

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	91 (1972)
Artikel:	Problèmes actuels de l'autonomie communale
Autor:	Meylan, Jacques
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896455

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Problèmes actuels de l'autonomie communale

Rapport présenté par JACQUES MEYLAN
docteur en droit, conseiller juridique, à Lausanne

Table des matières

Principales abréviations	7
Principaux ouvrages consultés	9
Introduction	17

Première partie: Notions préliminaires

Chapitre I	La place de la commune dans l'organisation de l'Etat	21
Section I	La place de la commune dans l'organisation politique	21
	Par. 1. Centralisme et décentralisation politiques	21
	Par. 2. La commune en tant que collectivité publique secondaire	23
Section II	La place de la commune dans l'organisation administrative	25
	Par. 1. Centralisme administratif, déconcentration et décentralisation administratives	25
Section III	L'autoadministration, la décentralisation politique, la déconcentration et la décentralisation administratives	28
Chapitre II	Les diverses catégories de tâches communales	30
Section I	Tâches obligatoires et tâches facultatives	31
Section II	Tâches propres et tâches déléguées	31
	Par. 1. Le principe de la distinction	31
	Par. 2. Le critère de distinction	34
	A. La jurisprudence	35
	B. La doctrine	35
	a) La portée du pouvoir de surveillance de l'Etat sur la commune	35
	b) Le critère tiré de la source	38
	c) Le critère tiré de la fonction	38
Section III	Tâches décentralisées et tâches centralisées	40
Section IV	Les tâches confiées à la commune comme telle et les tâches confiées à un organe ou à un agent déterminé de celle-ci	40
Section V	Vers une classification tripartite	42
Chapitre III	Le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire de la commune	42

Deuxième partie: Notion, champ, portée et contentieux de l'autonomie communale

Chapitre I	Notion et champ de l'autonomie communale	49
Section I	La notion d'autonomie communale	49
Section II	Le champ d'autonomie.	52
	Par. 1 La conception matérielle de l'autonomie.	53
	Par. 2. La conception formelle de l'autonomie.	55
	a) Le critère de la tâche locale	55
	b) Le critère de la tâche historique ou traditionnelle . .	56
	c) Le critère de la compétence exclusive.	56
	d) Le critère tiré de l'existence d'un pouvoir d'appréciation de la commune et de la portée du pouvoir de contrôle de l'Etat	58
	e) Le critère de la marge relativement importante de dé- cision	60
Section III	Champ d'autonomie et domaine propre.	68
Chapitre II	L'atteinte à l'autonomie communale	70
Section I	La portée de l'autonomie communale.	72
	Par. 1. La conception matérielle et la conception formelle	72
	Par. 2. L'intervention de l'Etat pour illégalité	74
	Par. 3. L'intervention pour erreur d'appréciation	77
Section II	La violation de l'autonomie communale	80
	Par. 1. La conception formelle	80
	Par. 2. La conception matérielle	82
Chapitre III	La garantie de l'autonomie communale.	87
	I. La garantie de l'autonomie communale en tant que garan- tie institutionnelle ou garantie matérielle	87
Section I	Le fondement de la garantie	87
	Par. 1. La garantie en vertu d'un texte exprès	88
	Par. 2. La garantie implicite de l'autonomie	88
Section II	La portée de la garantie	91
Section III	Le contenu de la garantie.	92
Section IV	La nature de la garantie	94
Section V	La garantie de l'autonomie et la Constitution fédérale .	95
	II. La garantie de l'autonomie communale en tant que cas particulier du principe de la séparation des pouvoirs . .	96
Chapitre IV	Les restrictions de l'autonomie communale.	97
Chapitre V	Le contentieux de l'autonomie communale.	102
Section I	Le contentieux de l'autonomie sur le plan cantonal. . . .	102
Section II	Le contentieux de l'autonomie sur le plan fédéral	103
Sous- section I	La qualité de la commune pour former un recours de droit public	104
	Par. 1. La qualité pour former un recours de droit public en général	104

Sous-section II	Par. 2. La qualité pour recourir des personnes de droit public	105
Sous-section III	La qualité des particuliers pour recourir contre une atteinte à l'autonomie.	112
	Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral	115

Troisième partie: La situation actuelle et l'avenir de l'autonomie communale

Chapitre I	L'autonomie communale dans les divers droits cantonaux	119
Section I	Champ et portée de l'autonomie dans divers droits cantonaux	121
	Par. 1. L'autonomie en matière financière	121
	A. L'autonomie en matière fiscale	121
	B. L'autonomie en matière financière et patrimoniale .	124
	Par. 2. L'autonomie en matière d'aménagement du territoire et de constructions.	127
	A. L'autonomie en matière de plans d'aménagement .	127
	B. L'autonomie en matière de droit des constructions .	129
	Par. 3. L'autonomie en matière de police	131
	A. Police générale	131
	B. Police du commerce	131
	C. Police des routes	133
	D. Police de la santé publique	133
	E. Police du feu.	134
	F. Protection civile	134
	Par. 4. L'autonomie en matière d'instruction publique .	134
	Par. 5. L'autonomie en matière de santé publique . . .	135
	Par. 6. L'autonomie en matière d'assistance publique .	136
	Par. 7. L'autonomie en matière de personnel communal	136
	Par. 8. Le pouvoir de surveillance	137
	Par. 9. Conclusions	139
Section II	De quelques facteurs propres à restreindre pratiquement l'autonomie communale	140
	Par. 1. Les facteurs financiers	140
	Par. 2. Les facteurs techniques	142
	Par. 3. Le changement d'échelle de certaines tâches . . .	144
	A. Passage au niveau intercommunal.	145
	B. Passage au niveau de l'agglomération	146
	C. Passage au niveau régional.	148
Section III	Commune, autonomie et démocratie	153
Chapitre II	Collaboration intercommunale et structures supracommunales	156
Section I	La collaboration intercommunale	156
	Par. 1. Les formes de droit privé.	156

	Par. 2. Les formes de droit public	158
	Par. 3. Pouvoir de surveillance et collaboration inter-communale.	159
Section II	Fusion et absorption de communes	159
	Par. 1. Le droit de la commune à l'existence et le droit de la commune de disposer de son existence	160
	A. Le droit de la commune à l'existence	160
	B. Le droit de la commune de disposer de son existence	161
	Par. 2. L'absorption de communes	162
	Par. 3. La fusion de communes	165
Section III	Les associations de communes	167
	Par. 1. Les compétences de l'association de communes	168
	Par. 2. Les modes de constitution	171
	Par. 3. L'organisation	172
	Par. 4. Les ressources	174
	Par. 5. Association de communes et problèmes intercommunaux et régionaux	175
	Par. 6. Association de communes et autonomie	183
Section IV	La corporation de droit public territoriale de niveau supérieur	185
	Par. 1. Corporation de droit public territoriale se substituant à la commune	185
	Par. 2. Corporation de droit public territoriale intermédiaire entre la commune et le canton	186
Section V	Le choix d'une solution	188
	Par. 1. Les structures d'agglomération	189
	Par. 2. Les structures régionales	190
	Par. 3. La répartition des compétences entre la région, l'agglomération et la commune	193
Chapitre III	Les structures infracommunales	196
Section I	Généralités	196
Section II	Les fractions et subdivisions de communes	200
	Par. 1. La fraction de commune en tant que simple circonscription administrative	200
	Par. 2. Les fractions en tant que corporations de droit public	202
Section III	Les communes et assemblées de quartier	204
	Par. 1. Les assemblées de quartier	204
	Par. 2. Les communes de quartier	205
Section IV	A la recherche d'une solution	206
Conclusions		211
Addendum		217

Principales abréviations

AJDA	Actualité juridique – Droit administratif (Paris)
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral (Lausanne)
BGC	Bulletin des séances du Grand Conseil du canton de Vaud (Lausanne)
Cst.	Constitution
FAL	Feuille d’Avis de Lausanne
GG	Gemeindegesetz
GOG	Gesetz über die Organisation der Gemeinden
LAC	Loi sur l’administration des communes
LC	Loi sur les communes
LCAT	Loi sur les constructions et l’aménagement du territoire
LOC	Legge organica comunale
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht (Berne)
n.	note
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal (Lausanne)
VwG	Verwaltungsgericht
Zbl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zurich)

Principaux ouvrages consultés

- ALTHAUS, RENÉ. Die Unterabteilungen der Gemeinden im schweizerischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung des Berner, Bündner, Zürcher, St. Galler, Waadtländer Gemeinderechts, Thèse de Berne, Berne 1949.
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS. Traité de droit constitutionnel suisse, 2 vol., Paris/ Neuchâtel 1967.
- AUBIN, R. Communes et démocratie, 2 vol., Paris 1965.
- BARBIER, JACQUES/CONNE, PIERRE/VEUVE, LÉOPOLD. La région lausannoise, de Lutry à Morges. Lausanne 1966.
- BARCHI, PIERO. Organizzazione dei Comuni Ticinesi. Funzionamento delle Assemblee Comunali e delle Municipalità. Thèse de Lausanne, Bellinzona 1926.
- BATAILLARD, VICTOR. Die Regionalplanung, ein Problem des Finanzausgleichs. Thèse de Zurich, Zurich 1965.
- BAUMANN, MARGRIT. Die Legitimation des Gemeinwesens zur staatsrechtlichen Beschwerde. Thèse de Zurich, Zurich 1955.
- BEAUNEZ, R./DEJOUR, M. La commune, le Conseil municipal ... et les citoyens ? Paris 1971.
- BECKER, GERHARD. Die staatsrechtliche Beschwerde der Gemeinden in der Schweiz. Thèse de Fribourg, 1960 (Maschinenschrift).
- Bericht des Gemeinderates an den Stadtrat über den Stand und die Zukunft der interkommunalen Zusammenarbeit in der Region Bern (Berne, le 18.11.1970) (cité: Bericht).
- BERNARD, PAUL. Le grand tournant des communes de France, Paris 1969.
- BIERI, S. Das Verhältnis von Gemeinde- und Kantonsfinanzen im Umbruch, Zbl. 1971, p. 131 sv.
- BLUMENSTEIN, ERNST. Das neue bernische Gemeinderecht, eine Einführung, MBVR 1918, p. 1 sv., 49 sv., 97 sv.
- Der Erlass von Ausführungsbestimmungen zu Gemeindereglementen, MBVR 1933, p. 209 sv. (cité: Erlass).
 - Die selbständigen Aufgaben der Einwohnergemeinden, MBVR 1934, p. 4.
 - Die Neuordnung des Erlasses von Gemeindereglementen, MBVR 1938, p. 273 sv. (cité: Gemeindereglemente).
- BORRADORI, LIVIO. L'autonomia del Comune ticinese. Thèse de Zurich, Bellinzona 1948.

- BOSSHART, ROLAND. Notwendigkeit und Möglichkeit einer Raumordnung in der Schweiz. Thèse de Saint-Gall, Winterthour 1968.
- BRIDEL, MARCEL. Précis de droit constitutionnel et public suisse, t.I et II, Lausanne 1965 et 1959.
- BRUGGER, JAKOB. Die Gemeindeorganisation des Kantons Aargau, Thèse de Berne, Aarau 1923.
- BRUGGER, PAUL. Das Gemeindewesen des Kantons Schaffhausen, unter besonderer Berücksichtigung der Gemeindeautonomie. Thèse de Bâle 1937 (Maschinenschrift).
- BUCHER, ROLF. Die Organisation der Regionalplanung in der Nordwestschweiz, Bâle 1966 (multicopié).
- BUCLIN, PASCAL. L'activité communale. Thèse de Fribourg, Saint-Maurice 1950.
- BÜHLER, EUGEN. Der thurgauische Gemeindedualismus. Thèse de Fribourg, Fribourg 1952.
- BÜRGIN, MARKUS. Die Gemeindeautonomie im Kanton Basel-Landschaft. Thèse de Bâle 1968 (Maschinenschrift).
- BÜTIKOFER, GOTTFRIED. Die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden. Thèse de Zurich, Zurich 1960.
- CAHANNES, GION-FIDEL-AUGUSTIN. Bürgergemeinde und politische Gemeinde in Graubünden. Thèse de Berne, Disentis 1930.
- CARONI, PIO. Le origine del dualismo comunale svizzero. Thèse de Berne, Milan 1964.
- CAUMONT, R. DE/TESSIER, M. Les groupes d'action municipale, Paris 1971.
- CHOMBART DE LAUWE, P.-H. Des hommes et des villes, Paris 1970.
- COLARD, DANIEL. Une structure supracommunale pour les grandes villes: les communautés urbaines, AJDA 1967, p.449–461.
- COURTEN, PAUL DE. La commune valaisanne. Thèse de Fribourg, Sion 1929.
- CROZIER, MICHEL. La société bloquée, Paris 1971.
- La démocratie directe dans les communes suisses, Recueil de travaux, Zurich 1952.
- DORMANN, ALBERT. Interkantonale Institutionen mit Hoheitsbefugnissen. Thèse de Zurich, Zurich 1970.
- DÜRR, KARL. Das bernische Gemeindegesetz mit Kirchengesetz und Anmerkung der Praxis einschliesslich Schulrecht, 3^e éd., Berne 1969.
- DUSS, JOSEPH. Die luzernische Gemeinde. Thèse de Fribourg, Schüpfheim 1952.
- EICHENBERGER, KURT. Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Schweiz, in Gerichtsschutz gegen die Exekutive, vol. 2, p. 943–987, Cologne/Bonn/Munich 1969.
- ELMIGER, HANS. Die autonome Finanzkompetenzordnung der bernischen Einwohnergemeinden. Thèse de Berne, Winterthour 1962.
- FELDMANN, MARKUS. Eingemeindung und Zweckverbände, Zbl. 1934, p. 337 sv., 369 sv., 497 sv., 529 sv., 561 sv.
- FLORY, THIÉBAUT. La réforme du 16 juillet 1971 relative aux fusions et aux regroupement de communes, AJDA 1971, p. 637–646.

- FLUELER, KARL. Mangelhafte Gemeinde- und Bezirksbeschlüsse und ihre Überprüfung durch die schwyzerische Kassationsbehörde. Thèse de Fribourg, Fribourg 1954.
- FORSTHOFF, ERNST. Lehrbuch des Verwaltungsrechts, t. I, 9^e éd., Munich/Berlin 1966.
- GASSER, ADOLPHE. L'autonomie communale et la reconstruction de l'Europe, trad. William Perrenoud, Neuchâtel 1946.
- GEIGER, WILLY. Die Gemeindeautonomie und ihr Schutz nach schweizerischem Recht. Thèse de Saint-Gall, Zurich et Saint-Gall 1950.
- GEINOZ, CAMILLE. Aspects de l'autonomie communale en droit fribourgeois. Thèse de Fribourg, Fribourg 1960.
- DIE GEMEINDEAUTONOMIE, Veröffentlichungen der schweizerischen Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St. Gallen, vol. 6, Einsiedeln/Cologne 1946.
- GENGEL, A. Die Selbstverwaltungskörper (Kreise und Gemeinden) des Kantons Graubünden. Thèse de Zurich, Coire 1902.
- GIACOMETTI, ZACCARIA. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechtes, t. I, Zurich 1960.
- Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zurich 1941.
 - Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich 1949.
 - Die rechtliche Stellung der Gemeinden in der Schweiz, in La démocratie directe des communes suisses, p. 11 sv.
- GÖNNENWEIN, OTTO. Gemeinderecht, Tubingue 1963.
- GOURNAY, BERNARD. L'administration, 3^e éd., Paris 1967.
- GRAF, PETER. Die Gemeindeorganisation der Stadt St. Gallen, Geschichtliche Entwicklung und heutige Form. Thèse de Zurich, Flawil 1944.
- GRAVIER, J.-F. Economie et organisations régionales, Paris 1971.
- GREMION, PIERRE/WORMS, JEAN-PIERRE. L'Etat et les collectivités locales, in l'Administration, numéro spécial d'Esprit, janvier 1970, p. 20 sv.
- GRISEL, ANDRÉ. Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970.
- Juridiction constitutionnelle de demain, Zbl. 1971, p. 209 sv.
- HEFTI, JEAN-CLAUDE. De la qualité pour recourir dans la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral. Thèse de Lausanne, Lausanne 1958.
- HEYMANN, ARLETTE. Les villes nouvelles, AJDA 1971, p. 443–462.
- HIDBER, C. Grundlagen zur Abgrenzung und Typisierung von Planungsregionen, Institut ORL, Zurich, avril 1971 (multicopié).
- HINDEN, JAKOB. Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde, Art. 88 OG. Thèse de Zurich, Zurich 1961.
- HIRZEL, PETER. Die Aufsicht des Staates über die Gemeinden mit besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Zürich. Thèse de Zurich, Leipzig 1923.
- HOERSEN, IRMGARD. Das Gemeinderecht in der Schweiz und im deutschen Reich. Eine Rechtsvergleichung. Thèse de Fribourg-en-Brisgau, Schramberg 1938.
- HUBER, HANS. (FELIX ERMACORA. Handbuch der Grundfreiheiten und der Men-

- schenrechte. Ein Kommentar zu den österreichischen Grundrechtsbestimmungen. Vienne 1963.) Compte rendu, ZBJV 1964, p. 339.
- Die staats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1963, ZBJV 1964, p. 389 sv.
- HUBER, RUD. Prüfung des Alignementsplanes durch den Regierungsrat, MBVR 1945, p. 209.
- HUNGERBÜHLER, E. Das Zürcher Eingemeindungsproblem, Zbl. 1930, p. 289 sv.
- IMBODEN, MAX. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 vol., 3^e éd., Bâle/Stuttgart 1968/69.
- Gemeindeautonomie und Rechtsstaat, in: Staat und Recht, p. 351 sv.
 - Die Gemeindeorganisation, in: Gemeindeautonomie, p. 94 sv.
 - Die Organisation der schweizerischen Gemeinden, Zbl. 1945, p. 353 sv., 377 sv.
 - Grundsätze des administrativen Ermessens, in: Staat und Recht, p. 417–433 (cité: Ermessen).
 - Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, in: Staat und Recht, p. 387–415.
 - Staat und Recht, Gesammelte Schriften und Vorträge, Bâle/Stuttgart 1971.
- JAGMETTI, RICARDO L. Die Region, in: Festschrift für Walter Hug, Berne 1968, p. 469–495.
- JAKOB, J. Zweckverbände als Instrument der Regionalplanung, in: Regionalplanung, p. 18 sv.
- JELLINEK, GEORG. Allgemeine Staatslehre, 3^e éd., Darmstadt 1960 (réimpression).
- System der subjektiven öffentlichen Rechte, Darmstadt 1963 (réimpression).
- KELLERHALS, R. Die Stellung der Gemeinden im Steuerwesen, MBVR 1938, p. 417 sv.
- KORAY, KEMAL. Das Verhältnis der schweizerischen Gemeinde zum Staat. Thèse de Bâle, 1949 (Maschinenschrift).
- LAFONT, ROBERT. La révolution régionaliste, Paris 1967.
- LARDELLI, ALDO. Die Steuerhoheit der Selbstverwaltungskörper im Kanton Graubünden. Thèse de Zurich, Affoltern 1951.
- LAUBADÈRE, ANDRÉ DE. Traité élémentaire de droit administratif, t.I, 5^e éd., Paris 1970.
- Chronique générale de législation (Organisation administrative territoriale; communautés urbaines), AJDA 1967, p. 89–92 (cité : communautés urbaines).
- LAUTENSCHLAGER, HANS. Die Staatsaufsicht über die Selbstverwaltungskörper im allgemeinen sowie unter besonderer Berücksichtigung des St. Gallischen Rechts. Thèse de Fribourg, Gossau 1929.
- LETSCH, H. Regionalplanung und Finanzpolitik, in: Regionalplanung, p. 81 sv.
- LIVER, PETER. Gemeinderecht, Zbl. 1949, p. 40 sv.
- LOCHER, KURT. Die Staats- und Gemeindeverwaltung im Kanton Appenzell Innerrhoden. Thèse de Saint-Gall, Zurich 1964.
- LOUDE, ALFRED. Les associations de communes pour l'exploitation des services publics. Thèse de Lausanne, Vevey 1932.
- MARON, WILLI. Die Steuerhoheit der Bündnergemeinde. Thèse de Fribourg, Zurich 1955.

- MARTI, HANS. Die staatsrechtliche Beschwerde, Bâle 1967.
- MARX, P. Die Organisation der schweizerischen Stadtverwaltungen, Zbl. 1924, p. 201 sv., 209 sv.
- MATTER, HANS-PETER. Die Legitimation der Gemeinde zur staatsrechtlichen Beschwerde. Thèse de Berne, Berne 1965.
- METTLER, MAX. Das Zürcher Gemeindegesetz, Zürich 1969.
- MEYER, HUGO. Die unmittelbare Demokratie in der Gemeinde, in: Gemeindeautonomie, p. 107 sv.
- MEYLAN, JEAN. Evolution de l'autonomie communale en Suisse, Service des intérêts généraux de la Ville de Lausanne, 1968 (multicopié).
- MOHR, GION-RUDOLF. Die Stammaufgaben der Gemeinden und die Gemeindewerke, in: Gemeindeautonomie, p. 41 sv.
- MONOD, JÉRÔME/CASTELBAJAC, PHILIPPE DE. L'aménagement du territoire, Paris 1971.
- MOSER, ANTON. Gemeindereform durch neue Aufgabenzuteilung, Zbl. 1971, p. 81 sv.
- MOSER, HANS-PETER. Die Kognition des Bundesgerichts bei der Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden, Zbl. 1971, p. 185 sv.
- MÜLLER, ALFRED-HERMANN. Rechtsträger für regionale Aufgaben. Thèse de Zurich, Bâle 1967.
- NATSCHE, WALTER-JOHANNES. Instrumente der Regionalplanung. Thèse de Zurich, Zurich 1964.
- NAWIASKY, HANS. Grundbegriffe der Gemeindeautonomie, in: Gemeindeautonomie, p. 14 sv.
- NETZER, RUDOLF. Probleme der Grossstadt in der Demokratie eines Kleinstaates, unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeiten der Planung. Thèse de Zurich, Berne/Stuttgart 1965.
- NYDEGGER, A. Regionalplanung und Wirtschaftspolitik, in: Regionalplanung, p. 98 sv.
- OLGIATI, GUIDO. Die bündnerische Gemeindeautonomie. Thèse de Zurich, Zurich 1948.
- POLIS UND REGIO. Von der Stadt zur Regionalplanung. List-Gesellschaft, Frankfurter Gespräch, 8.–10. Mai 1967. Hrg. von EDGAR SALIN, NIELS BRUHN, MICHEL MARTI, Bâle/Tubingue 1967.
- PROBST, RUD. Zusammenarbeit unter Gemeinden, MBVR 1963, p. 177 sv., 225 sv., 273 sv.
- RAUBER, HERMANN. Die aargauischen Ortsgemeinden. Historisch-dogmatische Darstellung. Thèse de Bâle, 1945 (Maschinenschrift).
- REGIONALPLANUNG, Probleme und Lösungsvorschläge, ouvrage collectif, Zurich/Saint-Gall 1968.
- REINHARDT, FRITZ. Die Gemeindeautonomie nach solothurnischem Recht. Thèse de Zurich, Soleure 1934.
- RIEDEDNER, JOSEF. Das sankt-gallische Gemeindewesen nach der Verfassung und dem neuen Organisationsgesetz. Thèse de Fribourg, Saint-Gall 1953.

- RIOUX, JEAN-PIERRE. *La révolution industrielle, 1780–1880*, Paris 1971.
- ROMER, ERHARD. Natur und Bedeutung der Zweckverbände im schweizerischen Verwaltungsrecht, *Zbl.* 1944, p. 25 sv., 49 sv.
- ROUSSEAU, ALBERT/BEAUNEZ, ROGER. *L'expérience de Grenoble: possibilités et limites de l'action municipale*, Paris 1971.
- RÜBEL, EDUARD CARL. Der kommunale Zweckverband nach zürcherischem Recht, mit besonderer Berücksichtigung des Verbandes der stadtzürcherischen reform. Kirchgemeinden. Thèse de Zurich, Aarau 1935.
- SALADIN, PETER. Grundrechte im Wandel, Berne 1970.
- SAVIGNY, JEAN DE. *L'Etat contre les communes?* Paris 1971.
- SAXER, PETER. Rechtliche Aspekte der Regionalplanung, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, Festgabe der Jur. Abt. der Hochschule St. Gallen zum Schweiz. Juristentag 1965, p. 357 sv.
- SCH., R. Die Startphase der Regionalplanung im Kanton Zug, *Neue Zürcher Zeitung* 18.1.70, n° 27 p. 39.
- SCHALTEGGER, FRIEDRICH. Die thurgauische Gemeindeautonomie. Thèse de Zurich, Zurich 1952.
- SCHMID, HANS. Die Ortsgemeinden im Kanton St. Gallen, unter besonderer Berücksichtigung der allgemeinen Rechtsstellung zum Staat, der wirtschaftlichen und sozialen Funktionen sowie der Verleihung des Gemeindebürgerrechtes. Thèse de Saint-Gall, Saint-Gall 1967.
- SCHNETZLER, JEAN. Les fractions de communes vaudoises. Thèse de Lausanne, Lausanne 1927.
- SCHORR, PAUL. Die Aufsicht des Staates über die Gemeinden. Thèse de Bâle, 1945 (Maschinenschrift).
- SCHUMACHER, GÜNTHER. Zur Abgrenzung und Bestimmung von Planungsregionen, in: *Geographica Helvetica* 1969, n° 4, p. 195 sv.
- SCHWANDER, PAUL. Die Rechtssetzung durch die Gemeinden im Kanton Schwyz. Thèse de Fribourg, Lachen 1947.
- SERVAN-SCHREIBER, J.-J. *Le pouvoir régional*, Paris 1971.
- SERVICE DES INTÉRÊTS GÉNÉRAUX de la Ville de Lausanne. Etude de droit comparé, 1^{er} rapport, mai 1970 (multicopié).
- Etude de droit comparé, 2^e rapport, janvier 1971 (id.).
 - Etude de droit comparé, 3^e rapport, mars 1972 (id.).
- SIGG, HANSPETER M. Der eigene und der übertragene Wirkungsbereich der Gemeinde im Kanton Zürich. Thèse de Zurich, Zurich 1964.
- STAMMHERR, WILLI. Schweizerische Gemeindetypen 1910 und 1960. Ein Beitrag zur Wirtschafts- und Bevölkerungsgeographie der Schweiz. Thèse de Zurich, Zurich 1964.
- STAUBER, KURT. Autonomie und autonome Satzungen der Schaffhauser Gemeinden, Thèse de Zurich, Mörschwil 1952.
- STIEGER, ARMIN. Das Ortsplanungsrecht der basellandschaftlichen Gemeinde. Thèse de Bâle, Zurich 1968.
- STILLHARDT, ARTHUR. Eingemeindung oder Zweckverband. Eine vergleichende

- Gegenüberstellung an Hand der Verhältnisse in der Agglomeration Luzern.
Thèse de Zurich, Winterthour 1956.
- STÜDELI, R. Das Gutachten der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung
zur Regionalplanung im Raume St. Gallen, in: *Regionalplanung*, p. 1 sv.
- STUTZ, WENDOLIN. Die kommunalen Zweckverbände im Kanton Aargau. Thèse
de Fribourg, Zurich 1964.
- TIMSIT, GÉRARD. La spécialité des entreprises publiques, in: *Etudes de droit
public*, Paris 1964, p. 475 sv.
- UTZINGER, ERNST. Die freie politische Gemeinde in der Schweiz und im Ausland,
Zurich 1946.
- VOGEL, JÜRG W. Die Aufsicht über die Gemeinden im Kanton Aargau. Thèse de
Zurich, Aarau 1957.
- VOGT, ALBERT. Die Aufsicht der Kantone über die Gemeinden. Thèse de Berne,
Giessen 1923.
- VRISER, IGOR. Die Region in der Landesplanung. Institut ORL, Zurich 1965
(multicopié).
- WALTHARD, RUDOLF. Die Gliederung der Gemeinden im schweizerischen Recht
nach ihren Zwecken. Thèse de Berne, Berne 1924.
- WEBER, WERNER. Entspricht die gegenwärtige kommunale Struktur den Anfor-
derungen der Raumordnung? Empfehlen sich gesetzgeberische Massnahmen
der Länder und des Bundes? Welchen Inhalt sollen sie haben? Gutachten zu
den Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages 1964, Munich/Berlin 1964.
- WINZENRIED, HANS. Die Gemeindebeschwerde nach bernischem Recht. Thèse de
Berne, Berne 1948.
- WIPRÄCHTIGER, EDUARD. Die Staatsaufsicht im Kanton Luzern. Thèse de Fri-
bourg, Lachen 1934.
- WYSS-CONTI, MARC. L'agglomération urbaine et son utilité sociale, Institut ORL,
Zurich, mars 1971 (multicopié).
- ZINGG, WALTER. Die Gemeindefinanzgewalt des Kantons Luzern. Thèse de
Fribourg, 1926.
- ZWAHLEN, HENRI. L'autonomie communale à la lumière de la jurisprudence
récente du Tribunal fédéral suisse, in: *Mélanges Marcel Bridel*, Lausanne 1968,
p. 631 sv.

Introduction

«Si l'on parle tant de l'autonomie communale» nous déclarait un éminent juriste de notre connaissance, «c'est parce qu'elle n'existe pas.» Il s'agissait évidemment d'une boutade. Contient-elle du moins une part de vérité? Posée en ces termes, la question, nous semble-t-il, n'a pas grand sens, et elle comporte à peu près n'importe quelle réponse: tout dépend de la notion que l'on se fait de l'autonomie communale. Mais, d'un autre côté, il n'est guère possible de définir l'autonomie communale sans avoir, au préalable, situé la commune au sein de l'Etat.

C'est pourquoi il nous est apparu indispensable de poser, dans une première partie, un certain nombre de notions préliminaires, de définir rapidement la nature juridique et les fonctions de la commune et de la situer tant dans l'organisation constitutionnelle que dans l'organisation administrative de l'Etat, de classer enfin en diverses catégories les tâches qui lui incombent.

A partir de là, il devient possible de définir la notion même de l'autonomie communale et de rechercher selon quels critères se mesurent son champ et sa portée, dans quels cas elle doit être considérée comme violée, à quelles conditions elle fait l'objet d'une garantie particulière, et sous quelle forme, comment enfin cette garantie peut être mise en œuvre sur le plan contentieux. C'est là l'objet de notre deuxième partie. Si nous lui avons donné quelque développement, c'est que, sur des points essentiels, tels que le critère de l'autonomie ou la notion de violation de celle-ci, la jurisprudence de notre Cour suprême a subi, ces dernières années, une évolution remarquable, qui n'est d'ailleurs pas entièrement achevée. Il fallait donc tenter de faire le point.

Si indispensables soient-elles, ces notions, à elles seules, ne nous

renseignent nullement sur le contenu concret de l'autonomie communale. Ce ne sont que des instruments conceptuels, à l'aide desquels il faut ensuite scruter le droit, ou plutôt – puisque l'aménagement des rapports entre Etat et communes relève du droit cantonal – les droits positifs. Encore faut-il, si l'on veut se faire une juste image de la réalité, ne pas négliger les facteurs, financiers et techniques, qui sont propres à limiter pratiquement l'autonomie communale. Encore faut-il, en outre et surtout, ne pas perdre de vue que certains objets, l'aménagement du territoire en particulier, qui, actuellement encore, entrent dans le domaine d'autonomie de la commune, ne peuvent, aujourd'hui déjà, plus être maîtrisés au niveau de la commune et doivent être envisagés à une échelle plus vaste, celle d'une agglomération, voire celle d'une région.

Est-ce à dire pour autant que la commune doit disparaître à plus ou moins long terme et faire place à des entités plus vastes ? Est-il possible, au contraire, de maintenir l'autonomie de la commune en la réinventant dans un cadre élargi, et, alors sous quelle forme ? Toute réflexion sur l'avenir de l'autonomie communale débouche ainsi nécessairement sur un problème de structures. Structures supracommunales, sans doute. Mais pas uniquement ; l'autonomie communale n'a de valeur et n'a de raison d'être qu'en fonction d'une certaine conception de la démocratie communale, et celle-ci à son tour n'est concevable que dans un cadre relativement restreint. Or, le développement même qui fait passer certains objets du niveau communal à un niveau inter- ou supracommunal, a pour effet de faire éclater ce cadre restreint et, partant, de mettre en question cette conception de la démocratie communale et donc en définitive l'autonomie communale elle-même. Il apparaît ainsi nécessaire que la mise en place de structures supracommunales soit contrebalancée par la création de structures infracommunales.

C'est à l'examen de ce double problème qui commande l'avenir de l'autonomie communale que nous avons consacré notre troisième partie, après avoir tenté, au préalable, d'esquisser le contenu concret de cette autonomie.

Nous ne voudrions pas terminer cette brève introduction sans exprimer notre très vive gratitude à toutes les personnes et à toutes les autorités qui ont bien voulu, de quelque manière, nous prêter leur

aide à la mise au point du présent rapport. Il n'est pas possible de les nommer toutes ici. Mais nous songeons tout particulièrement à Messieurs les Juges fédéraux ANDRÉ PANCHAUD, ancien Président du Tribunal fédéral, ANDRÉ GRISEL, Président de la Cour de droit public, et HENRI ZWAHLEN, qui ont fort aimablement attiré notre attention sur tel problème ou tel arrêt intéressants, et à M. ZIMMERLI, greffier du Tribunal fédéral, qui nous a fourni de précieux renseignements; à notre corapporteur, Monsieur le Professeur JAGMETTI, pour son aimable collaboration; au Conseil d'Etat du canton de Vaud pour la compréhension dont il a fait preuve en nous accordant le temps nécessaire à une dernière mise au point de ce rapport; aux autorités des divers cantons qui, au prix d'un effort souvent considérable, ont bien voulu répondre à nos questions; au Groupe d'étude de l'autonomie communale en Suisse, enfin, dont les responsables nous ont, avec beaucoup d'obligeance, constamment tenu au courant de l'état de leurs propres recherches sur l'autonomie communale et nous ont fait profiter de la documentation qu'ils possédaient.

Première partie. Notions préliminaires

Nous nous proposons, dans cette première partie, de situer la commune au sein de l'Etat, de préciser sa nature, ses fonctions, ses rapports avec l'Etat. Ce sera l'occasion de définir un certain nombre de notions fondamentales, indispensables à toute réflexion sur l'autonomie communale.

Nous tenterons, dans un premier chapitre, de montrer la place que la commune occupe dans l'organisation de l'Etat et les fonctions qu'elle y remplit. Nous serons alors en mesure de classer en un certain nombre de catégories les tâches qui lui incombent. A l'aide des notions ainsi dégagées, nous examinerons brièvement, dans un chapitre troisième, le problème délicat et controversé du pouvoir de la commune d'édicter des règles générales et abstraites, et, plus précisément, la nature, le fondement et les limites de ce pouvoir.

Chapitre I. La place de la commune dans l'organisation de l'Etat

Pour situer correctement la place de la commune au sein de l'Etat, il convient de distinguer deux niveaux d'organisation : le niveau de l'organisation politique ou constitutionnelle, et le niveau de l'organisation administrative, et de situer la commune à chacun de ces deux niveaux.

Section I. La place de la commune dans l'organisation politique

Par. 1. Centralisme et décentralisation politiques

Il y a centralisme politique lorsque les trois pouvoirs – législatif, exécutif et judiciaire – sont exercés par une collectivité territoriale unique (l'Etat). Et il y a décentralisation lorsque ces trois pouvoirs –

ou, tout au moins, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif¹ – sont répartis² entre une collectivité primaire (l'Etat) et des collectivités secondaires (ou collectivités locales) dont la compétence est limitée à une partie du territoire de l'Etat.

C'est la constitution de l'Etat qui détermine si celui-ci est de type centraliste ou de type décentralisé au sens que nous venons d'indiquer: il s'agit en effet d'un aspect de l'organisation politique de l'Etat et c'est la constitution qui définit cette organisation. En particulier, dans les Etats de type décentralisé, c'est la constitution qui détermine quelles sont les collectivités publiques secondaires et qui, le cas échéant, pose les règles fondamentales relatives à leur organisation, éventuellement à leur fonctionnement et à leurs compétences³.

Les collectivités publiques secondaires sont donc un élément de l'organisation constitutionnelle de l'Etat. C'est là une première caractéristique essentielle. Elles présentent en outre un certain nombre de traits qu'il faut énumérer rapidement.

Tout comme l'Etat lui-même, les collectivités publiques secondaires sont des corporations de droit public, jouissant comme telles

¹ Si le pouvoir exécutif est seul décentralisé, il y a simplement décentralisation administrative: cf. section II ci-dessous.

² Nous utilisons à dessein ce terme de «réparti», la notion de répartition s'opposant, dans notre esprit à celle de délégation: cf. à ce propos ATF 97 I 202.

³ C'est dire que pour nous, les collectivités publiques secondaires ne sauraient exister qu'en vertu du droit positif, avec les compétences et les pouvoirs, en particulier les prérogatives de puissance publique, qui lui sont conférés par le droit positif. Ce point n'est pas toujours admis; certains auteurs reconnaissent au contraire à la commune un pouvoir de puissance publique originaire (dans ce sens: P. BRUGGER, p. 26sv.; SCHWANDER, p. 16–17; LAUTENSCHLAGER, p. 10; HIRZEL, p. 43; WIPRÄCHTIGER, p. 64; MATTER, p. 36; peu clair: RIEDENER, p. 21): les communes, disent-ils, sont bien plus anciennes que l'Etat moderne, elles ont existé bien avant lui et possédaient bien avant qu'il ne vît le jour un pouvoir de puissance publique; l'Etat moderne n'a donc nullement créé les communes, il n'a fait que les reconnaître et reconnaître leur pouvoir de puissance publique. Dire que l'Etat n'a pas créé les communes est sans doute exact au point de vue historique et sociologique, mais juridiquement cette affirmation est fausse: dès lors que la commune se trouvait incorporée à un ensemble plus vaste, sa situation juridique – ainsi du reste que la notion même de commune – ne pouvait plus être la même (dans ce sens: BÜTIKOFER, p. 16–17; BRUGGER, p. 25; GEIGER, p. 22).

de la personnalité de droit public⁴ et dotées d'un pouvoir de puissance public à caractère territorial.

Ensuite, les collectivités publiques secondaires exercent – tout comme la collectivité primaire là encore – les trois fonctions traditionnelles ou, tout au moins, deux d'entre elles : la fonction législative et la fonction exécutive.

En quatrième lieu, les collectivités publiques secondaires peuvent avoir – mais n'ont pas nécessairement – une compétence générale résiduelle, soit la compétence de se charger de toutes les tâches qui ne sont pas revendiquées par la collectivité primaire⁵.

Enfin, les collectivités publiques secondaires – et c'est en cela notamment qu'apparaît précisément leur caractère secondaire⁶ – sont soumises à une surveillance de la part de la collectivité primaire⁷.

Par. 2. La commune en tant que collectivité publique secondaire

Peut-on dire que la commune est une collectivité publique secondaire au sens que nous venons de définir ? Autrement dit, la commune présente-t-elle les traits caractéristiques des collectivités publiques secondaires tels que nous venons de les énumérer ? C'est ce qu'il faut examiner maintenant.

Toutes les constitutions cantonales consacrent l'existence des communes⁸. Dans tous les cantons, les communes constituent donc un élément de l'organisation constitutionnelle de l'Etat cantonal.

⁴ Nient la personnalité juridique de l'Etat : GIACOMETTI, Staatsrecht, p. 14 et 23; BORRADORI, p. 8; BÜTIKOFER, p. 54.

⁵ Dans ce sens : STUTZ, p. 5. Sur le lien qui existe entre le caractère territorial d'une collectivité publique et l'universalité de sa compétence : GÖNNENWEIN, p. 46; WEBER, p. 56.

⁶ «Secondaire» nous paraît préférable à «subordonné» qui pourrait faire croire – à tort – à une subordination hiérarchique de la commune à l'Etat.

⁷ Nous renonçons à consacrer ici un exposé systématique à la surveillance de l'Etat sur les corporations de droit public secondaire, et, en particulier sur les communes, et nous renvoyons notre lecteur aux monographies consacrées à ce sujet, qui ne pose du reste guère de problèmes juridiques délicats. Dans notre seconde partie (chap. II), nous aurons du reste l'occasion de revenir sur certains aspects de ce pouvoir de surveillance en déterminant la portée de l'autonomie communale.

⁸ ZH, art. 49 sv.; BE, art. 63 sv.; LU, §§87 sv.; UR, art. 76 sv.; SZ, §§90 sv.; OW,

Ensuite, il est généralement admis que la commune constitue une corporation de droit public à caractère territorial⁹.

De même est-il très généralement admis que la commune possède une compétence générale résiduelle¹⁰. Certaines constitutions cantonales le prévoient du reste expressément¹¹.

Nous verrons d'autre part qu'il faut admettre l'existence d'un véritable pouvoir législatif de la commune¹².

art. 82sv.; NW, art. 70sv.; GL, art. 64sv.; ZG, §§ 70sv.; FR, art. 76 et 77; SO, art. 52sv.; BS, §§ 20sv.; BL, §§ 33 et 34; SH, art. 89sv.; AR, art. 72sv.; AI, art. 33sv.; SG, art. 72sv.; GR, art. 40sv.; AG, art. 44sv.; TG, §§ 44sv.; TI, art. 50 et 51; VD, art. 80sv.; VS, art. 69sv.; NE, art. 64sv.; GE, art. 144sv.

⁹ GIACOMETTI, *Gemeinden*, p. 14; Staatsrecht, p. 74; BRIDEL, I, p. 239; BÜHLER, p. 46; METTLER, p. 14sv.; REINHARDT, p. 20sv.; BORRADORI, p. 92–93; P. BRUGGER, p. 24sv.; SCHALTEGGER, p. 19; SCHWANDER, p. 15; HIRZEL, p. 23; COURTEN, p. 32–33; VOGEL, p. 80–81; KORAY, p. 7; WALTHARD, p. 29; BUCLIN, p. 15sv.; LARDELLI, p. 16; MARON, p. 15; STAUBER, p. 87sv.; BÜHLER, p. 16; DUSS, p. 19; BÜTIKOFER, p. 18; BRUGGER, p. 21; GEINOZ, p. 1; LOCHER, p. 29; STUTZ, p. 10; BÜRGIN, p. 1; en sens contraire: OLGIATI, p. 31. Cf. en outre les dispositions expresses des constitutions d'OW (art. 82), et d'AR (art. 10), ainsi que GE, loi sur l'administration des communes du 3.7.54, art. 1 al. 2; BE, Gesetz über das Gemeindewesen, du 9.12.17, art. 1; SH, Gesetz über das Gemeindewesen, du 9.7.1892, art. 5 al. 1; AG, projet de nouvelle loi sur les communes, § 1 al. 1.

¹⁰ OLGIATI, p. 32–33; BORRADORI, p. 14; VOGEL, p. 88; BUCLIN, p. 18; DUSS, p. 22; GEIGER, p. 63; SIGG, p. 95; RÜBEL, p. 176; STUTZ, p. 8–9; BÜRGIN, p. 15sv.; droit allemand: WEBER, p. 1 et 4; LAUTENSCHLAGER, p. 8. Certains auteurs ajoutent une condition supplémentaire: il faudrait en outre que la tâche en question se prête à une réglementation locale: REINHARDT, p. 81; P. BRUGGER, p. 32, 117; SCHALTEGGER, p. 25; SCHORR, p. 33; BÜTIKOFER, p. 17, 76; A.-H. MÜLLER, p. 5; HOERSEN, p. 61; GIACOMETTI, Staatsrecht, p. 76; cf. également *Gemeinden*, p. 18, 23–24, Allg. Lehren, p. 165. Nie l'existence d'une compétence générale résiduelle de la commune: BRIDEL, I, p. 245.

¹¹ OW, art. 91 al. 2; NW, art. 71; ces deux textes limitent cependant cette compétence générale résiduelle aux affaires locales. Cf. également AG, projet, § 2 al. 1; VD, loi sur les communes, du 28.2.56, art. 2 al. 2, qui donne une énumération non exhaustive («notamment») des attributions et tâches propres de la commune. En revanche, il faut semble-t-il faire une réserve en ce qui concerne les communes genevoises (LAC, art. 3). A noter également SH, art. 5 al. 1 GG qui limite expressément la compétence de la commune aux affaires locales («örtliche Zwecke»).

¹² Cf. ci-dessous, chap. III; cf. également BÜRGIN, p. 4.

Enfin, la commune est soumise à la surveillance de l'Etat¹³.

Il s'avère ainsi que la commune doit être qualifiée de collectivité publique secondaire, dont elle présente tous les traits caractéristiques. Elle nous apparaît ainsi comme un instrument de décentralisation politique. Il nous semble que ce point n'a pas été suffisamment mis en lumière jusqu'ici.

Mais ce n'est là que l'une des dimensions de la commune. Car la commune est aussi un instrument de décentralisation administrative, comme nous allons le voir dans la section suivante.

Section II. La place de la commune dans l'organisation administrative

Par. 1. Centralisme administratif, déconcentration et décentralisation administratives

Il convient de préciser d'abord un point d'ordre purement terminologique: par décentralisation administrative, nous entendons la décentralisation au niveau administratif, soit le phénomène que l'on appelle couramment décentralisation tout court. Au contraire, la terminologie de langue allemande entend par là ce que nous appelle-

¹³ ZH, Cst., art.45, Gesetz über das Gemeindewesen, du 6.6.26, §§141sv.; BE, GG art.56sv.; LU, Cst., §87, Gemeindegesetz, du 9.10.62, §§84sv.; UR, Cst., art.9; SZ, Cst., 53, GOG (du 29.10.69), §88; OW, Cst., art.76 ch.4; NW, Cst., art.74; GL, Cst., art.52 ch.9; ZG, Gesetz betr. den Haushalt und das Rechnungswesen der Einwohner-, Bürger- und Kirchgemeinden, du 28.11.40, §21; FR, Cst., art.52f., loi sur les communes et les paroisses, du 19.5.1894, art.3; SO, Gemeindegesetz, du 27.3.49, §§215sv.; BS, Gemeindegesetz, du 6.7.16, §1 al.1; BL, Cst., §23 ch.8, Gesetz betr. die Organisation und Verwaltung der Gemeinden, du 14.3.1881, §§4, 113–116; SH, Cst., art.66 ch.14, 67, 90, Gesetz über das Gemeindewesen für den Kanton Schaffhausen, du 9.7.1892, art.190sv.; AR, Cst., art.52 ch.6; AI, Cst., art.10 al.2; SG, Gesetz über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden, du 29.12.47, art. 166sv.; GR, Cst. art.35; AG, Cst., art.39 litt.1; projet, §§124sv.; TG, Cst., §39 ch.3, Gesetz über die Organisation der Gemeinden und das Bürgerrecht, §§45sv.; TI, legge organica comunale, du 1.3.50, art.148sv.; VD, Cst., art.65, loi sur les communes du 28.2.56, art.137sv.; VS, Cst., art.82; NE, Cst., art.53, loi sur les communes du 21.12.64, art.6 et 13; GE, loi sur l'administration des communes, du 3.7.54, art.40sv. et 74sv.

rons – suivant la terminologie reçue en France¹⁴ – déconcentration¹⁵.

