREUß (H.), « Denkschrift zum Entwurf des allgemeinen Teils der Reichsverfassung vom 3. Januar 1919 », in Preuß (H.), *Staat, Recht und Freiheit. Aus vierzig Jahren deutscher Geschichte*, Hildesheim, Olms, 2007 (1926), p. 368.
- PUTTLER (A.), « Die deutschen Länder in der Europäischen Union », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 5, Heidelberg, C. F. Müller, 3^{ème} éd., 2007, § 142.
- PÜTTNER (G.), « 200 Jahre Preußische Städteordnung », *DÖV* 2008, p. 973

- REICHARDT (R.), « Vorwort zur Neuauflage », in Hintze (H.), *Staatseinheit und Föderalismus im alten Frankreich und in der Revolution*, Francfort, Suhrkamp, 1989 (1928), p. V.
- REIMER (F.), « Fragmentierung im Öffentlichen Recht. Diskursvergleich im Verfassungs- und im Verwaltungsrecht », *VVStRL* 2018, n° 77, p. 413.
- RUDLOFF (W.), « Die kommunale Selbstverwaltung in der Weimarer Zeit », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 6.
- RÜEGG (W.), « Die Universität in der « Moderne » des 19. und 20. Jahrhunderts », in Mantl (W.) (dir.), *Phänomenologie des europäischen Wissenschaftssystems*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 121.
- RUFFERT (M.), « The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project », in Ruffert (M.) (dir.), *The Transformation of Administrative Law in Europe / La mutation du droit administratif en Europe*, Munich, Sellier, 2007, p. 3.
- RUFFERT (M.), « Unions- und gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 37.
- RÜHMANN (J.), « § 85 – Verfahren und Entscheidungen », in Umbach (C.), Clemens (T.) et Dollinger (F.- W.) (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, C.F. Müller, 2005, 2^{ème} éd., p. 1067.
- RUB (S.), « Die andere Kammer. Zur Repräsentationsleistung des Senats in der Fünften Republik », in Schild (J.) et Uterwedde (H.) (dir.), *Frankreichs V. Republik : Ein Regierungssystem im Wandel – Festschrift für Adolf Kimmel*, Wiesbaden, Springer, 2005, p. 105.
- SACHS (M.), « Art. 19 : Einzelfallgesetzverbot, Zitiergebot ; Wesensgehaltgarantie ; Geltung für juristische Personen; Rechtsweggarantie », in Sachs (M.) (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 7^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2014, p. 753.
- SALZWEDEL (J.), « Staatsaufsicht in der Verwaltung », *VVDStRL* 1963, n° 22, p. 206.
- SCHAMBECK (H.), « Adolf Merkl », in Häberle (P.) et al. (dir.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, Berlin, De Gruyter, p. 353.
- SCHEUNER (U.), « Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung », *DÖV* 1963, p. 714.
- SCHEUNER (U.), « Staatliche Verbandsbildung und Verbandsaufsicht in Deutschland im 19. Jahrhundert », *Der Staat* 1978, numéro spécial n° 2, p. 97.
- SCHLIESKY (U.), « Aktuelle Rechtsprobleme bei Bürgerbegehren und Bürgerentscheid », *DVBl* 1998, p. 169.
- SCHLINK (B.), « Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit », in Badura (P.) et Dreier (H.) (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 445.
- SCHMIDT-AßMANN (E.), « Perspektiven der Selbstverwaltung der Landkreise », *DVBl* 1996, p. 533.
- SCHMIDT-AßMANN (E.), « Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung », in Badura (P.) et Dreier (H.) (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 803.
- SCHMIDT-AßMANN (E.), « Verwaltungskontrolle », in Hoffriem (W.) et Schmidt-Aßmann (E.) (dir.), *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 9.
- SCHMIDT-AßMANN (E.), DAGRON (S.), « Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen », *ZaöRV* 2007, n° 67, p. 395.
- SCHMIDT-AßMANN (E.), « Zum Stand der Verwaltungsrechtsvergleichung in Europa : Wissenschaft », *Die Verwaltung* 2012, n° 45, p. 264.

- SCHMITT (C.), « Freiheitsrechte und institutionelle Garantien in der Reichsverfassung », in *Rechtswissenschaftliche Beiträge zum 25jährigen Bestehen der Handelshochschule Berlin*, Berlin, Hobbing, 1931, p. 1, réédité in Schmitt (C.), *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*, 3^{ème} éd., Berlin, Duncker und Humblot, 1985, p. 140.
- SCHMITT GLAESER (W.), « Partizipation an Verwaltungsentscheidungen », *VVDStRL* 1973, n° 31, p. 179.
- SCHNEIDER (H.-P.), « Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundestaat », *VVDStRL* 1961, n° 19, p. 1.
- SCHOCH (F.), « Kommunale Selbstverwaltung und Europarecht », in Henneke (G.) (dir.), *Kommunen und Europa – Herausforderungen und Chancen*, München/Stuttgart, Boorberg, 1999, p. 11.
- SCHOCH (F.), « Die Sicherung der kommunalen Selbstverwaltung als Föderalismusproblem », *Der Landkreis* 2004, p. 367.
- SCHOCH (F.), « Die staatliche Rechtsaufsicht über Kommunen », *JURA* 2006, p. 188.
- SCHOCH (F.), « Verfassungswidrigkeit des bundesgesetzlichen Durchgriffs auf Kommune », *DVBl* 2007, p. 261.
- SCHOCH (F.), « Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch das Bundesverfassungsgericht », *DVBl* 2008, p. 937.
- SCHOLLER (H.), SCHOLLER (J.), « Kommunale Rechtsetzung », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 23.
- SCHÖNBERGER (C.), « Der « Staat » der Allgemeinen Staatslehre : Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich », in Beaud (O.) et Heyen (E. V.) (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ? Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen Dialogs*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 111.
- SCHÖNBERGER (C.), « Verfassungsvergleichung heute: der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild », *VRÜ* 2010, n° 43, p. 6.
- SCHÖNBERGER (C.), « Verwaltungsrechtsvergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte », in von Bogdandy (A.), Cassese (S.) et Huber (M.) (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. 4, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, § 71.
- SCHÖNBERGER (C.), « Der Indian Summer eines liberalen Étatismus: Ernst-Wolfgang Böckenförde als Verfassungsrichter », in Große Kracht (H.-J.) (dir.), *Religion - Recht - Republik : Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Paderborn, Schöningh, 2014, p. 121.
- SCHÖNDORF-HAUBOLD (B.), « Dezentralisierung und die verfassungsrechtliche Garantie territorialer Selbstverwaltung in Frankreich », *Die Verwaltung* 2007, n° 40, p. 513.
- SCHULZE-FIELITZ (H.), « Staatsrechtslehre als Wissenschaft : Dimension einer nur scheinbar akademischen Fragestellung », in Schulze-Fielitz (H.) (dir.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Berlin, Duncker und Humblot, 2007, p. 12.
- SCHUPPERT (G.), « Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit ? », *Der Staat*, 2008, p. 325.
- SCHUPPERT (G. F.), « Staatsaufsicht im Wandel », *DÖV* 1998, p. 831.
- SCHWARZ (K.-A.), « Systeme der Ortschaftsverfassung und der Bezirksgliederung », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 27.
- SHIRVANI (F.), « Die Bundes- und Reichsexekution in der neueren Verfassungsgeschichte », *Der Staat* 2011, n° 50, p. 102.
- SIEDENTOPF (H.), « Experimentierklausel – eine "Freisetzungsrichtlinie" für die öffentliche Verwaltung », *DÖV* 1995, p. 193.
- SMEND (R.), « Verfassung und Verfassungsrecht », in Smend (R.) (dir.), *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2^{ème} éd., Berlin, Duncker und Humblot, 1968, p. 119.