Comme leur nom l'indique, il s'agit de phénomènes qui se cantonnent – contrairement au centralisme et à la décentralisation politiques – à une seule des fonctions traditionnelles de l'Etat : la fonction exécutive. Ce sont trois modalités différentes de l'exercice du pouvoir exécutif.

De même qu'il y a centralisme politique lorsque les trois fonctions traditionnelles sont exercées par une collectivité unique (l'Etat), de même y-a-t-il centralisme administratif lorsque la fonction exécutive est assumée par l'organe exécutif d'une collectivité unique. Bien souvent, le centralisme administratif ne sera du reste qu'un aspect partiel du centralisme politique.

Mais à la vérité, dans de nombreux domaines, la possibilité d'un centralisme administratif est assez théorique, tout particulièrement dans les domaines qui impliquent des contacts fréquents entre l'Administration et les administrés ou certains d'entre eux. Il est alors nécessaire que l'Administration se rapproche de ses usagers : que ce soit pour assurer une meilleure desserte de ceux-ci, pour exercer sur eux un contrôle plus efficace ou enfin pour permettre une meilleure adaptation de l'action administrative à des circonstances locales variant d'un endroit à l'autre.

On peut créer à cet effet un réseau d'agents répartis sur l'ensemble du territoire et dont la compétence se limite à une fraction de celui-ci : la circonscription administrative. Cependant, ces agents demeurent soumis au pouvoir hiérarchique des autorités centrales, qui peuvent notamment leur adresser des injonctions. Il y a alors ce que l'on appelle déconcentration (territoriale)¹⁶. Il apparaît aussitôt que la déconcentration n'est pas l'antithèse de la centralisation administrative, mais qu'elle en est au contraire une des modalités possibles.

Mais, dans de nombreux cas, une simple déconcentration (territoriale) sera insuffisante pour atteindre le but visé, notamment en ce

¹⁴ LAUBADÈRE, p. 95.

¹⁵ Sur la notion de décentralisation en terminologie de langue allemande, cf. GIACOMETTI, Staatsrecht, p. 69.

¹⁶ Il existe également une déconcentration par services, qui n'est pas autre chose que l'application, à l'intérieur de l'administration, du principe de la division du travail.

qui concerne l'adaptation de l'action administrative à des circonstances locales variables. Les agents locaux du pouvoir central sont, nous l'avons vu, soumis aux directives de ce pouvoir, et ces directives, par cela même qu'elles émanent du pouvoir central, sont édictées dans l'abstrait, en méconnaissance des circonstances locales concrètes – à tel point parfois qu'elles en deviennent parfaitement inapplicables¹⁷. Le besoin se fait alors sentir d'un système où les agents locaux jouissent au contraire d'une certaine indépendance à l'égard du pouvoir central. D'où l'idée de créer des personnes morales de droit public distinctes de l'Etat et de leur déléguer certaines compétences administratives. Lorsque le rayon d'action de ces personnes morales de droit public est limité à une fraction du territoire de l'Etat, il y a décentralisation territoriale (administrative)¹⁸.

Comme les collectivités publiques secondaires, les personnes morales de droit administratif qui servent d'instrument de décentralisation administrative (territoriale) sont soumises à une surveillance de la part de l'Etat. Mais pour le surplus, elles s'opposent trait pour trait à ces collectivités (ou personnes morales de droit constitutionnel). Alors que celles-ci sont un élément de l'organisation constitutionnelle et ont leur point d'ancrage dans la constitution, celles-là participent de l'organisation administrative et le fondement de leur existence se trouve dans la législation ordinaire ; bien loin de posséder une compétence générale résiduelle, les personnes morales de droit administratif sont gouvernées par le principe de la spécialité¹⁹ ; leurs compétences sont essentiellement administratives ; si elles peuvent posséder un certain pouvoir réglementaire, c'est uniquement sur délégation expresse ; mais en aucun cas elles ne peuvent posséder de compétences législatives ; enfin, leur organisation peut être de carac-

¹⁷ Cf. GREMION et WORMS, p. 27.

¹⁸ De même qu'il faut distinguer déconcentration territoriale et déconcentration par service (n. 16 ci-dessus), de même faut-il distinguer décentralisation territoriale et décentralisation par service, cette dernière consistant à créer une personne morale de droit public et à lui transférer certaines compétences, sans limiter son champ d'activité à une fraction du territoire.

¹⁹ Sur le principe de spécialité en tant que caractéristique des corporations publiques non territoriales, cf. STUTZ, p. 9. A plus forte raison en va-t-il de même pour les établissements de droit public autonomes : cf. p.ex. FORSTHOFF, p. 471.

tère corporatif, mais elle ne l'est pas nécessairement : il existe en effet trois grands types de personnes morales de droit administratif, soit la corporation de droit public, l'établissement public autonome et la fondation de droit public²⁰.

Plutôt que de créer de toutes pièces une personne morale de droit administratif aux fins de réaliser la décentralisation territoriale de l'activité administrative, on peut aussi utiliser des structures déjà existantes à l'échelon local : les collectivités publiques secondaires, c'est-à-dire essentiellement²¹ les communes. Aussi bien les communes sont-elles l'instrument principal de la décentralisation territoriale de l'activité administrative. Nous voyons apparaître ainsi une deuxième dimension de la commune.

Il en est une troisième que nous voulons encore mentionner ici : c'est l'utilisation, non plus de la commune comme telle, mais de certains de ses agents comme échelon inférieur de la hiérarchie administrative étatique, c'est-à-dire à des fins de déconcentration territoriale : il y a alors dédoublement fonctionnel, des agents faisant fonction à la fois d'agents communaux et d'agents de l'Etat²².

Les notions que nous venons de dégager nous permettent d'aborder maintenant, et, croyons-nous, d'élucider, une notion fort controversée et assez obscure : celle d'autoadministration.

Section III. L'autoadministration, la décentralisation politique, la déconcentration et la décentralisation administratives

Il y a tout d'abord dans cette notion d'autoadministration («Selbstverwaltung») une ambiguïté fondamentale : que faut-il entendre par

²⁰ GRISEL, p. 115 sv.

²¹ Nous aurons l'occasion, dans notre troisième partie, d'examiner d'autres types de collectivités publiques secondaires, intermédiaires entre le canton et la commune.

²² Il peut arriver à vrai dire que la commune comme telle soit utilisée à des fins de déconcentration, ainsi que nous le verrons encore (cf. ch.II, sect.IV ci-dessous); mais il s'agit, comme nous le montrerons, d'une solution contradictoire et, partant, atypique. Il est relativement fréquent que tel organe de la commune (souvent son président) soit désigné par la loi comme agent de l'Etat pour l'exécution de certaines tâches; cf. p.ex. GR, Cst., art.40, al.10; GE, LAC, art.38; AG, GOG, §64 et projet, §50 al.1; BL, GOG, §§31, 35,

le terme d'«administration» qui en est une des composantes ? Doit-on le prendre à la lettre (et l'opposer alors à législation ou à juridiction) ou, au contraire, dans un sens large (englobant à la fois l'administration stricto sensu, la législation et, éventuellement, la juridiction) ? Les auteurs sont divisés sur ce point²³.

A notre avis, tout s'éclaire si l'on veut bien distinguer, comme nous proposons de le faire, entre décentralisation politique et décentralisation administrative. A la première correspond la notion d'auto-administration où le terme «administration» s'entend dans un sens large ; à la décentralisation administrative la notion d'autoadministration où le terme «administration» s'entend dans un sens étroit.

A vrai dire, autoadministration et décentralisation (au sens politique ou au sens administratif) ne sont pas absolument synonymes. L'autoadministration signifie en effet une administration décentralisée exercée par des organismes de caractère corporatif²⁴. Sans doute la décentralisation politique est-elle toujours opérée par le moyen d'organismes de ce genre (les collectivités publiques secondaires), mais il n'en va pas de même de la décentralisation administrative. En fait, tout s'explique là encore si l'on veut bien considérer que le principal corps d'autoadministration, c'est la commune et que celle-ci est un instrument de décentralisation politique et de décentralisation administrative.

En définitive, la notion d'autoadministration apparaît ainsi comme le produit d'une certaine confusion entre ces deux dimensions de la commune et ces deux types de décentralisation. D'où, justement son ambiguïté. C'est pourquoi cette notion devrait, à notre avis, être autant que possible évitée.

Nous n'avons envisagé jusqu'ici que l'autoadministration au sens

ch. 1; GL, GG, §46; VS, LC, art. 5; ZG, GG, §30; SH, GG, art. 75; SZ, GOG, §51. Cf. également STUTZ, p. 17–18.

²³ Dans un sens étroit: SCHWANDER, p. 18; STAUBER, p. 77sv.; SCHALTEGGER, p. 27; LAUTENSCHLAGER, p. 7; LARDELLI, p. 5–6; ZINGG, p. 6; RIEDENER, p. 21; WINZENRIED, p. 17–18; HIRZEL, p. 30; ELMIGER, p. 2; GENGEL, p. 53–54. Dans un sens large: SCHMID, p. 10; WALTHARD, p. 45–46, 135; KORAY, p. 20sv.; CAHANNES, p. 3; GEIGER, p. 11; BUCLIN, p. 28; STILLHARDT, p. 6; OLGIATI, p. 19; BECKER, p. 29–30.

²⁴ SCHMID, p. 6; LARDELLI, p. 7; En sens contraire: GEIGER, p. 12.

juridique du terme, c'est-à-dire une certaine forme de décentralisation.

A cela s'oppose l'autoadministration au sens politique du terme. Dans ce dernier sens, l'autoadministration désigne à l'origine le procédé qui consiste à faire occuper certaines charges non pas par un fonctionnaire de carrière, mais par un laïc, désigné parmi les intéressés, éventuellement élu par eux. Par la suite, la notion d'autoadministration au sens politique est devenue beaucoup plus vague, jusqu'à signifier la participation des citoyens à l'activité étatique²⁵. Il est clair qu'elle perd alors tout contenu spécifique et l'on a eu beau jeu de dire que l'autoadministration au sens juridique n'était que la forme juridique dans laquelle se réalisait l'idée de liberté civique et d'administration par les intéressés eux-mêmes²⁶. A notre avis, entendue dans un sens aussi vague, cette notion perd toute utilité et doit être proscrite.

En revanche, la notion d'autoadministration au sens politique demeure topique lorsqu'elle est utilisée pour désigner un autre phénomène : l'élection par les citoyens de la circonscription des agents locaux (déconcentrés) de l'Etat. On rencontre parfois cet emploi du terme d'autoadministration au sens politique²⁷ et nous aurons nous-même l'occasion de l'utiliser dans cette acception au cours de ce travail.

Chapitre II. Les diverses catégories de tâches communales

Les tâches communales font le plus souvent l'objet de plusieurs classifications bipartites, qui ne se recoupent pas ou pas nécessairement. On distingue ainsi tout d'abord tâches obligatoires et tâches facultatives. On distingue ensuite entre tâches propres et tâches délégées. On distingue enfin tâches décentralisées et tâches centralisées. Nous allons examiner rapidement chacune de ces classifications et nous nous efforcerons de montrer qu'il convient de combiner les deux dernières pour aboutir à une classification tripartite.

²⁵ WALTHARD, p. 45; KORAY, p. 21–22.

²⁶ VOGT, p. 4 n. 3. Cf. également STAUBER, p. 74, 75–76; BORRADORI, p. 18.

²⁷ BERTSCHINGER, p. 27, 38.

Section I. Tâches obligatoires et tâches facultatives

Cette première classification ne nous retiendra pas longtemps. Sans doute cette terminologie n'est-elle pas très heureuse. Les tâches facultatives – expression à première vue contradictoire – ne sont pas, comme on pourrait le croire, les tâches que les communes sont libres d'accomplir ou de ne pas accomplir, mais celles qu'elles sont libres d'assumer ou de ne pas assumer, en vertu de cette compétence générale résiduelle qui leur est reconnue; et il est bien entendu que si la commune décide d'assumer une telle tâche, elle a l'obligation de l'accomplir tant qu'elle n'est pas revenue sur cette décision¹. Mais, cela précisé, cette première classification bipartite des tâches communales ne pose aucun problème particulier et n'est contestée par personne.

Section II. Tâches propres et tâches déléguées

Par. 1. Le principe de la distinction

Remarquons tout d'abord que, comme la doctrine quasi-unanime l'admet avec raison², cette distinction ne se recoupe nullement avec la précédente: si toutes les tâches déléguées sont, en principe, des tâches obligatoires³, toutes les tâches du domaine propre ne sont pas, tant s'en faut, des tâches facultatives.

Cela posé, le principe même de la distinction entre tâches propres et tâches déléguées – ou, ce qui revient au même, entre domaine

¹ SCHALTEGGER, p. 32–33; WIPRÄCHTIGER, p. 65 n. 7; HIRZEL, p. 51; ZINGG, p. 12; DUSS, p. 29; FELDMANN, p. 339; STUTZ, p. 25. La distinction est expressément consacrée par AG, projet, §1.

² En sens contraire: CAHANNES, p. 7–8. En revanche, et contrairement à ce qu'ont cru beaucoup de lecteurs pressés, M. WALTHARD (cf. op. cit., p. 42–43) n'a jamais soutenu que ces deux classifications se recoupaient; reconnaissions toutefois que son exposé manque de clarté sur ce point précis. A noter qu'en droit allemand, la classification en tâches obligatoires et tâches facultatives tendrait actuellement à se substituer à la classification en tâches propres et tâches déléguées: GÖNNENWEIN, p. 105.

³ En sens contraire: BRIDEL, I, p. 250; BÜRGIN, p. 7.

propre et domaine délégué⁴ – n'est pas contesté. On lui a adressé à la fois des objections de principe et des objections d'ordre pratique.

Sur le plan des principes, on a critiqué le caractère aprioristique, jusnaturaliste ou historiciste de la notion de tâche propre. Il n'est pas vrai, dit-on, que certaines tâches ou certains domaines d'activité ressortissent *a priori*, par essence, par nature, ou, plus simplement, par tradition immémoriale à la commune⁵. Il s'agit au contraire d'un problème relevant purement du droit positif. Et, si l'on veut bien se placer sur ce terrain, il apparaît nécessairement que toute tâche incombant à une commune lui est déléguée par l'Etat⁶.

Sur le plan pratique, on a soutenu que la distinction était impraticable, parce qu'il était impossible de trouver un critère satisfaisant, et qu'elle était du reste beaucoup trop grossière pour rendre compte d'une réalité infiniment plus nuancée. Et l'on a proposé de lui substituer une classification des tâches communales en un certain nombre de catégories, fondée sur le degré d'autonomie dont jouit la commune dans chaque cas et ce degré d'autonomie s'apprécient chaque fois du triple point de vue de la marge d'initiative dont jouit la commune et de la marge de liberté dont elle jouit quant aux modalités formelles et aux modalités matérielles d'accomplissement de la tâche en question⁷.

Ces critiques contiennent indéniablement une part de vérité. Mais elles ne nous paraissent pas décisives.

Il est bien certain que la détermination des tâches incombant à la commune est un problème relevant purement du droit positif. Est-ce à dire que la distinction entre tâches propres et tâches déléguées devient impossible pour autant ?

Tout dépend à cet égard de la conception que l'on se fait de la nature et des fonctions de la commune.

Il est parfaitement clair que si l'on réduit la commune à une simple personne administrative décentralisée, la distinction entre tâches propres et tâches déléguées devient impossible. En effet, selon cette

⁴ «Eigener» et «übertragener Wirkungskreis» ou «Wirkungsbereich».

⁵ OLGIATI, p. 78–79; BÜTIKOFER, p. 75. Cf. également SIGG, p. 20; BÜRGIN, p. 17.

⁶ Dans ce sens: REINHARDT, p. 35; BORRADORI, p. 27–29.

⁷ SIGG, p. 25 sv., 37 sv.

théorie, la commune obéirait au principe de spécialité qui gouverne toutes les personnes administratives décentralisées et elle ne pourrait avoir, en conséquence, d'autres attributions que celles qui lui sont expressément déléguées par l'Etat; autrement dit, selon cette théorie, les tâches incombant à la commune ne peuvent être par hypothèse que des tâches déléguées; la notion de tâche propre n'y a aucune espèce de sens, ni partant la distinction entre tâches propres et tâches déléguées. Et l'on comprend parfaitement, dans cette optique, qu'il soit impossible de trouver un critère satisfaisant permettant de distinguer les unes des autres. Toujours dans cette optique, l'idée de substituer à cette distinction bipartite une classification plus subtile fondée sur le degré d'autonomie dont jouit la commune dans le domaine envisagé peut apparaître fort séduisante.

Il en va tout autrement si, comme nous l'avons fait, on analyse la commune comme une collectivité publique secondaire et qu'on lui reconnaisse une double fonction. Il devient alors parfaitement possible de distinguer deux catégories de tâches: celles qui, à titre primaire, incombent à la commune ou qu'elle décide d'assumer en vertu de la compétence générale résiduelle qu'elle possède en tant que collectivité publique secondaire, ou tâches propres; et celles qui, assumées à titre primaire par l'Etat, sont déléguées en tout ou en partie à la commune, ou, plus simplement, les tâches déléguées. Et si cette distinction est possible, il doit bien être possible aussi de trouver un critère de distinction: nous y reviendrons dans un instant. Enfin, une distinction bipartite se justifie précisément par la dualité des fonctions de la commune, à la fois collectivité publique secondaire et instrument de décentralisation administrative; il n'y a donc pas de raison de lui substituer une classification des tâches communales en un plus grand nombre de catégories, même s'il n'est par ailleurs pas contestable que la marge d'indépendance dont jouit la commune peut varier considérablement d'un domaine à l'autre⁸.

En conclusion, nous pensons donc que la distinction entre tâches propres et tâches déléguées doit être maintenue. Reste alors à définir un critère de distinction entre les unes et les autres.

⁸ Nous y reviendrons dans notre troisième partie.

Par. 2. Le critère de distinction

Il est tout d'abord bien clair que le domaine des compétences communales est défini par le droit positif et par lui seul. Il ne saurait donc être question de considérer que certaines tâches constituent «par nature» ou «par essence» des tâches communales, l'ensemble de ces tâches formant le domaine propre de la commune. Cette théorie jusnaturaliste du domaine propre – appelée théorie du pouvoir municipal⁹ – est aujourd’hui complètement abandonnée et nous ne la mentionnons que pour mémoire.

Le problème est donc de trouver un critère qui permette de distinguer parmi les tâches de la commune, telles que les définit le droit positif, des tâches propres et des tâches déléguées.

Cette entreprise ne va pas sans difficulté, au point que certains auteurs, tout en maintenant le principe de la distinction entre tâches propres et tâches déléguées, renoncent à définir un critère valable généralement¹⁰. Il faut, disent-ils, résoudre le problème de cas en cas, en s'aidant de certains indices, notamment le caractère «local» de la tâche envisagée ou le fait qu'il s'agit historiquement d'une tâche communale¹¹. Outre qu'il est peu rigoureux de préconiser une distinction sans indiquer de critère qui permette de l'opérer, les indices retenus nous paraissent critiquables. D'une part en effet il n'y a pas de tâche locale a priori : affirmer le contraire c'est retomber en somme dans une conception jusnaturaliste¹². D'autre part, il apparaît assez arbitraire de ne ranger dans le domaine propre que les tâches qui, historiquement, ont toujours constitué des tâches communales, alors que toutes les tâches «récentes» de la commune feraient partie du domaine délégué.

⁹ Au sujet de cette théorie, cf. p.ex. JELLINEK, System, p. 275 sv. Cf. également BÜRGIN, p. 17; GIACOMETTI, Gemeinden, p. 18.

¹⁰ BRIDEL, I, p. 250–1; MATTER, p. 39; BRUGGER, p. 27; BÜRGIN, p. 22 sv.

¹¹ MATTER, p. 39; cf. également BÜRGIN, p. 24 sv.

¹² Nous reviendrons sur ce point dans notre deuxième partie, chp. I, à propos du critère de l'autonomie communale. A notre avis, on ne résout nullement la difficulté en faisant de la notion de tâche locale un concept juridique indéterminé (dans ce sens: GÖNNENWEIN, p. 391); on ne fait au contraire que repousser le problème.

A. La jurisprudence

Elle est, dans ce domaine, extrêmement rare. Dans un arrêt au moins, le Tribunal fédéral a fait application du critère de la compétence exclusive : fait ainsi partie du domaine propre une matière qui, pour l'essentiel, demeure de la compétence communale¹³. Dans d'autres arrêts, notre Cour suprême semble s'inspirer plutôt de la notion de tâche locale¹⁴.

Nous avons déjà critiqué cette dernière notion. Nous n'y reviendrons donc pas. Quant au critère de la compétence exclusive, nous aurons l'occasion de montrer, dans un autre contexte, qu'il est à la fois très vague et beaucoup trop restrictif¹⁵. Aucun de ces deux critères ne saurait donc être retenu.

B. La doctrine

a) La portée du pouvoir de surveillance de l'Etat sur la commune

Selon cette théorie, entreraient dans le domaine propre les matières à propos desquelles la commune jouit d'un pouvoir de libre appréciation, celui-ci se traduisant par l'absence de pouvoir de l'Etat de revoir l'exercice que la commune a fait de son pouvoir d'appréciation¹⁶; et dans le domaine délégué les matières à propos desquelles les communes ne jouissent pas d'un pouvoir de libre appréciation, se trouvant soumise de la part de l'Etat à un contrôle s'étendant également à l'appréciation. De sorte qu'en définitive, le critère de distinction entre domaine propre et domaine délégué, c'est l'existence ou l'absence de pouvoir de l'Etat de revoir l'appréciation.

Ce critère est celui que retient la grande majorité des auteurs¹⁷.

¹³ ATF 91 I 42–43. Cf. également la jurisprudence non publiée citée par M. STIEGER (op. cit., p. 55 n. 21).

¹⁴ ATF 96 I 24; TF 11.5.60, Zbl. 1961, p. 74–75; 2.12.59, Zbl. 1960, p. 164.

¹⁵ Cf. ci-dessous, deuxième partie, chp. I.

¹⁶ «Ermessen», que nous traduisons à dessein par appréciation et non pas par pouvoir de décider en opportunité; nous verrons dans notre deuxième partie, chp. II, dans quelle mesure l'Etat peut revoir l'usage que font les communes de leur pouvoir d'appréciation.

¹⁷ GIACOMETTI, Staatsrecht, p. 74–75, Gemeinden, p. 16, 28; NAWIASKY, Grundbegriffe, p. 16; RIEDENER, p. 22; SCHALTEGGER, p. 28sv.; SCHORR, p. 32sv.;

Il se heurte tout d'abord à une difficulté pratique: c'est que, bien souvent, le droit positif ne précise pas la portée du contrôle susceptible d'être exercé par l'Etat sur telle activité communale. En pareil cas, l'application de ce critère aboutit à un cercle vicieux.

Ensuite, il ne rend pas nécessairement compte des solutions du droit positif. C'est ainsi par exemple que le droit vaudois prévoit un contrôle de l'Etat sur les communes limité, en principe, à la légalité, qu'il s'agisse du domaine propre ou du domaine délégué¹⁸.

Mais ce critère se heurte surtout à des objections de principe.

Dans un article fameux¹⁹, le professeur LIVER a reproché à cette théorie de téléscooper deux critères (pouvoir de libre appréciation et absence de contrôle de l'appréciation) qui, appliqués isolément, aboutiraient chacun à des résultats différents. Un contrôle de l'appréciation, dit-il, n'est concevable que si la commune jouit d'un certain pouvoir de libre appréciation; si la commune ne jouit d'un pouvoir de libre appréciation qu'en l'absence d'un contrôle de l'appréciation, aucun contrôle de l'appréciation n'est jamais concevable. Que si l'on admet en revanche l'existence d'un contrôle de l'appréciation, celui-ci ne saurait s'exercer, selon les prémisses de la théorie critiquée, que dans les matières déléguées; et il ne pourrait exister par hypothèse que dans des matières où les communes jouissent d'un pouvoir de libre appréciation: or, selon la théorie critiquée, ces matières entreraient dans le domaine propre. Enfin, cette théorie aboutirait à un résultat absurde dans tous les cas où ayant édicté une réglementation fort détaillée, l'Etat pourrait renoncer sans crainte à un contrôle de l'appréciation: feraient alors partie du domaine propre les matières dans lesquelles la commune jouit de la marge d'indépendance la plus faible à l'égard de l'Etat.

Ce qu'il faut retenir à notre avis de cette argumentation, c'est d'abord qu'un contrôle de l'appréciation n'est en effet possible que là où il y a pouvoir d'appréciation; et c'est d'autre part que libre pouvoir d'appréciation et absence d'un contrôle de l'appréciation ne

WINZENRIED, p.18; VOGT, p.4–5; LARDELLI, p.8sv.; METTLER, p.46sv.; KORAY, p.36sv.; GEIGER, p.32sv. En sens contraire: HUBER, ZBJV 1964, p.339 qui préconise l'application du critère de la tâche locale ou historique.

¹⁸ Cf. à ce propos BGC 1955-printemps, p.848.

¹⁹ Gemeinderecht, Zbl. 1949, p.40sv.

sont pas une seule et même chose, mais deux conditions cumulatives. On aboutirait alors à la conclusion que feraient partie du domaine propre les matières à propos desquelles les communes jouissent d'un pouvoir de libre appréciation sans être par ailleurs soumises à un contrôle de l'appréciation; et du domaine délégué les matières à propos desquelles les communes jouissent sans doute d'un pouvoir de libre appréciation mais sont soumises à un contrôle de l'appréciation de la part de l'Etat. Il est clair qu'ainsi amendée, cette théorie ne présenterait plus la contradiction relevée par M. LIVER.

Mais, même ainsi amendée, cette théorie nous paraît inacceptable pour une autre raison. C'est qu'il y a, à notre avis, contradiction absolue entre la notion de tâche déléguée et l'idée d'un contrôle de l'appréciation – ou, tout au moins, d'un contrôle illimité de l'appréciation²⁰. La notion de tâche déléguée se rattache en effet, nous l'avons vu, à la fonction que remplit la commune en tant qu'instrument de décentralisation au niveau administratif (ou décentralisation administrative, au sens où nous l'entendons). Or, ce qui motive le recours à ce procédé, soit la délégation de certaines compétences étatiques à un sujet de droit distinct de l'Etat lui-même – c'est la nécessité d'un système où – contrairement à ce qui a lieu en cas de simple déconcentration – les agents locaux jouissent d'une certaine indépendance à l'égard du pouvoir central. Or, le contrôle (illimité) de l'appréciation est très exactement la négation de cette indépendance; il signifie subordination à l'égard du pouvoir central, faculté de celui-ci de faire, en toute circonstance, prévaloir sa propre conception. Il est parfaitement absurde de créer un sujet de droit distinct de l'Etat et de lui déléguer certaines compétences si c'est pour le subordonner de la sorte à ce même Etat. A la vérité, le pouvoir (illimité) de revoir l'appréciation n'est qu'un aspect du pouvoir hiérarchique; il est parfaitement à sa place dans un système de simple déconcentration administrative (soit dans un système centralisé); il apparaît au contraire comme un corps étranger dans un système de décentralisation administrative. Mais c'est dire alors que le pouvoir de contrôler l'appréciation ne saurait être la caractéristique des tâches déléguées (à une personne administrative décentralisée ou à une collectivité

²⁰ Cf. à ce propos ci-dessous, deuxième partie, chp. II.

publique secondaire faisant fonction d'organisme administratif décentralisé). C'est dire, en définitive, que la portée du pouvoir de surveillance exercé par l'Etat ne saurait servir à départager les tâches propres et les tâches déléguées. A cet égard, on ne peut donc qu'approuver la solution consacrée par le droit vaudois.

b) Le critère tiré de la source

Pour d'aucuns, seraient tâches propres celles que la Constitution définit comme tâches communales, toutes les autres tâches incombant aux communes étant des tâches déléguées²¹.

Sous cette forme absolue, ce critère nous paraît beaucoup trop formaliste. De plus, rares sont les constitutions qui définissent elles-mêmes les tâches des communes²²: le plus souvent, elles se remettent de ce soin à la législation ordinaire; si l'on appliquait ce critère, on aboutirait donc à ce résultat bizarre que, dans la plupart des cantons, les communes n'ont pas de tâches propres. Ce qui serait en contradiction avec la double fonction que nous avons reconnue à la commune. Nous pensons donc que cette théorie doit être écartée; nous verrons cependant qu'elle contient une part de vérité²³.

c) Le critère tiré de la fonction

Nous l'avons dit, si, même d'un point de vue purement positiviste, il se justifie de maintenir une distinction entre tâches propres et tâches déléguées, c'est parce que la commune accomplit une double fonction. Et nous avons appelé tâches propres celles qui incombent à la commune ou celles qu'elle décide d'assumer en sa qualité de collectivité publique secondaire; et tâches déléguées celles que l'Etat assume à titre primaire mais qu'il délègue en tout ou en partie à la commune, conçue alors comme un instrument de décentralisation administrative. C'est de là qu'il faut partir pour déterminer le critère de distinction entre tâches propres et tâches déléguées, le problème étant alors de savoir à quoi l'on reconnaît que la commune assume telle tâche déterminée en sa qualité de collectivité publique secon-

²¹ SCHWANDER, p.25.

²² Cf. cependant OW, Cst., art.24sv.

²³ Lettre c, ci-dessous.

daire ou, au contraire, en tant que simple instrument de décentralisation administrative.

Il est à vrai dire une catégorie de tâches qui, à cet égard, ne fera jamais problème : ce sont les tâches librement assumées par la commune ; c'est en effet seulement en sa qualité de collectivité publique secondaire que la commune possède une compétence générale résiduelle, jamais en tant qu'instrument de décentralisation administrative, car elle obéit alors au principe de spécialité. Ces tâches seront donc toujours et par hypothèse des tâches propres.

Pour le surplus, la distinction s'établit de la manière suivante.

Sont des tâches propres toutes celles qui incombent à la commune en vertu des dispositions constitutionnelles – et l'on peut, dans cette mesure, approuver le critère tiré de la source – et en vertu de la législation *générale* sur les communes, sauf, dans ce dernier cas, disposition contraire expresse. Ces textes ont en effet pour objet la commune en tant que collectivité publique secondaire ; ils en définissent l'organisation et le fonctionnement, il est logique de penser qu'ils en définissent aussi la fonction et qu'ils le font précisément en énumérant les tâches incombant à la commune en cette qualité, ou certaines d'entre elles²⁴. Lorsqu'un texte de ce genre désigne une tâche déterminée comme tâche communale, on peut, en l'absence d'indication contraire expresse, partir de l'idée qu'il s'agit d'une tâche incombant à la commune en tant que collectivité publique secondaire, autrement dit d'une tâche propre.

La présomption est inverse s'agissant au contraire de tâches incombant à la commune en vertu de lois *spéciales*, n'ayant pas pour objet spécifique de réglementer la commune comme telle. Là encore sauf indication contraire expresse, on doit admettre qu'il s'agit de tâches incombant à la commune conçue comme instrument de décentralisation administrative, soit de tâches déléguées.

²⁴ Cf. p.ex. AG, GOG, §81; BL, GOG, §§35 ch.2–8, 45sv.; FR, LCP, art.112; NE, LC, art.30; SG, GOG, art.51sv.; SO, GG, §88, et ordonnance d'exécution du 13.9.49, §2; TI, LOC, art.87; VS, LC, art.4; ZG, GG, §§33sv.; ZH, GG, §74; BE, GG, art.2; SH, GG, art.6sv., 64sv.; VD, LC, art.2 et 42sv.

Section III. Tâches décentralisées et tâches centralisées

Il faut à cet égard bien distinguer deux groupes d'auteurs, qui, les uns et les autres, admettent cette classification mais qui ne lui donnent pas du tout la même signification.

Pour les uns, en effet, cette classification en tâches centralisées et tâches décentralisées devrait se substituer à la classification en tâches propres et tâches déléguées²⁵. Pour les autres, au contraire, il s'agit d'une classification distincte, qui ne se recoupe nullement avec l'autre²⁶.

La première de ces deux théories s'inscrit fort logiquement dans une conception plus vaste qui réduit la commune à une simple personne administrative décentralisée. Car alors, nous l'avons vu, la notion de tâche propre perd toute raison d'être, la commune n'ayant que des tâches déléguées. Mais si, par tâches décentralisées on entend, comme le font ces auteurs, les tâches à propos desquelles l'Etat ne jouit que d'un pouvoir de surveillance limité à la légalité, et par tâches centralisées celles à propos desquelles il jouit d'un pouvoir de surveillance s'étendant également à l'appréciation, alors il est clair que, pour nous, cette classification ne saurait en aucun cas se substituer à la classification en tâches propres et tâches déléguées. Seraient au contraire des tâches décentralisées à la fois les tâches propres et les tâches déléguées.

C'est précisément ce qu'enseigne la seconde de ces deux théories, qui échappe donc entièrement à notre critique. Reste alors à savoir quelles sont ces tâches centralisées, ce qui nous conduit à une nouvelle distinction entre les tâches confiées à la commune comme telle et les tâches confiées à un organe ou un agent déterminé de celle-ci.

Section IV. Les tâches confiées à la commune comme telle et les tâches confiées à un organe ou à un agent déterminé de celle-ci

De nombreux auteurs distinguent entre les tâches confiées à la commune comme telle (soit les tâches propres et les tâches déléguées) d'une part, les tâches confiées à un organe ou à un agent déterminé

²⁵ BÜTIKOFER, p.45sv.; BERTSCHINGER, p.28–29; OLGIATI, p.80; BRUGGER, p.45, 75; VOGEL, p.30; REINHARDT, p.28sv., 30sv.

²⁶ STAUBER, p.82.

de la commune, d'autre part²⁷. Les tâches de cette dernière catégorie ne sont du reste considérées comme tâches communales que dans un sens très extensif: en réalité, dit-on, il s'agit de tâches étatiques, et l'organe ou l'agent de la commune agit en qualité d'agent de l'Etat²⁸.

A notre avis, cette distinction doit être approuvée pour l'essentiel, à cela près que, formulée de la sorte, elle apparaît trop formaliste²⁹ et masque le vrai problème. Ce qui est vrai, c'est que l'Etat utilise la commune – ou, plus exactement les structures communales – comme instrument de déconcentration, pour l'accomplissement de tâches proprement étatiques et centralisées. Ce qui est vrai encore c'est qu'en bonne logique, l'Etat devrait, en pareil cas, confier une tâche de ce genre non pas à la commune comme telle – en tant que faisant fonction de personne administrative décentralisée – mais à un de ses organes ou de ses agents. Mais s'il apparaît contradictoire de confier l'accomplissement d'une tâche centralisée à la commune comme telle, ce n'est pas à dire que cela ne se fasse jamais en pratique; et nous ne voyons pas pourquoi on ne traiterait pas des cas de ce genre de la même manière que ceux où c'est un organe ou un agent déterminé de la commune qui est chargé de l'accomplissement d'une tâche centralisée.

Reste alors à distinguer tâche déléguée (et donc décentralisée) et tâche centralisée (mais déconcentrée). Et c'est là à notre avis que le critère tiré de la portée du pouvoir de surveillance de l'Etat retrouve toute sa raison d'être³⁰. Si la loi ne précise pas la portée du pouvoir de contrôle dont jouit l'Etat dans une matière déterminée, il faut présumer la décentralisation lorsque la tâche en question est confiée à la commune comme telle, et présumer au contraire la simple déconcentration, lorsque la tâche est confiée à un organe ou à un agent de la commune; il faut présumer en somme que le législateur a été conséquent avec lui-même.

²⁷ GIACOMETTI, Staatsrecht, p. 81, Gemeinden, p. 22; METTLER, p. 47–8; LAUTENSCHLAGER, p. 13–14; WIPRÄCHTIGER, p. 68–9; COURTEN, p. 100–101; VOGT, p. 68; BÜHLER, p. 58–9; STAUBER, p. 81; HIRZEL, p. 149–50; SCHWANDER, p. 20, 27; WALTHARD, p. 36–37 et 69.

²⁸ GIACOMETTI, Staatsrecht, p. 81; LAUTENSCHLAGER, p. 13–14; VOGT, p. 22.

²⁹ Dans le même sens: BÜTIKOFER, p. 49–50.

³⁰ Dans le même sens: STAUBER, p. 81.

En définitive, la distinction que nous analysons se réduit donc à la distinction entre tâches centralisées et tâches décentralisées.

Section V. Vers une classification tripartite

Si l'on combine entre elles la classification des tâches communales en tâches propres et tâches déléguées, d'une part et la classification en tâches centralisées et tâches décentralisées d'autre part, on aboutit à une classification tripartite, chacune des trois catégories de tâches correspondant à l'une des trois dimensions de l'action communale que nous avons décrites.

Dans la première catégorie, nous trouverons les tâches incombant à la commune ou assumées librement par elle en sa qualité de collectivité publique secondaire, soit les tâches propres.

La seconde catégorie sera constituée par les tâches assumées à titre primaire par l'Etat, mais déléguées en tout ou en partie à la commune, considérée cette fois comme simple instrument de décentralisation administrative: ce sont les tâches déléguées.

Quant à la troisième catégorie, elle comprendra les tâches étatiques assumées au niveau local par la commune, l'un de ses organes ou l'un de ses agents agissant en tant qu'agents locaux de l'Etat, comme échelon inférieur de la hiérarchie administrative étatique. Autrement dit, les tâches centralisées (mais déconcentrées)³¹.

Chapitre III. Le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire de la commune

Tout le monde s'accorde à reconnaître à la commune un pouvoir plus ou moins étendu d'édicter des règles générales et abstraites¹. Mais il y a controverse sur le fondement et sur la nature de ce pouvoir. Pour

³¹ Dans un sens assez semblable: KORAY, p.40sv. Il est d'autre part possible que l'on assiste à l'heure actuelle en droit allemand à l'apparition d'une classification tripartite, à la tâche propre s'opposant la «Pflichtaufgabe nach Weisung» et le pouvoir d'injonction pouvant être limité ou illimité: GÖNNENWEIN, p.104sv.

¹ GIACOMETTI, Staatsrecht, p.80, Gemeinden, p.21, Allg. Lehren,p. 165sv.; BRIDEL, p.245; GRISEL, p.135; NAVIASKY, Grundbegriffe, p.18–19; GEIGER, p.44–45, 47sv., 114–115; GEINOZ, p.10, 11sv., 46; BÜTIKOFER, p.51sv.; BRUGGER, p.31; KORAY, p.66sv.; CAHANNES, p.9; LOCHER, p.33, 89; SCHMID,

certains, ce pouvoir n'existerait que si et dans la mesure où il a été délégué à la commune par une disposition légale expresse²; la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître cependant que la commune peut édicter des règles générales et abstraites non seulement en vertu d'une délégation expresse mais aussi en se fondant directement sur son autonomie³; c'est également la solution que retient le Tribunal fédéral⁴.

Faut-il, dans ce dernier cas, parler d'un véritable pouvoir législatif de la commune ou ne s'agit-il jamais que d'un simple pouvoir réglementaire? Notons tout d'abord que les actes des communes contenant des règles générales et abstraites sont appelés généralement

p. 12–13; RIEDENER, p. 21; DUSS, p. 33 sv.; GENGEL, p. 53, 55 sv., 83; GRAF, p. 38, 58–59, 78–79; REINHARDT, p. 45 sv., 82; STAUBER, p. 78, 93 sv., 97; BORRADORI, p. 117 sv.; P. BRUGGER, p. 135 sv.; SCHALTEGGER, p. 44, 48 sv.; SCHWANDER, p. 27, 28 sv.; HIRZEL, p. 30 sv.; WIPRÄCHTIGER, p. 70; SCHORR, p. 22; VOGEL, p. 103, 104 sv.; COURTEN, p. 55 sv., 60, 132; VOGT, p. 28 sv.; WALTHARD, p. 51 sv.; ZINGG, p. 6; LARDELLI, p. 15; STIEGER, p. 35 sv.; WINZENRIED, p. 18; STUTZ, p. 20–21; BÜRGIN, p. 75. Ce pouvoir résulte du reste de certaines dispositions des constitutions ou des lois cantonales: BE, Cst., art. 71, GG, art. 3; AR, Cst., art. 74 ch. 7 sv.; SZ, GOG, § 7 litt. a et b; GR, Cst., art. 40 al. 2; VS, Cst., art. 75, LC art. 2 al. 2; AG, GOG, § 82, projet, § 18 al. 3 litt. a, 19; BL, GOG, §§ 23 al. 1 ch. 2 et 152; FR, LCP, art. 114; GL, GG, § 47; LU, GG, § 2 al. 1 ch. 17; NE, LC, art. 25 ch. 2; SG, GOG, art. 26; SO, GG, § 56 al. 1 litt. a; TI, LOC, art. 12 ch. 2, 157 sv.; TG, GOG, § 10; ZG, GG, §§ 19 quater ch. 1, 23 litt. c; ZH, GG, § 41; SH, GG, art. 2 al. 1.

² SCHWANDER, p. 27; ZINGG, p. 6; BLUMENSTEIN, *Gemeindereglemente*, p. 274, et Erlass, p. 211–212. De même, l'exposé des motifs à l'appui de la loi vaudoise sur les communes, BGC 1955 – printemps, p. 829. Cf. en outre GEIGER, p. 44 sv.

³ Cf. notamment BUCLIN, p. 105; NAVIASKY, *Grundbegriffe*, p. 18–19; BÜTI-KOFER, p. 51 sv., 87 sv., 93 sv.; GEINOZ, p. 10; OLGIATI, p. 46 et 113; BRUGGER, p. 31; KORAY, p. 66 sv.; CAHANNES, p. 9; LOCHER, p. 33, 89; SCHMID, p. 12–13; RIEDENER, p. 32; DUSS, p. 33 sv.; GENGEL, p. 53, 55 sv., 83; GRAF, p. 38, 58–59, 78–79; SCHORR, p. 22; STAUBER, p. 78, 93 sv., 97; BORRADORI, p. 117 sv.; P. BRUGGER, p. 136; SCHALTEGGER, p. 44, 48 sv.; HIRZEL, p. 30 sv.; WIPRÄCHTIGER, p. 70; VOGEL, p. 104 sv.; VOGT, p. 28 sv.; WALTHARD, p. 51; LARDELLI, p. 15.

⁴ ATF 97 I 514; 96 I 30 sv., 381; 91 I 43; 29 I 201; TF 11.5.60, Zbl. 1961, p. 73; 2.12.59, Zbl. 1960, p. 164; 10.10.56, Zbl. 1957, p. 16; 21.6.29, Zbl. 1929, p. 386. Cf. également diverses décisions cantonales dans le même sens: Kl. R. GR, 13.9.46, Zbl. 1947, p. 14; RR BL, 21.7.39, Zbl. 1941, p. 442; RR BE 3.9.20, MBVR 1921, p. 13.

règlements, beaucoup plus rarement (dans le canton des Grisons notamment) lois. Il serait cependant téméraire de se fonder uniquement sur ce critère purement extérieur. Il faut éviter également de tomber dans une pure querelle de mots : si l'on veut absolument réservé le terme de loi aux seuls actes étatiques contenant des règles générales et abstraites pris par le Parlement de l'Etat, nous n'y voyons naturellement aucun inconvénient et là n'est pas la question qui nous intéresse. Ce qu'il nous importe de savoir, au contraire, c'est si le législateur communal peut, fondé sur la seule autonomie communale, prendre des dispositions générales et abstraites qui, au niveau de l'Etat central, ne pourraient être prises que par le législateur, ou par l'exécutif, mais alors en vertu d'une disposition légale expresse l'y habilitant. Si l'on tranche la question par l'affirmative, force est alors de reconnaître que la commune possède un véritable pouvoir législatif, même si l'on se refuse à appeler des lois les actes qu'elle prend en vertu de ce pouvoir. Autrement dit, la commune peut-elle, fondée sur sa seule autonomie, restreindre un droit constitutionnellement garanti (tel que la propriété privée ou la liberté du commerce et de l'industrie) ?

La question est controversée. D'aucuns le nient⁵. D'autres l'admettent au contraire⁶. C'est également cette dernière solution que retient le Tribunal fédéral⁷. Pour notre part, nous y adhérons sans hésiter, car ce pouvoir de la commune d'édicter des règles primaires, même en l'absence de toute délégation de la part de l'Etat, nous paraît être le pendant logique de la compétence générale résiduelle que nous avons reconnue à la commune⁸.

Reste alors à déterminer les limites de ce pouvoir.

⁵ GIACOMETTI, Staatsrecht, p. 77 et n. 12, Gemeinden, p. 19; REINHARDT, p. 82; BORRADORI, p. 94; RRB SO, 29.3.45, Zbl. 1945, p. 231.

⁶ GRISEL, p. 135; IMBODEN, Gemeindeautonomie, p. 359; STIEGER, p. 37; BÜTI-KOFER, p. 59sv., 104sv. Cf. également BÜRGIN, p. 75; STUTZ, p. 20.

⁷ ATF 97 I 514; 96 I 30sv., 381; 89 I 470b; 81 I 33; 74 I 151sv.; 8, p. 257; TF 11.5.60, Zbl. 1961, p. 73; 2.12.59, Zbl. 1960, p. 164.

⁸ M. BRIDEL (op. cit., I, p. 245) nie à la fois l'existence d'une compétence générale résiduelle et d'un véritable pouvoir législatif de la commune; sur ce dernier point, cf. également REINHARDT, p. 45sv., 82.