SOMMERMANN (K.-P.), « Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa », *DÖV* 1999, p. 1017.

SOMMERMANN (K.-P.): « Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung », in Merten (D.) et Papier (H.-J.), *Handbuch der Grundrechte*, t. 1, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, p. 631.

SOMMERMANN (K.-P.), « Artikel 20 », in Mangoldt (H.) et al. (dir.), *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, 5^{ème} éd., Munich, Vahlen, 2005, p.1.

SOMMERMANN (K.-P.), « Kommunen und Föderalismusreform », in *Bitburger Gespräche*, Munich, C.H. Beck, 2006, p. 59.

SOMMERMANN (K.-P.), « Offene Staatlichkeit : Deutschland », in von Bogdandy (A.), Cruz-Villalon (P.) et Huber (P.) (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. 2, Heidelberg, C.F. Müller, 2008, p. 3.

SOMMERMANN (K.-P.), « Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluß – Analyse aus deutscher Sicht », in Schwarze (J.) (dir.), *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, p. 181.

SOMMERMANN (K.-P.), KRUSE (F.), « Stellungnahme zur Rolle der Gemeinden im europäischen Mehrebenensystem », in Alber (E.) et Zwingling (C.) (dir.), *Gemeinden im Europäischen Mehrebenensystem : Herausforderungen im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 379.

SOMMERMANN (K.-P.), « Das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Verwaltungsrecht. Vergleichende Betrachtungen zu Deutschland und Frankreich », *Die Verwaltung* 2017, n° 50, p. 77.

SOMMERMANN (K.-P.), « Europäisierung und Internationalisierung der nationalen Verwaltungen im Vergleich », in Fraenkel-Häberle (C.), Galetta (D.-U.) et Sommermann (K.-P.) (dir.), *Europäisierung und Internationalisierung der nationalen Verwaltungen im Vergleich. Deutsch-italienische Analysen*, Berlin, Duncker und Humblot, 2017, p. 174.

STAHL (G.), DEGEN (M.), « Die Europäisierung der Kommunen und der Ausschuss der Regionen », in Alber (E.) et Zwingling (C.) (dir.), *Gemeinden im Europäischen Mehrebenensystem: Herausforderungen im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 191.

STARCK (C.), « Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht », *JZ* 1997, n° 21, p. 1021.

STARCK (C.), « Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 6, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, § 130.

STIER-SOMLO (F.), « Die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts », *VVDStRL* 1925, Berlin, De Gruyter, n°2, p. 122.

STIER-SOMLO (F.), « Das Grundrecht der kommunalen Selbstverwaltung unter besonderen Berücksichtigung des Eingemeindungsrecht », *AöR* 1929, n° 17, p. 1.

STIER-SOMLO (F.), « Der Reichsstaatsgerichtshof und das Grundrecht der Selbstverwaltung », *AöR* 1930, n° 58, p. 255.

STOLLEIS (M.), « Die Staatsrechtslehre der fünfziger Jahre », in Henne (T.) et Riedlinger (A.) (dir.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin, Berliner Wissenschaft-Verlag, 2005, p. 293.

STOLLEIS (M.), « Das Gespräch der Rechtskulturen : Zur Historie der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht », in Lindemann (H.) et al. (dir.), *Erzählungen vom Konstitutionalismus*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 91.

STURM (R.), « Autonomieverlust der Länder. Föderale Kompetenzverteilung in Deutschland », in Gamper (A.) et al. (dir.), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 129.

TETTINGER (P. J.), « Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 11.

THIEME (W.), « Die Gliederung der deutschen Verwaltung », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 9.

THOMA (R.), « Das Reich als Bundestaat », in Anschütz (G.) et Thoma (R.) (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998 (1930), p. 169.

TRÄGER (H.), « Die gescheiterten Kreisgebietsreformen in Brandenburg und Thüringen », *Jahrbuch des Föderalismus 2018*, Baden-Baden, Nomos, 2018, p. 214.

TRUTE (H.-H.), « Eberhard Schmidt-Aßmann zum 80. Geburtstag », *JZ* 2018, n° 73, p. 200.

TSCHECHTSCHER (A.), « Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht », *JZ* 2007, n° 17, p. 807.

VON UNRUHE (G.-C.), « Ursprung und Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung im frühkonstitutionellen Zeitalter », in Mann (T.) et Püttner (G.) (dir.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 3^{ème} éd., t. 1, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, § 4.

VILAIN (Y.), « Verfassungsprinzipien », in Marsch (N.) et al. (dir.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2015, p. 45.

VILAIN (Y.), WENDEL (M.), « Parlament – Präsident – Regierung », in Marsch (N.) et al. (dir.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2015, p. 121.

VINCZE (A.), « Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts – eine rechtsvergleichende Annäherung », *ZaöRV* 2017, n° 77, p. 235.

VOLKMANN (U.), « Pfadabhängigkeit im Recht », in Aust (H.) et al. (dir.), *Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 27.

VOBKUHLE (A.), « The reform approach in the German Science of Administrative Law : The „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ », in Ruffert (M.) (dir.), *The Transformation of Administrative Law in Europe / La mutation du droit administratif en Europe*, Munich, Sellier, 2007, p. 89.

VOBKUHLE (A.), « Europa als Gegenstand wissenschaftlicher Reflexion – eine thematische Annäherung in 12 Thesen », in Franzius (C.), Mayer (F.C.) et Neyer (J.) (dir.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2010, p. 37.

VOBKUHLE (A.), « Hugo Preuß als Vordenker des Pluralismus », *Der Staat* 2011, n° 50, p. 251.

VOBKUHLE (A.), « Neue Verwaltungsrechtswissenschaft », in Hoffmann-Riem (W.), Schmidt-Aßmann (E.) et Voßkuhle (A.) (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2^{ème} éd., t. 1, Munich, C.H. Beck, 2012, p. 1.

WACHTER (K.), « Verfassungsrechtlicher Schutz der gemeindlichen Selbstverwaltung gegen Eingriffe durch Gesetz », *AöR* 2010, n° 135, p. 327.

WAHL (R.), « Die Reformfrage », in Badura (P.) et Dreier (H.) (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 461.

WAHL (R.), « Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949 », in Wahl (R.), *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Francfort, Suhrkamp, 2003, p. 411.

WAHL (R.), « Entwicklungspfade im Recht », *JZ* 2013, n° 68, p. 369.

WALTER (R.), « Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht », *ÖJZ* 1965, p. 169.