Faut-il tout d'abord, comme le fait M. NATSCH⁹, distinguer à cet égard ce qu'il appelle le «droit policier» («Polizeirecht»), soit l'ensemble des dispositions destinées à prévenir des dangers, à empêcher qu'il ne soit fait un usage abusif des libertés fondamentales, à garantir les conditions minimum de la vie en communauté; et ce qu'il nomme le «droit social» soit l'ensemble des règles qui ont pour but d'orienter le comportement des particuliers dans un sens jugé souhaitable du point de vue de la communauté tout entière? Selon notre auteur, les communes pourraient, fondées sur leur seule autonomie, édicter des règles de «droit policier», jamais en revanche des règles de «droit social». En effet, les institutions constitutionnellement garanties ne le seraient jamais que sous la réserve des dispositions tendant à la sauvegarde de l'ordre public, soit des règles du «droit policier»: il s'agirait donc de restrictions inhérentes à ces institutions; en les édictant, on ne concrétiserait donc jamais une conception particulière de ces institutions. Il en irait tout autrement des «règles de droit social». Or, les règles ayant pour objet de concrétiser une conception déterminée d'une institution constitutionnellement garantie auraient un caractère «quasiconstitutionnel» («grundnormenähnlich»); il s'ensuivrait que seul l'Etat, jamais en revanche la commune, pourrait édicter de telles règles.

Cette distinction ne serait vraiment claire que si la notion de «droit policier» l'était également. Or, nous l'avons vu, ce n'est pas moins de trois acceptations différentes de cette notion que nous propose M. NATSCH lui-même. Et suivant celle de ces trois conceptions que l'on retient, toute différence s'efface entre «droit policier» et droit «social».

C'est dans la mesure seulement où la notion de «droit policier» serait univoque et son contenu définissable, en quelque sorte a priori, que l'on pourrait y voir une restriction «naturelle» aux libertés fondamentales. Nous venons de voir qu'il n'en était rien. Mais c'est dire alors que les règles du «droit policier» ne contribuent pas moins que celles du «droit social» à définir une conception déterminée de telle institution constitutionnellement garantie. Il est donc vain de

⁹ Op. cit., p.48sv. Cf. dans le même sens, TF 11.5.60, Zbl. 1961, p.73.

vouloir distinguer de ce point de vue «droit policier» et «droit social».

En réalité, la notion de «droit policier» – ou, ce qui revient finalement au même, d'ordre public – n'est pas neutre: elle dépend au contraire essentiellement de la conception que l'on se fait du rôle de la collectivité publique, et cette conception est elle-même fonction des structures socio-économiques existantes. Même la notion de «droit policier» strictement limitée aux règles destinées à prévenir les dangers pour les biens et pour les personnes correspond à une conception très précise de l'Etat: l'Etat-gendarme, qui n'a du reste jamais existé à l'état pur. Retenir cette conception-là du «droit policier», ce serait donc en quelque sorte hypostasier une conception déterminée de l'Etat, et, de surcroît, une conception complètement dépassée. Il est à cet égard significatif que M. NATSCH lui-même hésite devant cette solution extrême.

En définitive, la distinction préconisée par M. NATSCH ne nous paraît pas pouvoir être retenue. Elle ne saurait donc non plus servir à délimiter le pouvoir législatif de la commune. Ce n'est pas à dire naturellement que les communes jouissent d'une liberté illimitée: pas plus que le législateur étatique, elles ne sauraient vider de sa substance une institution constitutionnellement garantie, comme par exemple la propriété: pas plus que le législateur étatique lui-même, la commune ne saurait donc, en l'état actuel de notre droit constitutionnel, prévoir par exemple une «municipalisation» de tous les terrains sis sur son territoire.

De son côté, le Tribunal fédéral a toujours admis que la commune ne disposait d'un véritable pouvoir législatif (c'est-à-dire du pouvoir d'édicter, sur la base de sa seule autonomie, des règles primaires restreignant, le cas échéant, un droit constitutionnellement garanti) qu'à propos des objets entrant dans son domaine propre¹⁰. Et fait remarquable, cette jurisprudence a été maintenue alors même que, s'agissant de l'édition de règles générales et abstraites, notre Cour

¹⁰ ATF 96 I 30sv.; TF 11.5.60, préc.; 2.12.59, Zbl. 1960, p.164. TF 3.3.71, La Neuchâteloise. Cf. dans le même sens BÜRGIN, p.75; STUTZ, p.9, et, en droit allemand, GÖNNENWEIN, p.387, n.32.

suprême admettait que l'autonomie de la commune pouvait s'étendre également au domaine délégué¹¹.

Cette restriction nous paraît parfaitement logique. Le domaine propre, c'est en effet le domaine des activités que la commune exerce en sa qualité de collectivité publique secondaire. Et c'est en cette qualité seulement, en tant qu'instrument de décentralisation politique, que la commune peut exercer une partie de la fonction législative, qu'elle peut posséder une partie du pouvoir législatif. Elle ne saurait donc disposer d'un tel pouvoir qu'à propos des objets entrant dans son domaine propre.

Pour le surplus, la commune ne peut disposer que d'un pouvoir réglementaire, moyennant délégation expresse par le droit cantonal et dans les strictes limites de cette délégation¹², qu'il s'agisse du reste de règlements supplétifs ou de simples règlements d'exécution. Au niveau de la décentralisation administrative, en effet, la situation de la commune est exactement la même que celle de n'importe quelle autre personne administrative décentralisée. Or, une personne administrative décentralisée ne possède de pouvoir réglementaire, y compris le pouvoir d'édicter de simples règlements d'exécution, que si et dans la mesure où ce droit lui a été délégué par le droit étatique. Remarquons bien du reste que les limites de ce pouvoir réglementaire délégué à la commune peuvent fort bien ne pas se recouper avec celles du domaine délégué de la commune, celui-ci étant plus vaste que celui-là.

Il n'est enfin pas inconcevable que les agents ou organes de la commune agissant en qualité d'agents locaux de l'Etat se voient déléguer (ou subdéléguer) un certain pouvoir réglementaire¹³; mais ce cas devrait être relativement rare, les compétences conférées à ces agents étant, essentiellement et par la force des choses, des compétences administratives¹⁴.

¹¹ Sur l'extension de la notion d'autonomie au domaine délégué: cf. deuxième partie, chp.I.

¹² GIACOMETTI, Staatsrecht, p.81, Gemeinden, p.22; BÜRGIN, p.7, 75; STUTZ, p.9; TF 11.5.60, préc. En droit allemand: GÖNNENWEIN, p.387, n.2.

¹³ Cf. à ce propos BÜRGIN, p.5.

¹⁴ Nous renonçons à traiter dans le présent rapport du pouvoir de la commune en matière juridictionnelle, qui, de toute manière, est fort restreint; cf. à ce propos notamment GIACOMETTI, Gemeinden, p.21.

Deuxième partie. Notion, champ, portée et contentieux de l'autonomie communale

Nous avons, dans une première partie, tenté de situer la commune dans l'Etat. Nous avons vu qu'elle était à la fois une collectivité publique secondaire, caractérisée comme telle par une compétence virtuellement générale ainsi que par l'exercice et de la fonction exécutive, et de la fonction législative (éventuellement de la fonction juridictionnelle), et une personne administrative décentralisée.

Sur la base des notions ainsi dégagées, nous pouvons aborder maintenant le vif de notre sujet. Nous tenterons d'abord de définir l'autonomie communale. Nous nous efforcerons ensuite d'en délimiter le domaine: c'est le problème du champ d'autonomie. Puis nous rechercherons jusqu'où va cette autonomie dans les domaines où elle existe: autrement dit nous examinerons quelle en est la portée. Ces trois points précisés, nous pourrons alors voir dans quelle mesure cette autonomie est constitutionnellement garantie, ce qui nous permettra d'examiner ensuite le problème des restrictions à l'autonomie et nous conduira tout naturellement à un dernier point: le contentieux de l'autonomie communale.

Chapitre I. Notion et champ de l'autonomie communale

Section I. La notion d'autonomie communale

A s'en tenir à une notion purement étymologique du terme «autonomie»¹, on pourrait être tenté de définir l'autonomie communale

¹ Du grec *autonomia*, *autonomos*, qui se régit par ses propres lois. Remarquons qu'à la lettre, la commune, en tant qu'elle a son fondement dans le droit cantonal, n'est, dans ce sens, pas autonome, mais hétéronome.

comme le droit de la commune de se donner sa propre réglementation. Autrement dit, l'autonomie n'existerait par définition qu'en matière législative ou réglementaire, elle ne concernerait que l'adoption par la commune de règles générales et abstraites.

Une telle notion est manifestement trop étroite. Comme nous le verrons encore, l'autonomie communale existe non seulement en matière législative, ou réglementaire, mais également en matière d'application du droit, autrement dit en matière administrative, peut-être en matière juridictionnelle. Une définition de l'autonomie communale, si elle veut être complète, doit donc tenir compte de ces divers aspects.

Aussi bien, rares sont les auteurs qui limitent la notion d'autonomie au seul pouvoir de la commune de se donner sa propre réglementation². La plupart d'entre eux distinguent l'autonomie au sens large et l'autonomie au sens étroit, celle-ci étant alors un des éléments de celle-là³, ou ils conservent sans doute au terme d'autonomie son sens étymologique, mais ils font de l'autonomie ainsi comprise un élément parmi d'autres d'une notion plus compréhensive, par exemple l'autoadministration⁴.

Pour notre part, nous utiliserons toujours ce terme dans son sens le plus large, et nous distinguerons autonomie législative et réglementaire, autonomie administrative, et le cas échéant, autonomie juridictionnelle de la commune.

Ainsi comprise, l'autonomie est le plus souvent définie comme la faculté de la commune d'accomplir ses propres tâches ou d'accomplir certaines tâches de manière indépendante dans le cadre de la constitution et de la loi. C'est cette notion de l'autonomie que consacrent diverses constitutions cantonales⁵. C'est également la définition

² Dans ce sens, p.ex., NAWIASKY, *Grundbegriffe*, p.18; ZINGG, p.6; LAUTENSCHLAGER, p.12; HIRZEL, p.30; WINZENRIED, p.18; WIPRÄCHTIGER, p.65; GENDEL, p.53–54; VOGT, p.28.

³ LARDELLI, p.15; SCHORR, p.18; SCHWANDER, p.21; WALTHARD, p.32 et 45; STAUBER, p.71–72. Entendent en outre la notion d'autonomie dans un sens large: ELMIGER, p.2; SCHALTEGGER, p.23; BECKER, p.29–30; SCHMID, p.10; BÜTIKOFER, p.38–39; GEIGER, p.5, 66sv.; VOGEL, p.103; OLGIATI, p.19; GEINOZ, p.2; P. BRUGGER, p.134.

⁴ LAUTENSCHLAGER, p.12 et n.3.

retenue par la jurisprudence du Tribunal fédéral⁶ et par une partie de la doctrine⁷.

Cette définition n'est certainement pas fausse, mais elle ne fait, nous semble-t-il que repousser le problème: car alors il faut se demander quand on peut dire que la commune jouit d'une telle indépendance, en quoi cette indépendance consiste exactement.

D'autres auteurs définissent l'autonomie comme le pouvoir de la commune de se déterminer elle-même⁸ ou encore comme une certaine marge d'initiative et de liberté de choix laissée à la commune⁹.

Ces définitions, et surtout la seconde, nous paraissent beaucoup plus proches de la vérité, mais il y manque encore un élément essentiel: la faculté de la commune de faire prévaloir, le cas échéant, sa propre conception même contre les autorités de l'Etat. C'est à cette condition et à cette condition seulement que l'on peut parler d'une certaine indépendance de la commune à l'égard de l'Etat, et donc d'autonomie communale¹⁰.

⁵ ZH, Cst., art. 48, GG § 14; LU, Cst., § 87; UR, Cst., art. 75; SO, Cst. art. 54; SH, Cst., art. 90 al. 1, GG, art. 2; AR, Cst., art. 72 al. 1; AG, Cst. art. 44, projet, § 3 al. 1. Cf. également TG, GOG, § 5; SZ, GOG, § 67. Cf. en outre OW, Cst., art. 84; NW, art. 71; GR, Cst., art. 40 al. 2; VD, Cst., art. 80.

⁶ ATF 96 I 153; 94 I 456, 546; 93 I 158, 432; 92 I 375; 91 I 42; 89 I 111; 84 I 230; 83 I 123; 65 I 131; 3, p. 692. TF 23.12.70, Zbl. 1971, p. 429; 8.5.63, Zbl. 1963, p. 418; 12.5.39, Zbl. 1939, p. 566. On pourrait penser que si le TF dit «certaines affaires» – et non plus «leurs propres affaires» – c'est en raison de l'extension de l'autonomie communale à des affaires du domaine délégué; en réalité, la formule «leurs propres affaires» réapparaît dans l'arrêt ATF 96 I 725, qui est postérieur à ce changement de jurisprudence; il ne faut donc, semble-t-il, pas attacher trop d'importance à ce point de terminologie. Cf. une définition un peu différente dans TF 8.11.68, commune de Saas-Fee.

⁷ MATTER, p. 15; GEINOZ, p. 1; BRUGGER, p. 28; METTLER, p. 51; LARDELLI, p. 8; GENGEL, p. 4; BÜTIKOFER, p. 37; OLGIATI, p. 18; LOCHER, p. 28–29; SCHORR, p. 19; GIACOMETTI, Gemeinden, p. 16–17, Staatsrecht, p. 75; GRISEL, p. 136; STAUBER, p. 72; WALTHARD, p. 32; STUTZ, p. 18; BÜRGIN, p. 15. M. GEIGER (op. cit., p. 66) assimile purement et simplement autonomie et autoadministration; quant à M. SIGG (op. cit., p. 92) il affirme que l'autonomie communale ne saurait être définie.

⁸ ELMIGER, p. 3; GEINOZ, p. 2; SCHALTEGGER, p. 26; SCHMID, p. 10; RIEDENER, p. 21.

⁹ BUCLIN, p. 38; cf. également KORAY, p. 38.

¹⁰ Dans le même sens: BRIDEL, I, p. 271–2; BÜRGIN, p. 14; NATSCH, p. 37; BÜTIKOFER, p. 43.

Nous dirons donc en définitive que l'autonomie communale, c'est la faculté dont jouit la commune à propos de certaines de ses tâches d'opérer certains choix ou de prendre certaines initiatives, et, le cas échéant, de les faire prévaloir même à l'encontre des autorités de l'Etat.

On peut d'emblée opérer un rapprochement entre la compétence résiduelle que nous avons reconnue à la commune et l'autonomie communale en tant que faculté de prendre certaines initiatives. C'est bien parce qu'elle possède une compétence résiduelle que la commune jouit de cette marge d'initiative. L'autonomie communale en tant que marge d'initiative apparaît donc essentiellement comme un attribut de la commune en sa qualité de collectivité publique secondaire. Il faut cependant ajouter aussitôt que, même dans le domaine des compétences qu'elle possède en tant que collectivité publique secondaire, c'est-à-dire dans son domaine propre, la commune peut ne jouir d'aucune marge d'initiative mais seulement d'une simple liberté de choix; et qu'inversement l'autonomie en tant que liberté de choix n'est pas nécessairement limitée au seul domaine propre; ainsi, la commune peut jouir d'une certaine autonomie aussi bien en sa qualité de collectivité publique secondaire que comme simple personne administrative décentralisée.

Section II. Le champ d'autonomie

Il faut bien se garder de confondre deux questions: celle du contenu effectif de l'autonomie communale et celle de savoir de quelle manière se définit ce contenu. Nous examinerons la première de ces deux questions dans notre troisième partie. Pour l'instant, nous limiterons notre examen à la seconde.

Il convient de distinguer à cet égard deux conceptions très différentes. Pour d'aucuns, l'autonomie communale a un contenu définissable en quelque sorte a priori: c'est ce que nous appellerons la conception matérielle de l'autonomie communale. D'autres considèrent que le contenu de l'autonomie communale n'est jamais définissable a priori et qu'il est au contraire essentiellement fonction du droit positif. C'est ce que l'on peut appeler la conception formelle de l'autonomie communale. Dans l'un comme dans l'autre cas, sans

doute, un critère est nécessaire pour définir le champ d'autonomie communale; mais ce critère n'a pas la même fonction dans l'un et l'autre cas. Dans la conception matérielle en effet, le critère permet d'établir immédiatement le contenu effectif de l'autonomie communale; la question du critère et celle du contenu de l'autonomie communale se trouvent ainsi confondues. Dans la conception formelle, au contraire, le critère doit être appliqué à un droit positif déterminé pour établir dans quelle mesure ce droit positif accorde à la commune une certaine autonomie dans un domaine donné; dans cette conception, il n'est donc jamais possible de conclure directement du critère de l'autonomie communale au contenu effectif de celle-ci.

Nous allons examiner successivement ces deux conceptions.

Par. I. La conception matérielle de l'autonomie

Cette conception peut s'énoncer sous la forme d'une double proposition: parmi les tâches de l'Etat, il est possible de distinguer des tâches de caractère général et des tâches de caractère local; c'est précisément l'ensemble de ces tâches de caractère local qui constitue le domaine d'autonomie de la commune.

Ce critère de la tâche locale a été défendu par certains auteurs¹¹. On le trouve parfois dans la jurisprudence du Tribunal fédéral¹².

Il se heurte, à notre avis, à des objections décisives.

On pourrait songer tout d'abord à lui reprocher son imprécision¹³; mais l'objection n'est peut-être pas déterminante et nous reconnaissons volontiers, avec M. ZWAHLEN¹⁴, qu'une certaine imprécision est peut-être inévitable dans un domaine où le juridique et le politique se chevauchent.

Nous doutons en revanche que l'on puisse, aujourd'hui encore, concevoir des tâches de caractère exclusivement local. Ce n'était peut-être pas exclu à une époque où les communes constituaient des unités discrètes plus ou moins refermées sur elles-mêmes; cette époque est

¹¹ LAUTENSCHLAGER, p.8.

¹² ATF 30 I 68–69.

¹³ ATF 93 I 158.

¹⁴ Op. cit., p.640.

aujourd’hui révolue. M. ZWAHLEN en est tellement conscient qu’il propose d’«améliorer» cette théorie en substituant au critère de la tâche locale celui de la tâche à caractère local prépondérant¹⁵. Même amendée de la sorte, cette théorie ne nous paraît pas acceptable.

C’est en effet la prémissse même de cette théorie qui, à notre avis, est fausse. Il n’est pas vrai qu’il existe des tâches qui, par nature, auraient un caractère local: le caractère général ou local d’une tâche d’intérêt public provient non pas d’une quelconque nature des choses mais d’un choix de l’Etat, et ce choix, à son tour, est fonction d’un certain nombre de facteurs, partiellement antagonistes: facteurs techniques (niveau de rationalité pour la conception, pour l’exécution d’une tâche déterminée), facteurs politiques (volonté de respecter certaines attributions des collectivités locales auxquelles celles-ci sont très attachées, fût-ce aux dépens de l’uniformité ou de la rationalité; ou au contraire volonté de faire prévaloir une conception uniforme, fût-ce en dépit des résistances locales), facteurs d’ordre financier (volonté de décharger le budget de l’Etat aux dépens des finances communales ou, au contraire, de sauvegarder l’équilibre de celles-ci), facteurs d’ordre juridique (importance relative de l’autonomie communale et du principe de l’égalité de traitement¹⁶). Cela étant, il ne saurait bien évidemment être question de décider sommairement et a priori que ceci a un caractère local – ou même un caractère local seulement prépondérant – et cela non. Car il va bien de soi que, selon les lieux, les régimes et les époques, ces divers facteurs sont susceptibles d’appréciations fort différentes. Il faut dès lors se rendre à l’évidence: c’est le droit positif, et lui seul, qui détermine ce qui est tâche locale et ce qui ne l’est pas. Ce critère est donc inutilisable dans une conception matérielle de l’autonomie communale.

Du même coup, c’est cette conception elle-même qui se trouve remise en question. Est-ce à dire alors qu’il ne saurait y avoir de «droit constitutionnel» à l’autonomie communale? M. ZWAHLEN l’a soutenu¹⁷. Il s’agit incontestablement d’une objection fort grave.

¹⁵ Op. cit., p. 639–40.

¹⁶ Sur l’antagonisme entre ces deux facteurs: cf. SIGG, p. 92; IMBODEN, Gemeinde-autonomie, p. 357–8.

¹⁷ Op. cit., p. 640.

Nous montrerons cependant, dans un autre contexte, qu'elle n'est pas fondée.

Par. 2. La conception formelle de l'autonomie communale

Si le critère de la tâche locale est inutilisable dans une conception matérielle de l'autonomie communale, il reste à démontrer qu'il l'est également dans une conception formelle ; c'est ce que nous verrons tout d'abord. D'autre part, les partisans de la conception formelle de l'autonomie communale ont proposé divers autres critères : critère de la tâche traditionnelle ou historique, critère de la compétence exclusive, critère de l'absence de contrôle de l'opportunité, critère de la marge de décision relativement grande. Nous passerons ensuite en revue chacun de ces critères.

a) Le critère de la tâche locale

On pourrait envisager de soutenir que constituent le domaine d'autonomie de la commune les tâches qui, en vertu du droit positif, ont un caractère local ou un caractère local prépondérant¹⁸. Mais on ne ferait alors que repousser le problème, car il resterait alors à déterminer à quoi l'on voit que le droit positif reconnaît un caractère local ou un caractère local prépondérant à telle tâche déterminée. Est-ce le fait qu'il accorde une certaine compétence à la commune ? Dans ce cas, toute tâche communale quelconque entrerait dans le domaine d'autonomie, et l'on aboutirait à une notion toute différente de l'autonomie communale ; et cette notion serait si vague qu'elle perdrait tout contenu spécifique. Dira-t-on qu'il s'agit uniquement des tâches à propos desquelles la commune jouit d'une certaine liberté d'initiative ou de choix ? Mais il reste alors à déterminer en quoi consiste cette liberté, il reste, autrement dit, à trouver le critère de l'autonomie ; bien loin de nous le fournir, cette théorie ne fait que repousser le problème. Soutiendra-t-on peut-être qu'il s'agit des seules tâches entrant dans la compétence exclusive de la commune ? Mais alors, au critère de la tâche locale, on substitue celui de la compétence

¹⁸ ATF 97 I 513; 96 I 30; 52 I 362; TF 1.12.71, commune d'Arlesheim; 11.5.60, Zbl. 1961, p. 74sv.; 2.12.59, Zbl. 1960, p. 164. STIEGER, p. 51–52.

exclusive, que nous examinerons dans un instant. En définitive, le critère de la tâche locale apparaît ainsi inutilisable, et doit être résolument écarté.

b) Le critère de la tâche historique ou traditionnelle

Selon cette théorie, feraient partie du domaine autonome des communes les tâches qui incombent à celle-ci et lui ont, traditionnellement et historiquement, toujours incombe: en particulier sa propre organisation et la gestion de ses biens. Dans notre pays cette théorie a été défendue par MM. LIVER et HUBER¹⁹.

Ce critère n'est pas non plus satisfaisant. Il aboutit, lui aussi, à une notion différente de l'autonomie communale, puisqu'aussi bien la commune peut ne jouir, à propos de telle de ses tâches «historiques», d'aucune liberté d'initiative ou de choix. De plus, cette limitation de l'autonomie aux seules tâches «historiques» serait purement arbitraire: on ne voit en effet pas pourquoi seules les tâches «historiques» pourraient faire partie du domaine autonome, non pas en revanche des tâches qui ne sont apparues que récemment, ensuite de l'évolution du rôle de la collectivité publique en général et de la commune en particulier^{19bis}....

c) Le critère de la compétence exclusive

D'après cette théorie, la commune ne serait autonome que dans les domaines qui rentrent dans sa compétence exclusive: comme le dit le Tribunal fédéral, dans un arrêt de 1957²⁰, «la commune est autonome dans la mesure où soit la constitution, soit la loi confèrent à elle seule et à l'exclusion des autorités cantonales le droit de prendre certaines décisions, d'ordonner certaines mesures, d'administrer certains biens dans les matières qui relèvent de sa sphère propre». Mais il est, à vrai dire, assez difficile d'expliciter cette formule; tout au plus la jurisprudence fournit-elle quelques jalons, bien insuffisants. C'est ainsi notamment que l'autonomie communale est exclue dans un domaine que la loi place «sous la direction et la haute sur-

¹⁹ LIVER, op. cit., p.41 et 45; HUBER, ZBJV 1964, p.419–420.

^{19bis} Dans ce sens: BÜRGIN, p.12 et 23; ATF 93 I 159.

²⁰ ATF 83 I 123.

veillance de l'Etat»²¹, ou s'agissant d'une tâche qui, selon les textes applicables, est à titre primaire une tâche de l'Etat²², ou encore dans un domaine où la loi laisse sans doute un certain pouvoir réglementaire et administratif à la commune, mais dont elle a réglementé tous les points importants²³; en revanche, l'autonomie communale a été reconnue dans un domaine où il n'existe semblait-il pour l'essentiel qu'une réglementation communale²⁴. Mais ces quelques exemples laissent subsister bien des incertitudes et ne permettent guère de tirer des conclusions générales.

Ce critère a été longtemps celui que retenait le Tribunal fédéral²⁵ – en alternance, à certaines époques, avec celui de l'absence de contrôle de l'opportunité, ainsi que nous le verrons encore. Mais il doit être considéré comme abandonné dès 1967 en tout cas.

C'est certainement avec juste raison que notre Cour suprême a abandonné le critère de la compétence exclusive. Il suscite en effet de graves objections.

On peut lui reprocher d'abord d'être singulièrement peu clair. En dernière analyse, toute compétence communale a son fondement dans le droit édicté par le canton. Quand peut-on dire alors qu'il y a compétence communale exclusive ? Nous avons déjà vu que la jurisprudence n'apportait pas beaucoup d'éclaircissements sur ce point. Nous n'y reviendrons donc pas.

Mais on peut lui reprocher surtout d'être beaucoup trop restrictif, et l'on n'y a pas manqué²⁶. Peut-être fut-il un temps où la commune disposait de compétences «exclusives» relativement nombreuses, mais en tout cas ce temps n'est plus. La tendance est au contraire à une imbrication croissante des compétences cantonales et communales. De sorte que si l'on voulait mesurer l'autonomie communale à cette aune, elle aurait bientôt perdu tout contenu, ou peu s'en faut.

²¹ ATF 60 I 21.

²² TF 18.12.57, Zbl. 1958, p. 195.

²³ ATF 84 I 228.

²⁴ ATF 58 I 242.

²⁵ ATF 84 I 230–31; 83 I 33; 65 I 132; 60 I 21; 58 I 242; 55 I 125; 45 I 131.

Ce critère est également défendu par M. MATTER (op. cit. p. 16).

²⁶ ZWAHLEN, p. 636.

On peut lui reprocher enfin d'être beaucoup trop schématique. Ce n'est pas parce qu'une commune ne dispose pas dans un domaine donné d'une compétence «exclusive» qu'elle ne pourrait pas jouir, sinon d'une certaine initiative, en tout cas d'une certaine liberté de choix dans ce domaine. De sorte que, là encore, ce critère risque d'entrer en conflit avec la notion même d'autonomie communale.

d) Le critère tiré de l'existence d'un pouvoir d'appréciation de la commune et de la portée du pouvoir de l'Etat

Selon cette théorie, la commune est autonome dans la mesure où elle jouit d'un certain pouvoir d'appréciation. Cette théorie a cependant pris deux formes bien différentes, que l'on n'a pas toujours distinguées avec suffisamment de clarté.

Pour certains, la commune ne jouit d'un certain pouvoir d'appréciation – et donc n'est autonome – que *dans la mesure* où elle n'est exposée de la part de l'Etat qu'à un contrôle de la légalité. Sous cette forme, cette théorie a été lancée par NAWIASKY²⁷, puis reprise par GIACOMETTI²⁸; elle a fait depuis lors de nombreux adeptes²⁹ et peut être considérée aujourd'hui encore comme la théorie dominante en doctrine. Mais si cette théorie a connu ainsi un vif succès, elle a provoqué aussi de vives critiques.

De la part du professeur LIVER, tout d'abord, qui, dans son article précité, publié en 1949³⁰ a nié la pertinence de ce critère. L'absence d'un contrôle de l'appréciation dit-il ne signifie pas nécessairement liberté de la commune dans le domaine considéré: encore faut-il que la commune jouisse d'un certain pouvoir d'appréciation; or, ce n'est pas nécessairement le cas, notamment pas dans l'hypothèse où le droit cantonal a réglementé ce domaine jusque dans ses derniers

²⁷ Dans son ouvrage «Bayrisches Verfassungsrecht», paru en 1923; cf. Grundbegriffe, p. 16 et p. 24.

²⁸ Staatsrecht, p. 75; Gemeinden, p. 17; Allg. Lehren, p. 70.

²⁹ REINHARDT, p. 29; P. BRUGGER, p. 46–7; LOCHER, p. 89; GEINOZ, p. 2; KORAY, p. 49; BUCLIN, p. 39, 47; SCHALTEGGER, p. 30; LARDELLI, p. 11; RIEDENER, p. 31; OLGIATI, p. 20; STUTZ, p. 19. Rejettent expressément ce critère: HUBER, ZBJV 1964, p. 419–420; BÜTIKOFER, p. 43; SIGG, p. 25sv., 85sv.; SCHORR, p. 19–20; VOGEL, p. 28; LIVER, p. 44sv.; ZWAHLEN, p. 638.

³⁰ Gemeinderecht, Zbl. 1949, p. 40sv.

détails. Et dès lors que la commune jouit au contraire d'une liberté de décision relativement grande, peu importe que le contrôle exercé par le canton se limite ou non à la légalité. Cependant, cette notion de liberté relativement grande est beaucoup trop vague pour pouvoir être érigée en critère de l'autonomie communale. M. LIVER s'en tient donc en définitive au critère de la tâche historique. Nous verrons que ces idées devaient avoir un grand retentissement.

Plus récemment, M. ZWAHLEN a formulé une double critique contre cette théorie³¹. Il lui reproche en premier lieu d'aboutir à un cercle vicieux. Il lui reproche en second lieu de confondre deux problèmes, celui du champ d'autonomie et celui de la portée de l'autonomie.

Mais cette théorie a pris une seconde forme qui, au lieu de téléscoper les deux éléments (pouvoir d'appréciation de la commune et pouvoir de surveillance de l'Etat limité à la légalité), en fait au contraire les deux conditions cumulatives de l'autonomie communale; autrement dit, selon cette théorie, la commune est autonome si et dans la mesure où elle possède un certain pouvoir d'appréciation *et* où elle peut exercer ce pouvoir sans être soumise à un autre contrôle de l'Etat que celui de la légalité.

Il est clair que, sous cette seconde forme la théorie que nous examinons ne mérite ni les reproches formulés par M. LIVER, ni les critiques exprimées par M. ZWAHLEN.

C'est celle qu'a retenue le Tribunal fédéral dès 1949³²; il semble l'abandonner en 1957 et 1958 pour revenir au critère de la compétence exclusive³³; mais ce critère reparaît dans sa jurisprudence dès

³¹ Op. cit., p.638.

³² TF 3.9.49, Zbl. 1950, p.424. Jurisprudence confirmée dans de nombreux arrêts ultérieurs: ATF 89 I 112 (qui renvoie mais à tort à ATF 84 I 230 et 83 I 123, ces deux arrêts ayant appliqué le critère de la compétence exclusive); 91 I 42; 92 I 375; TF 23.5.56, MBVR 1956, p.368; 27.3.57, Zbl. 1957, p.300; 2.12.59, Zbl. 1960, p.163; 8.5.63, Zbl. 1963, p.418; 28.4.65, Zbl. 1965, p.400; 7.12.66, Zbl. 1967, p.299. Auparavant déjà, le Tribunal fédéral avait déclaré qu'un contrôle de l'appréciation était exclu dans les matières ressortissant à l'autonomie communale: ATF 46 I 384 (cf. cependant en sens contraire: ATF 40 I 281 et 48 I 576). Dans le même sens: BÜRGIN, p.15.

³³ ATF 83 I 123 et 84 I 230.

1956³⁴ et il sera désormais maintenu jusqu'au revirement opéré en 1967 par le fameux arrêt commune de Volketswil.

e) Le critère de la marge relativement importante de décision

Selon cette théorie, la commune est autonome si et dans la mesure où elle jouit d'une marge de décision relativement importante, quelle que soit d'ailleurs la portée du contrôle exercé.

Tel est, en l'état actuel, le critère de l'autonomie communale retenu par la jurisprudence du Tribunal fédéral, jurisprudence qui fut inaugurée en 1967, par l'arrêt commune de Volketswil³⁵ et constamment confirmée depuis lors³⁶ et qui a été favorablement accueillie par la doctrine la plus récente³⁷.

On ne saurait du reste manquer d'être frappé par la similitude de ce nouveau critère avec certaines des idées exprimées par M. LIVER³⁸. On remarquera cependant que M. LIVER lui-même avait, par avance, écarté un tel critère, qu'il jugeait trop imprécis.

Dans l'arrêt commune de Volketswil, le Tribunal fédéral avait clairement manifesté qu'il n'entendait se prononcer que sur le critère de l'autonomie communale en matière législative ou réglementaire, mais sans exclure pour autant une extension ultérieure de sa nouvelle jurisprudence à l'autonomie en matière administrative. Par la suite, ayant à connaître de recours contre des décisions cantonales cassant une décision d'application du droit *communal*, il avait admis implicitement que, s'agissant de l'application de son propre droit, la commune jouissait d'autonomie administrative dans la mesure même où elle jouissait d'une autonomie législative ou réglementaire, la portée de celle-là pouvant cependant différer de la portée de celle-

³⁴ TF 23.5.56, préc.

³⁵ ATF 93 I 160.

³⁶ ATF 93 I 431; 94 I 64, 456, 544; 95 I 37; 96 I 151, 239, 381, 725. TF 8.11.68, commune de Saas-Fee; 2.4.69, commune de Müllheim; 1.10.69, commune de Flims; 8.12.70, commune de Gluringen; 17.2.71, commune de Morschach; 17.11.71, commune de Susch; 1.12.71, commune d'Arlesheim.

³⁷ ZWAHLEN, p. 638; GRISEL, p. 137; METTLER, p. 51. En sens contraire: BÜRGIN, p. 27, qui considère cependant cette jurisprudence comme juste «im Ergebnis».

³⁸ M. GRISEL (loc. cit.) n'hésite pas à parler d'une conception empruntée au professeur LIVER.

ci³⁹. Enfin, dans l'arrêt commune de Regensdorf, le Tribunal fédéral a déclaré que le critère de la marge de décision relativement importante s'applique par analogie, s'agissant de déterminer si, dans le cas particulier, la commune peut prétendre à une certaine autonomie dans l'application du droit, soit à une certaine autonomie administrative. Le Tribunal ajoute cependant aussitôt qu'en tout cas doit-on l'admettre dans deux cas : lorsque selon les règles légales de compétence, la commune apparaît comme ayant le pouvoir de prendre une décision au fond en application d'une règle de droit cantonal, sans être exposée à un contrôle de la part d'une autorité étatique supérieure ; et lorsque, dans l'application de son propre droit autonome, elle jouit d'une certaine latitude de jugement⁴⁰.

Cet arrêt commune de Regensdorf, dont il faut bien reconnaître qu'il manque de clarté, nous paraît poser deux questions.

En premier lieu, il faut se demander si le Tribunal fédéral a entendu revenir sur sa jurisprudence antérieure en ce qui concerne le champ de l'autonomie administrative relativement à l'application du droit *communal*; autrement dit, admet-il désormais que, dans ce domaine, la commune ne jouit d'autonomie administrative que dans la mesure où elle jouit d'une marge de décision relativement importante⁴¹? Si tel est bien le cas, cette jurisprudence nous paraît discutable. S'agissant en effet de l'application du droit communal, la question de savoir si la commune jouit à cet égard d'une marge de décision relativement importante n'a strictement rien à voir avec celle de l'autonomie administrative de la commune; il s'agit d'un problème de répartition (par le législateur communal) des compétences entre les divers organes de la commune, nullement des rapports entre commune et canton. Il n'y a dès lors que deux solutions logiques: ou bien on considère que s'agissant du droit communal, la commune ne jouit jamais que d'une autonomie législative ou réglementaire, que, dans ce domaine, la notion d'autonomie administrative n'a aucune espèce de sens, que la commune ne saurait donc se prévaloir de son auto-

³⁹ ATF 94 I 64; 95 I 153, 382. TF 2.4.69, commune de Müllheim; 17.2.71, commune de Morschach.

⁴⁰ ATF 96 I 725; cf., dans le même sens TF 17.2.71, commune de Morschach.

⁴¹ Dans ce sens apparemment TF 8.12.70, commune de Gluringen.

nomie à l'encontre d'une décision cantonale portant sur l'application qu'elle a fait de son propre droit. Ou bien l'on considère l'application que la commune fait de son propre droit autonome comme une manière de réaliser, dans un cas concret, le choix opéré dans l'abstrait par le législateur communal, et l'on en déduit que, de même que le législateur communal avait la faculté d'opérer certains choix et de les faire prévaloir même à l'encontre des autorités cantonales, de même l'autorité communale chargée d'appliquer la règle doit pouvoir faire prévaloir ce choix dans le cas concret même à l'encontre de l'autorité cantonale; on en revient alors à la jurisprudence antérieure selon quoi un acte d'application du droit communal était protégé par cela même et par cela déjà qu'il était application d'un droit autonome. On admet, autrement dit, une protection en quelque sorte indirecte de l'autonomie législative ou réglementaire, à l'occasion des actes d'application de la règle abstraite et générale. Cette seconde solution est sans doute moins rigoureuse que la première mais elle nous semble amplement justifiée par les nécessités pratiques. Comme l'a dit très justement le Tribunal fédéral, l'autonomie législative ou administrative de la commune pourrait devenir fort théorique si l'autorité cantonale pouvait intervenir contre des actes d'application du droit communal sur la base de sa propre interprétation de ce droit, sans que le bien fondé de cette interprétation, peut-être parfaitement contraire aux intentions du législateur communal, puisse jamais être revu⁴².

Il en va naturellement tout autrement s'agissant de l'application par une commune d'une disposition de droit *cantonal*. Dans ce cas, le critère de la marge relativement importante de décision s'applique pleinement; il s'agit en effet cette fois de savoir si le législateur cantonal a laissé à la commune une telle marge de décision et il s'agit donc bien d'un problème d'autonomie communale. Mais c'est là que surgit la seconde question que nous semble poser l'arrêt commune de Regensdorf: qu'est-ce donc que notre Cour suprême a entendu dire lorsqu'elle affirme qu'on doit admettre l'existence d'une telle marge de décision quand la commune a pouvoir de prendre une décision au fond sans être exposée à un contrôle de la part d'une autorité

⁴² ATF 95 I 37.

supérieure ? S'agit-il de tout contrôle quelconque, y compris un contrôle limité à la légalité ? Dans ce cas, nous ne saurions suivre le Tribunal fédéral : l'existence d'un contrôle de la légalité n'exclut en aucune façon que la commune soit autonome dans un domaine déterminé, car il ne l'empêche pas de prendre certaines initiatives ou d'opérer certains choix et de les faire prévaloir – tout au moins dans certaines limites – même à l'encontre des autorités cantonales. Notre Cour suprême avait-elle au contraire en vue un contrôle illimité de l'appréciation ? Dans ce cas, l'arrêt commune de Regensdorf amorcerait un retour à la jurisprudence abandonnée par l'arrêt commune de Volketswil.

Si nous en croyons des indications que nous tenons de très bonne source, cette cautèle formulée par l'arrêt commune de Regensdorf traduirait en réalité l'hésitation, voire la répugnance de notre Cour suprême à admettre l'existence d'une autonomie communale en matière d'application du droit cantonal. Aussi bien, dans l'arrêt non publié commune de Morschach⁴³, le Tribunal fédéral nie-t-il, en principe, que la commune puisse jouir d'autonomie en matière d'application du droit cantonal ; il admet cependant que ce principe souffre des exceptions et reprend alors la formule déjà utilisée dans l'arrêt commune de Regensdorf. Enfin, dans un arrêt commune de Losstorf⁴⁴, notre Cour suprême semble nier que l'utilisation par une disposition de droit cantonal d'un concept juridiquement imprécis puisse conférer une certaine autonomie administrative à la commune chargée d'appliquer cette disposition.

Nous avons quelque peine à comprendre la réticence du Tribunal fédéral. On ne voit pas pourquoi, s'agissant d'appliquer le droit cantonal, la commune ne pourrait pas se voir reconnaître en vertu même de ce droit une marge de décision relativement importante. Nier que ce critère puisse être utilisé en matière d'application par la commune d'une règle de droit cantonal, ce serait du reste nier qu'il s'applique jamais en matière d'autonomie administrative, puisque, nous venons de le voir, il n'a aucun sens s'agissant de l'autonomie communale en matière d'application du droit communal. Et l'on ne

⁴³ TF 17.11.71.

⁴⁴ ATF 97 I 524.

comprend pas du tout pourquoi ce critère, valable pour déterminer l'autonomie de la commune en matière législative, cesserait de l'être s'agissant de l'autonomie de la commune en matière administrative. Il apparaît au contraire logique que le même critère soit utilisé pour déterminer tant l'autonomie législative de la commune que son autonomie administrative (en matière d'application du droit cantonal). On peut certes redouter qu'à reconnaître à la commune une certaine autonomie en matière d'application du droit cantonal, on ne compromette une application uniforme de ce droit⁴⁵. Mais il s'agit alors, non plus du champ de l'autonomie, mais de la portée de celle-ci; rappelons du reste que, selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, la commune peut être autonome, même si elle est soumise à un contrôle illimité de l'appréciation de la part des autorités cantonales; du point de vue même du Tribunal fédéral, l'autonomie communale peut donc parfaitement s'accorder avec l'existence d'un contrôle qui, par ailleurs garantirait une application uniforme du droit⁴⁶. Quoi qu'il en soit, c'est du reste au droit cantonal de déterminer ce qui, dans un domaine déterminé, doit l'emporter, de l'intérêt qui s'attache à une application du droit aussi uniforme que possible ou de celui que présente la possibilité d'adapter au mieux la solution à des circonstances locales peut-être changeantes. Si le droit cantonal donne, dans un domaine déterminé, la priorité à ce second facteur, nous ne voyons pas pourquoi on ne reconnaîtrait pas à la commune une certaine autonomie dans ce domaine.

Nous pensons donc, en conclusion, qu'il convient d'admettre la possibilité d'une certaine autonomie administrative de la commune en matière d'application du droit cantonal.

Cela posé, que faut-il entendre alors par «une marge relativement grande de décision»?

⁴⁵ C'est manifestement cette crainte qui a dicté la solution retenue par l'arrêt commune de Lostorf (loc. cit., p. 523).

⁴⁶ Nous verrons certes que cette solution est discutable; si l'on admet comme nous qu'un contrôle illimité de l'appréciation exclut l'autonomie communale, on arriverait certes à la conclusion qu'autonomie et application uniforme du droit cantonal sont des facteurs antagonistes; mais, comme nous l'indiquons au texte, c'est au droit cantonal de déterminer auquel de ces deux facteurs il entend donner la priorité sur l'autre.

En matière législative ou réglementaire, il est clair tout d'abord que la commune jouit d'une telle marge de décision lorsqu'elle a la faculté – mais non l'obligation – de réglementer un domaine déterminé et qu'elle peut, dans certaines limites tout au moins, déterminer le contenu de cette réglementation: autrement dit, lorsque la commune jouit à la fois d'une certaine initiative et d'une certaine liberté de choix⁴⁷; peu importe d'ailleurs qu'elle tienne cette faculté directement de la Constitution, en tant que collectivité publique secondaire possédant une compétence résiduelle, ou d'une délégation expresse de la loi; peu importe, en d'autres termes, qu'il s'agisse d'une matière entrant dans son domaine propre ou dans son domaine délégué⁴⁸, qu'elle apparaisse comme personne morale de droit constitutionnel ou comme simple personne administrative décentralisée⁴⁹. Mais nous pensons que la commune jouit d'une marge relativement grande de décision même lorsque seule la seconde condition est remplie; autrement dit, il suffit à notre avis que la commune – en tant que collectivité publique secondaire ou que simple personne administrative décentralisée – possède seulement une certaine liberté de choix, même si elle est par ailleurs tenue de réglementer l'objet dont il s'agit⁵⁰. On peut en revanche douter que la commune possède une marge de décision relativement grande lorsqu'elle a simplement le pouvoir d'édicter un règlement d'exécution.

Dans un arrêt récent⁵¹, le Tribunal fédéral a nié qu'il y eût droit communal autonome, lorsque la commune, qui jouissait dans le domaine envisagé à la fois d'une certaine initiative et d'une certaine liberté de choix, cette dernière étant toutefois limitée par l'existence de règles cantonales minimales et, comme telles, impératives, se bornait à reprendre textuellement dans sa réglementation lesdites règles minimales. En pareil cas, dit le Tribunal fédéral, on est en présence, sinon formellement, en tout cas matériellement d'une règle cantonale; la commune n'était pas libre d'insérer ou de ne pas insérer cette règle dans sa réglementation, puisqu'il s'agit d'une règle

⁴⁷ Cf. p.ex. ATF 91 I 161.

⁴⁸ Cf. p.ex. ATF 91 I 160.

⁴⁹ Cf. ci-dessus, première partie, chp.I.

⁵⁰ TF 1.12.71, commune d'Arlesheim.

⁵¹ ATF 97 I 521 sv.

minimale impérative; on ne saurait donc parler d'une règle de droit communal autonome; il n'en irait autrement que si la commune avait inséré dans sa réglementation des règles allant plus loin que la règle cantonale minimale. Cet arrêt nous semble très discutable. Certes, la liberté de choix de la commune n'était pas totale, puisque sa réglementation ne pouvait rester en deçà de la réglementation cantonale minimale; mais elle n'était pas nulle non plus: elle avait le choix entre une réglementation identique à la réglementation cantonale ou une réglementation allant au-delà de celle-ci; qu'elle choisisse l'une ou l'autre solution, elle faisait, dans un cas comme dans l'autre, usage de cette liberté de choix, c'est-à-dire de son autonomie; on ne voit dès lors pas pourquoi cette réglementation mériterait la qualification d'autonome dans le second cas et pas dans le premier. Ce n'est pas parce que la commune adopte en définitive une solution identique à celle retenue par la réglementation cantonale minimale qu'elle a renoncé, pour autant, à faire usage de son autonomie; si elle l'adopte, c'est simplement qu'ayant fait usage de son libre pouvoir d'appréciation, elle a jugé cette solution suffisante; si elle choisit cette solution, ce n'est pas parce qu'elle est impérativement prescrite par le droit cantonal, c'est parce qu'elle lui convient. Il n'y a donc aucune raison de nier en pareil cas l'existence d'une règle de droit communal autonome.

En matière administrative, la commune est en tout cas autonome, lorsqu'elle a pouvoir de décider en opportunité, c'est-à-dire lorsqu'elle a le choix entre plusieurs solutions juridiquement équivalentes⁵². Mais le Tribunal fédéral semble aller nettement plus loin et admettre l'existence d'une marge de décision relativement importante même lorsque la commune ne possède qu'un simple pouvoir d'appréciation⁵³ («Auslegungsermessen», par opposition à «Rechtsfolgeermessen»)⁵⁴. Contrairement à M. METTLER⁵⁵, cette solution nous paraît devoir être approuvée.

⁵² ATF 95 I 40.

⁵³ ATF 96 I 373 sv., 725; 97 I 524; TF 17.2.71, commune de Morschach. Nous verrons, il est vrai, que cette jurisprudence est le fruit d'une confusion entre un problème d'autonomie communale et un problème de cognition: cf. ci-dessous, chp. II.

⁵⁴ Sur la distinction entre ces deux notions: IMBODEN, Ermessen, p. 419 sv.

⁵⁵ Op. cit., p. 51.

Ainsi défini et précisé, ce critère échappe à la plupart des objections formulées contre les critères examinés précédemment. On ne saurait lui reprocher d'être trop restrictif. On ne peut pas dire qu'il aboutit à un cercle vicieux et on ne peut non plus parler de confusion entre le champ et la portée de l'autonomie (puisque aussi bien la portée du contrôle exercé par l'Etat n'intervient plus du tout). Il échappe également aux critiques de M. LIVER, dont on peut dire au contraire qu'elles sont à son origine⁵⁶.

Il mérite en revanche une grave critique, qui est à nos yeux décisive. Nous l'avons dit, l'autonomie communale est, à notre avis, la possibilité pour la commune de prendre certaines initiatives ou d'opérer certains choix et, le cas échéant, de les faire prévaloir même contre les autorités de l'Etat: c'est à cette dernière condition seulement que l'on peut parler d'indépendance et donc d'autonomie de la commune. Le critère de la marge de décision relativement importante tient compte du premier élément de notre définition; dans cette mesure nous ne pouvons que l'approuver. Mais il ne tient nul compte du second élément, puisque, selon le Tribunal fédéral, cette marge relativement grande de décision peut exister quelle que soit par ailleurs la portée du contrôle exercé par l'Etat. Il y a là, nous semblent-il, une contradiction absolue: qu'est-ce en effet que cette marge relativement importante de décision si l'Etat peut, librement, substituer sa propre conception à celle de la commune? A notre avis, le critère de l'autonomie communale ne peut donc consister que dans un cumul de ces deux éléments⁵⁷.

C'est ce qu'avait parfaitement compris le Tribunal fédéral lors du revirement jurisprudentiel de 1949. Il faut déplorer que cette jurisprudence ait été abandonnée en 1967, sous l'effet de critiques qui, comme nous l'avons montré, ne visaient pas vraiment cette théorie. Nous préconisons donc un retour à cette jurisprudence, avec toutefois une nuance: nous pensons que seul un contrôle *illimité* de l'appréciation est de nature à exclure l'autonomie communale dans un domaine donné, qu'il se justifie en revanche d'admettre que la com-

⁵⁶ Cf. n. 38 ci-dessus.

⁵⁷ Dans le même sens: BÜRGIN, p.27, qui considère cependant la nouvelle jurisprudence comme juste «im Ergebnis».

mune est encore autonome même si elle est exposée à un contrôle seulement limité de l'appréciation, à la condition bien entendu qu'elle jouisse par ailleurs d'une marge relativement importante de décision; car même dans ce cas la commune a – au moins dans certaines limites – la possibilité de faire prévaloir sa propre conception même contre les autorités de l'Etat.

Certes, ce critère cumulatif peut faire difficulté lorsque, comme il est fréquent, la loi ne définit pas la portée du pouvoir de surveillance dans un domaine donné. Nous montrerons cependant que cette difficulté n'est pas insurmontable.

Remarquons bien que l'adoption de ce critère cumulatif n'implique nullement dans notre esprit que l'autonomie serait limitée au domaine propre; nous avons au contraire soutenu que, même à propos des objets entrant dans son domaine délégué, la commune n'était en principe pas exposée à un contrôle illimité de l'appréciation; il s'ensuit que même si l'on adopte ce critère cumulatif, l'autonomie peut exister tant à propos des tâches propres qu'à propos des tâches déléguées. Sur ce point nous suivons donc pleinement le Tribunal fédéral.

Section III. Champ d'autonomie et domaine propre

On a dit parfois que pendant longtemps le Tribunal fédéral avait appliqué comme critère de l'autonomie l'appartenance de l'objet en question au domaine propre de la commune⁵⁸. Le Tribunal fédéral lui-même, dans l'arrêt commune de Volketswil, a contribué à accréditer cette thèse.

Nous ne croyons pas qu'elle soit exacte. Sans doute est-il arrivé au Tribunal fédéral de déclarer que la commune ne saurait de toute manière être autonome que s'agissant d'objets entrant dans son domaine propre: ainsi par exemple dans l'arrêt dit de Zurzach⁵⁹; mais il a nettement manifesté, dans ce même arrêt, que tout objet entrant dans le domaine propre de la commune ne tombait pas nécessairement dans son domaine autonome.

⁵⁸ ZWAHLEN, p. 634; ZIMMERLI, op. cit.

⁵⁹ TF 11.5.60, Zbl. 1961, p. 74. De même apparemment TF 25.6.58, Zbl. 1958, p. 561.

Sans doute aussi a-t-il utilisé parfois le même critère pour définir le domaine propre et le champ de l'autonomie communale : celui de la compétence exclusive. Il n'est donc pas très surprenant qu'une certaine confusion se soit instituée entre les deux notions et qu'on les voie parfois utilisées comme synonymes⁶⁰. Nous ne connaissons en revanche aucun arrêt où le Tribunal fédéral aurait expressément fait de l'appartenance d'un objet au domaine propre le critère du champ d'autonomie⁶¹.

Si les limites du domaine propre et du domaine d'autonomie ont parfois coïncidé du fait de l'emploi d'un même critère, il a cessé d'en être ainsi dès le moment où, tout en conservant le critère de la compétence exclusive pour définir le domaine propre, notre Cour suprême retenait celui d'un pouvoir d'appréciation non soumis à contrôle autre que de la légalité pour déterminer le champ d'autonomie. Dès ce moment, une autonomie communale devenait possible même s'agissant d'objets du domaine délégué. Sur ce point, l'arrêt commune de Volketswil ne devait rien modifier: le Tribunal fédéral y déclarait au contraire expressément que la commune pouvait disposer d'une marge relativement importante de décision même à propos d'objets entrant dans son domaine délégué.

Il n'en irait naturellement pas autrement si l'on retenait la solution que nous préconisons, puisqu'aussi bien il s'agit pratiquement d'un retour à la jurisprudence antérieure à l'arrêt commune de Volketswil.

Encore faut-il bien remarquer d'ores et déjà que la commune n'agit pas dans la même qualité suivant qu'elle accomplit une tâche propre ou une tâche déléguée; dans le premier cas elle intervient comme collectivité publique secondaire; dans le second, elle fait fonction de

⁶⁰ TF 20.1.65, Zbl. 1965, p. 302; 18.12.57, Zbl. 1958, p. 195. De même diverses décisions cantonales: RR ZH, 16.2.61, Zbl. 1961, p. 472; RR LU, 23.4.53, Zbl. 1954, p. 467; Kassationsbehörde SZ, 6.7.51, Zbl. 1951, p. 358; RR LU 9.4.51, Zbl. 1951, p. 548; RR AG, s.d., Zbl. 1946, p. 207.

⁶¹ Au contraire, dans l'arrêt ATF 65 I 131, le TF déclare que c'est l'autonomie (soit la faculté des communes de régler leurs propres affaires dans le cadre de la constitution et de la loi) en tant que droit subjectif qui confère à la commune un domaine propre à l'égard de l'Etat, comparable aux libertés fondamentales de l'individu. Et dans l'arrêt ATF 97 I 202, le TF semble partir de l'idée que c'est le champ d'autonomie qui détermine le domaine propre (et non l'inverse).

simple personne administrative décentralisée. Sans doute peut-elle jouir d'autonomie dans l'un comme dans l'autre cas; nous verrons cependant qu'à cette différence de qualité de la commune correspond une différence quant à la garantie de l'autonomie, et, partant quant à la protection dont bénéficie celle-ci.

Enfin, il reste naturellement vrai qu'inversement si l'on retient le critère de distinction entre domaine propre et domaine délégué que nous avons proposé, tout objet entrant dans le domaine propre de la commune n'entre pas nécessairement dans le champ de son autonomie.

Chapitre II. L'atteinte à l'autonomie communale

Nous avons vu qu'il y avait autonomie si et dans la mesure où la commune se voyait reconnaître la faculté de prendre certaines initiatives ou d'opérer certains choix et de les faire prévaloir même contre les autorités cantonales. Nous dirons qu'il y a atteinte à l'autonomie, lorsque la commune se voit entravée dans l'exercice de cette faculté par un acte juridique d'une autorité cantonale. Deux conditions doivent donc être remplies: il faut tout d'abord – c'est l'évidence même – que la commune jouisse dans le domaine envisagé d'une certaine autonomie¹; il faut ensuite que l'acte incriminé soit un acte juridique: refus d'approuver, annulation ou modification d'une décision communale, injonctions impératives adressées à la commune, substitution d'une autorité cantonale à l'autorité communale normalement compétente; en revanche, un simple acte matériel de l'autorité cantonale², ou un acte juridique n'entraînant pour la commune qu'une entrave de pur fait³ ne saurait être constitutif d'une atteinte à l'autonomie communale⁴.

¹ ATF 97 I 523; 94 I 456; TF 17.11.71, commune de Susch.

² TF 23.12.70, Zbl. 1971, p.427. Ne saurait violer l'autonomie communale la décision de construire un aéroport, dût le bruit en provenance de cet ouvrage provoquer le dépeuplement d'une commune voisine.

L'atteinte ainsi définie vise donc un cas où, par hypothèse, la commune jouit d'une certaine autonomie en vertu même de la Constitution et de la loi; elle se produit à l'intérieur du champ d'autonomie. Il faut en distinguer la restriction à l'autonomie par un acte du législateur, voire l'actualisation, par un acte de l'exécutif, d'une restriction légale à l'autonomie existant déjà à l'état latent. Il y a dans ces deux cas restriction du champ d'autonomie. Nous en ferons donc l'objet d'un chapitre distinct⁵. Il faut reconnaître cependant que, par leurs effets pratiques, ces deux hypothèses, et tout particulièrement la seconde, se rapprochent considérablement de l'atteinte à l'autonomie proprement dite.

L'atteinte à l'autonomie peut être licite ou illicite, autrement dit elle peut constituer ou ne pas constituer une violation de l'autonomie communale. Celle-ci, en effet, lorsqu'elle existe n'est jamais sans borne; elle est au contraire limitée par le pouvoir d'intervention de l'Etat, soit en vertu de son pouvoir de surveillance proprement dit, soit dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel. En d'autres termes, l'Etat peut porter atteinte à l'autonomie communale dans les limites de son pouvoir d'intervention. Pour déterminer si une atteinte à l'autonomie communale est ou non licite, il faut donc établir au préalable quelles sont les limites du pouvoir d'intervention de l'Etat: c'est le problème de la portée de l'autonomie, que nous verrons dans une première section; nous pourrons alors aborder, dans une seconde section, le problème de l'atteinte illicite, ou violation de l'autonomie communale.

³ Une commune ne saurait se plaindre d'une violation de son autonomie en soutenant qu'une indemnité d'expropriation à elle due par le canton ayant été fixée trop bas, elle se trouve entravée dans l'exercice d'une activité entrant dans son champ d'autonomie: TF 17.2.70, commune de Brugg.

⁴ Pour la même raison, il nous paraît que l'autonomie communale ne saurait être atteinte par une fausse application du droit communal dans un litige où la commune ne serait aucunement impliquée (p.ex. dans un litige opposant deux particuliers et relevant d'une autorité judiciaire cantonale). Dans ce sens: MATTER, p.68; ATF 29 I 205. En sens contraire: IMBODEN, Gemeindeautonomie, p.363.

⁵ Cf. ci-dessous, chp.IV.

Section I. La portée de l'autonomie communale

Les communes ne sont jamais autonomes que dans les limites de la Constitution et de la loi. Si elles ne respectent pas spontanément ces limites, il est normal que l'Etat puisse intervenir pour les leur rappeler, et, le cas échéant, y mettre bon ordre, soit en supprimant la situation illégale, soit en refusant d'approuver, en modifiant ou en annulant un acte – législatif ou réglementaire, ou administratif – non conforme soit au droit cantonal (ou fédéral) soit au droit communal. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles l'Etat oblige les communes à soumettre certains actes à son approbation, le plus souvent préalable et constitutive⁶.

Mais si l'illégalité constitue ainsi l'un des motifs d'intervention de l'Etat contre une commune, ce n'est pas nécessairement le seul; la commune, lorsqu'elle est autonome, jouit par hypothèse d'un certain pouvoir d'appréciation; l'Etat peut estimer que la commune a fait, dans un cas particulier, un mauvais usage de ce pouvoir d'appréciation. L'erreur d'appréciation pourrait constituer ainsi un second motif d'intervention de l'Etat.

Nous allons examiner successivement ces deux motifs possibles d'intervention de l'Etat. Mais il se pose une question que nous devons examiner et résoudre au préalable: existe-t-il des limites au pouvoir d'intervention de l'Etat qui seraient en quelque sorte inhérentes à la notion même d'autonomie, ou ces limites résultent-elles exclusivement du droit positif? Deux conceptions s'affrontent sur ce point: l'une qui affirme l'existence de telles limites, et que l'on peut appeler conception matérielle, l'autre qui nie leur existence, et qui peut être qualifiée de conception formelle.

Par. 1. La conception matérielle et la conception formelle

La conception matérielle a été défendue notamment par M. ZWAHLEN⁷. Selon cet auteur, l'autonomie communale implique l'exclusion,

⁶ Sur ce dernier point, cf. TF 16.6.71, Zbl. 1971, p. 509 sv.; cf. également STIEGER, p. 251 sv.; BÜRGIN, p. 191.

⁷ Op.cit., p. 644. Cf. de même BRIDEL, I, p. 271–2.

en principe au moins, du contrôle de l'opportunité. Il n'admet l'existence d'un tel contrôle que dans trois cas exceptionnels : lorsque la décision de la commune lèse l'intérêt général de l'Etat ou des intérêts légitimes d'autres communes, ou lorsqu'elle porte gravement atteinte à l'administration de la commune elle-même.

La conception formelle est, au contraire, celle qu'adopte le Tribunal fédéral. Selon notre Cour suprême, c'est le droit positif, et, plus précisément, le droit cantonal, qui détermine la portée de l'autonomie⁸. S'agissant du pouvoir de surveillance stricto sensu, ce seront les dispositions de la Constitution, ou, plus souvent, de la législation sur les communes qui en fixeront les limites. S'agissant du contrôle juridictionnel exercé par l'Etat, ce seront les dispositions définissant l'étendue du pouvoir d'examen des autorités chargées d'exercer ce contrôle⁹.

Nous adhérons sans hésitation à cette dernière conception. Nous l'avons dit et répété, l'autonomie n'existe que dans les limites de la Constitution et de la loi, et le constituant, voire le législateur ordinaire, sont libres de déterminer à leur guise, non seulement le champ, mais également la portée de l'autonomie communale, donc les limites du pouvoir d'intervention de l'Etat à l'encontre des communes. De même que nous avons rejeté toute conception jusnaturaliste, s'agissant de déterminer le champ de l'autonomie communale, de même nous écartons résolument toute conception de ce genre lorsqu'il s'agit d'établir la portée de cette autonomie.

Tout autre est évidemment la question de savoir si la commune peut jouir d'une autonomie digne de ce nom, lorsqu'elle est exposée à un pouvoir d'intervention illimité de l'Etat. Nous avons par avance répondu négativement à cette question, lorsque nous avons défini l'autonomie communale comme nous l'avons fait, c'est-à-dire comme la faculté de la commune de prendre certaines initiatives ou d'opérer certains choix *et de les faire prévaloir même à l'encontre des autorités de l'Etat*, et que nous avons en conséquence écarté le critère du champ de l'autonomie tiré de la marge de décision relativement

⁸ ATF 97 I 138, et jurisprudence constante.

⁹ ATF 97 I 140; 95 I 39; TF 2.4.69, commune de Müllheim; 1.10.69, commune de Flims.

importante; autrement dit, nous avons considéré que la commune ne saurait être autonome lorsque l'Etat jouit d'un pouvoir *illimité* de substituer sa propre appréciation à celle de la commune.

Par. 2. L'intervention de l'Etat pour illégalité

Le principe d'une intervention de l'Etat, lorsque la commune s'est placée en situation d'illégalité ou lorsqu'elle a pris une décision non conforme au droit fédéral, cantonal ou communal, n'est contesté par personne. Il convient en revanche d'examiner de plus près la portée du contrôle que l'Etat peut exercer à cette occasion.

Remarquons tout d'abord qu'à l'illégalité proprement dite il faut assimiler l'abus ou l'excès par la commune de son pouvoir d'appréciation. La commune qui excède ou qui abuse de son pouvoir d'appréciation commet en effet une illégalité. Le contrôle de la légalité comprend donc toujours un contrôle de l'usage que la commune a fait de son pouvoir d'appréciation, mais ce dernier contrôle ne s'exerce que sous l'angle restreint de l'arbitraire¹⁰.

Ce que nous venons de dire s'applique d'ailleurs qu'il s'agisse de l'exercice par l'Etat de son pouvoir de surveillance proprement dit ou de l'exercice du pouvoir juridictionnel.

Faut-il aller plus loin et distinguer encore le pouvoir d'appréciation de la commune et son pouvoir de décider en opportunité¹¹, l'exercice de celui-ci ne pouvant, par hypothèse, jamais être revu dans le cadre d'un contrôle de la légalité, mais bien celui-là ?

Dans son arrêt commune de Flims¹², le Tribunal fédéral s'est arrêté à une solution très nuancée. Il s'agissait en l'occurrence de l'interprétation d'un concept juridique imprécis¹³ utilisé par le droit communal. Sans doute, rappelle notre Cour suprême, l'interprétation d'un tel concept pose-t-elle en principe une question de droit, de sorte que cette interprétation pourrait être revue librement dans le

¹⁰ ATF 97 I 140.

¹¹ Tout pouvoir de décider en opportunité constitue un pouvoir d'appréciation, mais la réciproque n'est pas vraie. Cf. IMBODEN, Ermessen, p.423.

¹² ATF 96 I 369 sv. Cf. en outre ATF 97 I 524.

¹³ «Unbestimmter Rechtsbegriff». Cette notion a été critiquée par IMBODEN, Ermessen, p. 419–420.

cadre du contrôle de la légalité; l'autorité jouit cependant, en pareil cas, d'une certaine «latitude de jugement»¹⁴; et lorsqu'il s'agit d'apprécier des circonstances locales¹⁵, que l'on se trouve en présence d'un cas-limite et que l'interprétation présente des difficultés, il devient délicat de distinguer l'application du droit dans le cadre de cette latitude de jugement et la décision en opportunité. Lorsqu'un concept juridique imprécis fait partie du droit communal, c'est au premier chef à la commune qu'il appartient de l'interpréter; il se justifie donc de lui reconnaître une certaine latitude de jugement, avec cette conséquence que sa décision ne peut être annulée que si elle excède les bornes de cette latitude de jugement, que si, en d'autres termes, sa décision est arbitraire ou si elle viole un droit constitutionnel du citoyen, en particulier le principe de proportionnalité ou celui de l'égalité de traitement. Dans le cas particulier, un propriétaire s'était vu refuser un permis de construire en application d'une disposition communale subordonnant l'octroi d'un tel permis à l'existence d'accès suffisants; cette décision ayant été annulée sur recours, la commune recourait pour violation de son autonomie. Le Tribunal fédéral a constaté qu'on pouvait soutenir aussi bien que l'accès était insuffisant ou qu'il était juste suffisant, que l'on se trouvait donc en présence d'un cas-limite. Comme la décision communale ne violait d'ailleurs ni le principe de la proportionnalité, ni celui de l'égalité de traitement, le Tribunal fédéral a donné raison à la recourante.

La solution nous paraît devoir être approuvée, mais la motivation ne nous convainc pas entièrement. Remarquons tout d'abord que l'on arriverait à un résultat assez semblable si, avec IMBODEN¹⁶, on niait que tout concept juridique imprécis confère ipso facto à l'autorité chargée de l'appliquer un certain pouvoir d'appréciation, et que l'on n'admit l'existence d'un tel pouvoir que dans le cas où l'utilisation par une norme d'un tel concept a pour but de permettre à l'Administration d'individualiser sa solution en fonction des données concrètes du cas d'espèce (en particulier, des circonstances

¹⁴ «Beurteilungsspielraum».

¹⁵ Rappelons que, selon la jurisprudence la plus récente, il faut, par «circonstances locales», entendre telles circonstances que le TF n'est pas en mesure d'apprécier lors d'une seule inspection locale: TF 12.11.69, Zbl. 1971, p. 172.

¹⁶ Ermessen, p. 419–420, 424.

locales dont parle le Tribunal fédéral). Cela dit, le problème qui se pose est un pur problème de cognition, qui, comme tel n'a rien à voir avec l'autonomie communale: il s'agit en effet de savoir dans quelle mesure une autorité de recours dont le pouvoir d'examen est limité à la légalité (en particulier un tribunal administratif, comme dans l'affaire commune de Flims) peut revoir l'appréciation de l'autorité intimée et intervenir contre elle pour simple erreur d'appréciation. Et la réponse est qu'elle ne le peut pas^{16bis}. Peu importe à cet égard que le concept juridique imprécis ressortisse au droit communal, ou au droit cantonal ou fédéral, que l'autorité intimée soit une autorité communale ou une autorité cantonale: la solution est exactement la même dans l'un et dans l'autre cas. Si le Tribunal fédéral a statué en sens contraire dans les arrêts commune de Regensdorf et commune de Lostorf¹⁷, c'est précisément, pensons-nous, parce qu'il a mêlé deux problèmes absolument distincts: un problème d'autonomie communale et un problème de cognition.

Il reste naturellement qu'une commune dont une décision autonome serait cassée pour simple erreur d'appréciation par une autorité de recours dont le pouvoir d'examen serait, par hypothèse, limité à la légalité, pourrait se plaindre d'une atteinte illicite à son autonomie. Mais il est erroné, à notre avis, de déclarer la commune autonome parce que et dans la mesure où un concept juridique imprécis du droit communal lui confère un certain pouvoir d'appréciation.

Le contrôle de la légalité étant ainsi délimité, il nous reste une dernière question à examiner. L'Etat jouit-il à l'égard de la commune d'un plein pouvoir d'examen ou ne peut-il exercer sa cognition que sous l'angle restreint de l'arbitraire?

M. ZWAHLEN a proposé de distinguer selon que l'autorité cantonale revoit la conformité de l'acte communal au droit communal ou sa conformité au droit cantonal. Dans le premier cas, et vu qu'il

^{16bis} La cognition d'un tribunal (même d'un tribunal administratif) est limitée en principe à la légalité, y compris l'abus du pouvoir d'appréciation, ce qui exclut a contrario la possibilité d'intervenir pour simple erreur d'appréciation, et ce à l'égard de toute autorité administrative quelconque: IMBODEN, Ermessen, p.418; EICHENBERGER, p.973; GIACOMETTI, Allg. Lehren, p. 70. Cf. également ATF 97 I 583.

¹⁷ ATF 96 I 725; 97 I 523–4; cf. à ce propos ZIMMERLI, op. cit., qui approuve cette jurisprudence.

appartient au premier chef à la commune elle-même d'interpréter son propre droit et que c'est là un aspect de son autonomie, le canton ne devrait revoir cette question que sous l'angle restreint de l'arbitraire et n'intervenir que lorsque l'interprétation que la commune a donné de son propre droit est manifestement insoutenable. Dans le second cas, il faudrait appliquer le principe inverse: c'est au canton qu'il appartiendrait au premier chef d'interpréter son propre droit, de sorte que, quand il examine la conformité d'un acte communal avec le droit cantonal, il jouirait d'un plein pouvoir d'examen¹⁸.

Il ne nous est pas possible de faire notre cette solution. Il est assurément louable de vouloir sauvegarder au maximum l'autonomie des communes. Encore cela ne doit-il pas se faire aux dépens de l'administré. Celui-ci doit être protégé non seulement contre les actes de l'Etat, mais aussi contre les actes de la commune, qu'ils aient été pris en application du droit cantonal ou du droit communal. Cette protection serait considérablement affaiblie si, s'agissant d'actes d'application du droit communal, l'administré ne pouvait se plaindre que d'arbitraire et non pas déjà d'une simple illégalité.

Par. 3. L'intervention pour erreur d'appréciation

Nous avons vu que, lorsque le pouvoir de contrôle de l'autorité cantonale était limité à la légalité, elle ne pouvait, en principe, revoir l'exercice que la commune aurait fait d'un éventuel pouvoir d'appréciation. Mais il se peut aussi que le pouvoir de contrôle de l'autorité cantonale ne soit pas limité à la légalité et porte également sur l'exercice par la commune de son pouvoir d'appréciation. Nous avons dit, d'autre part, que cette question était réglée exclusivement par le droit positif. Trois hypothèses sont alors concevables. Ou bien le droit positif ne confère à l'autorité cantonale aucun pouvoir d'examiner l'appréciation de la commune¹⁹, ou il lui confère un pouvoir illimité de le faire, ou enfin il ne lui confère à cet égard qu'un pouvoir limité.

¹⁸ Op.cit., p. 642.

¹⁹ IMBODEN, Ermessen, p. 418. C'est la solution retenue notamment par le droit vaudois (art. 145 LC et 12 de l'arrêté du 15.9.52 fixant la procédure pour les recours administratifs) en matière de recours cententieux.

La troisième hypothèse est réalisée, notamment lorsque l'Etat ne peut intervenir pour erreur d'appréciation que dans des cas bien déterminés: par exemple les trois cas que, s'inspirant de la loi vaudoise²⁰, M. ZWAHLEN²¹ énumère, soit lorsque la décision de la commune lèse l'intérêt général de l'Etat²² ou des intérêts légitimes d'autres communes, ou lorsqu'elle porte gravement atteinte à l'administration de la commune elle-même; cette hypothèse est également réalisée lorsque l'Etat ne peut intervenir pour erreur d'appréciation que si, sans être proprement arbitraire, la décision de la commune lèse *gravement* l'intérêt général ou l'équité²³. Dans la seconde hypothèse, nous l'avons dit, l'autonomie de la commune est inexistante, puisque l'Etat jouit d'un pouvoir illimité de substituer sa propre appréciation à celle de la commune; elle n'est en revanche pas nulle dans la troisième hypothèse²⁴, car alors la commune conserve – dans des limites, il est vrai, fort étroites – la possibilité de faire prévaloir ses propres initiatives ou ses propres choix. Encore ne faut-il pas que, dans ce cas, les motifs qui permettent à l'Etat d'intervenir même pour erreur d'appréciation soient interprétés trop largement, car alors on retombe pratiquement dans la seconde hypothèse. Or, à une époque où des tâches qui, juridiquement, demeurent communales, tendent de plus en plus à passer à une échelle supracommunale, ainsi que nous le verrons encore, la tentation est forte d'utiliser le motif tiré des intérêts légitimes d'autre communes pour contraindre les communes à coordonner leur politique; l'arrêt commune de Romanel²⁵ illustre parfaitement cette tendance. Ce procédé qui consiste à utiliser le pouvoir de surveillance de l'Etat sur les communes comme substitut de structures supracommunales inexistantes nous paraît cependant fort discutable et surtout fort dangereux pour l'autonomie communale.

²⁰ VD, LC, art. 137 al. 2. Cf. à ce propos ATF 97 I 514 sv.

²¹ Op.cit., p. 644; cf. également BRIDEL, I, p. 272.

²² Le TF lui-même semble admettre une intervention de l'Etat dans ce cas, même en l'absence de texte exprès: ATF 58 I 242–3; 51 I 149; 31 I 120.

²³ Cf. p.ex. ZH, GG §151 ch. 2. ATF 3, p. 692.

²⁴ En sens contraire: BÜTIKOFER, p. 43 sv.

²⁵ ATF 97 I 511 sv.

Mais il se peut aussi – et il est même relativement fréquent – que le droit positif ne précise pas la portée exacte du pouvoir de contrôle de l'Etat sur les communes. Dans ce cas, on doit, pensons-nous, présumer que l'Etat n'a pas le pouvoir ou, en tout cas, qu'il ne jouit que d'un pouvoir limité de revoir l'exercice que les communes ont fait de leur pouvoir d'appréciation. En effet, lorsque le droit positif confère à la commune la faculté de prendre certaines initiatives ou d'opérer certains choix, il n'est que logique qu'elle se voie reconnaître également la faculté de faire prévaloir, le cas échéant, ces initiatives ou ces choix même à l'encontre des autorités de l'Etat. Ceci apparaît comme une conséquence logique de cela. Le législateur est certes libre de ne pas tirer cette conséquence ; mais s'il se tait, on doit présumer qu'il a été conséquent avec lui-même.

Dans un cas, il est vrai, le Tribunal fédéral admet, même en l'absence de disposition expresse, un pouvoir des autorités cantonales de revoir l'appréciation : c'est lorsque des intérêts régionaux ou intercommunaux sont en jeu²⁶, tout particulièrement en matière d'aménagement du territoire²⁷. Dans l'arrêt commune de Gluringen²⁸, notre Cour suprême est même allée jusqu'à proclamer que l'autonomie communale doit passer au second plan, lorsque des intérêts régionaux sont en jeu. Cette jurisprudence nous paraît cependant discutable ; nous sommes certes le dernier à nier la nécessité d'une coordination intercommunale, voire d'une coordination régionale ; mais nous pensons, là encore, que ce n'est pas par le biais du pouvoir de surveillance que l'on doit aboutir à une telle coordination²⁹.

²⁶ ATF 93 I 162. TF 8.11.68, commune de Saas-Fee; 8.12.70, commune de Gluringen; 31.3.71, commune de Minusio.

²⁷ Dans ce domaine, l'idée qu'il s'agit de mesures propres à porter de graves atteintes à la propriété privée joue, elle aussi, un rôle à cet égard: ATF 93 I 162.

²⁸ Du 8.12.70.

²⁹ En République fédérale, il a été jugé que l'autorité de surveillance ne saurait faire intervenir, lors de l'approbation d'un plan d'aménagement communal, des considérations tirées d'intérêts régionaux que si et dans la mesure où les buts de la planification régionale ont été, par ailleurs, suffisamment définis et concrétisés; cf. à ce propos WEBER, p.49, et la jurisprudence citée par cet auteur. Sur la coordination intercommunale et régionale: cf. ci-dessous, III^e

Section II. La violation de l'autonomie communale

L'autonomie communale est violée lorsque l'Etat lui porte une atteinte, au sens que nous avons défini, et que cette atteinte est illégale. Et l'atteinte est illégale, lorsque l'Etat outrepasse les limites de son pouvoir de contrôle, ou qu'il agit sans pouvoir.

Il convient cependant de distinguer deux conceptions de la violation de l'autonomie communale: une conception formelle et une conception matérielle.

Part. I. La conception formelle

Selon cette conception l'autorité cantonale ne viole jamais – par définition – l'autonomie communale, lorsqu'elle est formellement compétente pour prendre la mesure incriminée: c'est là la condition à la fois nécessaire et suffisante. Ainsi, lorsque l'autorité cantonale annule pour illégalité une décision ou un règlement communal ou qu'elle lui refuse son approbation, et qu'elle est, par ailleurs, formellement compétente pour examiner la légalité de cette décision ou de ce règlement, cette mesure ne saurait, par hypothèse, violer l'autonomie communale: peu importe à cet égard que l'autorité cantonale ait admis à tort que la décision ou le règlement était illégal; l'autorité cantonale s'est bornée à procéder à un examen de la légalité, elle est donc restée dans les bornes de son pouvoir de contrôle. De même si, invoquant l'inexécution par la commune d'une de ses tâches obligatoires, l'autorité cantonale prend contre cette commune une mesure d'exécution d'office, et qu'elle soit formellement compétente pour le faire, l'autonomie communale ne saurait être violée par cette mesure, lors même que l'autorité cantonale aurait admis à tort l'existence d'une obligation de la commune. Peu importeraient encore, dans la même hypothèse, que l'autorité cantonale ait décidé, au lieu d'une mesure d'exécution d'office, par hypothèse tout à fait suffisante, une mise sous régie de la commune en question, pourvu, là encore,

partie. Il est du reste intéressant de noter qu'en droit bernois, la disposition de l'ancienne loi sur les constructions qui prescrivait la coordination entre les plans de zones des communes est demeurée lettre morte: Bericht, p. 28.

qu'elle ait été formellement compétente pour prendre une telle décision. Inversement, violerait l'autonomie communale l'autorité cantonale qui, alors qu'elle n'est formellement compétente que pour revoir la légalité, examinerait également l'usage que la commune a fait de son pouvoir d'appréciation et interviendrait pour erreur d'appréciation.

Cette conception a été celle du Tribunal fédéral pendant fort longtemps et jusqu'en 1965³⁰, mais cette jurisprudence est aujourd'hui complètement abandonnée. Elle apparaît également parfois en doctrine³¹.

Remarquons cependant que, dans un cas au moins, le Tribunal fédéral admettait une violation de l'autonomie communale, quand bien même l'autorité cantonale avait agi dans les limites formelles de sa compétence: c'est lorsque, par une fausse application du droit, l'autorité cantonale était amenée à écarter le droit communal et à lui substituer le droit cantonal, alors que, par hypothèse, le droit communal était seul applicable³².

Cette conception était manifestement trop restrictive et elle enlevait à la garantie de l'autonomie communale la plus grande partie de son efficacité. Il est, somme toute, relativement rare qu'une autorité cantonale s'arroge une compétence qu'elle ne possède pas ou qu'elle excède ouvertement les limites formelles de sa compétence: qu'elle revoie, par exemple, l'exercice du pouvoir d'appréciation, alors que la loi ne lui reconnaît que le pouvoir d'examiner la légalité. Autrement fréquents et par conséquent autrement redoutables pour l'autonomie communale, sont les actes des autorités cantonales qui, pris par une autorité formellement compétente demeurant dans les limites formelles de sa compétence, sont contraires au droit matériel. Or, ils n'affectent pas moins l'initiative ou la liberté de choix de la

³⁰ ATF 91 I 42sv.; 89 I III (114–115); 83 I 123–4; 72 I 21; 70 I 76sv.; 65 I 132; 51 I 149; 46 I 384; 27 I 219–221; 21, p.998 et 1008; 16, p.324; 7, p.319. TF 20.1.65, Zbl. 1965, p.304; 8.5.63, Zbl. 1963, p.418; 18.12.57, Zbl. 1958, p.195; s.d., Zbl. 1921, p.21; s.d., Zbl. 1919, p.90.

³¹ GEIGER, p.16–17 et 186. Elle est en revanche critiquée par M. HUBER, ZBJV, 1964, p.420.

³² TF 18.7.59, MBVR 1959, p.366; 2.12.59, Zbl. 1960, p.163; 25.6.58, Zbl. 1958, p.570; dans le même sens: IMBODEN, Gemeindeautonomie, p.362; MATTER, p.67–68; ZH, VwG, 25.4.62, Zbl. 1964, p.325.

commune. Il apparaît du reste choquant que l'autonomie soit protégée, lorsque l'autorité cantonale – dont le pouvoir de contrôle ne s'étendait par hypothèse qu'à la légalité – a ouvertement exercé un contrôle de l'appréciation, et qu'elle ne le soit pas, lorsque cette même autorité, sous couleur de revoir la légalité, a en réalité contrôlé l'exercice que la commune avait fait de son pouvoir d'appréciation.

Ces raisons militent donc en faveur d'une extension de la notion de violation de l'autonomie communale : c'est la conception matérielle, que nous allons examiner maintenant. Précisons-le bien : cette conception n'est nullement exclusive de la première ; l'autonomie communale continue d'être violée, lorsque l'autorité cantonale excède les limites formelles de ses pouvoirs ou agit sans pouvoir. Mais, désormais, ce ne sont plus les seuls cas de violation de l'autonomie communale.

Par. 2. La conception matérielle

Selon cette conception l'autonomie communale est violée, lorsque n'étaient pas réunies les conditions formelles ou matérielles auxquelles l'autorité cantonale avait pouvoir d'intervenir contre la commune. Nous venons de voir les conditions formelles. Restent les conditions matérielles. L'autorité cantonale, nous le savons, peut, de manière générale, intervenir contre une commune qui se met en situation illégale ou qui prend une décision ou un acte législatif ou réglementaire non conforme au droit fédéral, au droit cantonal ou au droit communal. Mais elle ne peut naturellement intervenir que si cette illégalité existe réellement : l'existence effective de cette illégalité est ainsi une condition – matérielle – de son intervention. Si, ayant fait une fausse application des dispositions topiques, l'autorité cantonale parvient à tort à la conclusion qu'une illégalité a été commise et qu'elle intervienne de ce chef contre la commune, cette intervention constitue une violation de l'autonomie communale.

Cette conception est défendue par une partie de la doctrine³³. C'est

³³ GRISEL, p.139; IMBODEN, *Gemeindeautonomie*, p.363; ZWAHLEN, p.642; BÜTIKOFER, p.128; METTLER, p.54; KORAY, p.108; REINHARDT, p.98; BÜRGIN, p.49 sv.

également la conception consacrée par la jurisprudence du Tribunal fédéral depuis 1965³⁴. A vrai dire, cette évolution jurisprudentielle a été progressive. Dans un premier arrêt commune d'Illanz³⁵, le Tribunal fédéral a annulé une décision cantonale refusant, sans indication de motifs, d'approuver une disposition d'une loi communale sur les constructions; notre Cour suprême constate tout d'abord que le pouvoir d'examen de l'autorité communale était limité à la légalité; or – et c'est là la nouveauté – notre Cour suprême examine ensuite si la disposition litigieuse était *effectivement* illégale; elle aboutit à la conclusion qu'il n'en est rien; d'où il suit que l'autorité cantonale a excédé les limites de son pouvoir de contrôle en refusant d'approuver cette disposition et, partant, violé l'autonomie communale. Même procédé dans un arrêt subséquent commune de Saint-Moritz³⁶, mais cette fois, l'autorité cantonale avançait à l'appui de sa décision des arguments d'ordre purement juridique: selon son ancienne jurisprudence, le Tribunal fédéral se serait borné à constater que cette autorité, s'étant limitée à revoir la légalité, n'avait pas outrepassé ses compétences; au lieu de cela, et poursuivant dans le sens amorcé par l'arrêt commune d'Illanz, notre Cour suprême va rechercher si ces arguments, en apparence purement juridiques, ne dissimulent pas en réalité des considérations d'opportunité; autrement dit, si sous couleur d'exercer un contrôle de la légalité, l'autorité cantonale n'a pas exercé en réalité un contrôle de l'opportunité; elle parvient, là encore, à la conclusion que tel est bien le cas; l'autorité cantonale a donc outrepassé ses compétences et violé l'autonomie communale. Enfin, dans l'arrêt commune de Celerina-Schlarigna³⁷, le Tribunal fédéral recherchera, non plus seulement si sous couleur d'exercer un contrôle de la légalité, l'autorité cantonale a exercé en réalité un contrôle déguisé de l'opportunité, mais si, exerçant un contrôle de la

³⁴ A vrai dire, on la trouve déjà dans certains arrêts antérieurs, parfois fort anciens: ATF 47 I 506; 40 I 279–280; 30 I 78–79; TF 25.6.58, Zbl. 1958, p. 570; TF 10.10.56, Zbl. 1957, p. 17; 24.1.25, MBVR 1925, p. 200; 6.6.24, MBVR 1924, p. 252sv.; 18.11.22, MBVR 1923, p. 94; 21.11.20, MBVR 1920, p. 199. La question est encore laissée indécise dans TF 20.1.65, Zbl. 1965, p. 303.

³⁵ ATF 91 I 45.

³⁶ TF 28.4.65, Zbl. 1965, p. 400sv.

³⁷ ATF 92 I 374sv.

légalité, elle était fondée à admettre que la décision ou la disposition communale litigieuse était illégale. Et cette évolution jurisprudentielle sera formulée de manière systématique dans l'arrêt commune de Volketswil³⁸: il y a, dit le Tribunal fédéral dans cet arrêt, violation de l'autonomie communale, lorsque l'autorité cantonale exerce un contrôle de l'opportunité, alors que son pouvoir d'examen est limité à la légalité, ou lorsque, exerçant un contrôle de la légalité, elle admet l'existence d'une illégalité qui, en réalité, n'existe pas, ou enfin lorsque, disposant d'un pouvoir d'examiner l'exercice que la commune a fait de son pouvoir d'appréciation, l'autorité cantonale abuse de ce pouvoir. Enfin, dans l'arrêt commune de Zuchwil³⁹, le Tribunal fédéral a posé de manière tout à fait générale qu'il y avait violation de l'autonomie communale, soit lorsque l'autorité cantonale avait abusé de son pouvoir de revoir l'appréciation, soit avait exercé de manière arbitraire un contrôle de la légalité: c'est l'abandon définitif de la conception formelle de la violation de l'autonomie communale.

Cette évolution jurisprudentielle était intervenue dans des espèces où était en cause l'autonomie législative de la commune. S'appliquerait-elle également dans des cas où serait en cause l'autonomie administrative? Notre Cour suprême, après quelques hésitations⁴⁰, a franchi ce nouveau pas dans un arrêt de principe commune de Saint-Moritz⁴¹. Il s'agissait dans cette affaire d'un acte d'application du droit *communal*. Nous avons vu cependant que la commune pouvait jouir également d'une certaine autonomie administrative en matière d'application du droit cantonal, voire du droit fédéral. Nous pensons qu'il y aurait lieu, en pareille hypothèse, d'appliquer par analogie la jurisprudence commune de Saint-Moritz. C'est d'ailleurs ce qui paraît résulter de l'arrêt commune de Regensdorf⁴².

³⁸ ATF 93 I 160.

³⁹ ATF 93 I 434. Cf. en outre ATF 94 I 65; 95 I 37; 96 I 153, 374, 726; 97 I 522, 526; TF 8.11.68, commune de Saas-Fee; 2.4.69, commune de Müllheim; 1.10.69, commune de Flims; 30.9.70, commune de Wil; 23.12.70, commune de Luzein; 17.2.71, commune de Landschaft-Davos; 3.3.71, La Neuchâteloise; 31.3.71, commune de Flims; 16.6.71, Zbl. 1971, p. 509 sv.; 1.12.71, commune d'Arlesheim.

⁴⁰ ATF 94 I 63.

⁴¹ ATF 95 I 37 sv.; TF 2.4.69, commune de Müllheim.

⁴² ATF 96 I 724 sv.

Un point n'apparaît pas tout à fait clairement dans cette jurisprudence récente du Tribunal fédéral. Y a-t-il violation de l'autonomie communale dès lors que l'autorité cantonale intervient contre la commune, parce qu'elle a admis à tort l'existence d'une illégalité ou d'une erreur d'appréciation ? Ou faut-il qu'en admettant une illégalité ou une erreur d'appréciation, l'autorité cantonale soit tombée dans l'arbitraire ? Ce problème ne doit naturellement pas être confondu avec celui de la portée du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral dans le cadre d'un recours pour violation de l'autonomie⁴³, problème que nous examinerons dans un autre contexte. Cela bien précisé, il semble que si l'on compare l'arrêt commune de Saint-Moritz⁴⁴, d'une part, les arrêts commune de Volketswil et commune de Zuchwil⁴⁵, d'autre part, ces deux derniers sont en retrait par rapport au premier. Alors que dans l'arrêt commune de Saint-Moritz, le Tribunal fédéral semble partir de l'idée que l'autonomie communale est violée dès lors que l'autorité cantonale est intervenue contre la commune, parce qu'elle admettait à tort l'existence d'une illégalité, il paraît admettre au contraire dans les arrêts commune de Volketswil et commune de Zuchwil que l'autonomie communale n'est violée que si l'autorité cantonale intervient contre la commune parce qu'elle admet *arbitrairement* l'existence d'une illégalité ou d'une erreur d'appréciation⁴⁶.

Le Tribunal fédéral en est arrivé à cette conclusion par un détour assez étrange⁴⁷. Dès le moment que l'existence d'un contrôle de l'appréciation n'excluait plus automatiquement l'autonomie communale, la question se posait de savoir à quelles conditions il y aurait, en pareil cas, violation de l'autonomie communale; et le Tribunal fédéral a posé en principe que l'autonomie communale serait violée si l'autorité cantonale avait abusé de son pouvoir de revoir l'appréciation. Dès lors, dit le Tribunal fédéral, il n'est que

⁴³ Les deux problèmes paraissent avoir été confondus par M. BÜRGIN, p. 50.

⁴⁴ TF 28.4.65, Zbl. 1965, p. 400.

⁴⁵ ATF 93 I 160, 433.

⁴⁶ Jurisprudence confirmée depuis lors: ATF 97 I 514, 522, 526. TF 17.2.71, commune de Morschach.

⁴⁷ ATF 93 I 433.

logique d'admettre que l'autonomie communale est également violée en cas d'exercice arbitraire du contrôle de la légalité. Ce raisonnement ne nous convainc nullement.