WEBER (K.), « Zwei- oder dreigliedriger Bundesstaat? Bemerkungen zur Stellung der Gemeinden in einer möglichen künftigen Bundesverfassung », in Weber (K.) et Wimmer (N.) (dir.), *Vom Verfassungsstaat am Scheideweg. Festschrift für Peter Perenthaler*, Vienne, Springer, 2005, p. 413.

WEBER (M.), « Wissenschaft als Beruf » (1919), in Weber (M.), *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1922, p. 524.

- WEBER (T.), « Die föderale Kompetenzverteilung als Beispiel für Pfadabhängigkeit », in Mainzer Assistententagung Öffentliches Recht e.V. (dir.), *Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 117.
- WENDEL (M.), « Verfassungsrecht – Völkerrecht – Europarecht », in Marsch (N.), Vilain (Y.) et Wendel (M.) (dir.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2015, p. 373.
- WIEDERIN (E.), « Kelsens Begriffe des Bundesstaates », in Paulson (S.) et Stolleis (M.) (dir.), *Hans Kelsen, Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 222.
- WIEDERIN (E.), « Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl », in Griller (S.) et Rill (H. P.) (dir.), *Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*, Vienne/New York, Springer, 2011, p. 81.
- WOLFF (M.), « Reichsverfassung und Eigentum », in *Festgabe Wilhelm Kahl*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1923, p. 2.
- WOLLMANN (H.), « Kommunalvertretung: Verwaltungsorgane oder Parlamente? », in Roth (R.) et Wollmann (H.) (dir.), *Kommunalpolitik*, 2^{ème} éd., Wiesbaden, Springer, 1999, p. 50.
- WOLLMANN (H.), « Stadt im Blick der Kommunalwissenschaft », in Miegl (H.) et Heyl (C.) (dir.), *Stadt. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart/Weimar, J.B. Metzler/Springer, 2013, p. 174.
- WÜRTEMBERGER (T.), « Auf dem Weg zu lokaler und regionaler Autonomie in Europa », in Geis (M.-E.) et Lorenz (D.) (dir.), *Staat. Kirche. Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, Munich, C.H. Beck, 2001, p. 1053.
- WÜRTEMBERGER (T.), « Neugliederung », in Isensee (J.) et Kirchhof (P.) (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^{ème} éd., t. 6, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, § 132.
- ZEH (W.), « Spätföderalismus: Vereinigungs- oder Differenzierungsföderalismus? Zur Arbeit der Enquete-Kommission an ihrem schwierigsten Objekt », *ZParl* 1977, p. 475.
- ZIEGMEIER (C.), « Verfassungsrechtliche (Neu-)Organisation der Grundsicherung für Arbeitsuchende in Art. 91e GG », *Zeitschrift Kommunaljurist* 2010, p. 441.

IV. Notes, chroniques et conclusions

MÜLLER-HEIDELBERG (K.), notes sous OVGE 18, 227, *DVBl* 1963, p. 862.

V. Rapports officiels

KOMMISSION FÜR DIE FINANZREFORM, *Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart, Kohlhammer, 1966.

BUNDESTAG, Rapport final de la commission de réforme de la Constitution du 9 décembre 1976 : BT-Drs. 7/5924.

EHLERS (D.), « Was können und was müssen Kommunen und Kommunalaufsicht von/an Europa lernen ? - Kommunalaufsicht und europäisches Gemeinschaftsrecht », in Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, *Kommunalaufsicht im Spannungsfeld von kommunaler Selbstverwaltung und gesamtstaatlicher Verantwortung*, Düsseldorf, 2001, p. 137.

BMI, *Der öffentliche Dienst in Deutschland*, Berlin, Bundesministerium des Innern, 2007.

STATISTISCHES BUNDESAMT, *Rechnungsergebnisse der kommunalen Haushalte*, 2007.

STATISTISCHES BUNDESAMT, *Kreisfreie Städte und Landkreise nach Fläche, Bevölkerung und Bevölkerungsdichte am 31. Dezember 2016*, 2018.

EUROPÄISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUSFORSCHUNG, « Reform der Finanzbeziehungen im deutschen Bundesstaat und ihre Wirkung auf den deutschen Föderalismus », *Jahrbuch des Föderalismus*, 2017, p. 37.

VI. Tables de jurisprudence

Cour constitutionnelle fédérale

BVerfGE 1, 14 (23 octobre 1951), *Südweststaat*.

BVerfGE 1, 167 (20 mars 1952), *Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden*.

BVerfGE 1, 208 (5 avril 1952), *7,5%-Sperrklausel*.

BVerfGE 5, 34 (30 mai 1956), *Baden-Abstimmung*.

BVerfGE 6, 104 (23 janvier 1957), *Kommunalwahl-Sperrklausel I*.

BVerfGE 8, 122 (30 juillet 1958), *Volksbefragung Hessen*.

BVerfGE 10, 20 (14 juillet 1959), *Preußischer Kulturbesitz*.

BVerfGE 11, 266 (12 juillet 1960), *Wählerversammlung*.

BVerfGE 12, 319 (2 mai 1961), *Ärztliche Pflichtaltersversorgung*.

BVerfGE 13, 132 (3 octobre 1961), *Bayrische Feiertage*.

BVerfGE 17, 172 (26 novembre 1963), *Freiburger Polizei*.

BVerfGE 19, 253 (14 décembre 1965), *Kirchensteuergesetz*.

BVerfGE 21, 54 (21 décembre 1966), *Lohnsummensteuer*.

BVerfGE 21, 117 (17 janvier 1967), *Kommunale Baudarlehen*.

BVerfGE 21, 362 (2 mai 1967), *Sozialversicherungsträger*.

BVerfGE 22, 180 (18 juillet 1967), *Jugendhilfe*.

BVerfGE 23, 353 (21 mai 1968), *Breitenborn-Gelnhausen*.

BVerfGE 26, 228 (24 juin 1969), *Sorsum*.

BVerfGE 32, 346 (23 février 1972), *Strafbestimmungen in Gemeindefestsetzungen*.

BVerfGE 33, 125 (9 mai 1972), *Facharzt*.

BVerfGE 32, 145 (21 octobre 1971), *Beförderungssteuer*.

BVerfGE 34, 9 (26 juillet 1972), *Besoldungsvereinheitlichung*.

BVerfGE 36, 342 (29 janvier 1974), *Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz*.

BVerfGE 39, 96 (4 mars 1975), *Bundesfinanzhilfen*.

BVerfGE 41, 291 (10 février 1976), *Strukturförderung*.

BVerfGE 50, 50 (27 novembre 1978), *Laatzen*.

BVerfGE 50, 195 (17 janvier 1979), *Rheda-Wiedenbrück*.

BVerfGE 52, 95 (24 juillet 1979), *Schleswig-Holsteinische Ämter*.

BVerfGE 56, 298 (7 octobre 1980), *Flugplatz Memmingen*.

BVerfGE 58, 177 (6 octobre 1981), *Inkompatibilität/Kreisangestellter*.

BVerfGE 2 BvR 671/81 (2 novembre 1981), *NVwZ 1982, 306, AVBWasserV verstößt nicht gegen Selbstverwaltungsgarantie*.

BVerfGE 61, 82 (8 juillet 1982), *Sasbach*.