D'abord, l'assimilation que fait implicitement le Tribunal fédéral de l'abus du pouvoir d'appréciation à l'arbitraire ne va nullement de soi; bien au contraire, il entre, ce faisant, en contradiction avec sa propre jurisprudence. C'est ainsi notamment que notre Cour suprême admettrait un tel abus, lorsque la décision de l'autorité cantonale aurait pour effet d'imposer à la commune des charges insupportables⁴⁸; or une telle décision peut parfaitement se fonder sur des considérations tout à fait sérieuses et donc n'être nullement arbitraire.

Admît-on même que l'abus du pouvoir d'appréciation est toujours constitutif d'arbitraire, qu'il ne s'ensuivrait pas nécessairement non plus que seul l'arbitraire dans l'application de la loi serait de nature à violer l'autonomie communale; il y a là au contraire un parallélisme qui demanderait à être démontré.

En effet, nous ne comprenons pas pourquoi l'autonomie communale ne serait violée que lorsque l'autorité cantonale tombe dans l'arbitraire⁴⁹. Il y a atteinte à l'autonomie communale, dès lors que l'autorité cantonale intervient contre une commune et l'entraîne, par un acte juridique, dans l'exercice de sa faculté de prendre certaines initiatives ou d'opérer certains choix. Cette atteinte n'est licite que si sont remplies les conditions, formelles et matérielles, auxquelles l'autorité cantonale peut intervenir, et, en particulier, s'agissant du contrôle de la légalité, si la commune a effectivement commis une illégalité; si la commune n'a pas commis d'illégalité, l'atteinte est illicite, elle viole donc l'autonomie communale; que l'autorité cantonale soit tombée ou non dans l'arbitraire en admettant l'existence d'une illégalité, nous paraît à cet égard sans pertinence aucune: la seule chose qui compte, c'est de savoir si, oui ou non, les conditions étaient remplies auxquelles l'autorité cantonale pouvait intervenir. Il en va exactement de même, s'agissant du contrôle de l'appréciation: la seule chose qui importe, c'est de savoir si, oui ou non, la

⁴⁸ ATF 93 I 163.

⁴⁹ Cf. cependant à ce propos MATTER, p. 68.

commune a fait une fausse appréciation ; que l'autorité cantonale, en retenant à tort une fausse appréciation, soit ou non tombée dans l'arbitraire n'y change rien.

Pour nous qui n'admettons pas qu'il puisse y avoir autonomie lorsque l'autorité cantonale dispose d'un pouvoir illimité de revoir l'appréciation, il ne peut naturellement y avoir violation de l'autonomie communale par «abus du pouvoir d'appréciation» que lorsque l'autorité cantonale ne jouit que d'un pouvoir limité de revoir l'appréciation ; la violation consiste alors en ce que l'autorité cantonale a admis à tort – arbitrairement ou non, peu importe – que la commune a commis une erreur d'appréciation telle qu'en vertu du droit applicable elle justifie exceptionnellement une intervention de l'Etat pour ce motif.

Chapitre III. La garantie de l'autonomie communale

Il faut, à cet égard, bien distinguer deux aspects tout à fait différents de la garantie de l'autonomie communale. En premier lieu, la garantie de l'autonomie communale peut se présenter comme une garantie institutionnelle, voire comme une garantie matérielle, c'est-à-dire comme garantie de l'existence d'une certaine liberté d'initiative ou d'une certaine liberté de choix, voire comme garantie d'un certain contenu de l'autonomie. C'est ce que nous verrons tout d'abord. En second lieu, la garantie de l'autonomie communale peut être analysée comme un cas particulier du principe de la séparation des pouvoirs. C'est ce que nous verrons ensuite.

I. La garantie de l'autonomie communale en tant que garantie institutionnelle ou garantie matérielle

Section I. Le fondement de la garantie

Quel est, formellement, le fondement de la garantie de l'autonomie communale ? Il se peut naturellement qu'il existe une disposition constitutionnelle expresse, auquel cas il n'y a pas de problème. Nous verrons cependant que c'est loin d'être toujours le cas ; peut-on

admettre alors une garantie implicite ou non écrite ? C'est ce qu'il faudra examiner.

Par. 1. La garantie en vertu d'un texte exprès

En vain chercherait-on dans la Constitution fédérale un texte garantissant expressément l'autonomie communale face aux autorités cantonales. C'est à notre avis tout à fait logique: il appartient aux cantons et non pas à la Confédération de régler la situation des communes au sein du canton, et donc leurs rapports avec les autorités cantonales. Il ne faut naturellement pas confondre ce problème avec celui de la garantie de l'autonomie communale face aux autorités fédérales; nous en dirons quelques mots dans notre cinquième section.

De nombreuses constitutions cantonales sont également muettes sur cet article. Seuls treize cantons et demi-cantons garantissent en effet expressément l'autonomie cantonale dans leur Constitution. C'est ainsi que Zurich, Lucerne, Uri, Soleure, Schaffhouse, Appenzell-Rhodes extérieures, Argovie et, en termes très semblables, Obwald et Nidwald, garantissent aux communes la faculté d'ordonner leurs propres affaires de manière indépendante dans le cadre de la Constitution et de la loi¹. La Constitution du canton des Grisons leur garantit une administration indépendante, et celle du canton de Vaud toute l'indépendance compatible avec le bien de l'Etat, son unité et la bonne administration des communes elles-mêmes². Enfin, Neuchâtel et le Valais garantissent aux communes leur autonomie, sans autre précision ou définition³.

Par. 2. La garantie implicite de l'autonomie

Nous venons de le voir: nombre de constitutions cantonales ne garantissent pas expressément l'autonomie communale. Il se pose

¹ Cf. ci-dessus, chp. I, n. 5. Rappelons que les constitutions d'OW (art. 91 al. 2) et de NW (art. 71) prévoient en outre expressément la compétence résiduelle de la commune.

² Ibid.

³ NE, art. 64; VS, art. 69.

alors une double question: peut-on admettre une garantie seulement implicite et, le cas échéant, d'où résulterait-elle?

Dans un arrêt fort ancien, le Tribunal fédéral avait déclaré que l'autonomie n'était garantie que si une disposition expresse le prévoyait⁴. Mais cette jurisprudence est abandonnée depuis longtemps: plus récemment, en effet, notre Cour suprême – en l'absence d'une disposition formelle dans la Constitution du canton intimé – a admis l'existence d'une garantie implicite de l'autonomie communale⁵. C'est également l'opinion soutenue par un certain nombre d'auteurs⁶.

D'où cette garantie résulte-t-elle alors?

Nous trouvons ici deux explications très différentes.

Pour les uns, cette garantie résulterait implicitement des dispositions constitutionnelles, voire des dispositions légales sur les communes⁷. On retrouve cette explication dans certains arrêts du Tribunal fédéral⁸.

Pour d'autres, au contraire, la garantie de l'autonomie communale serait un droit constitutionnel non écrit⁹. Cette explication apparaît aussi parfois dans la jurisprudence de notre Cour suprême¹⁰. Mais ni doctrine, ni jurisprudence ne précisent si ce droit constitutionnel non écrit relève du droit fédéral ou du droit cantonal.

A notre avis, il ne saurait tout d'abord être question de tirer une garantie de rang constitutionnel de simples dispositions de rang

⁴ ATF 2, p.458–9.

⁵ ATF 68 I 86; 52 I 361–2; 46 I 384; 40 I 278 sv.; TF 31.3.71, commune de Minusio; 1.12.71, commune d'Arlesheim; 31.1.69, Zweckverband der Abwasserregion Solothurn-Emme; 2.4.69, commune de Müllheim; 18.7.59, MBVR 1959, p. 366; 24.1.25, MBVR 1925, p.199–200; 25.6.03, MBVR 1903, p.468–9.

⁶ GIACOMETTI, Staatsrecht, p. 74; GRISEL, p.136; ZWAHLEN, p.632; IMBODEN, p.359; BRIDEL, I, p.251; BUCLIN, p.96; BORRADORI, p.203; SCHORR, p.20; LOCHER, p.87; MATTER, p.16; BAUMANN, p.28; BECKER, p.27–29; GEIGER, p.100; GEINOZ, p.1; BÜRGIN, p.46.

⁷ ZWAHLEN, ibid.; BRIDEL, ibid.; BAUMANN, ibid.; BORRADORI, p.113; BECKER, p.28; GEIGER, p. 101; SCHMID, p.11.

⁸ ATF 52 I 361–2; 46 I 384; 40 I 279; TF 31.3.71, 31.1.69, 2.4.69 et 24.1.25 préc. Cf. également ATF 95 I 54.

⁹ GRISEL, ibid.; BUCLIN, p.96 (qui considère que ce droit constitutionnel ressortit à l'ordre juridique fédéral). Peu clair: IMBODEN, ibid.

¹⁰ TF 18.7.59, préc.; 25.6.03, préc.

législatif; il ne nous paraît donc pas possible d'inférer une telle garantie des dispositions législatives sur les communes.

Il convient en revanche de partir de la situation de la commune au sein de l'Etat telle que l'organise le droit constitutionnel cantonal¹¹. Nous avons vu qu'en tant qu'élément de l'organisation constitutionnelle de l'Etat, la commune se qualifiait comme une collectivité publique secondaire et qu'elle possédait comme telle une compétence résiduelle. Cette compétence signifie le pouvoir de la commune d'assumer toute tâche qui ne serait pas revendiquée par l'Etat. Elle signifie donc la faculté de la commune de prendre certaines initiatives (et de les faire prévaloir, au moins dans certaines limites, même à l'encontre des autorités de l'Etat). On peut donc, pensons-nous, inférer de la situation même de la commune dans l'organisation constitutionnelle de l'Etat la garantie d'une certaine autonomie, mais uniquement comme pouvoir de prendre certaines initiatives. En revanche, nous ne croyons pas que l'on puisse inférer de cette situation, une garantie de l'autonomie en tant que faculté d'opérer certains choix (et de les faire prévaloir). La garantie implicite que l'on peut inférer de la situation de la commune dans l'organisation constitutionnelle de l'Etat ne porte donc que sur l'un des aspects de l'autonomie communale et elle apparaît ainsi incomplète.

Peut-on alors, en ce qui concerne ce second aspect de l'autonomie, admettre l'existence d'un droit constitutionnel non écrit? Nous le pensons. Il s'agit, à notre avis, non pas d'un droit constitutionnel non écrit ressortissant à l'ordre juridique fédéral, mais d'un droit constitutionnel non écrit ressortissant à l'ordre juridique cantonal, et ce pour la raison que nous avons dite: c'est au canton qu'il appartient de définir la place de la commune au sein de l'Etat. Dans l'arrêt commune de Höri¹², le Tribunal fédéral a du reste admis une garantie constitutionnelle de l'existence de la commune même en l'absence de disposition écrite, et il a qualifié cette garantie de droit constitutionnel ressortissant à l'ordre juridique cantonal; nous pensons qu'il trancherait dans le même sens, s'agissant de la garantie de l'autonomie communale.

¹¹ Dans le même sens: BRIDEL, *ibid.*; BORRADORI, p. 113.

¹² Du 23.12.70, Zbl. 1971, p. 428.

Section II. La portée de la garantie

Nous venons de le voir : en l'absence d'un texte exprès, il est possible d'inférer de la situation de la commune dans l'organisation *constitutionnelle* l'existence d'une garantie de son autonomie, limitée, il est vrai, à la seule faculté de prendre certaines initiatives (et de les faire prévaloir). Il s'ensuit une conséquence immédiate en ce qui concerne la portée de cette garantie, c'est qu'elle ne saurait s'étendre qu'à l'autonomie dont jouit la commune en sa qualité de collectivité publique secondaire, jamais en revanche à l'autonomie dont elle peut éventuellement jouir en tant que simple personne administrative décentralisée ; c'est en effet uniquement comme collectivité publique secondaire que la commune constitue un élément de l'organisation constitutionnelle.

Il n'en va, à notre avis, pas autrement lorsque l'autonomie fait l'objet d'une garantie constitutionnelle expresse. C'est en effet, là encore, parce que la commune constitue un élément de l'organisation constitutionnelle, et dans cette mesure seulement, que l'on peut concevoir que son autonomie fasse l'objet d'une garantie de rang constitutionnel également. On n'imagine pas que la constitution garantisse l'autonomie dont pourrait jouir un établissement public autonome, soit une simple personne administrative décentralisée : car elle se situe justement à un autre niveau ; dans la mesure où une commune est assimilable à une personne administrative décentralisée, il n'y a pas de raison de la traiter autrement que toute autre personne de ce genre. Autrement dit, la garantie constitutionnelle ne saurait jamais porter que sur l'autonomie dont jouit la commune dans le cadre de son domaine propre. Ce n'est pas à dire, répétons-le, qu'elle ne puisse pas aussi jouir d'autonomie dans le cadre de son domaine délégué : il faut, à cet égard, bien distinguer l'autonomie et la garantie de l'autonomie ; ce n'est pas à dire non plus que l'autonomie dont jouirait une commune dans le cadre de son domaine délégué ne bénéficie d'aucune protection : nous aurons l'occasion d'y revenir dans un autre contexte ; mais il ne saurait être question dans ce domaine d'un recours pour violation de la garantie de l'autonomie.

Section III. Le contenu de la garantie

Le contenu et la portée de l'autonomie sont définis, généralement¹³, non pas par le constituant, mais par le législateur ordinaire¹⁴. C'est dire que la garantie de l'autonomie n'assure pas aux communes un contenu déterminé de cette autonomie¹⁵. De plus, le législateur est libre de modifier en tout temps ses propres lois, car il ne saurait se lier lui-même. C'est dire encore qu'une fois définis le contenu et la portée de l'autonomie par le législateur ordinaire, la commune ne peut prétendre que ce contenu et cette portée demeurent immuables. Une telle conception serait du reste impraticable pour des raisons politiques évidentes: on ne saurait figer pour l'éternité les rapports entre le canton et la commune tels qu'ils ont existé à un moment déterminé, tant il est vrai que les besoins et les opinions évoluent et que tel objet qui, à un moment donné, pouvait sans inconvénient être laissé à la libre initiative de la commune ou qui comportait tout au moins qu'on laissât à celle-ci une grande liberté de choix, peut exiger ultérieurement une réglementation beaucoup plus centralisée. Mais c'est dire alors qu'il ne saurait exister de garantie *matérielle* de l'autonomie communale.

D'aucuns ont certes soutenu que la garantie de l'autonomie communale obligeraient le législateur à laisser dans la compétence des communes celles des tâches qui se prêtent à une réglementation locale¹⁶. Mais cette théorie n'a de sens que si l'on suppose l'existence

¹³ La constitution de NW énumère, à ses art. 14 sv., les compétences respectives du canton et de la commune. La constitution d'OW, à son art. 89 al. 1, prévoit que, sauf disposition contraire de la loi, le pouvoir de surveillance de l'Etat ne porte que sur la légalité.

¹⁴ Cf. p.ex. ATF 97 I 512, 522.

¹⁵ GIACOMETTI, *Gemeinden*, p. 18, *Staatsrecht*, p. 76; BRIDEL, I, 252; MATTER, p. 16; GEINOZ, p. 52; OLGIATI, p. 70. Cf. ATF 94 I 457: «Or si le législateur peut accorder des pouvoirs aux communes et délimiter le domaine de leur autonomie, il ne les leur garantit qu'à l'égard des autres autorités de l'Etat et non pas envers lui-même. Il est maître de la loi et n'est pas définitivement lié par une répartition des tâches qu'il a une fois établie; il peut au contraire la modifier en tout temps...» Cf. cependant ATF 31 I 120–21; ZIMMERLI, op. cit.

¹⁶ GIACOMETTI, *Staatsrecht*, p. 76, *Gemeinden*, p. 18; IMBODEN, *Gemeindeautonomie*, p. 360; ZWAHLEN, p. 639–40; GEIGER, p. 24; STUTZ, p. 20.

de tâches qui ont, a priori, un caractère local; nous avons déjà tenté, dans un autre contexte, de montrer la fausseté de cette prémissse: il n'y a de tâches locales que par un choix du législateur, choix qui s'opère après mise en balance de diverses exigences antagonistes (en particulier, l'exigence de la meilleure adaptation possible aux circonstances locales et le principe de l'égalité de traitement); nous ne saurions donc admettre une telle obligation du législateur.

Est-ce à dire que le législateur ordinaire pourrait, soit directement, par un acte unique, soit indirectement par une multiplicité d'actes, abolir purement et simplement l'autonomie communale (plus précisément, l'autonomie dont jouit la commune en tant que collectivité publique secondaire), ou la vider pratiquement de toute substance? Pourrait-il prévoir, par exemple, que la commune n'aura plus désormais que des tâches déléguées ou la soumettre de façon tout à fait générale à un contrôle illimité de l'exercice qu'elle fait de son pouvoir d'appréciation? Nous ne le pensons pas. En tant que collectivité publique secondaire, la commune se caractérise (notamment), nous l'avons vu, par la compétence générale résiduelle dont elle dispose et d'où nous avons tiré, même en l'absence de texte exprès, l'existence d'une garantie de l'autonomie communale, il est vrai, limitée; si cette compétence résiduelle venait à être supprimée, c'est la position de la commune dans l'organisation *constitutionnelle* qui se trouverait bouleversée, c'est donc cette organisation même qui serait modifiée, ce qui n'est certainement pas au pouvoir du législateur ordinaire. Nous admettons donc, dans cette mesure, l'existence d'une garantie *institutionnelle* de l'autonomie communale, en ce sens que le législateur ordinaire ne saurait, ni directement, ni indirectement, priver la commune de toute initiative ou de la faculté de faire – au moins dans certaines limites – prévaloir ses initiatives¹⁷.

Et c'est précisément l'existence de cette garantie institutionnelle qui fait que la garantie de l'autonomie a rang constitutionnel; et ce en dépit du fait que le contenu et la portée de l'autonomie sont définis par le législateur ordinaire, contrairement à ce qui a été parfois sou-

¹⁷ ATF 20 I 808. Cf. également NATSCH, p. 40; BÜRGIN, p. 46; M. SCHORR est très proche de la thèse soutenue au texte, lorsqu'il admet (op.cit., p.19) que la garantie de l'autonomie communale s'analyse comme la garantie d'une organisation décentralisée. Cf. en outre SIGG, p. 93 sv.

tenu, notamment par M. ZWAHLEN¹⁸. A cet égard, il y a de grandes analogies entre la garantie de l'autonomie et celle de la propriété privée¹⁹.

Section IV. La nature de la garantie

La jurisprudence du Tribunal fédéral a toujours admis que l'autonomie communale constituait un droit public subjectif²⁰; et elle a, explicitement²¹ ou implicitement, assimilé ce droit public subjectif à un droit constitutionnel du citoyen²². La doctrine est au contraire divisée. Certains admettent cette double qualification²³. D'autres, tout en admettant qu'elle constitue bien un «droit constitutionnel du citoyen», lui dénient la qualité de droit public subjectif²⁴. D'autres enfin contestent l'une et l'autre qualification²⁵.

Il convient de relever tout d'abord que la notion de droit constitutionnel du citoyen, telle qu'elle résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, est disparate: si elle couvre sans aucun doute les libertés fondamentales de l'individu, c'est-à-dire des droits publics subjectifs, elle s'étend également à certains principes fondamentaux d'organisation, comme celui de la séparation des pouvoirs ou de la force dérogatoire du droit fédéral²⁶. De ce que la garantie de l'autonomie communale ne serait pas un droit public subjectif, il ne résulterait donc pas nécessairement qu'elle n'est pas un «droit constitu-

¹⁸ Op.cit., p. 644.

¹⁹ S'agissant de la garantie de la propriété, cf., sur les rapports entre garantie matérielle et garantie institutionnelle: ATF 96 I 557.

²⁰ ATF 65 I 131; TF 27.3.57, Zbl. 1957, p. 300; 23.5.56, MBVR 1956, p. 366; 7.10.48, Zbl. 1948, p. 574.

²¹ ATF 65 I 131.

²² ATF 48 I 109; 29 I 204; TF 2.12.59, Zbl. 1960, p. 163; 18.7.59, MBVR 1959, p. 366; 23.5.56, MBVR 1956, p. 366; 25.6.03, MBVR 1903, p. 183.

²³ BRIDEL, I, p. 251–2; METTLER, p. 56; BECKER, p. 12; BUCLIN, p. 34, 50; GEIGER, p. 16sv., 98sv.; GEINOZ, p. 1; P. BRUGGER, p. 143sv.; SCHMID, p. 5.

²⁴ IMBODEN, Gemeindeautonomie, p. 359; BÜRGIN, p. 46–47; qualifient également l'autonomie communale de droit constitutionnel: ZWAHLEN, p. 632; GRISEL, p. 136; GIACOMETTI, Staatsrecht, p. 74, Gemeinden, p. 17.

²⁵ BORRADORI, p. 206sv.; SIGG, p. 97, 101; REINHARDT, p. 40–41; VOGEL, p. 103, n. 129; OLGIATI, p. 70.

²⁶ GIACOMETTI, Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 49sv.

tionnel du citoyen»; les deux questions doivent donc être examinées séparément.

Nous ne pensons pas que l'autonomie soit un droit public subjectif. Qu'on l'envisage sous l'aspect de la libre initiative ou de la liberté de choix²⁷, elle apparaît, dans un cas comme dans l'autre, non pas comme un droit, mais comme une compétence. C'est une certaine forme de répartition du pouvoir entre collectivité primaire et collectivités secondaires, c'est une certaine modalité de l'organisation des rapports entre l'une et les autres à propos de certains objets. En définitive, l'autonomie apparaît ainsi comme un principe d'organisation de l'Etat. Mais à ce titre, il se justifie parfaitement, à notre avis, de la considérer comme un «droit constitutionnel»: il s'agit en effet d'un principe fondamental, au même titre que le principe de la séparation des pouvoirs²⁸.

Section V. La garantie de l'autonomie et la Constitution fédérale

Nous l'avons dit, c'est en vain que l'on chercherait dans la Constitution fédérale un texte garantissant l'autonomie des communes. Nous avons montré que, s'agissant de garantir l'autonomie contre les autorités *cantonales*, ce silence n'était que logique²⁹. Reste à voir ce qui en est, s'agissant d'une éventuelle garantie de l'autonomie contre les autorités *fédérales*.

A la fin de la dernière guerre, des voix³⁰ s'étaient élevées pour réclamer l'insertion dans la Constitution fédérale d'une garantie expresse de l'autonomie communale. Ce mouvement d'opinion trahissait, à vrai dire, un certain ressentiment des communes que la Confédération avait lourdement mises à contribution dans le cadre de l'économie de guerre, leur imposant ainsi des charges considérables sans contrepartie ou sans contrepartie suffisante. Cette réac-

²⁷ Rappelons qu'à notre avis seule l'autonomie sous le premier de ces deux aspects est susceptible de faire l'objet d'une garantie institutionnelle.

²⁸ Sur tous ces points, cf. dans le même sens: BÜRGIN, p. 11 et 47.

²⁹ On pourrait évidemment concevoir, sur le modèle de l'art. 6 al. 2 litt. b Cst., une disposition de la Constitution fédérale obligeant les cantons à prévoir une décentralisation politique; cf. à ce propos GEIGER, p. 126sv., qui se prononce négativement, à notre avis, avec raison.

³⁰ MOHR, Stammaufgaben, p. 43.

tion était assurément compréhensible, et les faits qui la déterminaient n'étaient guère contestables; mais la conclusion que l'on en tirait n'était pas exacte.

La garantie de l'autonomie communale ne porte, nous l'avons vu, que sur l'autonomie dont jouit la commune en tant que collectivité publique secondaire, non pas sur l'autonomie dont elle jouit en tant que simple personne administrative décentralisée. Or la commune est une collectivité publique secondaire de droit cantonal seulement; ce n'est qu'au niveau cantonal qu'elle est un élément de l'organisation constitutionnelle, c'est donc à ce niveau seulement que son autonomie peut faire l'objet d'une garantie constitutionnelle; au niveau fédéral, elle apparaît uniquement comme une personne administrative décentralisée, et l'autonomie dont elle peut éventuellement jouir comme telle ne saurait faire l'objet d'une garantie constitutionnelle.

En conclusion, nous pensons donc qu'il ne se justifie nullement d'insérer une garantie expresse de l'autonomie communale dans la Constitution fédérale.

II. La garantie de l'autonomie communale en tant que cas particulier du principe de la séparation des pouvoirs

L'autonomie communale n'est garantie que dans les limites de la Constitution et de la loi. Cela signifie, nous l'avons vu, que l'on ne saurait, en principe, admettre l'existence d'une garantie matérielle de l'autonomie communale. Mais cela signifie inversément qu'il n'appartient qu'au législateur ordinaire, non pas en revanche à l'autorité exécutive, de définir le champ et la portée de l'autonomie³¹. Dans cette mesure, la garantie de l'autonomie communale se confond avec le principe de la séparation des pouvoirs, dont elle ne constitue, sous cet aspect, qu'un cas particulier. Cet aspect de la garantie de l'autonomie revêt, nous le verrons, une importance particulière en matière de restrictions à l'autonomie³².

Remarquons du reste que, dans la mesure où l'on admet, soit en vertu d'une règle expresse, soit en vertu d'un principe de droit cou-

³¹ Cf. ci-dessous, chp. IV.

³² Ibid.

tumier³³, que les personnes administratives ne peuvent être créées que par une loi et que, partant, il n'appartient qu'au législateur de déterminer les compétences de ces personnes et leurs modalités (liberté de choix), donc aussi de les restreindre, ces personnes peuvent se mettre au bénéfice du principe de la séparation des pouvoirs. Dans la mesure où la commune fait fonction de personne administrative décentralisée, elle peut donc aussi se mettre au bénéfice de ce principe; et l'on peut alors parler, si l'on veut, dans ce cas également de garantie de l'autonomie communale, mais il ne faut alors pas perdre de vue que l'on utilise cette expression dans un sens large, par opposition à la garantie de l'autonomie communale stricto sensu, soit celle dont bénéficie seule la commune en tant que collectivité publique secondaire.

Chapitre IV. Les restrictions de l'autonomie communale

L'autonomie dont jouit la commune peut, avons-nous vu, être restreinte par le législateur ordinaire. Cela est vrai de l'autonomie dont elle jouit en tant que collectivité secondaire; cela vaut par a fortiori pour celle dont elle peut bénéficier en tant que simple personne administrative décentralisée. Mais nous avons ajouté que, dans un cas comme dans l'autre, seul le législateur pouvait restreindre l'autonomie communale; une autorité exécutive ne pourrait le faire que si et dans la mesure où elle y est autorisée par une disposition légale expresse; à défaut d'une telle base légale, elle se rendrait coupable, dans le premier cas d'une violation de la garantie de l'autonomie communale (stricto sensu) et dans le second cas d'une violation du principe de la séparation des pouvoirs¹, violations qui justifieraient toutes deux un recours de droit public, moyennant naturellement que la commune ait qualité pour former un tel recours².

³³ Comme c'est le cas, par exemple, en droit vaudois.

¹ Rappelons que, même dans le premier cas, la garantie de l'autonomie communale envisagée sous cet aspect, se confond, à notre avis, avec le principe de la séparation des pouvoirs. Sur la nécessité d'une base légale pour restreindre l'autonomie communale: ATF 94 I 543 sv.; 96 I 240 sv.

² Cf. ci-dessous, chp. V.

Mais le législateur ordinaire lui-même ne jouit pas d'une totale liberté. Il doit respecter naturellement la garantie institutionnelle de l'autonomie communale. Mais, de manière beaucoup plus générale, il doit respecter la constitution (fédérale et cantonale) dans son intégralité. On songe avant tout à l'art. 4 Cst. et au principe non écrit de la proportionnalité. Mais d'autres dispositions constitutionnelles peuvent entrer en ligne de compte. On en trouve un exemple curieux dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il s'agissait, dans cette affaire, d'un canton où les communes jouissaient d'une certaine autonomie en matière d'inhumations. L'une d'elles ayant décidé de subsidier une société de crémation, le canton cassa la décision au motif que la loi cantonale n'excluait certes pas la crémation, mais que celle-ci ne pouvait avoir lieu qu'aux frais de la succession. La commune en question recourut au Tribunal fédéral, qui lui donna gain de cause: certes, l'autorité cantonale n'était pas tombée dans l'arbitraire en interprétant, comme elle l'avait fait, la disposition topique du droit cantonal, mais cette disposition elle-même était inconstitutionnelle, plus précisément contraire à la liberté personnelle et à l'article 49 alinéa 4 Cst.³.

Il reste que ces cas seront, selon toute vraisemblance, relativement rares.

Il en va différemment des cas où la restriction émane directement d'une autorité exécutive, celle-ci actualisant une restriction légale qui pesait déjà à titre virtuel sur l'autonomie communale. Il en est ainsi notamment lorsque, dans un domaine où la commune jouit d'une certaine autonomie, une autorité exécutive cantonale se voit conférer par la loi une compétence concurrente ou parallèle à celle de la commune. La question se pose alors de savoir si et dans quelle mesure la commune jouit d'une certaine protection contre de tels actes de l'autorité exécutive.

Le problème n'est apparu que récemment dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans deux arrêts commune de Grandson⁴ et commune de Bachs⁵, le Tribunal fédéral a étendu aux actes d'une

³ ATF 52 I 363 sv.

⁴ ATF 94 I 543 sv.

⁵ ATF 96 I 236sv.

autorité exécutive pris dans l'exercice d'une compétence concurrente, puis aux actes d'une autorité exécutive pris dans l'exercice d'une compétence parallèle, une jurisprudence conçue, à l'origine, dans la perspective de la violation de l'autonomie communale par des actes de l'Etat pris dans l'exercice de son pouvoir de surveillance ou de son pouvoir juridictionnel.

Dans l'arrêt commune de Grandson, il s'agissait d'un cas de compétence concurrente en matière d'aménagement du territoire. Le droit vaudois donne en effet à la commune le pouvoir de décider – sous réserve de l'approbation du Conseil d'Etat – de l'aménagement de son territoire⁶; mais l'Etat possède, lui aussi, une compétence (limitée) d'établir des plans d'extension cantonaux⁷. En l'espèce, le canton de Vaud avait fait usage de cette dernière compétence en vue de l'implantation, sur le territoire de la commune de Grandson, d'une centrale thermique; le Conseil d'Etat ayant écarté l'opposition formulée par la commune de Grandson, celle-ci recourrait pour violation de son autonomie. Le Tribunal fédéral, admettant implicitement qu'un tel acte pouvait violer l'autonomie communale et faisant application, selon sa jurisprudence récente, de la conception matérielle de la violation de l'autonomie communale a déclaré qu'il ne suffisait pas que le canton ait été formellement compétent, qu'encore fallait-il qu'il n'ait point excédé les bornes de sa compétence, qu'il ne l'ait point utilisée pour un objet dénué d'intérêt public ou présentant un intérêt public insuffisant par rapport à l'intérêt antagoniste de la commune, ou enfin qu'il n'ait pas violé le principe de proportionnalité. En d'autres termes, il a fait application par analogie des principes dégagés en matière de garantie de la propriété privée; tout au plus a-t-il laissé indécise la question de savoir s'il se reconnaîtrait le pouvoir d'examiner librement le poids respectif des intérêts en présence.

Le Tribunal fédéral a fait application de principes semblables dans un arrêt ultérieur commune de Bachs, s'agissant cette fois d'un cas de compétences parallèles, savoir la compétence de la commune

⁶ Loi du 5.2.41, sur les constructions et l'aménagement du territoire (LCAT), art. 19 sv.

⁷ LCAT, art. 53 sv.

zuricoise de décider de l'aménagement général de son territoire et la compétence du canton de prendre des mesures de protection des sites et des paysages. Faisant usage de cette dernière compétence, le canton de Zurich avait classé la quasi-totalité du territoire de ladite commune en diverses zones. La commune contestait ce procédé et soutenait en outre que le plan cantonal était contraire au principe de proportionnalité et entaché d'arbitraire. Là encore, le Tribunal fédéral a examiné si le canton était demeuré dans les bornes de sa compétence formelle et, en outre, s'il y avait eu violation du principe de proportionnalité ou arbitraire. Il semble en revanche avoir renoncé à mettre en balance les intérêts antagonistes de la commune et du canton. Nous pensons que c'est avec juste raison : la solution contraire aboutissait en effet à faire le Tribunal fédéral juge d'une question déjà tranchée par le législateur et présentant, de surcroît, un caractère politique très prononcé.

Il importe de relever encore que, dans l'un comme dans l'autre cas, les mesures prises par le canton primaient celles que la commune aurait pu prendre en vertu de sa compétence propre, de sorte qu'elle se trouvait juridiquement limitée dans sa liberté de décision. C'est en ce sens que le Tribunal fédéral a vu, dans les mesures cantonales, une atteinte possible à l'autonomie communale, et c'est la raison pour laquelle il a recherché si cette atteinte était licite, c'est-à-dire conforme à la loi et à la constitution.

Enfin, cette jurisprudence a été implicitement confirmée par un arrêt commune de Regensdorf⁸, s'agissant de la délimitation des districts de chasse dans le canton de Zurich. Selon la loi zuricoise, il appartient en principe aux communes de délimiter ces districts, mais l'autorité cantonale a le pouvoir de décider des rectifications de limites. L'autorité cantonale avait fait usage de cette compétence, et la commune de Regensdorf se plaignait d'une violation de son autonomie. Le Tribunal fédéral a recherché si l'autorité cantonale avait outrepassé les bornes de sa compétence.

Dans le même ordre d'idées, on peut songer à la compétence que la loi confère à l'autorité cantonale d'opérer une répartition intercommunale des éléments imposables par la commune. Il a été jugé

⁸ ATF 96 I 724 sv. Cf. également TF 8.12.70, commune de Gluringen.

à plusieurs reprises qu'une telle décision ne saurait en aucun cas porter atteinte à l'autonomie communale⁹. Pour peu que, par ailleurs, la commune jouisse dans ce domaine d'une certaine autonomie, il ne semble pas que cette jurisprudence pourrait être maintenue¹⁰.

Il faut relever enfin que c'est à l'occasion d'hypothèses de ce genre (limitation du champ d'autonomie par l'actualisation d'une restriction légale existant à l'état latent) que le Tribunal fédéral a posé le principe d'un droit de la commune d'être entendue en pareil cas, droit découlant non pas de l'art. 4 Cst., mais fondé directement sur l'autonomie communale¹¹.

Reste à savoir alors ce qu'il faut penser de cette jurisprudence.

Pour notre part, nous approuvons pleinement la solution retenue par le Tribunal fédéral: de même que la commune doit être protégée contre un acte du législateur restreignant son autonomie, lorsque cet acte est inconstitutionnel, de même doit-elle pouvoir se défendre contre un acte de l'autorité exécutive actualisant une restriction existant déjà à l'état latent; lorsque cette autorité oublie de son côté les principes posés par notre charte fondamentale. Mais la voie par laquelle notre Cour suprême aboutit à ce résultat ne nous paraît pas être la bonne. Vouloir assimiler ce genre d'hypothèses à des violations de l'autonomie communale, c'est, croyons-nous, confondre deux choses bien distinctes et jeter la confusion en brouillant les contours de la notion d'atteinte à l'autonomie communale (et, partant, de violation de l'autonomie communale). Mis à part le cas – rare – de violation de la garantie institutionnelle de l'autonomie communale, le législateur ne peut, par définition, violer la garantie de l'autonomie communale; il en va exactement de même de l'autorité exécutive, lorsqu'elle se borne à actualiser une restriction existant à l'état latent, puisqu'aussi bien, en pareil cas, l'autorité exécutive agit par délégation aux lieu et place du législateur. Nous pensons

⁹ ATF 89 I 209; 68 I 86sv.; question laissée indécise dans ATF 65 I 134; enfin, dans l'arrêt ATF 70 I 76, le recours a été déclaré irrecevable, la commune invoquant exclusivement une violation de l'art. 4 Cst.

¹⁰ M. GRISEL (op.cit., p.137) déclare que cette jurisprudence ne concorde pas dans tous les cas avec la notion actuelle d'autonomie.

¹¹ ATF 96 I 237sv.

donc qu'il faut distinguer radicalement restriction de l'autonomie communale (par le législateur ou par l'autorité exécutive actualisant une restriction latente) et atteinte à l'autonomie communale (par une autorité exécutive agissant dans l'exercice du pouvoir de surveillance ou d'un pouvoir juridictionnel, ou par une autorité judiciaire). Seule l'atteinte à l'autonomie communale peut – et encore dans une mesure limitée – donner lieu à un recours de droit public pour violation de la garantie de l'autonomie communale (réserve faite, là encore, du cas de violation de la garantie institutionnelle par le législateur). Dans les cas de restriction à l'autonomie communale, en revanche, un recours de droit public est certes également concevable, mais fondé uniquement sur d'autres droits constitutionnels.

Quel que soit le fondement du recours, il se pose naturellement la question de la qualité de la commune. Nous y reviendrons dans le chapitre suivant.

Chapitre V. Le contentieux de l'autonomie communale

Par contentieux de l'autonomie communale, nous entendons, d'une part, le contentieux de la garantie de l'autonomie communale, soit les voies de droit ouvertes spécifiquement pour violation de cette garantie; et d'autre part, le contentieux de l'autonomie dans les cas où celle-ci ne fait l'objet d'aucune garantie constitutionnelle ni, partant, d'une voie de droit spécifique, destinée à assurer le respect de cette garantie.

Nous dirons d'abord quelques mots sur le contentieux de l'autonomie communale sur le plan cantonal. Nous verrons ensuite ce même contentieux sur le plan fédéral.

Section I. Le contentieux de l'autonomie sur le plan cantonal

Ce point ne nous retiendra pas très longtemps.

Pour que l'on puisse, en effet, parler de contentieux de l'autonomie communale sur le plan cantonal, il faut qu'une voie de recours de droit cantonal soit ouverte contre la décision qui, prétendument, lèse cette autonomie. Tel ne sera souvent pas le cas, notamment

lorsque cette décision émane du gouvernement cantonal *in corpore*. Il se peut cependant que, même dans cette hypothèse, une voie de recours soit ouverte devant le Parlement, éventuellement devant un tribunal administratif. Il se peut aussi que la décision émane d'une autorité intermédiaire entre la commune et le gouvernement *in corpore* (décision préfectorale, décision d'un Chef de département) et puisse faire comme telle l'objet d'un recours soit auprès du gouvernement, soit auprès d'un tribunal administratif¹.

Dans la plupart des cas, il s'agira non pas d'un contentieux de la garantie de l'autonomie, mais d'un contentieux de la légalité des actes administratifs, que la commune est habile à mettre en œuvre, non pas tellement en tant que titulaire d'une autonomie constitutionnellement garantie que parce qu'elle remplit les conditions générales de la qualité pour recourir².

Ce n'est guère que sur le plan fédéral que nous découvrirons l'existence d'un tel contentieux spécifique de la garantie de l'autonomie communale.

Section II. Le contentieux de l'autonomie sur le plan fédéral

Depuis toujours, le Tribunal fédéral admet la commune à former un recours pour violation de son autonomie (et pour violation de son droit à l'existence)³. Il conviendra de situer cette solution dans le cadre plus vaste de la jurisprudence relative à la qualité des personnes de droit public pour former un recours de droit public. Cela nous permettra d'examiner du même coup dans quelle mesure une commune aurait qualité pour invoquer, le cas échéant, d'autres «droits constitutionnels».

La commune est-elle seule à pouvoir former un recours de droit public pour violation de son autonomie ou ses habitants le peuvent-ils également ? C'est ce que nous verrons ensuite.

¹ Sur le contentieux cantonal de l'autonomie communale, cf. surtout GEIGER, p.156sv., qui examine avec quelque détail les voies de droit existant dans divers cantons; cf. également BÜRGIN, p. 39, 213sv.

² Cf. cependant l'art. 69 al. 2 ch.4 de la constitution de NW, qui confie expressément à l'Obergericht, statuant comme cour constitutionnelle, le contentieux de l'autonomie communale.

³ ATF 97 I 138; 96 I 372, avec des références à la jurisprudence antérieure.

Enfin, il s'agira de déterminer la portée du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral dans le cas d'un recours de droit public pour violation de l'autonomie fondé soit sur la garantie de celle-ci, soit sur un autre «droit constitutionnel», ou encore pour restriction apportée à l'autonomie par le législateur ou par l'autorité exécutive.

Sous-section I. La qualité de la commune pour former un recours de droit public

Par. 1. La qualité pour former un recours de droit public en général

C'est là une question fort controversée et fort complexe. Aussi bien n'entre-t-il pas dans notre propos de l'étudier de manière approfondie, car une telle étude dépasserait largement les limites du présent rapport. Il est cependant nécessaire de fixer un certain nombre de points en vue de nos développements ultérieurs.

Pour être habile à former un recours de droit public il faut en tout cas prétendre être lésé – par un acte pris dans l'exercice du pouvoir de puissance publique – dans un intérêt propre juridiquement important («ein juristisch erhebliches Interesse»)⁴. Ce qui signifie que l'on ne saurait former un recours de droit public pour défendre un intérêt purement public – il n'y aurait pas alors intérêt propre –, ni pour faire valoir un intérêt de pur fait – il n'y aurait pas alors intérêt juridiquement important. La notion d'intérêt propre juridiquement important demeure cependant ambiguë. On peut entendre par là un intérêt propre juridiquement protégé, autrement dit un intérêt propre protégé par le droit constitutionnel invoqué (ou, s'il s'agit d'un recours pour arbitraire, par les dispositions dont on prétend qu'elles ont été arbitrairement appliquées); la conséquence, c'est alors que seul le titulaire du droit constitutionnel invoqué a qualité pour se plaindre par cette voie d'une violation de ce droit. Mais on peut entendre aussi par «intérêt propre juridiquement important», un simple intérêt digne de protection à ce que telle disposition constitutionnelle ne soit pas violée. C'est apparemment vers cette seconde solution que s'achemine, depuis quelques années, la jurisprudence

⁴ ATF 97 I 265, avec des références à la jurisprudence antérieure.

de notre Cour suprême⁵; cette évolution serait même prochainement codifiée dans le cadre de la révision actuellement en cours de la loi fédérale d'organisation judiciaire: désormais, la qualité pour recourir ne serait plus subordonnée qu'à l'existence d'un intérêt digne de protection à l'annulation de l'acte incriminé, comme en matière de recours de droit administratif⁶; nous ne pouvons, pour notre part, que nous en féliciter.

Par. 2. La qualité pour recourir des personnes de droit public

Le recours de droit public est ouvert par excellence aux particuliers, mais il n'est pas ouvert aux seuls particuliers; il est également donné aux «collectivités»⁷, et la genèse de la loi montre que le législateur a entendu par là donner qualité pour recourir aux personnes publiques⁸. Il s'ensuit que, dans la mesure en tout cas où elle est frappée «comme un particulier» par un acte pris dans l'exercice du pouvoir de puissance publique, une personne de droit public a qualité pour former un recours de droit public. Autrement dit, une personne de droit public est en tout cas habile à recourir, lorsqu'elle est frappée dans un droit qu'elle possède au même titre que n'importe quel

⁵ ATF 94 I 140; dans cet arrêt, le Tribunal fédéral reconnaît la qualité pour recourir contre un refus du permis de construire à celui qui ne possède aucun droit réel ni personnel sur l'immeuble où la construction devait être érigée, mais qui, en vertu des règles du droit cantonal, est habile à formuler une demande de permis avec l'assentiment du propriétaire du fonds; en pareil cas, dit le Tribunal, le requérant a un intérêt juridiquement protégé à ce que l'autorité compétente prenne une décision conforme à la loi et exerce correctement le pouvoir d'appréciation dont elle peut disposer. Le requérant peut se plaindre, non seulement d'une violation de l'art. 4 Cst., mais également d'une violation de la garantie de la propriété. Or, il est évident qu'en pareil cas le requérant n'est, par hypothèse, pas titulaire du «droit constitutionnel» que constitue la garantie de la propriété. Et, en admettant l'idée d'un intérêt juridiquement protégé à une application correcte de la constitution et de la loi, le Tribunal fédéral admet pratiquement que le recours de droit public est un recours pour violation du droit objectif, ainsi que l'avaient déjà soutenu M. HINDEN (op. cit., p. 77) et M. MATTER (op. cit., p. 45).

⁶ GRISEL, Juridiction constitutionnelle, p. 214.

⁷ Cf. à ce propos HINDEN, p. 121 sv.

⁸ MATTER, p. 6–7.

particulier, ou dans une activité qu'elle exerce selon les règles applicables à n'importe quel particulier. La jurisprudence n'a jamais varié sur ce point, qui ne fait donc pas problème⁹. Mais une personne publique peut-elle recourir, lorsqu'elle est frappée comme telle, en sa qualité de titulaire du pouvoir de puissance publique et dans l'exercice de ce pouvoir? La question est beaucoup plus délicate.

Il est clair tout d'abord qu'une autorité ne saurait comme telle former un recours de droit public, par la raison déjà qu'elle n'est pas un sujet de droit¹⁰. Il est également clair qu'une autorité ne saurait pas davantage recourir, au nom de la collectivité publique dont elle est l'organe, contre une décision de cette même collectivité publique; car elle ne défend pas d'intérêts propres distincts de ceux de cette collectivité¹¹. Ce dernier principe s'appliquerait à une autorité communale, si et dans la mesure où elle est appelée à agir comme autorité cantonale inférieure: dans cette mesure, elle ne saurait attaquer une décision cantonale par la voie du recours de droit public, puisqu'aussi bien, si elle est affectée par cette décision, c'est en tant qu'autorité *cantonale*¹².

Ces cas mis à part, la question qui se pose est donc de savoir si une personne de droit public peut, comme telle, former un recours de droit public contre une décision d'une autre personne de droit public, qui l'affecte en tant que titulaire d'un pouvoir de puissance publique.

Pendant longtemps, notre Cour suprême l'a admis. C'est ainsi notamment que le Tribunal fédéral est entré en matière sur de nombreux recours de droit public formés par des communes contre des décisions cantonales, que ce soit pour violation de l'autonomie communale, pour arbitraire ou pour violation d'un autre droit constitutionnel¹³, et s'agissant toujours, nous y insistons, d'hypothèses

⁹ ATF 95 I 53, avec des références à la jurisprudence antérieure.

¹⁰ MATTER, p. 10 et la jurisprudence citée par cet auteur.

¹¹ MATTER, p. 10–11, et la jurisprudence citée par cet auteur.

¹² MATTER, *ibid.*; ATF 60 I 232; 49 I 462; 34 I 472; 30 I 364.

¹³ Cf. p.ex. en ce qui concerne la qualité pour invoquer l'art. 4 Cst.: ATF 49 I 83 sv.; 47 I 219; 16, p. 323; question laissée indécise dans ATF 7, p. 747. En ce qui concerne la qualité pour invoquer d'autres droits constitutionnels: ATF 64 I 313 (séparation des pouvoirs); 45 I 129 (n'importe quel droit constitutionnel); 36 I 376–77 (liberté des cultes); 31 I 119 (garantie de la propriété). Etc.

où la collectivité publique recourante était affectée en sa qualité de titulaire d'un pouvoir de puissance publique.

Mais cette jurisprudence a été abandonnée. Désormais, le Tribunal fédéral part de l'idée que le recours de droit public, qui a pour fonction de protéger contre les excès du pouvoir de puissance publique, ne saurait inversement servir à protéger les titulaires de celle-ci¹⁴. D'où il conclut que les collectivités publiques, lorsqu'elles sont affectées en tant que titulaires du pouvoir de puissance publique, n'ont en principe pas qualité pour former un recours de droit public. Il n'en va autrement que lorsqu'un droit subjectif de la collectivité recourante est en jeu : car, en tant que titulaire d'un tel droit, elle est exposée tout comme un particulier aux excès de la puissance publique. Tel est notamment le cas pour l'autonomie communale : en tant que titulaire de celle-ci, la commune est exposée à subir les excès que pourrait faire l'Etat de son pouvoir de puissance publique, elle doit donc pouvoir, dans cette mesure, se défendre contre l'Etat et être, en conséquence, admise à former un recours de droit public¹⁵. Tel est encore l'état actuel de la jurisprudence¹⁶.

Cette jurisprudence a fait l'objet de critiques diamétralement opposées.

D'un côté, Mme BAUMANN a soutenu que la commune, en sa qualité de titulaire de pouvoir de la puissance publique, n'était jamais dans une position semblable à celle du particulier, même pas lorsqu'elle défendait son autonomie. Elle en conclut qu'en cette qualité la commune n'est jamais recevable à former un recours de droit public¹⁷.

En sens inverse, M. MATTER préconise un retour à l'ancienne jurisprudence. Il reproche à la jurisprudence actuelle de se fonder sur deux prémisses discutables. A savoir, d'une part, une conception unitaire du pouvoir de puissance publique, englobant à la fois l'Etat et la commune ; et d'autre part, l'idée que les droits constitutionnels ont pour seule fonction de ménager à leur titulaire une sphère exempte d'atteintes de la part de l'Etat. A la première de ces deux pré-

¹⁴ ATF 70 I 77; 65 I 132; 60 I 230. MATTER, p. 11 sv.; BAUMANN, p. 35 sv.

¹⁵ Cf. ATF 48 I 109.

¹⁶ ATF 97 I 138 (avec des références à la jurisprudence antérieure), 511, 519.

¹⁷ Op.cit., p. 82sv.

misses, il oppose une conception pluraliste de l'Etat fédéraliste¹⁸. Quant à la seconde, il lui reproche d'être beaucoup trop étroite; à partir de cette conception-là du droit constitutionnel, écrit-il, on ne comprendrait pas que l'on ait pu qualifier de la sorte le principe de la séparation des pouvoirs; aussi bien, ce qui est décisif, s'agissant de déterminer si une norme peut être taxée de droit constitutionnel, ce n'est nullement son contenu, mais c'est la nécessité d'une protection. Du reste, si l'on n'admet la commune à recourir qu'en cas de violation d'un droit subjectif, on ne comprend pas qu'elle ait qualité pour se plaindre d'une atteinte de son «droit» à l'existence, car ce «droit» ne saurait être considéré comme un droit subjectif. Enfin, à ne vouloir ouvrir le recours de droit public à la commune que lorsqu'elle est exposée à subir une atteinte à l'un de ses droits subjectifs, on ne lui accorde qu'une protection tout à fait insuffisante; il ne suffit point, en effet, que soient protégées comme telles les compétences propres de la commune, qui font seules l'objet de ce droit subjectif, mais encore faut-il que la commune puisse se défendre lorsque l'Etat compromet les conditions préalables à l'exercice de ces compétences. Il faut donc, comme le faisait l'ancienne jurisprudence, admettre la commune à recourir toutes les fois qu'elle a un intérêt digne de protection, et rechercher de cas en cas si la commune peut se prévaloir d'un tel intérêt, étant entendu que tel ne sera jamais le cas lorsque, dans le domaine envisagé, la commune fonctionne simplement comme autorité étatique inférieure¹⁹.

Nous pensons, nous aussi, que la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral est critiquable. En premier lieu, il nous paraît parfaitement irréaliste de dire que si la commune était admise à former un recours de droit public contre un acte de l'Etat l'affectant en tant que titulaire du pouvoir de puissance publique, cette voie de droit servirait à protéger le titulaire de ce pouvoir. Même s'il est vrai que ce pouvoir provient d'une source unique, l'ordre juridique étatique (et nous nous écartons sur ce point de l'argumentation de M. MATTER),

¹⁸ M. MATTER soutient en effet que les relations entre canton et communes ont, elles aussi, un caractère fédéraliste (op.cit., p. 33 sv.), ce qui nous paraît discutable.

¹⁹ Cf. sur tous ces points, op.cit., p.42sv. Cf. BÜRGIN, p.45, qui déplore, lui aussi, l'abandon de l'ancienne jurisprudence.

il n'en reste pas moins qu'il est réparti entre divers titulaires: la collectivité primaire et les collectivités secondaires, en particulier les communes, ou délégué à de simples personnes administratives décentralisées; on peut donc parfaitement concevoir qu'un titulaire du pouvoir de puissance publique soit affecté en cette qualité par un acte d'un autre titulaire du pouvoir de puissance publique; et si le premier se défend contre le second en formant un recours de droit public, on ne peut pas dire alors que cette voie de droit serve à protéger le titulaire du pouvoir de puissance publique dont les excès sont incriminés. Elle sert, au contraire, à protéger un autre titulaire du pouvoir de puissance publique, et l'on ne voit pas pourquoi celui-ci, dès lors qu'il est exposé à subir les excès du pouvoir de puissance tout comme un particulier, ne pourrait pas, comme ce dernier, former un recours de droit public. Il ne nous paraît pas non plus exact d'affirmer qu'un titulaire du pouvoir de puissance publique ne pourrait être affecté en cette qualité que par la violation d'un droit subjectif dont il serait titulaire: il est au contraire parfaitement possible qu'il soit affecté déjà par la violation d'un principe de droit objectif.

De sorte qu'en définitive, et là nous rejoignons absolument M. MATTER, la question qui se pose est celle de savoir quand un titulaire du pouvoir de puissance publique peut se prétendre lésé dans un intérêt propre juridiquement important, car c'est là la condition sine qua non de la qualité pour former un recours de droit public; valable s'agissant des particuliers, cette condition doit l'être aussi naturellement pour un titulaire du pouvoir de puissance publique. Et nous pensons que l'on doit admettre qu'il y a intérêt propre d'un titulaire du pouvoir de puissance publique, lorsque cet intérêt est distinct de celui dont le titulaire du pouvoir de puissance publique auteur de l'acte incriminé a la charge. Tel est, à notre avis, le cas lorsque et dans la mesure où une personne morale de droit public autre que l'Etat jouit en vertu du droit applicable soit de libre initiative²⁰, soit tout au moins d'une certaine liberté de choix et qu'elle peut, dans certaines limites, faire prévaloir ses initiatives ou ses choix

²⁰ Rappelons qu'à notre avis seule une collectivité publique secondaire peut, en principe, jouir de libre initiative.

même contre les autorités cantonales : le fait même que le droit applicable permette à une personne morale de droit public autre que l'Etat de définir une conception propre, le cas échéant divergente de celle de ce dernier, et de la faire prévaloir dans certaines limites, nous paraît indiquer suffisamment qu'il y a, dans cette mesure, intérêt propre de cette personne morale de droit public, distinct de celui que l'Etat a pour mission de sauvegarder²¹.

Habile dans cette mesure à former un recours de droit public, la commune peut-elle faire valoir par cette voie la violation de n'importe quel droit constitutionnel du citoyen ?

Il est clair tout d'abord qu'elle peut invoquer la violation de la garantie de l'autonomie communale. Nous savons cependant que cette garantie est relativement limitée et ne couvre qu'une partie du champ d'autonomie de la commune. Il est dès lors fort important de savoir si la commune peut, par la voie du recours de droit public, faire valoir d'autres droits constitutionnels.

Nous pensons que la commune devrait être admise (ainsi d'ailleurs que n'importe quelle personne de droit public autre que l'Etat) à invoquer l'article 4 Cst. Peu importe à cet égard que l'on exige l'existence d'un lien entre l'intérêt personnel juridiquement important et le droit constitutionnel invoqué: l'art. 4 Cst. recouvre en effet tout intérêt propre juridiquement important, quel qu'il soit²².

Les mêmes principes devraient, à notre avis, s'appliquer en ce qui concerne le principe de la séparation des pouvoirs^{22bis}.

S'agissant en revanche des libertés individuelles proprement dites, tout dépendrait de la conception que l'on se fait du recours de droit public; si on le conçoit comme un recours pour violation du droit objectif, on admettra la commune à invoquer une violation de ces libertés, quand bien même elle n'en est, de toute évidence, pas titulaire; si on le conçoit comme un recours pour violation d'un droit public subjectif, on aboutira à la solution contraire. C'est naturellement la première solution qui s'imposerait dans le cas où la loi d'organisation judiciaire serait modifiée dans le sens que nous avons indiqué. Mais, même en l'état actuel du droit, il ne nous paraît pas exclu

²¹ Dans le même sens: MATTER, p. 42, 55.

²² ATF 94 I 140. Contre la solution préconisée au texte: ZIMMERLI, op. cit.

^{22bis} Cf. à ce propos, BÜRGIN, p.45.

d'appliquer cette solution²³. Autrement dit, nous préconisons, comme M. MATTER, un retour à l'ancienne jurisprudence.

Il n'est pas sans intérêt de relever que la théorie que nous défendons permet de rendre de compte d'une solution jurisprudentielle qui nous était apparue incompréhensible. Nous l'avons vu, il y a atteinte illicite à l'autonomie communale lorsque l'Etat intervient contre la commune, parce qu'il a admis à tort qu'étaient réunies les conditions d'une telle intervention; à cet égard, disions-nous, peu importe que l'Etat ait commis une simple erreur ou qu'il soit tombé dans l'arbitraire: ce qui seul compte, c'est qu'il est intervenu sans que fussent remplies les conditions de cette intervention; qu'il ait commis une simple erreur ou qu'il soit tombé dans l'arbitraire, il y a, dans un cas comme dans l'autre atteinte illicite à l'autonomie communale. Mais nous avons vu aussi que ce n'était pas la solution du Tribunal fédéral, qui n'admettait une violation de l'autonomie communale que si l'Etat était tombé dans l'arbitraire. Cette solution se comprend parfaitement, si l'on admet que le recours pour violation de la garantie de l'autonomie communale n'a qu'une portée limitée et que, ce cas mis à part, la commune ne peut recourir que pour violation de l'article 4 Cst. (ou pour violation d'un autre droit constitutionnel): dans ce cas, par hypothèse, la commune ne peut en effet se plaindre que de l'arbitraire de l'autorité cantonale, non pas en revanche d'une simple illégalité.

Notons enfin que, dans plusieurs arrêts récents, le Tribunal fédéral a expressément admis la commune à invoquer d'autres droits constitutionnels à l'appui d'un recours pour violation de son autonomie²⁴. Là encore, il n'est donc pas très loin des positions que nous défendons. Nous croyons cependant que sa jurisprudence serait singulièrement clarifiée, si elle s'inspirait désormais de la distinction que nous avons préconisée, et si elle admettait, avec nous que c'est de deux choses l'une: ou bien la commune est dans le cas d'invoquer la garantie de l'autonomie communale, et alors le motif tiré de la vio-

²³ Rappelons l'arrêt ATF 94 I 140 cité en n. 5 ci-dessus.

²⁴ ATF 97 I 511; TF 15.3.72, commune de Cully; 17.2.71, commune de Mor-schach; 17.3.71, commune de Pully; 17.11.71, commune de Susch; 29.4.70, commune de Villars-sur-Glâne (partiellement publié in ATF 96 I 151 sv.); 23.12.70, Zbl. 1971, p.430.

lation de cette garantie se suffit à lui-même, sans qu'il soit besoin d'invoquer la violation d'autres droits constitutionnels; ou bien la commune n'est pas dans ce cas et elle fera valoir, non pas une violation de son autonomie, mais la violation d'un autre droit constitutionnel, violation qu'elle est habile à faire valoir si et dans la mesure où elle est autonome et où cette violation l'affecte dans son autonomie.

Sous-section II. La qualité des particuliers pour recourir contre une atteinte à l'autonomie

Les particuliers et, plus précisément, les habitants de la commune ont-ils qualité pour faire valoir une violation de l'autonomie communale? La question est fort délicate et fort controversée.

Le Tribunal fédéral fait une distinction selon que la violation de l'autonomie communale est invoquée à titre préjudiciel, ou à titre principal²⁵.

Dans la première hypothèse, notre Cour suprême a toujours admis les particuliers à faire valoir une violation de l'autonomie communale. Ainsi un particulier peut-il, à l'appui d'un recours pour violation de la garantie de la propriété, faire valoir que la disposition sur laquelle se fonde la restriction incriminée a été prise en violation de l'autonomie communale, qu'elle est donc inconstitutionnelle et ne saurait ainsi servir de base légale à cette restriction. De même peut-on concevoir que l'autonomie communale soit invoquée à titre préjudiciel dans un recours pour violation des droits politiques.

En revanche, la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral dénie au particulier, fût-il citoyen de la commune intéressée, la qualité pour déférer à titre principal une violation de l'autonomie de celle-ci. Dans le passé, il est vrai, notre Cour suprême se montrait plus large. Elle avait admis à plusieurs reprises la qualité du particulier, citoyen de la commune, pour faire valoir une violation de l'autonomie communale, tout au moins lorsque la décision incriminée affectait une

²⁵ Cf. p.ex. ATF 94 I 131; 93 I 445; 91 I 412; 72 I 25. TF 3.3.71, La Neuchâteloise; 25.11.70, Grossert; 28.5.69, dame Mani; 12.11.69, Zbl. 1971, p.174; 17.5.67, Zbl. 1968, p.25; 23.9.52, Zbl. 1953, p.512; 24.5.50, Zbl. 1950, p.487; 4.3.48, Zbl. 1948, p.192.

décision de l'assemblée de commune ou plaçait la commune sous administration étatique²⁶. Puis, le Tribunal fédéral exprima des doutes quant au bien-fondé de cette jurisprudence, mais laissa la question indécise²⁷. Enfin, dans un arrêt de 1946²⁸, toujours confirmé depuis lors, le Tribunal fédéral a jugé que le particulier n'avait pas qualité pour se prévaloir à titre principal d'une violation de l'autonomie communale. L'autonomie communale, dit-il, se rapporte à la place de la commune, en tant que corporation de droit public, par rapport à l'Etat; elle lui confère un certain pouvoir de se déterminer elle-même, une sphère d'action indépendante, soustraite aux interventions de l'Etat. Une violation de l'autonomie communale affecte cette faculté d'action indépendante de la commune; comme cette faculté appartient à la commune comme telle, seule la commune s'en trouve lésée. A la différence du principe de la séparation des pouvoirs, l'autonomie communale ne protège pas le droit du citoyen de participer à la formation de la volonté de la commune; une violation de cette autonomie n'affecte donc pas non plus ce droit, pas même indirectement. Enfin si, une décision d'une assemblée de commune ayant été cassée, cette assemblée renonce à recourir contre cette décision, il ne saurait appartenir à une minorité des membres de cette assemblée de faire prévaloir sa propre conception contre la majorité de celle-ci.

Cette jurisprudence a été critiquée de divers côtés et trois auteurs au moins, Mme BAUMANN, M. ZWAHLEN et IMBODEN²⁹, ont soutenu que la qualité devait être reconnue aux particuliers de recourir pour violation de l'autonomie communale.

Mme BAUMANN dénie, nous le savons, toute qualité à la commune pour former un recours de droit public, même lorsque son autonomie

²⁶ ATF 46 I 383–4; 45 I 130; 42 I 191–2; 27 I 216; 20 I 808; TF 24.1.25, MBVR 1925 p.199; 25.6.03, MBVR 1903, p. 468–9.

²⁷ ATF 46 I 383.

²⁸ ATF 72 I 25.

²⁹ ZWAHLEN, p.646sv.; IMBODEN, *Gemeindeautonomie*, p.364–5; BAUMANN, p.100sv.; GEINOZ, p.53 sv. Sur ce point, cf. également GRISEL, p.138; REINHARDT, p.95, 100; BORRADORI, p.199, 205sv., 208sv.; P. BRUGGER, p.163; SCHALTEGGER, p.73sv.; SCHORR, p.92; OLGIATI, p.75, 157; MATTER, p.68–69; METTLER, p.57; GEIGER, p.194sv.; BÜTIKOFER, p.151; BÜRGIN, p.48–49, cependant ZIMMERLI, op. cit.

ou son droit à l'existence est en jeu. Elle en conclut que le recours de droit public pour violation de l'autonomie communale ne devrait être ouvert qu'aux particuliers, citoyens de la commune. Nous avons déjà dit pourquoi il était, à notre avis, erroné de dénier à la commune la qualité pour former un recours de droit public, lorsque la décision incriminée la touchait en sa qualité de titulaire du pouvoir de puissance publique. Mais, admît-on même sur ce point la thèse de cet auteur, il ne s'ensuivrait encore nullement que les particuliers, citoyens de la commune, auraient, eux, qualité pour faire valoir à titre principal une violation de l'autonomie communale. C'est au contraire ce qu'il faudrait démontrer.

Si nous reprenons la distinction que nous avons opérée, il est bien clair tout d'abord que le problème ne se pose qu'en ce qui concerne le recours de droit public pour violation de la garantie de l'autonomie communale; s'agissant du recours pour violation de l'autonomie fondé sur un autre droit constitutionnel, la question de la qualité pour recourir des particuliers obéit aux règles générales valables pour ce type de recours.

Même ainsi limité, le problème ne se pose pas de la même façon selon la conception que l'on se fait du recours de droit public. Si l'on en fait un recours pour violation du droit objectif, il n'y a nulle difficulté à admettre la qualité des particuliers pour recourir contre une violation de la garantie de l'autonomie, à la seule condition qu'ils puissent se prévaloir d'un intérêt propre juridiquement important. Que si l'on en fait, au contraire, un recours pour violation d'un droit subjectif ou d'un principe destiné à sauvegarder certains intérêts déterminés, seule la lésion de ces intérêts pouvant ouvrir cette voie de droit à celui qui en est victime, la question devient plus délicate. Il faut se demander alors si ces intérêts protégés par la garantie de l'autonomie communale sont uniquement des intérêts de la commune comme telle, ou s'il peut s'agir également d'intérêts propres à des particuliers. Mais, à notre avis, il est parfaitement possible d'admettre cette dernière solution en considérant, comme le font, si nous voyons bien, IMBODEN et M. ZWAHLEN³⁰, la garantie de l'autonomie, à l'égard des

³⁰ IMBODEN, loc. cit.; ZWAHLEN, op. cit. Cf. en outre GEINOZ, loc. cit. Contra: ZIMMERLI, op. cit.

particuliers, comme l'équivalent, dans les rapports entre l'Etat et la commune, du principe de la séparation des pouvoirs dans les rapports entre le législatif et l'exécutif au sein même de l'Etat, et en appliquant par analogie la jurisprudence relative à ce dernier principe.

Sous-section III. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral se borne à dire et à répéter que le champ et la portée de l'autonomie communale sont déterminés par le droit cantonal, dont il revoit librement l'interprétation et l'application, lorsqu'il s'agit de dispositions constitutionnelles, et sous l'angle restreint de l'arbitraire, s'il s'agit de dispositions légales ou réglementaires³¹.

En fait, la question est beaucoup plus complexe et la jurisprudence de notre Cour suprême beaucoup plus nuancée que ne pourrait le laisser croire cette affirmation sommaire.

En ce qui concerne tout d'abord le champ de l'autonomie, deux problèmes peuvent se poser, qu'il faut bien distinguer. Il se peut tout d'abord que soit litigieuse l'interprétation d'une disposition de rang législatif définissant dans un domaine donné les compétences des communes. Dans ce cas, l'interprétation que l'autorité cantonale a donnée de cette disposition ne sera revue par le Tribunal fédéral que sous l'angle restreint de l'arbitraire. Il se pose ensuite la question de savoir si, compte tenu des dispositions topiques telles que l'autorité cantonale pouvait les interpréter sans arbitraire, la commune jouit dans le domaine considéré d'une certaine autonomie, au sens défini par la jurisprudence du Tribunal fédéral ; cette question est examinée librement³².

Pour ce qui est ensuite de la portée de l'autonomie, le problème est encore plus complexe. Il est clair que l'interprétation des dispo-

³¹ Cf. p.ex. ATF 97 I 512–3, 522; 96 I 153, 382; 94 I 545; 93 I 431. Cf. cependant TF 23.12.70, Zbl. 1971, p.430, où le TF semble admettre que, pour peu que la garantie de l'autonomie (ou de l'existence) de la commune fasse l'objet d'une disposition constitutionnelle, le TF jouirait d'un libre pouvoir d'examen ; mais il ne s'agit dans cet arrêt que d'un obiter dictum.

³² ATF 93 I 161 et 434 (implicitement). Cf. cependant TF 2.4.69, commune de Müllheim, et 1.10.69, commune de Flims, où la distinction établie au texte ne semble pas avoir été faite.

sitions cantonales de rang législatif ou réglementaire qui définissent la portée du pouvoir de contrôle des autorités cantonales (contrôle de la légalité, contrôle limité ou illimité de l'appréciation) n'est revue que sous l'angle restreint de l'arbitraire³³. S'il aboutit à la conclusion que le contrôle était limité à la légalité, le Tribunal fédéral recherche librement si l'autorité cantonale n'a pas, sous prétexte d'exercer un contrôle de la légalité, revu en fait l'exercice qu'a fait la commune de son pouvoir d'appréciation, ou si la disposition de droit matériel dont il a été fait application ne laissait pas à la commune une certaine latitude de jugement ou un certain pouvoir de décider en opportunité et, le cas échéant, si l'autorité cantonale n'a pas substitué sa propre appréciation à celle de l'autorité communale³⁴; si tel n'est pas le cas, le Tribunal fédéral ne revoit que sous l'angle restreint de l'arbitraire si l'autorité cantonale a fait une fausse application de cette disposition de droit matériel³⁵. Enfin, si le Tribunal fédéral aboutit à la conclusion que l'autorité cantonale avait un pouvoir illimité de revoir l'appréciation, il ne peut alors que rechercher si l'autorité cantonale a abusé de ce pouvoir, et il examine cette question sous l'angle restreint de l'arbitraire³⁶.

S'agissant du recours pour restriction à l'autonomie communale (et, en particulier, des restrictions par actualisation d'une restriction existant à l'état latent), le Tribunal fédéral semble s'inspirer des mêmes principes. C'est ainsi notamment qu'il recherche librement si, compte tenu des dispositions du droit cantonal définissant les compétences des communes dans un domaine donné, celles-ci jouissent

³³ Cf. p.ex. ATF 97 I 139; 95 I 39; 93 I 161, 435; TF 2.4.69, commune de Müllheim; 17.2.71, commune de Morschach; 1.12.71, commune d'Arlesheim. En sens contraire: ATF 91 44sv.; 92 I 376sv.; TF 28.4.65, Zbl. 1965, p. 400; mais cette jurisprudence a été expressément abandonnée par ATF 93 I 431.

³⁴ ATF 97 I 139, 515; 96 I 374sv.; 92 I 376sv.; 91 I 44sv.; TF 28.4.65, Zbl. 1965 p. 400.

³⁵ ATF 95 I 41. Cf. cependant TF 23.12.70, commune de Luzein et 1.12.71, commune d'Arlesheim, où le TF semble avoir recherché librement si l'acte incriminé était contraire au droit fédéral ou cantonal.

³⁶ ATF 97 I 517; 93 I 162, 433. Rappelons qu'à notre avis abus du pouvoir d'appréciation et arbitraire sont deux notions qui ne se recoupent pas nécessairement.

d'autonomie au sens défini par sa jurisprudence³⁷. De même examine-t-il librement si l'autorité cantonale n'a pas excédé matériellement sa compétence: du moins c'est ce qu'il a fait, sans le dire, dans les arrêts commune de Grandson et commune de Bachs³⁸; il est possible cependant que l'arrêt commune de Regensdorf amorce un revirement sur ce point précis³⁹: dans cet arrêt, en effet, notre Cour suprême s'est bornée à rechercher si l'autorité cantonale avait pu, sans tomber dans l'arbitraire, se considérer comme compétente pour procéder à la rectification des limites du district de chasse litigieux.

Cette jurisprudence a été critiquée de divers côtés. On lui a reproché d'être trop restrictive⁴⁰ et de réduire le recours pour violation de l'autonomie communale à un simple recours pour arbitraire⁴¹.

Pour notre part, nous distinguerons, là encore, le recours pour violation de la garantie de l'autonomie et le recours pour violation de l'autonomie fondé sur d'autres droits constitutionnels.

En ce qui concerne le recours pour violation de la garantie de l'autonomie communale, nous pensons, nous aussi, que la jurisprudence du Tribunal fédéral est trop restrictive. L'exposé que nous venons d'en faire montre que notre Cour suprême se livre, en matière de pouvoir d'examen, à des distinctions subtiles dont la raison d'être n'est pas évidente. En se reconnaissant un pouvoir de libre examen en matière de recours pour violation de la garantie de l'autonomie, le Tribunal fédéral simplifierait donc heureusement sa jurisprudence sur ce point précis. Nous ne voyons guère quelles considérations de principe pourraient l'empêcher de franchir ce pas; s'agissant en effet de déterminer si une restriction à la propriété ou à une autre liberté fondamentale peut se fonder sur une base légale, le Tribunal fédéral n'hésite plus à examiner librement si la disposition incriminée est conforme au droit cantonal, fût-il de rang législatif⁴²; or, en

³⁷ ATF 96 I 239, 725; 94 I 546–7.

³⁸ ATF 94 I 548 sv.; 96 I 241 sv.

³⁹ ATF 96 I 726.

⁴⁰ ZWAHLEN, p. 649; BÜRGIN, p. 50.

⁴¹ IMBODEN, *Gemeindeautonomie*, p. 364; GIACOMETTI, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, p. 75 sv.

⁴² Du moins, lorsqu'il s'agit d'une atteinte grave: cf. MOSER, op.cit., p. 188, et la jurisprudence citée par cet auteur.

matière de garantie de l'autonomie communale, le problème se pose exactement de la même manière : il s'agit de savoir si tel acte législatif ou administratif d'une commune est conforme au droit cantonal ou au droit communal. Rien ne s'opposerait donc à ce que notre Cour suprême se reconnaîse le même pouvoir d'examen dans l'un et l'autre cas. Cette solution serait sans nul doute heureuse : elle éviterait que des recours pour violation de la garantie de l'autonomie communale n'échouent, peut-être, pour une raison de pure procédure, donc en définitive pour une raison secondaire, ce qui est toujours choquant.

Pour ce qui est, en revanche, des recours pour violation de l'autonomie communale fondés sur d'autres droits constitutionnels, il y a lieu de faire application des règles générales sur le pouvoir d'examen applicables à ce type de recours. Selon que la commune invoque l'article 4 Cst. ou un autre droit constitutionnel (autre que la garantie de l'autonomie), le Tribunal fédéral jouira donc, soit d'un pouvoir d'examen limité à l'arbitraire, soit d'un pouvoir de libre examen.

Il n'en va pas autrement pour les recours dirigés contre une restriction de l'autonomie communale. Il s'agit, en effet, dans ce cas et par hypothèse, de recours fondés sur la violation d'autres droits constitutionnels que la garantie de l'autonomie communale (mis à part, bien entendu, le cas de violation de la garantie institutionnelle de l'autonomie : mais on retombe alors dans l'hypothèse précédemment examinée du recours pour violation de la garantie de l'autonomie).

Troisième partie. La situation actuelle et l'avenir de l'autonomie communale

Chapitre I. L'autonomie communale dans les divers droits cantonaux

Dans les chapitres précédents, nous avons défini la notion, le critère et la portée de l'autonomie communale. Mais nous l'avons fait en quelque sorte dans l'abstrait. Nous disposons certes désormais d'un système de concepts, mais nous serions bien en peine de dire si les communes disposent d'une marge d'autonomie importante ou, au contraire, très faible. Pour le savoir, il faut maintenant scruter divers droits cantonaux à l'aide des concepts ainsi dégagés. Car ce sont ces droits cantonaux qui définissent concrètement le champ et la portée de l'autonomie communale. C'est ce que nous nous proposons de faire dans le présent chapitre.

Cette entreprise se heurtait, à la vérité, à des difficultés considérables. Difficulté d'accès aux sources, dans une certaine mesure au moins, mais bien plus encore difficulté de dépouillement : pour mener à bien ce projet, il aurait fallu pratiquement dépouiller tous les textes actuellement en vigueur dans tous les cantons et demi-cantons ; il ne pouvait évidemment en être question. De plus, il est parfois délicat de conclure sur la base des textes seuls ; encore faudrait-il savoir de quelle manière ils sont appliqués dans la pratique, ce d'autant plus qu'ils sont souvent muets sur des points essentiels, tels, par exemple, que la portée du pouvoir de surveillance. A cet égard, la situation telle qu'elle existait dans le canton de Vaud avant la loi actuelle sur les communes, soit avant 1956, est exemplaire ; à ne considérer que les textes, on se serait aisément convaincu que l'autonomie communale y était, pratiquement, inexistante ; et l'on se serait trompé : si le canton disposait en effet à l'égard des communes de pouvoirs pratiquement sans limites, il n'en usait, dans la pratique, que fort modérément, par égard, justement, pour l'autonomie des communes ; celle-ci était

donc bel et bien une réalité, mais une réalité que jamais la seule lecture des textes n'aurait fait soupçonner¹.

Pour toutes ces raisons, force nous a été de limiter considérablement notre propos et de recourir aux bons offices des chancelleries cantonales. Une quinzaine d'entre elles ont bien voulu répondre au questionnaire que M. le professeur JAGMETTI et nous-même leur avions adressé². Les remarques que l'on va lire proviennent pour l'essentiel³ du dépouillement des réponses à ce questionnaire. Volontairement limitées à un certain nombre d'objets précis, elles donnent donc, plutôt qu'un panorama complet, quelques aperçus nécessairement sommaires de l'autonomie communale telle qu'elle existe effectivement dans un certain nombre de cantons. Si incomplets soient-ils, nous croyons qu'ils ne sont pas dénués d'intérêt.

Nous examinerons successivement l'autonomie communale en matière financière, en matière d'aménagement du territoire et de police des constructions, de police, d'instruction publique, de santé publique, d'assistance publique et de personnel communal. Pour terminer nous verrons certains aspects du pouvoir de surveillance de l'Etat sur les communes.

Mais ce seul examen des textes et de leur application ne saurait suffire, à lui seul. L'autonomie est en effet susceptible d'être réduite considérablement, soit de manière indirecte (conditions auxquelles l'Etat subordonne l'octroi de subventions aux communes, par exem-

¹ Ainsi que nous le faisait remarquer M. Edmond HENRY, ancien Chancelier de l'Etat de Vaud et ancien Secrétaire général du Département de l'Intérieur. Cf. également BGC 1955-printemps, p. 813.

² Ont répondu (en tout ou en partie) les cantons et demi-cantons de Thurgovie, Lucerne, Appenzell-Rhodes extérieures, Bâle-Ville, Grisons, Obwald, Valais, Saint-Gall, Tessin, Neuchâtel, Berne, Schaffhouse, Zoug, Genève, Zurich et Vaud.

³ Nous nous sommes efforcé, en ce qui concerne les autres cantons, de compléter notre information en dépouillant la législation sur les communes (dans la mesure où elle existe), les classeurs édités par l'Administration fédérale des contributions sur les impôts cantonaux et communaux, le rapport de droit comparé établi par le Service des intérêts généraux de la Ville de Lausanne au sujet de la surveillance de l'Etat sur les communes, et en nous aidant des ouvrages de MM. GEINOZ (canton de Fribourg), BÜRGIN et STIEGER (demi-canton de Bâle-Campagne).

ple) soit par des données de pur fait (capacité financière, dépendance à l'égard des services techniques de l'Etat). Il est donc nécessaire de tenir compte de ces facteurs, et c'est la raison pour laquelle nous leur consacerons une seconde section.

Les données ainsi dégagées commanderont tout naturellement les réflexions que nous serons amené à faire, dans les chapitres suivants, sur l'avenir possible de l'autonomie communale.

Section I. Champ et portée de l'autonomie communale dans divers droits cantonaux

Par. I. L'autonomie en matière financière

A. L'autonomie en matière fiscale

En ce qui concerne tout d'abord le système fiscal des communes, les impôts que celles-ci peuvent percevoir sont, en général, déterminés exhaustivement par la loi cantonale. A cet égard, le canton des Grisons fait exception: les communes peuvent en effet déterminer librement les impôts qu'elles entendent percevoir, à cela près qu'elles ne peuvent plus (depuis 1956) prélever d'impôt sur le bénéfice et sur le capital des personnes morales. De même, dans le canton de Berne, les communes peuvent (outre les suppléments légaux aux impôts cantonaux et l'imposition exclusive ou concurrente d'objets déterminés par la loi) imposer des objets non déterminés par la loi, à la condition toutefois qu'ils ne fassent pas déjà l'objet d'une imposition cantonale; en raison même de cette dernière restriction, ces impôts ne jouent pas un très grand rôle.

Même dans les cantons où les impôts susceptibles d'être perçus par les communes sont énumérés exhaustivement par la loi, cela ne signifie pas nécessairement que les communes soient privées de toute liberté quant à la définition de leur système fiscal. Il faut à cet égard mettre à part deux cas extrêmes, celui où la loi se borne à autoriser les communes à percevoir les impôts qu'elle énumère et celui où elle les y oblige ou se borne à prévoir une participation des communes aux impôts cantonaux. Le canton de Vaud se rapproche de la première hypothèse; la liberté de la commune est toutefois restreinte en ce sens qu'elle ne peut percevoir l'un sans l'autre l'impôt sur le revenu

et sur la fortune des personnes physiques, d'une part, et l'impôt sur le bénéfice net et sur le capital, ainsi que l'impôt minimum sur les personnes morales exploitant une entreprise, d'autre part, et qu'elle ne peut imposer les successions et donations que si elle perçoit l'impôt sur le revenu et sur la fortune. La troisième hypothèse se trouve réalisée dans le demi-canton d'Obwald. Les canton de Thurgovie, de Bâle-Ville, du Valais, de Saint-Gall, du Tessin, de Neuchâtel, de Schaffhouse, d'Uri, de Schwyz, de Glaris et d'Argovie paraissent se rattacher au second système. Dans les autres cantons ou demi-cantons, au contraire, il convient de distinguer entre les impôts principaux (sur le bénéfice et sur la fortune des personnes physiques, sur le bénéfice et sur le capital, sur les gains immobiliers), dont la perception est obligatoire (du moins pour les communes dont les ressources non fiscales ne suffisent pas à couvrir les dépenses), et certains impôts mineurs (sur les affiches, sur les divertissements, sur les chiens, etc.) dont la perception est seulement facultative.

Dans la mesure où elles jouissent ainsi d'une certaine liberté quant à la définition de leur système fiscal, les communes ne sont, généralement, soumises à aucun contrôle particulier ou à un contrôle de la légalité. On peut donc parler d'une certaine autonomie des communes dans ce domaine, mais d'une autonomie le plus souvent fort restreinte.

Quant à la gamme des impôts susceptibles d'être perçus par les communes, elle est très restreinte dans le canton de Lucerne, où les communes ne peuvent percevoir qu'un impôt sur les gains immobiliers, un impôt sur les successions et un impôt sur les spectacles, ainsi que dans le demi-canton de Bâle-Ville, où la commune de Riehen ne peut percevoir qu'un impôt sur le revenu, la commune de Bettingen un impôt sur le revenu et un impôt foncier. Mais, de façon générale, les communes peuvent imposer au moins le revenu et la fortune des personnes physiques et, dans une dizaine de cantons (Thurgovie, Valais, Schaffhouse, Zurich, Uri, Schwyz, Nidwald, Glaris, Uri, Bâle-Campagne, Genève, Zoug et Vaud) un impôt sur les personnes morales. Il s'y ajoute le plus souvent un impôt personnel et parfois un impôt foncier (Valais, Saint-Gall, Tessin, Neuchâtel, Berne, Zurich, Fribourg, Appenzell Rhodes-intérieures, Vaud), des droits de mutation (Saint-Gall, Zurich, Schwyz, Fribourg, Vaud), un impôt

sur les successions (Fribourg, Argovie, Lucerne, Vaud), et un impôt sur les gains immobiliers (Appenzell Rhodes-extérieures, Zurich, Valais, Schaffhouse, Zoug, Fribourg, Soleure, Vaud), ainsi que quelques impôts mineurs.

De manière générale, l'assiette des impôts susceptibles d'être perçus par les communes est déterminée par le droit cantonal, de sorte que les communes ne jouissent d'aucune autonomie à cet égard. Font évidemment exception les impôts perçus en vertu d'une réglementation communale autonome (comme dans le canton des Grisons ou celui de Berne).

Il en va généralement de même en ce qui concerne le taux et la progression des principaux impôts. Deux cantons au moins font exception à ce principe: le canton des Grisons, où les communes peuvent déterminer en toute liberté si les impôts qu'elles préleveront seront proportionnels ou progressifs et, dans ce dernier cas, quelle sera la progression, à condition toutefois qu'elle ne soit pas plus rapide que celle valable pour les impôts cantonaux, et le canton de Neuchâtel où, s'agissant de l'imposition des personnes physiques, les communes décident elles-mêmes de leur taux d'impôt en adoptant à leur choix un taux proportionnel ou une échelle progressive, sans pouvoir toutefois dépasser certains plafonds fixés par la loi. Jusqu'en 1956, les communes vaudoises jouissaient d'une liberté semblable; mais, si la loi actuelle a considérablement restreint leur autonomie à cet égard, il en est resté un vestige: la faculté d'arrêter la progression en dessous de celle de l'Etat⁴; cette disposition donne lieu, il est vrai, à de très vives critiques⁵, et l'on peut se demander si elle sera encore longtemps maintenue. En matière d'impôt sur les successions, les communes lucernoises jouissent d'une faculté semblable. Enfin, dans divers cantons, les communes ont la faculté de fixer le taux de certains impôts déterminés: impôt personnel dans le canton d'Uri, de Fribourg (la loi prévoyant toutefois une fourchette) et d'Appenzell Rhodes-intérieures (en deçà d'un plafond fixé par le droit cantonal); l'impôt immobilier dans les cantons de Zurich,

⁴ Cf. à ce propos, l'exposé des motifs à l'appui de l'actuelle loi sur les impôts communaux, BGC 1956-automne, p. 583.

⁵ Cf. motion BENOÎT, BGC 1970-automne, p. 860; cette motion a été renvoyée au Conseil d'Etat pour étude et rapport (*ibid.*, p. 873).

d'Appenzell Rhodes-intérieures et de Fribourg, avec, dans ce dernier cas, un plafond fixé par le droit cantonal; les droits de mutation dans le canton de Zurich (avec plafond), l'impôt sur le capital et les bénéfices dans les cantons d'Uri, de Soleure et de Bâle-Campagne; l'impôt sur les gains immobiliers dans les cantons de Fribourg et de Soleure (avec un plafond dans les deux cas), etc. Mais, pour le surplus, les communes ne jouissent d'aucune liberté dans ce domaine.

Il leur appartient en revanche, dans la majorité des cantons, de fixer le coefficient de leurs principaux impôts, en pour-cent de l'impôt cantonal de base. Mais il est généralement prévu, à tout le moins, que ce coefficient doit être fixé en fonction des nécessités financières de la commune. Parfois, la loi fixe en outre certains plafonds (Zurich, Fribourg et Vaud, notamment). Enfin il est parfois prévu que le coefficient doit être le même pour tous les impôts (Berne et Vaud).

Remarquons enfin que, dans plusieurs cantons, les communes qui participent à un système de péréquation financière intercommunale et bénéficient à ce titre d'une aide financière voient leur autonomie sur ces divers points sensiblement restreinte, si ce n'est entièrement annulée (par l'institution d'un contrôle portant également sur l'opportunité).

B. L'autonomie en matière financière et patrimoniale

D'une manière générale, les communes jouissent d'une grande liberté dans l'administration de leurs biens. Il est cependant bien clair que cette gestion doit être prudente et que l'autorité cantonale pourrait intervenir contre une commune qui dilapiderait ses biens, même en l'absence de disposition spéciale expresse et sur la seule base de son pouvoir général de surveillance: l'un des buts de ce pouvoir est en effet d'assurer une saine gestion financière des communes. Aussi bien dans certains cantons les communes ne peuvent-elles entamer leur capital (Berne, Lucerne, Valais, Neuchâtel, Fribourg) ou en modifier l'affectation (Lucerne) que moyennant autorisation cantonale. De même sont souvent soumis à une approbation cantonale les acquisitions et aliénations d'immeubles, les emprunts et certains placements des communes. Dans le canton de Fribourg, les communes peuvent même être contraintes par l'autorité cantonale à

réaliser certains de leurs biens. Et l'on peut ajouter qu'une telle autorisation n'aurait guère de raison d'être si elle ne portait pas, au moins dans certaines limites, également sur l'opportunité de l'opération projetée^{5bis}. En définitive, sans être inexistante, l'autonomie communale dans ce domaine apparaît ainsi beaucoup plus restreinte qu'il ne pourrait sembler à première vue. Il convient cependant de mettre à part les cantons des Grisons, d'Obwald, d'Appenzell Rhodes-extérieures (s'agissant des communes non bénéficiaires d'une péréquation), de Saint-Gall, de Zoug et de Schaffhouse, où les communes paraissent jouir d'une autonomie quasi-complète, voire totale en matière patrimoniale.

Les communes disposent en principe librement du produit de leurs biens. Dans certains cantons, elles peuvent se voir imposer cependant un plan d'amortissement de leurs dettes ou l'obligation d'établir un tel plan, qui est ensuite soumis à l'approbation de l'autorité cantonale. Cette obligation est de nature à restreindre sensiblement leur liberté de manœuvre dans ce domaine.

Certains cantons (Genève, Neuchâtel, Argovie, projet de nouvelle loi sur les communes, et, dans une certaine mesure, Schwyz) prévoient expressément que le budget doit être équilibré; le droit genevois donne, en outre, expressément à l'autorité cantonale le pouvoir d'équilibrer d'office un budget communal qui ne le serait pas. Dans le même ordre d'idées, le droit saint-gallois donne à l'autorité cantonale le pouvoir de modifier le budget d'une commune. Les communes doivent, bien entendu, porter à leur budget les postes correspondant à leurs tâches obligatoires (propres, ou, le plus souvent, déléguées); faute par elles de le faire, il y aurait lieu à inscription d'office par l'autorité cantonale, soit en vertu d'une disposition expresse (Genève), soit en vertu du pouvoir général de surveillance: l'un des buts de la surveillance exercée par le canton sur les communes est précisément de veiller que celles-ci s'acquittent des tâches qui leur incombent. Aux fins de permettre à l'autorité cantonale d'exercer son contrôle, divers droits cantonaux prévoient l'approbation du budget par les autorités cantonales (Genève, Fribourg, Neuchâtel, Argovie, Appenzell-Rhodes extérieures), ou, tout au moins, sa

^{5bis} Cf. STIEGER, p. 249.

communication (Lucerne, Bâle-Ville, Saint-Gall, Tessin, Berne, Schaffhouse). Remarquons cependant que dans certains cantons le budget communal n'est soumis à aucun contrôle particulier (Grisons, Obwald, Vaud).

Quelques cantons prévoient l'approbation par l'autorité cantonale des comptes de la commune (Genève, Zurich, Bâle-Campagne, Fribourg, Argovie); plus nombreux sont ceux qui se contentent d'une simple communication (Vaud, Valais, Tessin, Lucerne, Saint-Gall, Bâle-Ville, Argovie, Fribourg, Soleure, Zurich). Aucun contrôle n'est exercé dans les cantons des Grisons et d'Obwald. Là où il existe, ce contrôle paraît limité à la légalité. Notons enfin que, dans certains cantons, les communes doivent observer certaines règles uniformes dans l'établissement de leurs comptes.

Là encore, l'existence d'un système de péréquation peut avoir pour conséquence d'aggraver sensiblement la surveillance exercée sur les communes qui en bénéficient et de restreindre d'autant l'autonomie dont elles peuvent jouir dans ce domaine.

Enfin, et de manière plus générale, nous pensons que l'autonomie communale en matière financière et patrimoniale ne peut aller qu'en diminuant. Tant qu'il s'agissait uniquement de veiller à une saine gestion des finances et des biens communaux, il n'y avait pas d'inconvénient majeur à laisser aux communes une liberté relativement grande, quand bien même le contrôle exercé s'étendait à l'opportunité. Mais ce temps est révolu. Les investissements des communes ont pris une telle importance (du fait notamment des besoins croissants en équipements de toute sorte) qu'ils sont de nature à influer sensiblement sur l'économie tout entière, spécialement en période de «surchauffe» et d'inflation, telle que celle que nous vivons présentement. Il devient alors indispensable que la gestion financière des communes soit en harmonie avec les intérêts et les nécessités de l'économie tout entière. Dans cette perspective, l'approbation par l'autorité cantonale de certaines opérations financières communales (en particulier les emprunts) prend un sens et une portée toute nouvelle. De même, les transactions immobilières des communes traduisent de plus en plus une véritable politique foncière, et cette politique peut être lourde de conséquence pour toute une région (sans compter les risques de «colonisation» des petites communes

par des communes plus puissantes au moyen d'acquisitions immobilières massives); il importe, là encore, que les objectifs de cette politique foncière s'harmonisent avec les intérêts supérieurs de la région ou des autres communes; dans cette perspective, l'autorisation par une autorité cantonale des transactions immobilières des communes prend, elle aussi, un sens et une portée toute nouvelle⁶.