BVerfGE 63, 1 (12 janvier 1983), *Schornsteinfegerversorgung*.

BVerfGE 71, 25 (15 octobre 1985), *Kommunalverfassungsbeschwerden*.

BVerfGE 73, 118 (4 novembre 1986), *4. Rundfunkentscheidung*.

BVerfGE 77, 288 (9 décembre 1987), *Verfassungswidrigkeit des saarländischen Kommunalselfbstverwaltungsgesetzes*.

BVerfGE 78, 331 (21 juin 1988), *Nordhorn*.

BVerfGE 79, 127 (23 novembre 1988), *Rastede*.

BVerfGE 81, 330 (22 mai 1990), *Kalkar II*.
 BVerfGE 82, 310 (10 juillet 1990), *Aschendorf*.
 BVerfGE 83, 37 (31 octobre 1990), *Ausländerwahlrecht I*.
 BVerfGE 83, 60 (31 octobre 1990), *Ausländerwahlrecht II*.
 BVerfGE 83, 363 (7 février 1991), *Krankenhausumlage*.
 BVerfGE 86, 90 (12 mai 1992), *Papenburg*.
 BVerfGE 86, 148 (27 mai 1992), *Finanzausgleich II*.
 BVerfGE 2 BvR 611/91 (18 octobre 1994), *DVBl* 1995, 286, *Verfassungsrechtliche Prüfung der Festlegung der Grenze des Landes Berlin*.
 BVerfGE 91, 228 (26 octobre 1994), *Gleichstellungsbeauftragte*.
 BVerfGE 93, 37 (24 mai 1995), *Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein*.
 BVerfGE 96, 231 (9 juillet 1997), *Bayrisches Müllkonzept*.
 BVerfGE 97, 332 (10 mars 1998), *Kindergartenbeiträge*.
 BVerfGE 103, 332 (7 mai 2001), *Naturschutzgesetz Schleswig Holstein*.
 BVerfGE 106, 62 (24 octobre 2002), *Altenpflegegesetz*.
 BVerfGE 107, 1 (19 novembre 2002), *Verwaltungsgemeinschaften*.
 BVerfGE 107, 59 (5 décembre 2002), *Lippeverband*.
 BVerfGE 108, 169 (15 juillet 2003), *Telekommunikationsgesetz*.
 BVerfGE 2 BvR 596/01 (25 mars 2004), *Fehlende Antragsbefugnis einer Gemeinde bzgl der Verletzung von Justizgrundrechten*.
 BVerfGE 111, 191 (13 juillet 2004), *Notarkassen*.
 BVerfGE 111, 226 (27 juillet 2004), *Juniorprofessur*.
 BVerfGE 112, 226 (26 janvier 2005), *Studiengebühren*.
 BVerfGE 119, 331 (20 décembre 2007), *Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften*.
 BVerfGE 120, 82 (13 février 2008), *Sperrklausel Kommunalwahlen*.
 BVerfGE 123, 267 (30 juin 2009), *Lissabon*.
 BVerfGE 125, 141 (27 janvier 2010), *Gewährleistung des kommunalen Hebesatzrechts*.
 BVerfGE 137, 108 (7 octobre 2014), *Art. 91e GG*.
 BVerfGE 2 BvL 2/13 (19 novembre 2014), *NVwZ* 2015, p. 728, *Mitentscheidungsrecht kreisangehöriger Gemeinden*.

Cours constitutionnelles fédérées

Décision du 21 novembre 1949 de la Cour constitutionnelle de Hesse : VerfGHE 2/II, 143.
 Décision du 9 août 1977 de la Cour constitutionnelle de Baden-Württemberg : LVerfG 1, 77.
 Décision du 15 décembre 1988 de la Cour constitutionnelle de Bavière : *NVwZ* 1989, p. 551.
 Décision du 27 mars 1992 de la Cour constitutionnelle de Bavière : *NVwZ* 1993, p. 163.
 Décision du 22 septembre 1992 de la Cour constitutionnelle de Rhénanie du Nord-Westphalie : *DVBl* 1993, p. 197.
 Décision du 10 janvier 1994 de la Cour constitutionnelle de la Sarre : *NVwZ-RR* 1995, p. 153.
 Décision du 19 mai 1994 de la Cour constitutionnelle de Brandebourg : LVerfGE 2, 105, 110.
 Décision du 8 janvier 1998 de la Cour constitutionnelle de Saxe-Anhalt : *NVwZ-RR* 1999, p. 393.
 Décision du 16 mars 2001 de la Cour constitutionnelle de Rhénanie-Palatinat : *NVwZ* 2001, p. 912.
 Décision du 18 juin 2005 de la Cour constitutionnelle de Saxe : LVerfGE 23-III-04.
 Décision du 26 juillet 2007 de la Cour constitutionnelle fédérée du Mecklembourg-Poméranie : LVerfGE 9, 17/06.
 Décision du 6 décembre 2007 de la Cour constitutionnelle de Basse-Saxe : *NdsVBl* 2008, p. 37.

Décision du 26 juin 2009 de la Cour constitutionnelle de Saxe : Vf. 79-II-08.
Décisions du 18 août 2011 de la Cour constitutionnelle de Mecklembourg-Poméranie :
LVerfG 21/10, 22/10, 23/10.

Cour administrative fédérale

BVerwGE 2, 329 (18 novembre 1955).
BVerwGE 22, 299 (5 novembre 1965).
BVerwGE 39, 311 (11 février 1972).
BVerwGE 67, 321 (4 août 1983), *Rastede*.
BVerwGE 87, 228 (14 décembre 1990), *Atomwaffenfreie Zone München*.
BVerwGE 11 C 4/94 (14 décembre 1994), *DÖV* 1995, 512.
BVerwG 101, 99 (24 avril 1996).
BVerwGE 9 B 21/06 (17 janvier 2007), *NvwZ*, 2007, p. 584.
BVerwGE 9 B 13/15 (20 août 2015).

Autres juridictions

Cour de justice d'État (Staatsgerichtshof), décision « Lüttringhausen » des 10 et 11 décembre 1929 relative à la Prusse rhénane, in Lammers (H.) et Simons (W.) (dir.), *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Art. 13 Abs 2 der Reichsverfassung*, t. 2, Berlin, G. Stilke, 1930, p. 107.
PrOVGE 13, 89/106.
PrOVGE 70 (57).
PrOVGE 78 (58).
PrOVGE 83 (99).
PrOVGE 84, 106.
Décision du 23 janvier 1963 de la Haute Cour administrative de Rhénanie du Nord-Westphalie : OVGE 18, 227, *DVBf* 1963, p. 862.
Décision du 8 mars 1979 de la Cour administrative supérieure de Lunebourg (Basse-Saxe) : OVG Lüneburg, *DÖV* 1980, p. 417.
Décision du 29 mai 1985 de la Cour administrative d'appel de Coblenz : OVG Koblenz 7 B 11/85, *DÖV* 1986, p. 152.

Table des matières

Dédicaces	5
Remerciements	7
Liste des abréviations.....	9
Sommaire	13
Introduction	15
§1 Le constat : un champ d'étude encore surdéterminé par le référentiel national	23
A. Le contexte : la constitutionnalisation et l'eupéanisation du droit des collectivités locales	23
I. L'évolution de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités infranationales en France et en Allemagne.....	25
1) La progressive constitutionnalisation du droit des collectivités locales en France	25
a) L'évolution historique du droit français des collectivités locales : le tournant 1982..	25
b) Les fondements constitutionnels de la décentralisation et du droit à l'autonomie locale	29
2) La rationalisation du fédéralisme et de l'administration locale en Allemagne : retour sur les réformes du système fédéral et local	31
a) Les réformes des rapports entre État fédéral, États fédérés et collectivités locales	31
b) La multiplication des réformes fonctionnelles et territoriales de l'administration locale des Länder.....	33
II. L'émergence d'un droit européen des collectivités locales	35
B. Le contraste entre l'état de la recherche contemporaine et la tradition des échanges doctrinaux franco-allemands en droit public	37
1) Les rapports entre l'État et les collectivités locales dans la doctrine franco-allemande de droit public : 1870-1950	38
2) Les rapports entre l'État et les collectivités locales dans la doctrine comparatiste contemporaine.....	42
a) Le caractère lacunaire et contradictoire de l'état de la recherche contemporaine en droit public comparé	42
b) L'actualité et le renouvellement de la recherche sur la décentralisation en sciences politiques et administratives.....	46
C. Les raisons de l'état lacunaire de la recherche en droit comparé des collectivités infra-étatiques	49
1) Les incidences du fédéralisme	49
a) Le confinement des collectivités locales à la sphère apolitique de l'administration médiate d'État en Allemagne.....	49
b) Les difficultés d'appréhender le droit allemand des collectivités locales.....	51
2) L'ethnocentrisme des traditions doctrinales nationales	53
§ 2 L'objectif : la description des rapports juridiques entre l'État et les collectivités locales en droit comparé	59
A. Considérations épistémologiques : méthode comparative et théorie du droit. 61	
1) Le droit comparé face au problème de la surdétermination du référentiel national dans les classifications doctrinales.....	62
2) La plus-value gnoséologique du normativisme positiviste.....	66
B. Définition des principaux outils conceptuels et typologie de la décentralisation	71
1) État, collectivités locales et autonomie locale	72
2) Les critères de définition de la « décentralisation par autonomie locale »	73

3) La nécessité de mieux définir « le droit de contrôle » des organes centraux d'État sur les actes locaux.....	78
C. Organisation de l'étude.....	82
Partie 1 : Les garanties constitutionnelles du droit à l'autonomie locale	85
Introduction de la Partie 1.....	87
TITRE 1 : LES GARANTIES FORMELLES DU DROIT A L'AUTONOMIE LOCALE	89
CHAPITRE 1 : LA GARANTIE INSTITUTIONNELLE DU DROIT A L'AUTONOMIE LOCALE	91
SECTION 1 : LA GARANTIE INSTITUTIONNELLE GLOBALE DES COLLECTIVITES LOCALES	93
<i>§1 Le domaine de la garantie institutionnelle globale : le concept de collectivité locale en droit comparé.....</i>	93
A. Les catégories de collectivités territoriales à statut constitutionnel en droit français	93
I. Les conditions à la création de nouvelles catégories de collectivités territoriales en droit français.....	94
II. Collectivité locale et démocratie : l'exigence constitutionnelle de disposer de conseils élus.....	95
B. Les catégories de collectivités territoriales à statut constitutionnel en droit allemand	97
I. La diversité des types de communes et le concept de « communauté locale ».....	97
II. Le caractère délibérément indéterminé du concept de « groupements de communes »	100
<i>§2 Les collectivités locales comme composantes de l'ordre constitutionnel fondamental ?.....</i>	103
A. Les limites constitutionnelles à la suppression des collectivités locales en droit français	103
I. La décentralisation comme composante de la forme républicaine du gouvernement	104
II. Le fédéralisme comme limite matérielle à la révision de la Constitution.....	106
B. Les limites constitutionnelles à la suppression des collectivités locales en droit allemand	108
I. Les limites à l'autonomie constitutionnelle des Länder dans la détermination de leur organisation administrative	109
1) La portée du droit constitutionnel fédéral en droit constitutionnel fédéré.....	110
a) Les « prescriptions-cadres » de la Loi fondamentale.....	110
b) Les « normes fédérales d'effet direct ».....	111
c) Normes constitutionnelles fédérales et droit constitutionnel fédéré « non-écrit »	111
2) Le droit constitutionnel fédéral à l'autonomie locale comme standard minimal	112
II. La garantie limitée de l'autonomie locale en cas de révision de la Loi fondamentale	114
SECTION 2 : LA GARANTIE INSTITUTIONNELLE NOMINALE DES COLLECTIVITES LOCALES	117
<i>§1 L'absence de garantie absolue au maintien nominal des collectivités infra-étatiques.....</i>	117

A. L'étatocité des collectivités fédérées à l'épreuve de la restructuration du territoire fédéral.....	118
I. Fédéralisme « authentique » et défense de l'intangibilité des Länder	118
II. La « rationalisation » du fédéralisme.....	120
B. Les limites constitutionnelles à la suppression nominale des collectivités ultra-marines	122
§2 : Les limites constitutionnelles à la suppression unilatérale de collectivités locales particulières.....	123
A. Les limites constitutionnelles aux réformes territoriales en droit allemand..	124
I. Les exigences constitutionnelles aux fusions de collectivités locales.....	124
1) Origines et critères du contrôle constitutionnel fédéral des fusions de communes	124
2) Le contrôle constitutionnel par les Cours constitutionnelles fédérées à l'exemple de la réforme territoriale de 2007 de Mecklembourg-Poméranie	126
II. La mise en œuvre des réformes territoriales depuis les années 1970 : une fusion des collectivités locales à marche forcée	127
B. La faiblesse des limites constitutionnelles aux réformes territoriales en droit français	129
I. Une jurisprudence constitutionnelle permissive et à géométrie variable	130
1) Une jurisprudence constitutionnelle favorable à la consultation des communes	130
2) L'absence de consultation lors de la fusion des régions par la loi du 16 janvier 2015.....	132
II. Un cadre législatif paradoxalement incitatif et libéral	134
1) Le regroupement des communes	135
2) Le regroupement des départements	137
3) Le regroupement des régions.....	138
C. Le poids du « pouvoir périphérique » : les contraintes politiques et historiques aux réformes territoriales en France et en Allemagne.....	139
I. Les effets différenciés du cumul des mandats et des fonctions.....	139
II. Le poids de la « dépendance au chemin emprunté ».....	141
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	143
CHAPITRE 2 : LA GARANTIE JURIDICTIONNELLE DE L'AUTONOMIE LOCALE FACE A LA LOI	147
SECTION 1 : L'ADMINISTRATION AUTONOME FACE AU DUALISME ENTRE ÉTAT ET SOCIÉTÉ	149
§1 La libre administration des collectivités locales : un « droit fondamental »	150
A. L'influence du « modèle » allemand en France	150
I. Le concept de « droit fondamental » dans la tradition juridique allemande	150
1) Droits fondamentaux, constitutionnalisme et État de droit libéral et bourgeois.....	151
2) La place éminente des droits fondamentaux dans la Loi fondamentale allemande	152
II. Les controverses françaises autour de la réception du concept de « droit fondamental »	154
B. Le maintien de divergences dans les conceptions françaises et allemandes du droit à l'autonomie locale.....	157
I. Les objections à l'attribution de droits fondamentaux aux collectivités locales.....	157