Par. 2. L'autonomie en matière d'aménagement du territoire et de constructions

A. L'autonomie en matière de plans d'aménagement

Mis à part les cas très particuliers de Genève et de Bâle-Ville, où l'établissement et l'adoption de plans d'aménagement et des règlements y afférents est affaire purement cantonale, les communes ont le pouvoir et, de plus en plus, l'obligation, d'établir et d'adopter des plans d'aménagement de leur territoire. Le droit cantonal énumère généralement un certain nombre de types de zones que peuvent prévoir les communes; selon les cantons, cette énumération est exhaustive (Thurgovie, Lucerne, Valais, Vaud, Saint-Gall, Berne, Bâle-Campagne, Zurich, Schaffhouse) ou elle ne l'est pas (Appenzell Rhodes-extérieures, Grisons, Obwald, Tessin, Neuchâtel, Argovie). Mais, dans un cas comme dans l'autre, les communes jouissent incontestablement d'une liberté considérable quant à la définition du contenu de leurs plans d'aménagement. Il n'est peut-être pas inutile de le rappeler ici, c'est précisément à propos de la définition du contenu de tels plans qu'a été conçu le critère de la marge relativement grande de décision, et depuis l'arrêt de principe commune de Volketswil, le Tribunal fédéral admet presqu'automatiquement que les communes jouissent dans ce domaine d'une telle liberté; à cet égard, l'arrêt commune de Grandson est tout à fait significatif^{6bis}. Les plans d'aménagement des communes doivent faire l'objet d'une approbation formelle par une autorité cantonale. La portée du con-

⁶ Sur ces divers points, cf. BIERI, op. cit., notamment p. 133.

^{6bis} ATF 94 I 547.

trôle exercé en cette occurrence varie selon les cantons: contrôle limité à la légalité dans les cantons des Grisons, d'Obwald, du Valais, de Neuchâtel et de Bâle-Campagne, du moins pour les plans entrant dans les compétences propres des communes; un contrôle de la légalité et un contrôle limité de l'opportunité dans les cantons de Thurgovie, de Lucerne, et de Vaud; enfin contrôle de la légalité et de l'opportunité dans les cantons d'Appenzell Rhodes-extérieures, de Saint-Gall, du Tessin, de Schaffhouse, de Zoug, de Berne et de Zurich. Sauf en ce qui concerne ces derniers cantons, il appert donc que les communes ont la faculté – au moins limitée – de faire prévaloir leur propre conception en matière d'aménagement de leur territoire, qu'elles sont donc autonomes, au sens où nous l'entendons.

Cette autonomie comporte, il est vrai, une restriction supplémentaire dans les cantons où existe la possibilité d'établir des plans d'aménagement cantonaux. Tel est le cas dans les cantons de Lucerne, du Tessin, de Neuchâtel, de Berne, de Zurich, de Zoug, de Bâle-Campagne et de Vaud (on rappelle à ce propos l'arrêt commune de Grandson)⁷. De même dans le canton de Zurich, l'autonomie communale en matière d'aménagement du territoire se trouve restreinte par la compétence appartenant au canton de prendre des mesures de protection des sites et des paysages (arrêt commune de Bachs)⁸.

De manière très générale, les communes se voient reconnaître le pouvoir de planifier elles-mêmes le réseau des voies de communication locales, sous réserve d'approbation par une autorité cantonale; dans les cantons de Zoug et de Lucerne, elles doivent se conformer, ce faisant, à un plan directeur cantonal. Cette liberté des communes peut se trouver, en outre, restreinte par des dispositions cantonales permettant à l'autorité cantonale de limiter l'accès latéral à certaines routes cantonales à des points déterminés, ou lui permettant de fixer certaines conditions quant à la localisation ou à l'aménagement de ces débouchés (tel est le cas notamment dans le canton de Vaud).

Le droit cantonal fixe généralement les obligations minimales des communes en ce qui concerne les principaux équipements techniques

⁷ ATF 94 I 541 sv.

⁸ ATF 96 I 234 sv.

(approvisionnement en eau, évacuation et épuration des eaux usées, éventuellement approvisionnement en énergie), mais leur laisse une grande latitude en ce qui concerne la planification et la réglementation de la construction et de l'exploitation de ces équipements. Elles peuvent, et parfois doivent, percevoir des taxes et des contributions de plus-value destinées à financer ces équipements; dans certains cantons, il leur appartient de réglementer elles-mêmes cet objet, dans d'autres (Lucerne et Berne notamment) les dispositions de fond et les dispositions de procédure font l'objet de règles de droit cantonal.

Enfin, dans certains cantons, les communes possèdent même la compétence d'ordonner un remaniement parcellaire (Thurgovie, Lucerne, Appenzell Rhodes-extérieures, Grisons, Obwald, Saint-Gall [remaniements de terrains à bâtir uniquement], Berne, Zoug).

Au total, on doit admettre qu'il existe, en matière d'aménagement du territoire et d'équipements, une autonomie communale qui varie de canton à canton, mais qui, à quelques exceptions près, est loin d'être négligeable.

B. L'autonomie en matière de droit des constructions

Hormis les cas particuliers de Bâle-Ville et de Genève, les communes ont partout compétence pour édicter des règles de police des constructions. Leur liberté dans ce domaine varie cependant d'un canton à l'autre: elle est parfois totale (Grisons, Saint-Gall et Zurich, pour les communes partiellement soumises au *Baugesetz* du 23.4.93), mais elle est le plus souvent limitée, dans certains cas très fortement, (cantons de Vaud, Bâle-Campagne et Zurich, pour les communes entièrement soumises au BauG par exemple) par des prescriptions minimales de droit cantonal (Valais, Thurgovie, Lucerne, Appenzell Rhodes-extérieures, Obwald, Tessin, Neuchâtel, Berne, Schaffhouse, Zoug). Ces dispositions sont généralement soumises à l'approbation par une autorité cantonale, qui exerce à cette occasion, soit un contrôle limité à la légalité (Grisons, Obwald, Valais, Tessin, Neuchâtel), soit un contrôle de la légalité et un contrôle limité de l'opportunité (Thurgovie, Lucerne, Vaud, Bâle-Campagne), soit enfin un contrôle de la légalité et de l'opportunité (Appenzell Rhodes-extérieures, Saint-Gall, Berne, Schaffhouse, Zoug).

Le permis de construire et le permis d'habiter sont généralement délivrés par la commune (le canton du Valais, celui de Genève, celui de Fribourg, celui de Bâle-Campagne, dans une certaine mesure, et celui de Berne faisant toutefois exception à cet égard, ainsi que, jusque, un certain point, celui de Schaffhouse) ; ces décisions peuvent faire l'objet d'un recours, l'autorité de recours jouissant alors d'un large pouvoir d'examen ; peuvent-elles revoir l'opportunité ? La question est, à vrai dire, assez académique, étant donné qu'en cette matière les communes ne jouissent guère, par la nature des choses et, plus précisément, par la nature du permis de construire, du pouvoir de décider en opportunité ; tout au plus, la question pourrait-elle se poser en matière d'octroi d'une dérogation, non pas sans doute quant au principe de cet octroi – qui est une question de droit⁹ –, mais quant aux modalités de la dérogation qui, elle, est une question d'opportunité ; il n'est pas sans intérêt de noter, à ce propos, que la Commission cantonale vaudoise de recours en matière de police des constructions se reconnaît le pouvoir de revoir l'opportunité lorsque la commune a octroyé une dérogation, qu'elle ne revoit, en revanche, le refus d'une dérogation que sous l'angle restreint de l'arbitraire¹⁰. Il faut noter enfin dans ce contexte que certains ouvrages ou installations qui présentent des inconvénients particuliers (danger, incompatibilité, insalubrité) doivent, dans certains cantons (Lucerne, Obwald, Tessin, Vaud) faire en outre l'objet d'une autorisation spéciale et préalable, qui est généralement, mais pas toujours, délivrée par une autorité cantonale.

Enfin, de manière générale, les communes ne peuvent accorder de dérogations à des dispositions de droit cantonal (Appenzell Rhodes-extérieures, Grisons, Neuchâtel, Schaffhouse), ne le peuvent que si la loi l'autorise expressément (Lucerne, Tessin, Vaud, Zurich) ou que moyennant approbation ou accord de l'autorité cantonale (Obwald, Berne, Zoug).

⁹ ATF 97 I 140.

¹⁰ Cf. p.ex. CCRPC 19 janvier 1966, dame G. c/Municipalité de Bussigny-près-Lausanne, n° 1937, RDAF 1966, p.254.

*Par. 3. L'autonomie en matière de police**A. Police générale*

Les communes paraissent jouir presque partout (Genève faisant cependant exception) du pouvoir d'édicter des règles générales de police relatives au maintien de l'ordre et de la tranquillité publiques. Leur liberté à cet égard est cependant restreinte par l'existence de dispositions de droit cantonal. Il est intéressant de relever que dans certains cantons (Thurgovie, Saint-Gall), les communes n'ont que très peu fait usage de cette faculté. Ces dispositions communales sont fréquemment soumises à l'approbation d'une autorité cantonale, qui, dans la plupart des cas, n'exerce qu'un contrôle de la légalité. Il semble donc que l'on peut admettre l'existence d'une certaine autonomie communale dans ce domaine.

L'application des règles générales de police par les communes fait, de manière générale, l'objet d'un contrôle beaucoup plus étendu, portant à la fois sur la légalité et l'opportunité. Cependant, le canton des Grisons ignore tout contrôle. En outre, les cantons de Lucerne et de Schaffhouse font une distinction intéressante selon qu'il s'agit de règles cantonales (voire fédérales) ou de règles communales : dans le premier cas, le contrôle porte tant sur la légalité que sur l'opportunité, dans le second cas, il est limité à la légalité. En matière de police, l'autonomie législative dont jouissent les communes apparaît ainsi nettement plus étendue que leur autonomie administrative, qui, selon le critère que nous avons retenu pour notre part, est, dans bien des cas, inexistante.

B. Police du commerce

Dans la plupart des cantons, les communes possèdent certaines compétences législatives (ou simplement réglementaires, comme dans le canton du Tessin) en matière de fixation des heures d'ouverture des magasins et de marchés publics ; font exception, à cet égard, les cantons de Bâle-Ville et d'Obwald et de Genève. Les communes sont en cette matière liées dans une mesure plus ou moins grande à des dispositions de droit cantonal. Les dispositions qu'elles édictent

sont généralement soumises à l'approbation d'une autorité cantonale, qui exerce à cette occasion un contrôle limité à la légalité ou, parfois, un contrôle restreint de l'opportunité (Vaud, Saint-Gall, Lucerne); dans le canton de Schaffhouse, cependant, le contrôle s'étend également à l'opportunité.

De manière générale, les communes ne possèdent aucune compétence législative (ou réglementaire) en matière de liquidations, à l'exception toutefois des communes bernoises. De même, dans la mesure où certaines activités commerciales sont soumises à réglementation, il s'agit, en principe, d'un objet ressortissant exclusivement au canton. Dans certains cantons, toutefois, les communes disposent sur des points précis de certaines compétences législatives ou réglementaires: ainsi, par exemple, dans le canton de Thurgovie en matière de fixation de l'heure de police, dans le canton de Saint-Gall en matière d'établissements publics, de même dans le canton de Schaffhouse, et dans le canton de Vaud en matière de colportage et déballage, d'établissements publics, de cinéma, de police privée, de services de taxis, et d'affichage. Ces dispositions sont soumises à l'approbation d'une autorité cantonale qui exerce soit un contrôle limité à la légalité (Thurgovie, Saint-Gall), soit un contrôle restreint de l'opportunité (Vaud).

En revanche, et mis à part les cantons de Bâle-Ville et de Genève, les communes disposent en cette matière de compétences administratives plus étendues. L'autorité cantonale exerce en général un contrôle limité à la légalité ou un contrôle restreint de l'opportunité. Là encore, le canton de Schaffhouse fait une distinction, selon qu'il s'agit de l'application de règles communales ou de règles cantonales, le contrôle étant limité à la légalité dans le premier cas et s'étendant à l'opportunité dans le second.

Au total, il semble que les communes jouissent de manière générale d'une autonomie législative non négligeable en matière d'ouverture et de fermeture des magasins et de marchés publics, beaucoup plus limitée, sinon inexistante, dans les autres domaines de la police du commerce, le droit vaudois faisant cependant exception sur ce point. Et que, s'agissant en revanche de l'application des règles topiques, les communes jouissent d'une autonomie sensiblement plus étendue.

C. Police des routes

De manière générale, les communes jouissent, semble-t-il, d'assez larges pouvoirs en matière de réglementation et d'octroi de permissions ou de concessions d'utilisation du domaine public. Le contrôle auxquelles elles sont soumises se limite le plus souvent à la légalité; ils s'étend à l'opportunité dans les cantons de Thurgovie, de Saint-Gall et de Zurich; dans le canton de Berne, les mesures législatives des communes ne sont soumises qu'à un contrôle de la légalité, les mesures administratives à un contrôle de la légalité et de l'opportunité.

Les compétences des communes en matière de signalisation routière, de restriction à l'utilisation d'une voie publique ou de fermeture provisoire d'une voie publique sont très variables d'un canton à l'autre, de même que la portée du pouvoir de surveillance, tantôt limité à la légalité (Obwald, Tessin), tantôt portant, mais dans une mesure restreinte, sur l'opportunité (Zoug), tantôt enfin s'étendant sans restriction à l'opportunité (Thurgovie, Saint-Gall, Berne).

D. Police de la santé publique

De façon générale, la réglementation de ce domaine est très largement cantonale. La compétence législative ou réglementaire des communes dans ce domaine est soit nulle, soit très restreinte (sauf, apparemment, à Zurich), l'autorité cantonale exerçant dans ce dernier cas un contrôle portant à la fois sur la légalité et sur l'opportunité, sauf dans les cantons de Schaffhouse, de Zoug, des Grisons et de Zurich, où le contrôle est limité à la légalité.

Les communes jouent, en revanche, un rôle très important en matière d'application des textes relatifs à la santé publique; elles jouissent dans ce domaine de compétences administratives étendues. Elles sont soumises, le plus souvent, à un contrôle de la légalité et de l'opportunité, de sorte qu'il ne peut être question dans ce domaine d'une autonomie communale au sens où nous l'entendons.

En ce qui concerne plus particulièrement le contrôle des denrées alimentaires (y compris l'eau potable) et le contrôle des abattoirs, on peut formuler les quelques remarques ci-après. Là encore, les com-

munes ne possèdent que fort peu de compétences législatives ou réglementaires, sauf peut-être en matière d'abattoirs. Elles possèdent certaines compétences administratives, plus ou moins étendues selon les cantons; on observe, semble-t-il, une certaine tendance à la «cantonalisation» du contrôle des denrées alimentaires. Enfin, dans tous les cas, les communes sont soumises tant à un contrôle de la légalité qu'à un contrôle de l'opportunité.

E. Police du feu

En cette matière, les communes n'ont guère de compétence législative qu'en ce qui concerne l'organisation du service de défense contre l'incendie; encore sont-elles, dans une mesure plus ou moins grande, liées par des dispositions de droit cantonal. Ce sont elles qui sont le plus souvent chargées d'organiser ce service et qui en supportent, au moins partiellement, les frais; on observe cependant, notamment dans les cantons du Tessin et de Vaud, une certaine tendance vers la centralisation de l'organisation du service de défense contre l'incendie. Elles sont soumises à un contrôle portant le plus souvent tant sur la légalité que sur l'opportunité (Zurich faisant toutefois exception à cet égard).

F. Protection civile

Si, dans ce domaine, les communes assument des charges importantes, leur liberté d'action est des plus restreintes: soit que les compétences appartiennent, pour l'essentiel, à des autorités cantonales, soit que des textes cantonaux règlent cette matière de façon fort détaillée. Il semble en outre que les communes sont soumises à une surveillance très étendue. Il paraît donc difficile de parler d'autonomie dans ce domaine.

Par. 4. L'autonomie en matière d'instruction publique

De façon générale, les communes exercent des compétences très importantes en matière d'enseignement primaire et secondaire. Au contraire l'enseignement gymnasial et l'enseignement universitaire

(le cas échéant) incombent au canton. Il appartient aux communes de mettre à disposition les bâtiments et le matériel nécessaire, et d'engager et rémunérer le personnel enseignant. Les communes ne jouissent d'aucune autonomie en ce qui concerne le choix du matériel scolaire, qui est déterminé par le canton. Il en va, semble-t-il, de même en ce qui concerne les bâtiments scolaires. Ce sont en revanche les communes qui choisissent les maîtres primaires et secondaires (sauf dans les cantons de Fribourg et de Genève, où ils sont choisis par le canton); elles jouissent donc dans cette mesure d'une certaine autonomie; cependant, dans le canton de Vaud, la nomination des membres du personnel secondaire est du ressort de l'autorité cantonale (sur préavis communal); et dans les cantons de Thurgovie et du Valais, le choix opéré par la commune doit être ratifié par le Conseil d'Etat. En ce qui concerne la définition des modalités du rapport de service des enseignants, et, en particulier, leur traitement, l'autonomie communale est très fortement restreinte par des dispositions de droit cantonal, voire tout à fait inexistante.

De manière générale, l'obligation scolaire, les programmes et le matériel d'enseignement sont déterminés par l'autorité cantonale, de sorte que, là non plus, il n'existe aucune autonomie des communes.

Par. 5. L'autonomie en matière de santé publique

L'équipement hospitalier est généralement affaire cantonale. Toutefois, les communes peuvent gérer des hôpitaux dont elles sont propriétaires.

Les communes pourraient-elles introduire l'assurance-maladie obligatoire? La réponse varie beaucoup d'un canton à l'autre. Elle est négative dans les cantons d'Appenzell Rhodes-extérieures, du Valais, de Saint-Gall, de Zoug; elle est positive dans les cantons de Thurgovie, du Tessin, de Neuchâtel, de Schaffhouse, de Zurich, et, vraisemblablement, dans le canton de Vaud.

Il appartient aux communes de prendre les mesures nécessaires pour prévenir et pour lutter contre les épidémies, sous la direction des autorités sanitaires cantonales. Il ne semble donc pas que l'on puisse parler d'autonomie dans ce domaine.

Enfin, les communes n'ont aucune compétence en matière de surveillance des professions médicales.

Par.6. L'autonomie en matière d'assistance publique

La réglementation de l'assistance publique est, un peu partout, affaire cantonale. Il n'existe donc pas d'autonomie législative ou réglementaire de la commune dans ce domaine. En revanche, l'octroi des secours incombe, dans de nombreux cantons, aux communes ; ce n'est que partiellement le cas dans le canton du Valais, pas du tout dans ceux du Tessin et de Vaud (où les communes se bornent à nommer les commissions d'assistance). Enfin, l'assistance publique est généralement financée pour partie par le canton et pour partie par les communes.

Les communes sont généralement associées au financement des prestations complémentaires AVS-AI. Cependant, dans le canton du Tessin, les communes sont simplement habilitées à fournir de telles prestations, alors que, dans celui de Neuchâtel, elles n'en ont ni l'obligation, ni même la faculté.

Par.7. L'autonomie en matière de personnel communal

Les rapports de service des fonctionnaires et employés communaux sont, dans la plupart des cantons, régis par des règlements communaux. Ces communes jouissent dans la définition des modalités de ces rapports de service d'une très grande liberté de décision ; le canton de Lucerne, où la loi cantonale sur les fonctionnaires s'applique dans une large mesure aux fonctionnaires communaux, semble faire exception à cet égard (et, dans une certaine mesure, le canton de Zurich). Ces règlements sont soumis à l'approbation d'une autorité cantonale (sauf dans le canton de Zoug), mais il semble que le contrôle exercé à cette occasion se limite à la légalité (ou, comme dans le canton de Vaud, ne porte que dans une mesure restreinte sur l'opportunité). On peut donc parler d'autonomie communale dans ce domaine.

En ce qui concerne la nomination des fonctionnaires communaux, une ratification est prévue dans certains cantons pour des catégories

bien déterminées de fonctionnaires (Neuchâtel, Schaffhouse, Bâle-Campagne et Genève). A la vérité on peut se demander s'il ne s'agit pas plutôt, dans ces cas, d'agents de l'Etat déconcentrés.

Par. 8. Le pouvoir de surveillance¹¹

Parmi les moyens dont l'Etat dispose pour exercer son pouvoir de surveillance sur les communes¹², on peut distinguer trois grandes catégories¹³: les moyens d'information, l'obligation pour la commune de faire approuver certains actes par une autorité cantonale, et les moyens d'intervention ou moyens coercitifs.

On peut distinguer trois moyens principaux d'information: l'examen des comptes des communes (Appenzell Rhodes-extérieures, Argovie, Bâle-Campagne, Berne, Lucerne, Neuchâtel, Saint-Gall, Schwyz, Soleure, Thurgovie, Vaud, Zoug, Zurich), l'inspection des administrations communales par l'autorité cantonale (Appenzell Rhodes-extérieures, Bâle-Campagne, Berne, Saint-Gall, Schaffhouse, Soleure, Tessin, Thurgovie, Vaud, Zurich) et enfin le droit réservé à l'autorité cantonale d'assister aux séances des autorités communales (Berne, Fribourg, Genève, Neuchâtel, Vaud). Droit genevois et droit vaudois prévoient, en outre, expressément l'obligation des communes de fournir tous renseignements qui leur sont demandés par les autorités cantonales. Enfin, seul le canton de Genève oblige les communes à transmettre toutes leurs délibérations aux autorités cantonales.

L'obligation des communes de faire approuver certaines décisions par une autorité cantonale peut porter soit sur des actes individuels, soit sur des actes de caractère législatif ou réglementaire. Les actes individuels soumis à approbation se rapportent le plus souvent à des opérations de caractère patrimonial ou financier: nous les avons déjà mentionnés à propos de l'autonomie patrimoniale et financière

¹¹ Cf. n. 3 ci-dessus.

¹² Comme nous l'avons déjà dit, nous avons renoncé délibérément à un exposé théorique sur ce pouvoir de surveillance.

¹³ Nous reprenons sur ce point la classification opérée par le rapport précité (n. 3 ci-dessus), tout en reconnaissant qu'elle n'est probablement pas entièrement satisfaisante.

de la commune et nous n'y reviendrons pas. Dans la plupart des cantons, tous les actes des communes contenant des règles générales et abstraites doivent être soumis à l'approbation d'une autorité cantonale. Font exception à cet égard les cantons des Grisons, d'Appenzell Rhodes-extérieures et de Zurich, où seuls certains actes législatifs ou réglementaires doivent être soumis à l'approbation d'une autorité cantonale. Sauf disposition spéciale, le contrôle se limite à la légalité.

Pour ce qui est enfin des moyens coercitifs dont dispose l'Etat à l'encontre des communes, ils ne sont, le plus souvent, pas précisés, le droit cantonal se bornant à donner pouvoir aux autorités cantonales de prendre les mesures utiles ou appropriées (Appenzell Rhodes-extérieures, Appenzell Rhodes-intérieures, Argovie, Bâle-Campagne, Glaris, Lucerne, Nidwald, Obwald, Saint-Gall, Schwyz, Soleure, Thurgovie, Valais, Zoug, Zurich). D'autres droits sont plus explicites et prévoient, par ordre de gravité croissant, la possibilité d'adresser aux communes des instructions impératives (Argovie, Lucerne, Saint-Gall, Vaud, Zurich), de prendre contre les communes des mesures d'exécution d'office (Argovie, Berne, Fribourg, Saint-Gall, Vaud, Lucerne), notamment l'inscription d'office au budget communal (Genève) ou la fixation du coefficient d'impôt aux lieu et place de la commune (Lucerne), la faculté d'annuler une décision communale (Glaris, Neuchâtel, Tessin, Vaud, Genève) ou de suspendre les débats d'une autorité communale (Genève), la possibilité de prononcer des sanctions disciplinaires contre des fonctionnaires communaux ou contre des membres d'autorités communales (Bâle-Campagne, Berne, Fribourg, Schaffhouse, Schwyz, Tessin, Thurgovie), de révoquer des fonctionnaires communaux (Fribourg, Soleure, Thurgovie), le droit de suspendre ou de révoquer les membres de l'exécutif communal (Argovie, Fribourg, Genève, Saint-Gall, Soleure, Zurich). Reste enfin la mesure qui, de toutes, est incontestablement la plus grave : le retrait à la commune de la faculté de s'administrer librement et la prise en charge de l'administration communale par des agents directement désignés par l'Etat; cette mesure est prévue par de nombreux droits cantonaux (Berne, Bâle-Campagne, Fribourg, Genève, Grisons, Lucerne, Neuchâtel, Nidwald, Obwald, Saint-Gall, Schaffhouse, Soleure, Tessin, Thurgovie, Vaud et

Zurich); mais on peut ajouter aussitôt qu'elle est, fort heureusement, d'application très rare.

Il va sans dire que ces diverses mesures ne peuvent être prises que si la commune a commis une illégalité ou tout au moins si elle a agi de manière à compromettre gravement ses intérêts. Le retrait à la commune de la faculté de s'administrer de manière indépendante ne saurait intervenir qu'en cas de désordres graves dans l'administration communale.

Par. 9. Conclusions

Parvenu au terme de ce très (et trop) bref tour d'horizon, il faut essayer de dégager quelques conclusions générales.

On peut dire, nous semble-t-il, que les communes jouissent, de manière tout à fait générale, d'une certaine autonomie en matière fiscale: assez étroitement limitée en ce qui concerne la définition de leur système fiscal et la fixation du taux de leurs impôts, plus large quant à la fixation de leur coefficient d'impôt. Qu'elles jouissent d'autre part d'une autonomie non négligeable en matière d'aménagement du territoire, de police de l'ordre et de la tranquillité publics, d'utilisation du domaine public communal, de police du commerce (dans certains domaines limités), d'instruction publique (essentiellement, semble-t-il, en ce qui concerne le choix des enseignants), et de personnel communal. Et qu'elles ne jouissent d'aucune autonomie – ou d'une autonomie extrêmement restreinte – en matière de santé publique, d'assistance publique, de police du feu et de protection civile.

Peut-on, d'autre part, sur la base des renseignements – partiels, ne l'oublions pas – dont nous venons de faire état, établir une classification par groupes de cantons, comme on a parfois tenté de le faire¹⁴? Nous en doutons. Tout au plus est-on conduit à réservier une place à part au canton des Grisons et au demi-canton d'Obwald, d'une part, où l'autonomie est manifestement bien plus large qu'ailleurs, et à ceux de Bâle-Ville et de Genève, où elle l'est bien moins. En revanche, il serait, croyons-nous, téméraire d'établir un

¹⁴ Cf. GIACOMETTI, Staatsrecht, p. 77, Gemeinden, p. 19; MARX, p. 211–212.

clivage entre Suisse alémanique et Suisse romande, contrairement à une opinion trop largement répandue¹⁵.

Section II. De quelques facteurs propres à restreindre pratiquement l'autonomie communale

Il ne faut pas se leurrer, nous n'avons examiné jusqu'ici que la situation telle qu'elle existe en droit. Dans la réalité des faits, plusieurs facteurs interviennent pour restreindre, parfois très sensiblement, l'autonomie dont jouissent les communes.

Par. 1. Les facteurs financiers

Il n'entre pas dans notre propos de nous livrer ici à une étude approfondie des finances communales dans notre pays. Outre qu'une telle étude dépasserait largement le cadre du présent rapport, il y faudrait des connaissances et des données que nous ne possédons pas. Nous croyons du reste pouvoir d'autant mieux nous en dispenser qu'au moment où le présent rapport paraîtra, les résultats d'une enquête actuellement en cours sur la situation actuelle de l'autonomie communale en Suisse, et portant notamment sur les finances communales, auront, très vraisemblablement, été publiés¹⁶. Nous invitons donc le lecteur que ces questions pourraient intéresser à se reporter aux résultats de cette enquête.

En ce qui nous concerne, nous nous bornerons à quelques remarques d'ordre tout à fait général.

Il est bien clair, tout d'abord que l'autonomie, si largement définie soit-elle par le droit, n'est qu'un vain mot si la commune ne dispose pas de ressources suffisantes. D'un autre côté, c'est un fait bien connu que, durant les dernières décennies, les charges des communes ont

¹⁵ GIACOMETTI, loc.cit.; MARX, loc.cit.; CAHANNES, p.4; GENGEL, p.12–13; SCHORR, p.18–19.

¹⁶ Il s'agit de l'enquête entreprise par le Groupe d'étude de l'autonomie communale en Suisse, pour le compte de l'Union des Villes suisses et l'Association des communes suisses. Les quelques indications qu'on lira ci-après nous ont été fournies oralement par les responsables de cette enquête; nous les en remercions vivement.

été croissant, du fait d'une augmentation très considérable des besoins en équipement.

La situation est aggravée par la concurrence fiscale que se font les communes entre elles. Nous avons déjà mentionné à ce propos les effets néfastes de la faculté laissée aux communes, dans certains cantons, de déterminer dans une certaine mesure la progression de leurs impôts. Mais la faculté des communes de fixer le coefficient de leurs impôts peut constituer, elle aussi, une source de sous-enchères, d'autant plus ruineuse que les recettes fiscales occupent, dans les recettes totales des communes, la place de loin la plus importante. Le fait que les communes disposent, dans la plupart des cantons, d'une gamme d'impôts relativement étendue, dont certains (impôt sur le revenu des personnes physiques, impôt sur le bénéfice des personnes morales, impôt sur les gains immobiliers) sont fortement évolutifs¹⁷ ne doit donc pas faire illusion sur la situation financière réelle des communes. Et il apparaît que, dans la mesure où les communes jouissent en cette matière d'une certaine autonomie, celle-ci se retourne en quelque sorte contre elle-même, du fait de cette concurrence.

Notons que c'est surtout dans les petites communes et dans celles de 5 à 20000 habitants que la situation financière apparaît particulièrement critique. Cette remarque prend toute son importance, si l'on veut bien se rappeler qu'en 1970, sur un nombre total de 3072 communes, on en comptait 1450 (soit environ 47%) de moins de 500 habitants (dont 240 de moins de 100 habitants, 394 entre 100 et 199 habitants, 336 entre 200 et 299 habitants, 257 entre 300 et 399 habitants, et 223 entre 400 et 499 habitants), et 2021 de moins de 1000 habitants, les communes de plus de 10000 habitants étant au nombre de 92¹⁸.

Dans cette perspective, les subventions que l'Etat (fédéral ou cantonal) peut accorder aux communes jouent, évidemment, un rôle considérable. On constate, aussi bien, que la majorité des com-

¹⁷ Ce qui n'est, par exemple, pas le cas pour les communes françaises; cf. à ce propos SAVIGNY, p. 167.

¹⁸ Chiffres tirés de l'Annuaire statistique de la Suisse 1971. Sur la situation critique des petites communes dans le canton de Berne: Bericht, p. 27; en République fédérale: WEBER, p. 4.

munes sont subventionnées jusqu'à concurrence de 10% de leurs ressources totales. Or, il y a là un facteur supplémentaire de nature à restreindre, voire à supprimer complètement, l'autonomie communale: que sert en effet d'être autonome dans un domaine déterminé, si, pour le financement des tâches y afférentes, on en est réduit à compter sur des subventions de l'Etat et que celui-ci, comme bailleur de fonds, peut dicter les conditions qu'il lui plaît?

A ces divers maux on ne voit guère d'autre solution que l'institution d'un système de péréquation financière. Il permettrait tout d'abord de substituer à l'octroi de subventions l'attribution de montants globaux, non liés à une destination particulière, ce qui redonnerait une certaine liberté à la commune. Il permettrait, en outre et surtout, d'inciter les communes à renoncer à des ruineuses sous-enchères fiscales, dans la mesure où l'attribution des montants globaux se ferait en fonction de la capacité fiscale effective (et non pas de la charge fiscale) de la commune bénéficiaire. Mais il ne faut pas se dissimuler que, comme nous l'avons déjà relevé dans un autre contexte, l'institution d'un tel système entraînerait vraisemblablement une surveillance aggravée de l'Etat sur les communes. Du point de vue de la sauvegarde de l'autonomie communale, un système de péréquation financière, s'il est probablement indispensable, n'en apparaît pas moins comme une arme à double tranchant¹⁹.

Par. 2. Les facteurs techniques

Aux facteurs financiers, et, dans une certaine mesure en corrélation avec eux, s'ajoutent des facteurs techniques. Il s'agit essentiellement de la dépendance des communes à l'égard des services techniques de l'Etat et du changement d'échelle de certains problèmes, voire de l'apparition de problèmes nouveaux, dont la solution exerce une in-

¹⁹ Sur ces divers points, cf. BÜRGIN, p.189; MONOD/CASTELBAJAC, p.116–7. Un système de péréquation directe fonctionne déjà dans un grand nombre de cantons: cf. à ce propos Service des intérêts généraux, 1^{er} rapport; il est projeté de l'introduire dans le demi-canton d'Obwald. Sur la péréquation financière dans le canton de Berne, cf. Bericht, p. 20sv. Sur l'insuffisance de la péréquation financière telle qu'elle existe actuellement, cf. BIERI, p.133; Bericht, p. 21–22; cf. également BÜRGIN, p.99–100.

fluence décisive sur les destinées de la commune, mais qui ne peuvent plus être maîtrisés au niveau de celle-ci.

Tant que les tâches des communes se limitaient pour l'essentiel à des tâches de gestion, voire à des tâches de police générale, elles n'impliquaient guère, pour en venir à bout, la présence d'un personnel technique très spécialisé. On sait cependant que le rôle de la collectivité publique en général a subi une profonde mutation; non seulement les tâches de caractère technique assumées par elle se sont multipliées, mais en outre et surtout le développement économique et démographique, en même temps qu'ils contribuaient à créer une demande d'équipements de plus en plus coûteux, rendait nécessaire une planification. Cette évolution affecte dans une large mesure les communes, et l'on a pu parler à ce propos de «grand tournant»²⁰. Elles se trouvent placées désormais, surtout, il va sans dire, les plus petites d'entre elles, devant le dilemme, soit de se doter d'un personnel technique hautement spécialisé et fort coûteux, avec dans les petites communes des risques de sous-emploi; soit de demeurer passives face à cette évolution, avec le risque de voir l'Etat créer à leur place les services techniques et de tomber dans la dépendance de ces services.

Nous en donnerons deux exemples: la procédure d'examen préalable de certains objets soumis ultérieurement à l'approbation d'une autorité cantonale²¹ et le procédé du règlement-type²². Il arrive qu'avant d'adopter un projet qui sera soumis ultérieurement à l'approbation d'une autorité cantonale, la commune doive soumettre ce projet à un ou plusieurs services techniques de l'Etat; les observations formulées à cette occasion par les services de l'Etat ont certes valeur de simple recommandation et ne lient nullement la

²⁰ BERNARD, *Le grand tournant des communes de France*.

²¹ Cette institution existe de manière tout à fait générale dans le canton de Zurich, mais à titre officieux et, semble-t-il, purement volontaire, sans base légale; elle est expressément prévue en droit vaudois en matière de plans d'aménagement communaux (loi sur les constructions et l'aménagement du territoire, du 5.2.41, art. 35^{bis}). Cf. également STIEGER, p. 221 sv.

²² A vrai dire, l'usage de ce procédé varie beaucoup d'un canton à l'autre. Il paraît particulièrement utilisé dans les cantons de Thurgovie et de Berne; cf. également BÜRGIN, p. 189.

commune; mais, en pratique, la réalité est toute différente: faute de disposer elles-mêmes de personnel spécialisé, les communes sont hors d'état de tenir tête aux services techniques cantonaux. Peu importe dès lors que, dans la procédure ultérieure d'approbation, l'Etat n'exerce qu'un contrôle limité à la légalité: du fait même de cette procédure d'examen préalable et en raison de la position d'inferiorité qu'y occupe la commune, tout se passe en réalité comme si celle-ci était soumise à un contrôle portant également sur l'opportunité; c'est dire combien ce procédé peut, dans la pratique, s'avérer dangereux pour l'autonomie communale. Il n'en va pas très différemment en ce qui concerne les règlements-type élaborés par les services de l'Etat; aucune commune n'est certes tenue de s'y conformer dans l'élaboration de ses propres règlements; dans la réalité des faits, les communes qui ne possèdent pas leurs propres services techniques, c'est-à-dire avant tout les petites communes, préféreront reprendre purement et simplement le modèle élaboré par les services de l'Etat; le procédé est, là encore, dangereux pour l'autonomie communale en matière législative, et il l'est d'autant plus qu'il est plus insidieux, et, en apparence, anodin.

Les communes pourraient, certes, remédier dans une certaine mesure à cette situation de dépendance en s'entendant pour engager en commun du personnel technique intercommunal. Aussi bien cette pratique tend-elle à se répandre. Il n'est certes pas contestable qu'elle puisse rendre certains services. Il faut se garder cependant d'y voir une panacée: ce serait oublier en effet que les tâches des communes ont non seulement gagné en importance et changé de nature, mais qu'elles ont aussi et surtout changé d'échelle. Il s'agit là d'un phénomène tellement important pour le présent et, surtout, pour l'avenir de l'autonomie communale, qu'il se justifie de lui résERVER une place à part. Nous en ferons donc l'objet d'un troisième paragraphe.

Par. 3. Le changement d'échelle de certaines tâches

On peut distinguer trois aspects à ce problème. D'abord, certaines tâches passent du niveau communal à un niveau intercommunal; d'autres passent du niveau de la commune à celui de l'agglomération;

d'autres encore du niveau communal au niveau régional. Pour des raisons de clarté, il nous paraît nécessaire de bien distinguer tout d'abord ces trois aspects.

A. Le passage au niveau intercommunal

Certaines tâches demandent, à l'heure actuelle, des investissements tellement considérables qu'ils dépassent les forces d'une petite ou d'une moyenne commune: il n'est que de songer, par exemple, à l'épuration des eaux usées ou à la destruction des ordures ménagères. Des raisons financières peuvent ainsi pousser plusieurs communes à mettre leurs ressources en commun pour financer les installations nécessaires à cet effet. Du même coup, elles se mettent en situation de ne plus dépendre des prestations de telle ou telle grande commune, qui a les moyens d'établir seule les installations nécessaires et qui, disposant de ces installations, est en mesure de dicter ses conditions aux autres communes desservies; en s'associant, les communes contribuent donc à sauvegarder leur autonomie face aux communes plus importantes.

A côté de ces considérations financières et politiques, des raisons de pure rationalité technique peuvent également pousser des communes à se regrouper: c'est ainsi, par exemple, qu'une station d'épuration des eaux usées ne fonctionne rationnellement qu'à partir d'un certain débit d'eaux usées, débit qu'une seule petite commune ne suffirait peut-être pas à produire. Dans le même ordre d'idées, il se peut que plusieurs communes, s'agissant par exemple de l'approvisionnement en eau potable, soient réduites à exploiter les mêmes nappes d'eau, il est, là encore, beaucoup plus rationnel qu'elles unissent leurs efforts et créent une seule installation de captage²³.

Il apparaît ainsi que certaines tâches, qui demeurent en principe communales, doivent, pour être accomplies de manière satisfaisante, être assumées à un niveau supra- ou plus exactement intercommunal, dans la mesure tout au moins où il s'agit de petites ou de moyennes communes.

²³ Nous empruntons ces deux exemples à M. NATSCH, op.cit., p.178.

B. Le passage au niveau de l'agglomération

C'est un fait trop connu, et trop souvent décrit pour qu'il soit nécessaire d'y insister longuement ici, que la ville, après avoir connu des siècles durant un développement organique et du reste fort lent, et n'avoir regroupé dans ses murs qu'une partie relativement faible de la population, subit dans le courant du dix-neuvième siècle un complet bouleversement²⁴. La révolution industrielle provoque un dépeuplement des campagnes et un afflux de population dans les villes. Sous cette formidable pression, la ville croît brusquement dans des proportions inconnues jusqu'alors. Des phénomènes de saturation se produisent, cependant que la demande de terrains à bâtir ne cesse de croître, entraînant à sa suite le prix de ces terrains. De la sorte, les nouveaux arrivants, qui appartiennent aux couches les plus modestes de la population, se trouvent rejetés vers les quartiers périphériques, qui se développent le plus souvent dans la plus complète anarchie. La nécessité de regrouper la main d'œuvre à proximité des lieux de travail joue du reste dans le même sens. Plus récemment, le centre se transforme à son tour²⁵; les activités administratives et commerciales s'y regroupent, au détriment de l'habitation; les classes aisées de la population émigrent vers des quartiers résidentiels, créés également à la périphérie de la ville ancienne, mais nettement séparés des quartiers ouvriers; on assiste ainsi à une ségrégation sociale dans l'espace²⁶.

Ce double mouvement vers la périphérie ne s'arrête, bien entendu, pas aux limites de la commune urbaine: au contraire, la ville déborde ses limites et se déverse sur les communes périphériques²⁷;

²⁴ RIoux, p. 147 sv.; MONOD et CASTELBAJAC, p. 19 sv., 71, 112–113. M. BOSSHART (op.cit., p. 90) note qu'en 1960, 255 communes (dont 228 faubourgs et 27 centres) représentaient 4,8% de la surface totale de la Suisse et regroupaient 45% de la population. En ce qui concerne plus particulièrement le canton de Zürich: NATSCH, p. 10.

²⁵ Cf. BOSSHART, p. 132, qui souligne que ce phénomène est dû à l'importance croissante du secteur tertiaire par rapport aux deux autres secteurs de l'économie.

²⁶ En ce qui concerne plus particulièrement Lausanne, cf. à ce propos J. BARBIER, P. CONNE, L. VEUVE, *La région lausannoise de Lutry à Morges*, p. 17.

²⁷ Cf. WEBER, p. 4–5; Bericht, p. 27.

elle a cessé désormais de coïncider avec les limites du territoire communal pour devenir une *agglomération*, couvrant tout ou partie du territoire de plusieurs communes²⁸. Ce fait nouveau pose, évidemment de nouveaux problèmes.

Il se pose tout d'abord un problème de desserte: les différentes parties de l'agglomération nouvelle doivent être reliées entre elles et avec le centre de la ville ancienne par un réseau de voies publiques et de transports publics. Ce réseau de voies publiques ne peut être rationnellement établi si la construction se développe sans aucun ordre: la nécessité apparaît ainsi d'ordonner dans une certaine mesure la construction dans l'espace: d'où les plans d'alignement, ces ancêtres de nos actuels plans d'extension, plans de zones et plans de quartier²⁹. Mais il est bien clair que de tels plans ne peuvent être rationnellement élaborés qu'à l'échelle de l'agglomération tout entière; si chaque commune de l'agglomération établit ses propres plans d'alignement pour ce qui concerne son territoire, le risque est grand d'un défaut de coordination entre ces divers plans, défaut qui rendra impossible la desserte rationnelle de l'agglomération tout entière par un réseau de voies publiques judicieusement conçu. Il en va exactement de même pour la définition des réseaux de transports publics: là encore la nécessité d'une conception d'ensemble, embrassant l'agglomération dans son entier, est évidente.

La concentration d'un très grand nombre de personnes sur une surface relativement limitée pose ensuite des problèmes d'équipements: fourniture d'eau, de gaz, d'électricité, évacuation des eaux usées, mais aussi équipements socio-culturels (à commencer par les écoles). Là aussi, il serait absurde, inutilement coûteux, voire matériellement impossible, que chacune des communes de l'agglomération entretienne ses propres réseaux d'équipement. Là aussi, une conception d'ensemble embrassant la totalité de l'agglomération apparaît nécessaire.

²⁸ Sur la notion d'agglomération, cf. p.ex. STAMMHERR, p.34; MÜLLER, p.11; NATSCH, p.11; BOSSHART, p.89.

²⁹ Dans le canton de Vaud, le plan d'alignement fait son apparition à la fin du siècle dernier: loi sur la police des constructions, du 12.5.98, art.8sv. (actuellement remplacée par la LCAT) (cf. n.21 ci-dessus).

A cela s'ajoute un problème financier. Pour les communes de la banlieue ouvrière, tout d'abord, que l'afflux de population place devant de très lourdes charges d'équipement sans accroissement correspondant – du fait des faibles ressources de leurs nouveaux habitants – de leur matière fiscale. Mais aussi pour la commune-centre, dans la mesure où les contribuables aisés la désertent au profit de communes de la banlieue résidentielle, où ils paient leurs impôts³⁰.

Il apparaît ainsi que des objets essentiels (planification de la construction, équipements, réseau routier et réseau de transports publics) ne peuvent plus être traités rationnellement qu'au niveau de l'agglomération³¹.

C. Le passage au niveau régional

Il faut y prendre bien garde: la notion de région n'est ni univoque, ni d'ailleurs très précise. En réalité, on peut parler de passage au niveau régional, aussi bien en ce qui concerne certaines tâches de l'Etat qu'en ce qui concerne certaines tâches de la commune. Mais il est alors bien clair que ce n'est pas de la même région que l'on parle dans l'un et dans l'autre cas.

La révolution industrielle, en opérant des concentrations de population et d'industrie en certains points du territoire particulièrement riches en matières premières et en charbon, ou particulièrement bien placés au point de vue des communications, a créé un profond déséquilibre entre les diverses parties du pays, déséquilibre qui est allé croissant sous l'effet de processus cumulatifs. Cependant, un facteur nouveau est de nature à renverser cette tendance: la substitution de l'électricité à la vapeur comme énergie industrielle. L'énergie électrique est en effet aisément transportable, ce qui permet une localisation beaucoup plus souple des établissements industriels. La possibilité d'une décentralisation industrielle existe donc désormais et, partant, la possibilité de remédier à ces déséquilibres interrégionaux. Ce double facteur, les profonds déséquilibres interrégionaux et

³⁰ Cf. à ce propos BOSSHART, p. 103; BIERI, p. 132–3.