1) La protection « aspectuelle » des droits fondamentaux des personnes morales de droit public.....	157
2) La libre administration des collectivités locales : un principe d'organisation de l'État ?.....	160
II. La qualification de la libre administration comme droit fondamental des collectivités locales.....	161
1) La libre administration et la constitutionnalisation du droit des collectivités locales.....	161
2) La libre administration des collectivités territoriales : une liberté locale de la société des citoyens face à l'État ?.....	164
§2 L'auto-administration des collectivités locales : une « garantie institutionnelle »	166
.....	
A. La distinction schmittienne entre les « garanties institutionnelles » et les « droits fondamentaux ».....	166
I. Le modèle de la constitution de l'État de droit libéral et bourgeois.....	166
II. La réduction de la sphère des droits fondamentaux.....	167
B. Réception et critique de la distinction entre les « garanties institutionnelles » et les « droits fondamentaux ».....	169
I. La prospérité de la distinction entre les « garanties institutionnelles » et les « droits fondamentaux » sous la Loi fondamentale allemande.....	169
1) L'exclusion des personnes morales de droit public du champ d'application des droits fondamentaux.....	169
2) La dogmatique allemande des droits fondamentaux au prisme de la conception française.....	171
II. Limites et critiques de la conception étatiste des collectivités locales comme un « fragment d'État ».....	174
1) Aux origines des théories pluralistes de l'État et de l'administration autonome.....	174
2) L'unité de l'État et la doctrine de l'État total.....	177
3) La conciliation entre doctrine pluraliste et doctrine unitaro-étatiste.....	180
SECTION 2 : LA PROTECTION CONTENTIEUSE DU DROIT A L'AUTONOMIE LOCALE... 183	
§1 : La dualité du contentieux constitutionnel du droit à l'autonomie locale en Allemagne.....	183
A. Une compétence de principe des Cours constitutionnelles fédérées.....	184
I. Les conditions à la compétence contentieuse des Cours constitutionnelles fédérées.....	184
II. Les variations dans le contentieux constitutionnel des États fédérés.....	185
B. Le droit au recours des collectivités locales devant la Cour Constitutionnelle fédérale.....	188
I. La compétence exclusive de contrôle des lois fédérales.....	189
II. La compétence subsidiaire de contrôle des lois fédérées.....	191
III. La nature du recours constitutionnel des collectivités locales.....	193
§2 : La garantie juridictionnelle du droit à l'autonomie locale en contentieux français.....	194
A. La faible protection contentieuse du droit à l'autonomie locale par le juge administratif.....	194
I. La garantie de la libre administration par le « référé-liberté ».....	194
II. La garantie de la libre administration à travers le contrôle de conventionnalité des lois.....	195

1) La protection de l'autonomie locale par le contrôle de conventionnalité du juge administratif : le cas de la Convention européenne des droits de l'Homme	196
2) La protection de l'autonomie locale par le contrôle de conventionnalité du juge administratif : le cas de la Charte européenne de l'autonomie locale	197
3) La garantie de l'autonomie locale dans le droit de l'Union européenne	198
B. Le renforcement modéré de la garantie juridictionnelle du droit à l'autonomie locale au moyen du contentieux constitutionnel	199
I. La libre administration saisie par le juge constitutionnel : l'émergence tardive d'un droit constitutionnel local	199
II. La garantie des libertés locales à travers la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité : comparaisons avec le recours constitutionnel local en droit allemand	200
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	205
Conclusion du Titre 1.....	209
TITRE 2 : LES GARANTIES MATERIELLES DU DROIT A L'AUTONOMIE LOCALE	211
CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DU DOMAINE CONSTITUTIONNEL DE COMPETENCES DES COLLECTIVITES LOCALES	213
SECTION 1 : LES REGLES CONSTITUTIONNELLES D'ATTRIBUTION DE COMPETENCES AUX COLLECTIVITES LOCALES.....	215
§1 La garantie constitutionnelle de la liberté décisionnelle des collectivités locales	215
A. Les prérogatives liées à la liberté décisionnelle des collectivités locales	216
B. Le droit d'agir en dehors de toute instruction étatique	220
§2 La garantie constitutionnelle du champ de compétences des collectivités locales	221
A. Un droit d'initiative limité et différencié en fonction des catégories de collectivités locales	221
I. La suppression de la « clause de compétence générale » et le maintien du droit d'initiative des communes	223
1) La limitation de la clause de compétence générale par la loi du 16 décembre 2010.....	223
2) La suppression de la clause de compétence générale par la loi du 7 août 2015.....	225
II. Un droit d'initiative réservé aux communes en droit allemand	227
B. Le principe de subsidiarité et la présomption de compétences au profit des collectivités locales	228
I. Subsidiarité, proportionnalité et répartition décentralisée des compétences : clarification conceptuelle.....	229
II. Le principe de subsidiarité dans les ordres juridiques français et allemand	231
1) Règles générales d'attribution de compétences	231
a) La situation en droit français.....	231
b) La situation en droit allemand	232
2) La primauté de l'échelon communal en droit allemand	234
C. La garantie constitutionnelle d'un seuil minimal de compétences : l'indétermination des « affaires locales ».....	238
§3 : La distinction entre les compétences propres et déléguées des collectivités locales	240

A. Origine et valeur heuristique de la distinction entre compétences propres et compétences déléguées	241
I. L'origine française de la typologie dualiste des compétences locales : l'influence de la doctrine du « pouvoir municipal ».....	241
II. La valeur heuristique de la distinction entre compétences propres et compétences déléguées au prisme de la critique kelsenienne	246
III. La structure dualiste des compétences locales et les modalités afférentes du contrôle étatique	247
1) Les deux types de compétence propres : la différenciation entre compétence obligatoire et compétence facultative.....	248
2) Les deux types de compétence étatiques déléguées aux collectivités locales...	249
B. La comparaison des types de compétences des collectivités locales en France et en Allemagne.....	250
I. La démultiplication fonctionnelle des collectivités locales et les risques d'une « fausse décentralisation ».....	251
II. Les faiblesses du système moniste de Weinheim	254
SECTION 2 : LES LIMITES CONSTITUTIONNELLES AU POUVOIR LEGISLATIF DANS LA DETERMINATION DES COMPETENCES LOCALES.....	257
<i>§1 La délimitation de la compétence législative en matière d'attribution de compétences aux collectivités locales</i>	<i>258</i>
A. La délimitation de la compétence du législateur face au pouvoir réglementaire national	258
B. La répartition controversée des compétences législatives entre le Bund et les Länder.....	261
I. La situation avant la révision constitutionnelle de 2006	261
II. Les effets des révisions constitutionnelles de 2006, 2009 et 2017	264
<i>§2 : La défense de l'autonomie locale dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande</i>	<i>266</i>
A. La garantie de l'autonomie locale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel	267
I. La nécessité de justifier l'ingérence par des « exigences constitutionnelles » ou un motif « d'intérêt général »	268
II. Un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation du législateur	269
III. Un bilan jurisprudentiel favorable au pouvoir discrétionnaire du législateur	272
B. La garantie de l'autonomie locale dans la jurisprudence constitutionnelle allemande	273
I. La distinction entre le noyau dur du droit à l'autonomie locale et son domaine périphérique.....	274
II. Le contrôle de proportionnalité des atteintes portées au droit à l'autonomie locale.....	276
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	279
CHAPITRE 2 : LE POUVOIR NORMATIF DES COLLECTIVITES LOCALES	283
SECTION 1 : LE POUVOIR REGLEMENTAIRE LOCAL	285
<i>§1 La subordination des règlements locaux à la loi formelle.....</i>	<i>285</i>
A. La subordination des règlements locaux à la loi formelle en droit français..	285
I. État des controverses doctrinales : thèse « maximaliste » contre thèse « unitariste »	286

II. La position du Conseil constitutionnel	287
B. La subordination des règlements locaux à la loi formelle en droit allemand	288
I. Définitions du concept de pouvoir réglementaire « local » ou « statutaire »	289
II. L'habilitation législative du pouvoir réglementaire local	291
§2 Les rapports entre le pouvoir réglementaire étatique et le pouvoir réglementaire local.....	294
A. La variation de l'étendue du pouvoir réglementaire local face au pouvoir réglementaire national en France	294
B. L'absence de concurrence entre règlement étatique et règlement local en droit allemand	298
SECTION 2 : UNITE ET DECENTRALISATION DU POUVOIR LEGISLATIF.....	303
§1 : Uniformité de la loi et différenciation du domaine de validité territoriale des normes législatives en France	304
A. Les variations du domaine de validité spatiale de la législation nationale....	304
I. L'adaptation des règles nationales aux particularismes locaux.....	305
II. L'expérimentation de transferts de compétences.....	306
B. Les dérogations par le droit local aux lois nationales.....	308
I. Définition et conditions de validité des « expérimentations-dérogations »	308
II. Valeur juridique des actes locaux expérimentaux.....	311
§2 : Fédéralisme et différenciation du domaine de validité territoriale des normes législatives en Allemagne.....	313
A. La centralisation progressive du fédéralisme allemand	314
I. Du fédéralisme paritaire et dualiste au fédéralisme coopératif et unitarisé.....	314
II. La centralisation des compétences législatives au profit de l'État fédéral.....	317
B. L'expérimentation juridique dans le contexte d'un État fédéral	319
I. La thèse du laboratoire fédéral : la fonction expérimentale du fédéralisme.....	320
II. Les clauses d'expérimentations en droit allemand au miroir du droit français.....	322
SECTION 3 : LA REPRESENTATION DES COLLECTIVITES DECENTRALISEES	325
§1 : Les fonctions du bicamérisme en France et en Allemagne	325
A. Les questionnements autour des fonctions du bicamérisme en France.....	326
B. La participation des Länder à la formation de la volonté fédérale au travers du Bundesrat.....	328
§2 : L'absence de représentation directe et individuelle des collectivités locales en France et en Allemagne.....	329
A. L'appropriation de la représentation des collectivités locales par le Sénat français	330
B. La médiatisation de la représentation des collectivités locales allemandes par les Länder	332
I. La représentation des collectivités locales par les Länder au niveau fédéral	332
1) Une représentation confisquée par les Länder.....	332
2) Une représentation instrumentalisée en pratique au profit des Länder.....	335
II. La représentation des collectivités locales allemandes au niveau fédéré et européen	337
1) Le monocamérisme traditionnel des États fédérés	337
2) La médiatisation partielle de la représentation des collectivités locales par les Länder au niveau européen	338

§3 : <i>Les modalités d'association des collectivités locales au processus législatif..</i>	340
A. L'association des collectivités locales au processus législatif en Allemagne	341
B. L'association des collectivités locales au processus législatif en France	343
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	347
Conclusion du Titre 2.....	349
Conclusion de la Partie 1	351
Partie 2 : Le pouvoir de surveillance de l'État	353
Introduction de la Partie 2.....	355
TITRE 1 : DEFINITION DU CONCEPT DE « POUVOIR DE SURVEILLANCE »	357
CHAPITRE 1 : LA DELIMITATION DU POUVOIR DE SURVEILLANCE ET DU POUVOIR HIERARCHIQUE	359
SECTION 1 : LE POUVOIR HIERARCHIQUE DANS LES CLASSIFICATIONS DOCTRINALES NATIONALES.....	361
§1 : <i>L'étroitesse des classifications doctrinales nationales</i>	362
A. Les différences de conception de la « déconcentration » dans les doctrines française et allemande	363
I. Pouvoir hiérarchique et déconcentration : définitions.....	364
II. Pouvoir hiérarchique et déconcentration : comparaison	368
B. Le pouvoir d'organiser l'administration et le pouvoir de direction (Organisationsgewalt)	373
§2 : <i>L'hétérogénéité des classifications doctrinales nationales</i>	376
A. Une relecture critique des classifications doctrinales traditionnelles françaises	377
B. Le caractère équivoque du concept de supervision (Aufsicht) dans la doctrine allemande	382
SECTION 2 : RECONSTRUCTION NORMATIVISTE DE LA DISTINCTION ENTRE LE POUVOIR DE SURVEILLANCE ET LE POUVOIR HIERARCHIQUE	387
§1 : <i>La confrontation des idées de Charles Eisenmann à celles de Hans Kelsen et d'Adolf Merkl en matière d'organisation administrative de l'Etat</i>	387
A. Le constat des divergences : le « personnalisme » de Charles Eisenmann ...	387
B. La prédominance d'une communauté de vues : le « relativisme ».....	389
§2 <i>La relativité du droit appliquée à la distinction entre pouvoir de surveillance et pouvoir hiérarchique</i>	390
A. La relativité de la distinction d'un point de vue organique.....	391
B. La relativité de la distinction d'un point de vue matériel	396
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	403
CHAPITRE 2 : LA DELIMITATION DU POUVOIR DE SURVEILLANCE ET DES CONCEPTS PARALLELES	405
SECTION 1 : LE « CONTROLE » : UN CONCEPT GENERIQUE ET INDETERMINE	407
§1 : <i>La distinction entre le « contrôle » et la « surveillance » dans les doctrines nationales</i>	407

A. La distinction entre le « contrôle administratif » et la « supervision » en Allemagne	407
I. La thématique du contrôle dans la doctrine allemande	407
II. Conception moniste contre conception dualiste.....	409
1) La position moniste	410
2) La position dualiste.....	411
B. La distinction entre le « contrôle » et la « tutelle » en France.....	412
I. La thèse de l'antagonisme entre tutelle et contrôle	414
II. La thèse de l'analogie entre tutelle et contrôle	416
§ 2 : <i>Le caractère indéterminé du concept de « contrôle »</i>	417
A. L'analogie entre le concept de contrôle et celui de surveillance.....	417
B. La spécificité du concept de surveillance sur celui de contrôle	418
SECTION 2 : LES ECUEILS DES CONCEPTS DOCTRINAUX NATIONAUX DE « TUTELLE » ET DE « SUPERVISION COMMUNALE »	421
§1 : <i>« Tutelle » et « supervision » : deux concepts inappropriés à la comparaison</i>	421
A. Le caractère équivoque du concept de supervision communale	421
B. Le caractère inadéquat du concept de « tutelle ».....	423
I. La thèse de la prétendue suppression de la tutelle.....	423
II. Le malaise autour du mot de « tutelle »	424
§2 : <i>La prévalence du concept de surveillance</i>	428
A. La surveillance comme mécanisme d'observation et de contrôle correcteur	428
I. La surveillance dans l'histoire des idées politiques	429
II. La surveillance dans le discours juridique	430
B. Prévalence du concept de surveillance comme tertium comparationis	434
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	437
Conclusion du Titre 1	439
TITRE 2 : FONCTIONS ET MISE EN ŒUVRE DU POUVOIR DE SURVEILLANCE	441
CHAPITRE 1 : LE FONDEMENT DU POUVOIR DE SURVEILLANCE	443
SECTION 1 : POUVOIR DE SURVEILLANCE ET STRUCTURE TERRITORIALE DE L'ÉTAT	445
§1 <i>Unité et indivisibilité de l'État comme fondement du pouvoir de surveillance</i>	445
A. La tutelle : une prétendue <i>differencia specifica</i> de l'État unitaire.....	445
I. La thèse de la corrélation entre forme unitaire de l'État et pouvoir de tutelle dans la doctrine publiciste française	445
II. Les conséquences de la thèse de la corrélation entre forme unitaire de l'État et pouvoir de surveillance sur les concepts doctrinaux relatifs à l'organisation de l'État.....	449
1) La surveillance : une différence spécifique de l'État unitaire.....	449
2) La surveillance : une caractéristique spécifique du concept de collectivité locale	451
B. La tutelle : un moyen de garantir l'indivisibilité de l'État	453
I. État unitaire et indivisibilité	453
II. La tutelle comme expression d'un gallicanisme juridique.....	456

1) Tutelle et « constitution administrative » de la France	456
2) La tutelle après 1982 : rupture et pérennité de la « Constitution administrative française »	460
§2 Forme fédérale de l'État et pouvoir de surveillance.....	463
A. Le pouvoir de supervision communale dans la doctrine « étatico-unitariste » allemande	464
I. Le pouvoir de surveillance comme corollaire de l'autonomie locale	464
II. L'unité de l'État et l'exigence de « légitimation démocratique » des actes locaux	467
B. Le maintien du dualisme étatique de la structure fédérale de l'État allemand	472
I. La subordination des collectivités locales à l'État	472
1) L'insertion des collectivités locales dans l'administration médiate d'État.....	472
2) La subordination des collectivités locales comme expression du résidu d'étaticité des Länder	474
II. La comparaison entre la surveillance communale et la surveillance fédérale	476
SECTION 2 : LE POUVOIR DE SURVEILLANCE ET LA CENTRALISATION DE L'ORDRE JURIDIQUE.....	479
§1 : La soumission au contrôle étatique comme différence spécifique à l'État....	480
A. La thèse d'une différence de nature entre collectivités locales et collectivités fédérées : le cas du contrôle étatique sur leurs actes	480
B. Réfutation	481
§2 : Explication : le spectre du morcellement de l'État.....	487
A. L'opposition entre l'indivisibilité et le fédéralisme dans la doctrine française	487
B. La garantie de la structure dyadique du fédéralisme allemand	490
I. L'affirmation de l'étaticité des Länder.....	491
II. Le rejet de l'État unitaire comme forme d'État inadaptée au contexte allemand ...	496
SECTION 3 : LA RECONSTRUCTION DU POUVOIR DE SURVEILLANCE A PARTIR DE LA THEORIE DU CALCUL DES DEFAUTS D'ADOLF MERKL	499
§1 : Le pouvoir de surveillance comme technique de calcul des défauts.....	499
A. L'objet de la théorie du calcul des défauts	501
B. Les techniques du calcul des défauts	503
§2 Le pouvoir de surveillance comme calcul des défauts des actes locaux décentralisés	506
A. Les enseignements théoriques issus de la théorie du calcul des défauts	507
B. La plus-value dogmatique de la théorie du calcul des défauts	511
I. La fonction répressive du pouvoir de surveillance.....	511
1) L'obligation de veiller au respect de la légalité objective	512
2) La faculté de protéger les droits subjectifs	513
3) La liberté d'intervention de l'autorité de surveillance	516
II. La fonction préventive du pouvoir de surveillance.....	517
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	523
CHAPITRE 2 : LES CONDITIONS JURIDIQUES DE L'EXERCICE DU POUVOIR DE SURVEILLANCE	525
SECTION 1 : L'ORGANISATION DU POUVOIR DE SURVEILLANCE	527

§1 : La détermination du champ d'application du pouvoir de surveillance.....	527
A. Les actes exclus du domaine de surveillance	527
I. Les actes de droit privé	527
II. Démultiplication fonctionnelle et actes pris au nom de l'État.....	529
B. L'objet du pouvoir de surveillance : le concept de décision administrative locale	533
§2 : La détermination des organes en charge du pouvoir de surveillance	537
A. La divergence des modes de recrutement du préfet et du Landrat	537
I. Aux origines historiques du recrutement du préfet et du Landrat : la différence entre commissaires de Cour et commissaires provinciaux	537
II. Préfet et Landrat : la différence entre fonctionnaire nommé et fonctionnaire élu ..	540
B. L'organisation des rapports hiérarchiques entre autorités de surveillance....	541
I. L'intégration du Landrat dans la hiérarchie de l'administration d'État	542
II. Les réformes de l'organisation du pouvoir de surveillance en France	546
SECTION 2 : LES MOYENS DU POUVOIR DE SURVEILLANCE EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE	551
§1 : Typologie des moyens de surveillance.....	551
A. La confrontation des typologies nationales des moyens de surveillance	552
B. La surveillance des décisions locales : mécanisme dialogique et pouvoir sanctionnateur.....	555
§2 : La comparaison des moyens de surveillance en France et en Allemagne	558
A. Les moyens préventifs de surveillance : la phase de dialogue	558
I. Les moyens d'information : notification, transmission et approbation.....	558
II. La seconde phase du dialogue : conseils et mises en demeure	564
B. Les moyens répressifs du pouvoir de surveillance	568
I. Les remèdes aux défaillances des organes locaux.....	568
1) La substitution d'action comme réponse à une carence ponctuelle des autorités décentralisées	569
2) Le remplacement des organes locaux en cas de manquement grave et durable	571
II. L'état des divergences : l'annulation des actes locaux par l'autorité de surveillance	575
1) Les modalités d'annulation des actes locaux : annulation médiate en France et immédiate en Allemagne	575
2) Les demandes de suspension en référé	578
3) Les raisons de la juridictionnalisation du pouvoir d'annulation en France et de son absence en Allemagne	580
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	583
Conclusion du Titre 2.....	585
Conclusion de la Partie 2	587
Conclusion générale	589
Bibliographie.....	599
Table des matières	661