³¹ Sur les problèmes spécifiques aux agglomérations, cf. en outre BOSSHART, p. 91 et n. 98; STUTZ, p. 27–8, et 119.

la possibilité désormais ouverte de les combler, conduit les régions du pays les plus déshéritées à prendre conscience d'intérêts communs, distincts de ceux de l'Etat tout entier, et à souhaiter assumer certaines responsabilités qui, jusqu'ici, incombaient à l'Etat. A souhaiter, en d'autres termes, un passage au niveau régional de certaines tâches étatiques. D'où le mouvement de «régionalisation» auquel nous assistons à l'heure actuelle³². Dans ce sens, la région est donc le niveau immédiatement inférieur à l'Etat (central), entre l'Etat central et les circonscriptions traditionnelles (en France entre l'Etat et le département), ou correspondant, à tout le moins, à une de ces circonscriptions traditionnelles: c'est ainsi notamment qu'une région, dans ce sens, correspondrait à peu près à un «Land» de la République fédérale d'Allemagne³³; de même, notre pays serait divisé en un petit nombre de régions au sens ainsi défini³⁴, dont certaines chevaucheraient peut-être nos frontières³⁵. C'est cette notion que la doctrine française et la doctrine «européenne» ont en vue,

³² Sur tous ces points, cf. MONOD/CASTELBAJAC, op.cit.; GRAVIER, op.cit. Sur le mouvement de «régionalisation», cf. également une série d'articles parus dans «Le Monde diplomatique» d'avril 1971. Sur l'essor du capitalisme en tant que facteur de sous-développement régional, cf. spécialement LAFONT, p. 136.

³³ VAN DER GROEBEN, in Polis und Regio, p. 98. Notons qu'au 30.6.1960, le plus peuplé des «Länder», la Rhénanie du Nord-Westphalie, comptait 15,7 millions d'habitants, le moins peuplé, la Ville de Brême, 0,7 millions d'habitants: cf. GROSSER, La République fédérale d'Allemagne, p. 42.

³⁴ A cet égard, il est intéressant de constater que l'Association suisse pour le plan d'aménagement national (ASPA) s'est adjoint huit groupes de planification régionale (Berne, Grisons, Suisse du nord-ouest, Suisse du nord-est, Ouest de la Suisse, Tessin, Valais et Suisse centrale): cf. à ce propos BUCHER, p. 4. Cf. également BOSSHART, p. 96 et n. 87.

³⁵ M. BOSSHART (op.cit., p. 176 n. 141) relève l'impossibilité d'abstraire le développement de Genève et de Bâle de celui des régions étrangères avoisinantes. Dans une récente interview à la Feuille d'Avis de Lausanne (FAL du 10 novembre 1971, p. 3), M. JEAN-PIERRE RICHARDOT déclarait, dans le même sens que «malgré la frontière entre la France et la Suisse, la région économique Rhône-Alpes (englobait) en effet naturellement la Suisse romande» et que «Genève jouait déjà le rôle de chef-lieu de la Savoie». Précédemment, l'ancien Conseiller d'Etat genevois EMILE DUPONT s'était prononcé exactement dans le même sens (FAL du 14 septembre 1971, p. 7). On sait d'autre part les efforts de collaboration franco-germano-suisse entrepris dans le cadre de la Regio

lorsqu'elles parlent de région³⁶. Nous ne nous y attarderons pas. Il est en effet trop évident que la région ainsi définie est beaucoup plus un problème d'organisation de l'Etat central qu'un problème d'organisation de la commune. La région ainsi définie n'entre donc plus dans le cadre de notre sujet.

Mais un autre facteur est survenu, qui devait influer de manière décisive sur le développement des villes et des agglomérations: la découverte du moteur à explosion et la diffusion consécutive toujours plus générale du moyen de transport privé par excellence: l'automobile³⁷. Conférant à son propriétaire une très grande mobilité, elle devait déterminer un essaimage, de plus en plus loin des centres, et de l'habitation et des établissements industriels, et un essaimage non plus groupé, mais en ordre dispersé³⁸. Divers éléments y poussaient: d'abord, naturellement, la saturation des centres et même des périphéries; mais aussi l'engorgement des centres, les phénomènes de pollution, l'absence de verdure, la structure individuelle de l'habitat³⁹. Aussi bien constate-t-on que, depuis quelques années, les grandes villes cessent de croître, voire régressent⁴⁰. Ainsi voit-on des établissements industriels s'implanter en pleine campagne, cepen-

Basiliensis: cf. à ce propos HAHN, in *Polis und Regio*, p. 372–3. M. BUCHER (op.cit., p. 6) relève cependant les difficultés auxquelles se heurte une telle collaboration, du fait que les objectifs visés dans les trois pays par l'aménagement du territoire sont sensiblement divergents.

³⁶ Sur la notion de région en terminologie française, cf. MONOD/CASTELBAJAC, p. 46 sv.; GRAVIER, p. 180 sv. Sur la notion «européenne» de région: cf. GRAVIER, p. 178. Le nombre des régions actuellement existantes en France est, depuis 1970, de 22 (MONOD/CASTELBAJAC, p. 49 n. 2). C'est d'ailleurs de la même notion de région que s'inspirent l'Italie, l'Autriche (*Länder*) et la Yougoslavie (Républiques et provinces autonomes): GRAVIER, p. 180 sv.

³⁷ Rappelons qu'entre 1910 et 1964, le parc automobile suisse passe de 2276 à 839 378: cf. BOSSHART, op.cit., p. 139, et, à fin 1970, à 2192 692 (Annuaire statistique de la Suisse 1971, p. 219).

³⁸ Sur l'essaimage industriel, l'éclatement urbain et le rôle joué par l'automobile dans cette évolution, cf. GRAVIER, p. 41 sv. et 60 sv.; MONOD/CASTELBAJAC, p. 82.

³⁹ Sur le phénomène de «pourrissement des centres»: cf. GRAVIER, p. 61.

⁴⁰ Cf. à ce propos GRAVIER, p. 60 sv. (avec des données statistiques pour divers pays); MONOD/CASTELBAJAC, p. 82 sv.; NATSCH, p. 12; BOSSHART, p. 88 (cf. cependant p. 90); Bericht, p. 22.

dant que, dans les communes rurales, la part de la population non agricole ne cesse d'augmenter.

Mais un conflit surgit alors entre diverses utilisations possibles de terres actuellement affectées à l'agriculture; la nécessité apparaît de protéger celle-ci contre le grignotage des meilleures terres par des implantations industrielles se développant de manière anarchique et dispersée; pour éviter le gaspillage des terres agricoles, qui, ne l'oublions pas, constituent simultanément des aires de verdure et de détente, il devient nécessaire de canaliser ce développement vers certaines aires et de résERVER les autres aires définitivement à l'agriculture; autrement dit, apparaît la nécessité d'un aménagement du territoire⁴¹. Et il est d'emblée bien clair que cette planification de l'utilisation du sol doit être opérée à un niveau et dans une perspective supracommunaux: si chaque commune se dote d'une zone industrielle, on retombera dans la dispersion qu'il s'agit justement d'éviter, sans compter le gaspillage consistant à équiper simultanément une pluralité de petites zones industrielles; et l'on constate d'autre part qu'au niveau communal la volonté ou les moyens – ou encore l'une et les autres – de légaliser des zones agricoles font très généralement défaut⁴². Le problème se pose de la même manière en ce qui concerne le développement de l'habitation: la diffusion des moyens de transport individuels et le développement des réseaux routiers aidant, on assiste à un «éclatement des centres» et à un développement de la construction en ordre dispersé; ce développement entre, lui aussi, en conflit avec les impératifs de l'agriculture et de la sauvegarde de vastes territoires de délassement, il doit lui aussi être canalisé par une planification de l'utilisation du sol; il s'agit manifestement d'un phénomène qui dépasse les limites d'une seule commune et doit être résolu à l'échelon supracommunal.

Il se tisse ainsi entre la ville-centre et des localités de plus en plus éloignées un réseau de relations nouvelles, de plus en plus denses. L'espace où se déploient ces relations entre ville-centre et localités ressortissant encore à sa sphère d'attraction, s'appelle une région,

⁴¹ BOSSHART, p. 93–95; STILLHARDT, p. 72; PARTSCH, in Polis und Regio, p. 170.

⁴² A cet égard, l'exemple du canton de Vaud est, malheureusement, flagrant; seules, en effet, quelques communes vaudoises ont accepté de légaliser des zones agricoles stricto sensu.

mais dans un sens évidemment bien différent de celui que nous venons de voir. Il y a région, dans ce sens, si et dans la mesure où il y a complémentarité entre un centre secondaire – ou un grand centre en tant qu'il fait fonction de centre secondaire⁴³ – et le territoire environnant. Entendue dans ce sens, la région apparaît comme un niveau intermédiaire entre la commune et le canton (ou, en République fédérale, entre la commune et le «Land»)⁴⁴; c'est du reste dans ce sens que la doctrine suisse⁴⁵ et la doctrine allemande⁴⁶ entendent le terme de région.

En raison même de cette complémentarité, c'est au niveau de la région ainsi définie que doivent être résolus les problèmes que nous venons d'évoquer⁴⁷. Et il se confirme qu'il y a bien, dans ce cas, passage du niveau communal – la commune, nous le savons, étant actuellement encore le principal responsable de l'aménagement du territoire – au niveau régional.

⁴³ Le rayon d'attraction d'un grand centre comme tel dépasse au contraire largement les limites de la région ainsi définie, il peut même déborder les limites cantonales; c'est le cas notamment de Lausanne: cf. à ce propos ANDRÉ-LOU SUGÀR, Lausanne à l'heure de son aménagement, in *Gazette de Lausanne* du 2/3 octobre 1971, p.3.

⁴⁴ En République fédérale, il existe deux ou trois collectivités territoriales intermédiaires entre la commune et le Land: la Samtgemeinde, le Kreis, et, dans certains Länder seulement, le Bezirk; le Kreis est actuellement jugé trop exigu pour servir de cadre à une planification régionale: WEBER, p.47.

⁴⁵ Cf. à ce propos JAGMETTI, p.475. M. NATSCH distingue, en fonction de la hiérarchie des centres, des régions de niveau supérieur, de niveau moyen et de niveau inférieur (op.cit., p.32), la région de niveau supérieur étant alors une région supracantonale (*ibid.*, p.33) (cf. du reste n.43 ci-dessus). Cf. en outre BOSSHART, p.197 sv.; MÜLLER, p.5, 12, 56 sv.; BATAILLARD, p.18; BUCHER, p. 7 sv.; VRISER, p. 8 sv., 24. En ce qui concerne la délimitation de la région, cf. VRISER, p.25–26.

⁴⁶ ISBARY, in *Polis und Regio*, p.255, 260; NEUFFER, *ibid.*, p.93; VAN DER GROEBEN, *ibid.*, p.101; STOHLER, *ibid.*, p.182; SEIDENFUS, *ibid.*, p.135; PARTSCH, *ibid.*, p.169.

⁴⁷ Cf. WEBER, p.6.

Section III. Commune, autonomie et démocratie

Commune, autonomie et démocratie sont étroitement liées.

Tout le monde semble bien d'accord sur ce point, même si c'est pour des raisons essentiellement différentes: la commune constitue l'indispensable et irremplaçable cellule de base de l'Etat. Et s'il en est ainsi, c'est parce que la commune constitue une structure démocratique, et, plus précisément, une structure de démocratie directe⁴⁸. C'est parce que la commune constitue une structure de démocratie directe que le citoyen peut s'y initier au fonctionnement des mécanismes politiques, y acquérir le sens des responsabilités et le goût de la liberté; c'est parce que la commune est une structure de démocratie directe qu'elle est – ou du moins qu'elle pourrait être – le lieu d'une prise de conscience collective.

A son tour, la démocratie communale est si étroitement liée à l'autonomie communale que l'une et l'autre sont fréquemment con-

⁴⁸ «Die Gemeinde, und das heisst: die Idee der direkten Demokratie...» écrit M. BOSSHART (op.cit., p. 171), cf. également BÜRGIN, p. 19. Aussi bien les cantons suisses-alémaniques et ceux de Fribourg et du Valais ont-ils aménagé la démocratie communale – en ce qui concerne au moins le type d'organisation communale ordinaire – sous forme de démocratie directe; les cantons de Genève, de Neuchâtel et de Vaud prévoient seuls une démocratie communale de type représentatif (sauf, dans le canton de Vaud, en ce qui concerne les communes dont la population n'excède pas 800 âmes: art. 85 Cst.). Mais la plupart des cantons suisses-alémaniques, ainsi que les cantons de Fribourg et du Valais, ont prévu une organisation communale extraordinaire de démocratie indirecte; de sorte que si le point de départ est diamétralement opposé, le contraste est, dans la réalité, moins tranché qu'il ne pourrait paraître; il reste vrai que l'organisation extraordinaire comprend, dans certains cantons tout au moins, des éléments de démocratie semi-directe qui sont inconnus, ou connus dans une moindre mesure dans les trois cantons de Genève, de Neuchâtel et de Vaud. Cf. sur ces divers points: IMBODEN, Gemeindeorganisation; MEYER, Unmittelbare Demokratie, p. 112 sv.; GIACOMETTI, Staatsrecht, p. 537 sv.; Gemeinden, p. 34 sv., 41 sv. Sur la corrélation entre l'institution de l'Urnen-system et l'introduction du droit d'initiative sur le plan communal: GRAF, p. 59. Sur le fonctionnement pratique de la démocratie directe communale dans divers cantons, cf. La démocratie directe dans les communes suisses.

fondues⁴⁹ et qu'il n'est pas rare de voir prêter à celle-ci des vertus qui seraient plus justement attribuées à celle-là⁵⁰.

D'un côté, en effet, aucune démocratie communale n'est concevable sans un minimum d'autonomie. Il est tout à fait vain de créer des organes de démocratie locale, si ceux-ci n'ont pas la faculté, dans certains domaines et dans certaines limites, de définir une conception qui leur soit propre et, le cas échéant, de la faire prévaloir même contre les autorités de l'Etat. A ce défaut, la démocratie locale deviendrait purement formelle, et elle risquerait fort de s'étioler, les habitants de la commune se souciant fort peu de faire fonctionner des mécanismes qui ne leur confèrent aucune influence réelle sur leurs propres destinées.

D'un autre côté, il serait assez vain d'accorder une certaine marge d'autonomie aux communes, si celles-ci n'étaient pas organisées sous une forme démocratique. Le sens de l'autonomie, c'est de permettre aux principaux intéressés de décider ce qui leur convient le mieux, compte tenu des circonstances locales qui leur sont propres. Il saute aux yeux que seule une structure démocratique permet d'atteindre ce but.

Enfin, c'est parce qu'il s'agit de permettre aux principaux intéressés de décider ce qui leur convient le mieux, compte tenu des circonstances locales, qu'il se justifie aussi de leur donner la faculté de faire prévaloir – dans certaines limites – leur conception, même à l'encontre des autorités de l'Etat.

C'est donc l'autonomie communale qui donne son sens à la démocratie communale et, réciproquement, la démocratie communale qui donne son sens à l'autonomie communale.

Or, d'une part, nous venons de le voir, dans les petites communes, l'autonomie communale est en passe de perdre une partie de sa substance, du fait notamment que certaines tâches changent d'échel-

⁴⁹ Cf. p.ex. WALTHARD, p.51; COURTEN, p.56. IMBODEN (*Gemeindeautonomie*, p.351–352) et M. NATSCH (p.21) insistent particulièrement sur le lien existant entre autonomie et démocratie. Sur les rapports entre les deux, cf. en outre notamment GEIGER, p.96–7, OLGIATI, p.27; BRUGGER, p.18 et 49; H. SCHMID, p.11; BERTSCHINGER, p.32.

⁵⁰ Cf. p.ex. RIEDENER, p.25; GENGEL, p.55; P. BRUGGER, p.41; HIRZEL, p.28; SCHORR, p.15; VOGEL, p.25–26; STAUBER, p.77.

le, passant du niveau communal au niveau intercommunal, au niveau de l'agglomération ou au niveau régional.

Et, d'autre part, dans les grandes communes, démocratie directe et même démocratie tout court sont compromises. La démocratie directe, parce que, passé une certaine dimension de la commune et un certain chiffre d'habitants, elle devient tout simplement impraticable: franchies ces limites, en effet, l'assemblée de commune (soit l'assemblée de tous les citoyennes et citoyens) deviendrait beaucoup trop lourde pour être en mesure de délibérer valablement⁵¹. La démocratie tout court, parce que l'administration communale tend à se diversifier et à se compliquer; il devient difficile, voire impossible au citoyen d'en prendre une vue d'ensemble, faute de structures appropriées à cet effet⁵². Pour cette raison aussi qu'une prise de conscience collective, condition sine qua non de toute démocratie digne de ce nom, ne se conçoit que dans un cadre relativement restreint⁵³.

En définitive, la petite commune apparaît trop petite, la grande commune trop grande, et toute réflexion sur l'avenir de l'autonomie communale débouche nécessairement sur un double problème: il s'agit d'une part de créer des structures supracommunales qui puissent – sans priver les communes de leur autonomie – se charger des tâches qu'elles ne sont plus en mesure d'assumer; mais il faut,

⁵¹ Cf. ci-dessus, n. 48. Sur le déclin de la démocratie directe dans les grandes villes, cf. en outre IMBODEN, Zbl. 1945, p. 379; SCHMID, p. 263 n. 28 et 298; METTLER, p. 10–11; RIEDENER, p. 54–55; GRAF, p. 41 et n. 22; BERTSCHINGER, p. 87.

⁵² «Die Verwaltung grosser Stadtgemeinden ist dem Gesichtsfeld ihrer Bewohner einfach entwachsen» écrit M. NETZER (p. 32). Cf. également BOSSHART, p. 163 qui considère lui aussi que ce phénomène est de nature à vider l'autonomie de sa substance.

⁵³ Pour cette raison notamment que, faute d'une organisation adéquate, le citadin – si paradoxalement qu'il puisse paraître – souffre d'un manque de contacts sociaux: cf. à ce propos CHOMBART de LAUWE, p. 26. Sur le rapport entre l'absence de contacts sociaux et l'abstentionnisme politique, cf. une enquête récemment effectuée par le Centre de sociologie de l'Université de Genève sur l'abstentionnisme dans le canton de Genève, et l'interview donnée à ce sujet par le Directeur de ce centre, le professeur GIROD, in FAL des 6 et 7 juillet 1971, p. 3. Pour cette raison, précisément, M. GIROD préconise la création de structures infracommunales.

d'autre part, prévoir des structures infracommunales, telles qu'elles permettent – non pas sans doute une restauration intégrale de la démocratie directe à ce niveau⁵⁴ – mais tout au moins une certaine forme de participation de la base à l'élaboration de ses propres destinées. C'est dans la mesure seulement où ces deux problèmes pourront être résolus de manière satisfaisante que l'on pourra envisager sereinement l'avenir de l'autonomie communale.

Quelles pourraient être les solutions ? C'est ce que nous allons examiner dans les deux chapitres suivants, consacrés l'un aux structures supracommunales et le second aux structures infracommunales.

Chapitre II. Collaboration intercommunale et structures supra-communales

Section I. La collaboration intercommunale

Par. 1. Les formes de droit privé

On peut concevoir que plusieurs communes passent une convention ou se groupent en une société de personnes ou une association de droit privé pour l'accomplissement en commun d'une tâche qui leur incombe¹. Une question se pose cependant à titre préliminaire : dans quelle mesure les communes sont-elles en droit de recourir à des procédés de droit privé ? A cet égard, le champ d'application possible de procédés de ce genre nous paraît extrêmement limité pour la raison qu'une commune ne saurait aménager par un acte de droit privé l'exercice d'une compétence (et, tout particulièrement, l'exercice de prérogatives de puissance publique) ou l'accomplissement

⁵⁴ «Dans la vie rurale», écrit M. CHOMBART DE LAUWE, «le village était le reflet de la société tout entière. Le rôle du quartier urbain ne peut pas être le même...» (op. cit., p. 94).

¹ Sur les formes de droit privé de collaboration intercommunale, cf. en général NATSCH, p. 161 sv.; PROBST, p. 228, 230–31; JAGMETTI, p. 482–4; FELDMANN, p. 532–3; STUTZ, p. 28 et 103 sv.; BÜRGIN, p. 63; JEAN MEYLAN, p. 19; en droit allemand: WEBER, p. 16 sv. Le canton de Vaud envisage actuellement de réglementer ces formes de collaboration intercommunale.

d'une tâche qui lui appartient ou qui lui incombe en vertu d'une règle de droit public².

Cela étant, le recours à de tels procédés ne se conçoit guère que s'agissant de travaux préliminaires à l'accomplissement proprement dit par la commune de l'une de ses tâches. Cette pratique est très répandue en matière d'aménagement régional; c'est ainsi que, dans notre pays, la plupart des groupements de planification régionale actuellement existants³ ont été constitués – faute souvent d'une réglementation de droit public suffisante – sous formes d'associations privées⁴. Mais le défaut majeur de cette solution – en matière de planification justement – saute aux yeux: les communes peuvent bien, par un acte de droit privé, s'entendre ou se grouper pour faire étudier et établir un plan régional; mais, dans la meilleure des hypothèses, ce plan ne pourra que servir de base de travail pour l'établissement de la planification communale, qui, seule, aura force obligatoire; et rien ne garantit même que, lors de l'élaboration de leur propre planification, les communes cocontractantes ou membres d'une telle association de droit privé tiendront effectivement compte de ce plan régional: elles ne sauraient en effet s'y engager valablement par un acte de droit privé; si bien fait soit-il, le plan régional risque donc fort de demeurer lettre morte; à cet égard, les expériences faites dans le canton de Lucerne sont tout à fait significatives⁵. Cette insuffisance des formes de collaboration de droit privé est tellement évidente que l'on observe actuellement, dans le canton de Zurich en tout cas, une tendance à reconvertir les groupes de planification régionale, constitués d'abord sous formes d'associations de droit privé, en associations de droit public⁶.

² Cf. notamment JAGMETTI, p. 483; RÜBEL, p. 85; ROMER, p. 30; LOCHER, p. 139; STUTZ, p. 28 (cf. cependant p. 32, 104); BÜRGIN, p. 63.

³ Cf. à ce propos BUCHER, p. 7sv.

⁴ MÜLLER, p. 15–16; JAKOB, p. 23sv.; SAXER, p. 367sv.; STUTZ, p. 104sv.; BUCHER, p. 17; SCHUMACHER, p. 202; Bericht, p. 1 et 13. En droit allemand: WEBER, p. 17; HAHN, in *Polis und Regio*, p. 372.

⁵ NETZER, p. 74sv., spécialement p. 77; cf. aussi JAKOB, loc. cit.

⁶ BUCHER, p. 29; il existe actuellement dans le canton de Zurich trois associations de droit public de planification régionale fondées en 1965, 1966 et 1967 (Planungsgruppe Knonaueramt, Furttal et Winterthur und Umgebung; dans le

Par. 2. Les formes de droit public

Il existe de manière très générale la possibilité pour plusieurs communes de passer entre elles des conventions de droit public, soit pour l'exploitation en commun d'un service public⁷, soit pour s'assurer les services (notamment les services industriels) de l'une d'entre elles⁸, soit encore pour confier à l'une d'entre elles le soin d'accomplir une tâche d'intérêt public sur l'ensemble des territoires des communes contractantes⁹, soit enfin pour constituer des services techniques ou engager du personnel technique intercommunal¹⁰.

Il n'est pas douteux que cette institution peut rendre des services dans des domaines limités¹¹. Mais elle est tout à fait insuffisante pour résoudre complètement et définitivement les problèmes qui nous occupent ici. Nous ne la mentionnons donc que pour mémoire. De plus, elle peut être très dangereuse lorsqu'il y a une trop grande inégalité de fait entre les partenaires, notamment lorsque des petites communes s'assurent de la sorte la desserte par les services industriels d'une grande ville voisine; car alors cette dernière est en mesure de dicter ses conditions. Une enquête récente tendrait à montrer que les communes voient cette forme de collaboration d'un œil défavo-

canton d'Argovie, la plupart des Regionalplanungsgruppen sont, actuellement déjà, constitués sous forme de sociétés de droit public: STUTZ, p. 100sv.; selon le projet argovien de nouvelle loi sur les communes (§ 92, al. 1, litt. k), les Regionalplanungsgruppen sont conçus comme des «Zweckverbände». Sur l'insuffisance des formes d'association de droit privé, cf. également BUCHER, p. 40, SCHUMACHER, p. 202; STUTZ, p. 28–29.

⁷ Ce type de collaboration est prévu de manière tout à fait générale en droit vaudois (art. 109 LC), et largement utilisé: cf. JEAN MEYLAN, p. 19–22; de même AG, projet, § 4 al. 1. En matière d'évacuation des eaux usées, il est prévu notamment en droit thurgovien: loi du 29.4.59 d'introduction à la loi fédérale sur la protection des eaux contre la pollution, §§9 et 10. Sur la convention de droit public en général, cf. STUTZ, p. 114–5.

⁸ «Anschlussvertrag» en terminologie de langue allemande; cf. p. ex. loi thurgovienne précitée; Bericht, p. 14. En droit allemand: WEBER, p. 18–19.

⁹ Cf. p. ex. SG, GOG, art. 3 et 4; SZ, GOG, § 6; AG, projet, § 2; cf. également Bericht, p. 29.

¹⁰ Sur la nécessité d'une collaboration de ce genre entre communes, cf. SAVIGNY, p. 116sv.

¹¹ PROBST, p. 229.

rable et la jugent beaucoup plus attentatoire à leur autonomie que la création d'une association de communes¹².

Par. 3. Pouvoir de surveillance et collaboration intercommunale

L'autorité cantonale peut-elle user de son pouvoir de surveillance, et, en particulier, de son pouvoir d'approuver certains actes de la commune, pour contraindre en quelque sorte les communes à se concerter, lorsque les actes en question se rapportent à des objets qui ne peuvent être traités rationnellement qu'au niveau régional ? Nous avons déjà examiné ce problème dans un autre contexte¹³ et nous ne le rappelons donc ici que pour mémoire. Rappelons simplement les expresses réserves que nous avons formulées à ce sujet.

Section II. Fusion et absorption de communes

Remarquons tout d'abord qu'il ne s'agit pas à proprement parler de structures supracommunales, puisqu'à une structure communale se substitue une autre structure communale ; il reste que cette structure communale nouvelle est destinée à résoudre les mêmes problèmes que les structures supracommunales proprement dites et qu'elle se situe à la même échelle : c'est ce qui justifie, à nos yeux, qu'elle soit examinée dans ce contexte. Notons ensuite que ce qui distingue absorption et fusion de communes, c'est que, dans le premier cas, une des communes impliquées dans l'opération subsiste et s'intègre toutes les autres, alors que, dans le second, toutes les communes impliquées disparaissent pour faire place à un sujet de droit entièrement nouveau¹⁴. C'est ensuite que le recours au procédé de l'absorption correspond à une situation bien précise : le débordement d'une commune urbaine au-delà de ses limites et le développement d'une agglomération, alors que la fusion intéresse plutôt des communes rurales qui, toutes, sont trop faibles pour faire face à leurs charges. Il apparaît donc nécessaire d'examiner séparément ces deux procédés.

¹² Cf. chp. I n. 3.

¹³ Cf. deuxième partie, chp. II, sect. I, par. 3.

¹⁴ LOCHER, p. 142.

Fusion et absorption de communes posent le problème du droit de la commune à l'existence et de son droit de disposer de son existence. C'est ce que nous verrons tout d'abord. Nous dirons ensuite quelques mots du recours à l'absorption dans diverses agglomérations. Enfin, nous examinerons le procédé de la fusion de communes, son application présente et ses perspectives d'avenir¹⁵.

Par. 1. Le droit de la commune à l'existence et le droit de la commune de disposer son existence

A. Le droit de la commune à l'existence

On peut concevoir tout d'abord une fusion de communes forcée, opérée par l'Etat contre le gré des communes intéressées ou de certaines d'entre elles. Or, une fusion de communes porte, par définition, atteinte à l'existence même des communes intéressées. La question qui se pose alors est de savoir s'il y a un droit de la commune à l'existence, droit qui serait constitutionnellement garanti et que pourrait invoquer la commune impliquée contre son gré dans une opération de fusion.

Selon une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral admet l'existence d'un tel droit constitutionnel de la commune à l'existence¹⁶. Mais il admet aussi que ce droit n'a qu'une valeur purement relative, que son contenu et sa portée sont définis par les constitutions cantonales et, en particulier, par les dispositions de celles-ci sur les fusions et les divisions de communes. La garantie se limite donc pratiquement à l'observation des conditions de forme et de fond posées par ces dispositions.

De façon générale, c'est au législatif cantonal qu'il appartient de décider une fusion ou une division de communes¹⁷. Notons cepen-

¹⁵ Sur la réglementation des fusions de communes dans divers cantons: FELDMANN, p. 407 sv.

¹⁶ TF 23.12.70, Zbl. 1971, p. 428 et les arrêts cités.

¹⁷ ZH, Cst., art. 43 al. 3, GG § 2; BE, Cst., art. 63; LU, Cst., § 94^{bis}; SO, Cst., art. 53 al. 2, GG § 11; SH, Cst., art. 89 al. 3; SG, Cst., art. 111 al. 2, GOG, art. 2; VS, Cst., art. 26 al. 3; NE, Cst., art. 65 al. 2, LC, art. 5; BS, Cst., § 23; GR, Cst., art. 40 al. 1; TG, Cst., § 45 al. 3, GOG, § 2; GE, Cst., art. 144; VD, Cst., art. 21 al. 3 et 4; AG, GOG, § 3; BL, OG § 3; TI, LOC, art. 2.

dant que certaines constitutions cantonales énumèrent nommément les communes du canton¹⁸; il s'ensuit qu'une fusion de communes n'est possible que moyennant modification de la Constitution. Pour le surplus, les réglementations varient d'un canton à l'autre. Dans certains d'entre eux, l'accord des communes intéressées est nécessaire¹⁹; dans d'autres, des communes peuvent être fusionnées même contre leur gré; mais il est parfois prévu, que les communes intéressées doivent être entendues²⁰.

B. Le droit de la commune de disposer de son existence

On peut aussi concevoir une fusion de communes par entente entre les communes intéressées. Dans ce cas, la question qui se pose est celle de savoir si elles peuvent le faire contre le gré de l'Etat. Il résulte de ce qui précède que la réponse est négative, et cela ne saurait surprendre: une fusion de communes peut en effet léser soit les intérêts légitimes de tierces communes, soit même les intérêts de l'Etat lui-même (en modifiant, par exemple, certains équilibres poli-

¹⁸ SZ, Cst., § 23; OW, Cst., art.2; GL, Cst., art.68 (la Constitution prévoyant cependant elle-même une modification possible à l'initiative des communes intéressées, qui doit alors être soumise à l'approbation de l'exécutif, sous réserve de recours au législatif); AR, Cst., art.3; AI, Cst., art.15. On peut ranger dans la même catégorie la Constitution du canton de ZG (§ 24 al.1) qui prévoit que le canton «besteht aus den bisherigen elf politischen Gemeinden»; ces communes sont énumérées nominativement au §1 GG.

¹⁹ NW, Cst., art.84; BL, Cst., § 23. Cf. en outre TG, Cst., § 45, al. 3, qui ne prévoit la possibilité de décider des «simplifications» de la division territoriale existante que moyennant proposition des habitants intéressés. M. BÜRGIN signale (*op.cit.*, p. 55) que, selon le projet de nouvelle loi sur les communes du canton de BL (§ 43), des communes ne pourront être fusionnées ou séparées que moyennant leur accord.

²⁰ BE, Cst., art.63 al.2; VS, Cst., art.26 al.3; TI, legge sulla fusione, separazione e consorziamento di comuni, du 6.3.45, art.5; AG, projet, § 5 al.3. On peut se demander du reste si le Tribunal fédéral n'admettrait pas – comme il l'a fait en matière d'autonomie communale: ATF 96 I 237 sv. – un droit d'être entendu découlant directement de la garantie, écrite ou non, du droit de la commune à l'existence.

tiques); il est donc nécessaire que l'Etat conserve le contrôle d'opérations de ce genre²¹.

Par. 2. L'absorption de communes

C'est un processus qui a été fréquemment utilisé, tant à la fin du dix-neuvième siècle que dans la première moitié du vingtième siècle pour résoudre les problèmes nés de l'apparition d'une agglomération.

C'est ainsi notamment qu'en 1852, Coire absorbe la commune de Hof Chur; que Zurich absorbe en 1893 les communes d'Aussersihl, Enge, Fluntern, Hirslanden, Hottingen, Oberstrass, Riesbach, Unterstrass, Wiedikon, Wipkingen et Wollishofen, et, en 1934, celles d'Affoltern bei Zürich, d'Albisrieden, d'Altstetten, de Höngg, d'Oerlikon, de Schwamendingen, de Seebach et de Witikon; que Bienne absorbe en 1900 la commune de Vingelz, en 1917 celle de Bözingen et en 1919 celles de Madretsch et de Mett; qu'en 1900 encore, la commune de La Chaux-de-Fonds absorbe la commune des Eplatures; en 1907 la commune de Bâle celle de Kleinhüningen, en 1908 la commune de Bellinzone celles de Daro, Carasso, Ravchia, en 1912 la commune de Thoune celle de Goldiwil, en 1918 la commune de Saint-Gall celles de Straubenzell et de Tablat, en 1920 la commune de Thoune celle de Strättligen, en 1922 la commune de Winterthour celles d'Oberwinterthour, de Seen, de Töss, de Veltheim, de Wülflingen, en 1930 la commune de Genève celles des Eaux-Vives, du Petit-Saconnex et de Plainpalais, et en 1930, également, la commune de Neuchâtel celle de La Coudre²².

²¹ Cf. p.ex. SO, art. 53 al. 1, qui prévoit sans doute la possibilité d'une fusion à l'initiative des communes intéressées, mais dispose simultanément que l'Etat doit concourir à cet acte, sous une forme à déterminer par le législateur ordinaire. Cf. en outre AG, projet, § 5 al. 1 et 2.

²² Cf. à ce propos FELDMANN, p. 377–8. En ce qui concerne particulièrement les absorptions de communes par la Ville de Zurich en 1891 et 1934, cf. BERTSCHINGER, p. 62–63, et 72–73, et NATSCH, p. 14sv., 23sv.; les absorptions de communes par la Ville de Winterthour: NATSCH, p. 24 n. 34 et p. 25; les absorptions de communes par la Ville de Saint-Gall: GRAF, p. 44sv. Notons que la commune de Lugano s'apprête à absorber celles de Castagnola et de Brè.

A la même époque, on observe un processus semblable dans les pays voisins. Paris s'agrandit en 1860 aux dimensions actuelles de ses vingt arrondissements, annexant les communes qui s'étendaient entre les «barrières» et les fortifications élevées sous la monarchie de Juillet²³. Une loi de 1920 crée le Grand-Berlin, une loi de 1937 le Grand-Hambourg; entre 1901 et 1942, 26 petites communes sont absorbées par la ville de Stuttgart²⁴.

Mais depuis lors ce processus semble – tout au moins dans notre pays²⁵, s'être considérablement ralenti. Bien plus, il est tombé dans un discrédit très général, la quasi-totalité des auteurs qui se sont occupés de la question se prononçant catégoriquement contre de nouvelles absorptions²⁶.

On avance principalement contre ce procédé les deux arguments que voici. En premier lieu, l'absorption de communes ne contribuerait nullement, bien au contraire, à diminuer les frais d'administration: on observerait au contraire que les frais d'administration de la collectivité nouvelle seraient plus élevés que ceux des collectivités anciennes²⁷. Ensuite, l'absorption de communes ne ferait que repous-

Quant au cas de Montreux (1961), il est un peu différent: plutôt que d'une absorption, c'est d'une fusion entre deux communes urbaines importantes qu'il s'agit: cf. JEAN MEYLAN, p. 7–8.

²³ RIOUX, p. 155–6.

²⁴ HAHN, in Polis und Regio, p. 363–4. Il est intéressant de noter que la création du Grand-Berlin avait été précédée, en 1911, d'une tentative de résoudre le problème par voie d'association de communes; c'est en raison de l'échec de cette tentative que l'on décida une absorption; ibid., p. 366. De même, à Zurich avait-on songé à éviter la seconde absorption (celle de 1934) en recourant au procédé de l'association; mais il fallut bien constater que cette solution était impropre à résoudre les problèmes de l'agglomération: RÜBEL, p. 166 sv. Il est en revanche vrai qu'en 1952, la création d'une association entre la Ville de Berne et la Commune de Bremgarten a permis d'éviter l'absorption de cette dernière: NATSCH, p. 170; Bericht, p. 2.

²⁵ En République fédérale, au contraire, M. WEBER signale des cas récents d'absorption: op.cit., p. 13 sv.

²⁶ HAHN, loc.cit., p. 364; STILLHARDT, p. 127 (qui reconnaît toutefois qu'il est des situations où l'absorption est inévitable); BERTSCHINGER, p. 94; BATAILLARD, p. 106; STUTZ, p. 113; Bericht, p. 2. Cf. également, MÜLLER, p. 36, et NATSCH, p. 14. En sens contraire: WEBER, p. 44–45.

²⁷ STILLHARDT, p. 106 sv. Sur ce problème, cf. également BOSSHART, p. 121 sv.

ser le problème sans le résoudre vraiment: la première absorption une fois réalisée, se poserait bientôt le problème d'une nouvelle absorption de communes plus éloignées, gagnées entretemps par le développement de l'agglomération²⁸.

Le premier de ces deux arguments n'est pas convaincant. Il est certes possible que l'on ait vu en effet s'accroître les frais d'administration de la collectivité nouvelle par rapport à ce qu'étaient les frais des anciennes collectivités. Encore convient-il de se demander si ces frais n'auraient pas augmenté de toute manière, même sans absorption; et il est évidemment impossible de le savoir, tant il est vrai que l'on ne refait pas l'histoire avec des hypothèses. Encore faudrait-il savoir surtout si, lorsqu'on se livre à une telle comparaison, on compare vraiment des termes comparables: pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que les prestations fournies par les anciennes collectivités, d'une part, les prestations fournies par la commune absorbante, d'autre part, fussent de qualité égale; or, bien souvent les prestations fournies par la commune absorbante seront de qualité supérieure à celles que fournissaient les communes absorbées²⁹. Et cette amélioration de la qualité des prestations peut parfaitement justifier un sacrifice supplémentaire.

Le second argument nous paraît plus sérieux. Il est parfaitement exact que l'absorption par la commune-centre des autres communes de l'agglomération ne suffit nullement à résoudre le problème du développement ultérieur de cette dernière; aussi bien est-ce non pas à cet échelon, mais à l'échelon régional que ce développement doit être planifié³⁰. Mais moyennant que l'absorption de communes s'inscrive dans le cadre d'un développement de l'agglomération planifié à l'échelon régional, le second argument ne nous paraît pas non plus pouvoir être retenu.

Contrairement à la doctrine quasi-unanime, nous pensons donc que la solution de l'absorption par une commune-centre des com-

²⁸ MÜLLER, p. 36–37.

²⁹ BOSSHART, p. 48 et n. 210.

³⁰ Dans le même sens: TAMMS, in *Polis und Regio*, p. 29; DREGGER, *ibid.*, p. 106. Cf. également WEBER, p. 45 sv., qui souligne la nécessité de résoudre le problème des relations ville-centre – communes environnantes par une «Wieder-einkreisung» de la ville-centre, sur le modèle de ce qui s'est fait à Göttingue.

munes de l'agglomération n'est nullement à rejeter a priori. Dans ce contexte, il n'est du reste pas sans intérêt de noter que les communautés urbaines instituées par le droit français et conçues à l'origine comme des «établissements publics»³¹, tendent à se transformer progressivement en collectivités publiques à caractère territorial³², qui pourraient alors supplanter peu à peu les communes-membres³³: on aboutirait ainsi, par des voies détournées, à un résultat tout à fait semblable à celui qu'on aurait obtenu en procédant à une fusion de communes.

Si les inconvénients du procédé de l'absorption de communes ne sont ainsi pas établis, ses avantages sont évidents: à une pluralité d'administrations communales, il en substitue une seule, qui est désormais en mesure de définir une politique cohérente pour l'ensemble de l'agglomération. Les inégalités financières entre la commune-centre et les autres communes de l'agglomération disparaissent, et il s'établit une compensation entre les unes et les autres. Une certaine coïncidence se trouve rétablie entre les limites juridiques et les limites socio-économiques de la commune-centre³⁴.

Par. 3. La fusion de communes

Nous l'avons dit, la fusion de communes (par opposition à l'absorption) se conçoit surtout en milieu rural, comme remède à la capacité insuffisante de petites communes rurales.

Ce phénomène n'est pas sans exemple dans notre pays. Mais on ne peut pas dire qu'il y ait pris des proportions très considérables.

³¹ Notons cependant que la nature juridique de la communauté urbaine est d'ores et déjà controversée: BERNARD, p. 155; COLARD, p. 449, 452 sv.; LAUBADE, Communauté urbaine, p. 90.

³² Cf. à ce propos BERNARD, p. 152.

³³ C'est bien parce qu'il redoutait une évolution de ce genre que le législateur français a fait des communautés urbaines des «établissements de droit public», et non pas des collectivités territoriales: COLARD, p. 453.

³⁴ En France, une circulaire n° 71-364, du 28 juillet 1971, relative à l'application de la loi n° 71-588, du 16 juillet 1971 sur les fusions et regroupements de communes recommande (p. 10) la fusion «chaque fois que cela apparaîtra possible... notamment lorsqu'existe un tissu urbain continu...» (Citée par M. FLORY, op.cit., p. 641).

C'est ainsi que – compte tenu des absorptions – le nombre total des communes n'a diminué que de 132 unités entre 1850 et 1970, dont 103 pour la période 1850–1950³⁵. Et, de manière générale, les auteurs qui se sont penchés sur cette question font preuve de beaucoup de scepticisme quant à la probabilité d'une extension, à l'avenir, du mouvement de fusions des communes³⁶. Ce scepticisme est-il justifié ? Il n'est pas impossible que l'attitude des communes à cet égard soit en train d'évoluer. En tout cas, une récente enquête³⁷ a fait apparaître une attitude moins hostile qu'on n'aurait pu s'y attendre. On peut noter aussi dans ce contexte qu'à l'étranger, on assiste à une généralisation du processus³⁸ : sous une forme radicale en Suède (où, entre 1946 et 1966, les communes sont passées de 7000 à 900, ce dernier chiffre devant tomber à 282 d'ici quelques années)³⁹, mais également en Norvège, au Danemark, en Italie, aux Pays-Bas⁴⁰, et, beaucoup plus timidement, en France⁴¹. Il n'est pas impossible que ce mouvement gagne aussi notre pays⁴². Il faut cependant, pensons-nous, se garder de conclusions hâtives et il nous paraît peu vraisemblable qu'on assiste à bref délai à une évolution spectaculaire dans ce domaine. Il s'agira plus probablement d'un processus relativement long, passant par des formes de collaboration intercommunale plus lâches, telles, par exemple, que l'entente intercommunale ou l'association de communes. A cet égard, il sera intéressant de voir quels seront les résultats de la législation fribourgeoise actuellement en préparation sur cet objet.

³⁵ Chiffres tirés de l'Annuaire statistique de la Suisse 1971. Sur les fusions de communes dans le canton de Vaud, cf. JEAN MEYLAN, p. 7sv.

³⁶ JEAN MEYLAN, p. 8; STILLHARDT, p. 13–14; WEBER, p. 44.

³⁷ Cf. ci-dessus chp. I, n. 3.

³⁸ Sur le mouvement de fusions de communes à l'étranger, cf. SAVIGNY, p. 203 sv.; COLARD, p. 450.

³⁹ COLARD, ibid.

⁴⁰ COLARD, ibid.

⁴¹ Sur la nouvelle législation française relative aux fusions de communes, cf. n. 23 ci-dessus, et FLORY, op.cit.

⁴² La nécessité de créer de nouvelles unités de 5 à 10000 habitants est soulignée par M. MOSER (op.cit., p. 84).

Section III. Les associations de communes

Par association (ou syndicat)⁴³ de communes, on entend un organisme de droit public, groupant exclusivement des communes, qui peut être doté de la personnalité juridique, mais qui ne l'est pas nécessairement⁴⁴, et qui a pour but l'accomplissement en commun d'une ou de plusieurs tâches d'intérêt public⁴⁵.

⁴³ Le terme de syndicat de communes – qui est celui consacré en France – ne semble guère utilisé que dans le canton de Neuchâtel (art. 66 sv. LC). En terminologie de langue allemande, on parle de «Zweckverbände» (éventuellement de «Mehrzweckverbände») ou de «Gemeindeverbände»; en terminologie de langue italienne, de «consorzi».

⁴⁴ L'association de communes possède toujours la personnalité juridique dans les cantons de FR (loi du 7.5.63, complétant celle sur les communes et les paroisses, du 19.5.94, art. 6), de LU (GG, § 64), de NE (LC, art. 68), de TG (GOG, § 48 b), de BE (GG, art. 67 al. 3), de StG (OG, art. 33), de VD (LC, art. 113 al. 3) et, vraisemblablement dans les cantons du TI (legge sulla fusione, separazione e consorziamento dei comuni, du 6.3.45, art. 21) et de BL (GOG, § 7) (cf. également BÜRGIN, p. 62); même solution dans le projet argovien, § 79 al. 1. Il en irait de même dans le canton du VS selon les renseignements qui nous ont été fournis par la Chancellerie de ce canton. La personnalité peut lui être conférée dans le canton de SH (GG, art. 2 al. 2). Dans le canton de ZH, la loi prévoit sans doute cette institution (Cst., art. 47^{bis}; GG, § 7), mais elle est muette sur la question de la personnalité; il est admis cependant que le «Zweckverband» peut avoir ou ne pas avoir la personnalité: METTLER, p. 32–33; RÜBEL, p. 208 sv.; ROMER, p. 51–52. Les constitutions d'OW (art. 84) et de NW (art. 72 et 87) ne sont pas plus explicites, mais on admet, dans le demi-canton d'OW, que la question doit être résolue affirmativement. Enfin, dans le demi-canton d'AR, il est fait application aux associations de communes des règles générales sur les corporations de droit public des art. 25 à 34 de la loi d'introduction au CCS (du 27.4.69), elles sont donc dotées de la personnalité juridique; cependant, le «Zweckverband» prévu par l'art. 119 de cette loi en matière d'aménagement du territoire peut, selon les renseignements qui nous ont été fournis par la Chancellerie de ce demi-canton, être ou ne pas être doté de la personnalité juridique. Notons enfin la distinction établie par M. STUTZ entre «Zweckverband» au sens large qui, dénué de la personnalité juridique, constitue une société de droit public, et «Zweckverband» au sens strict, constituant une corporation de droit public dotée de la personnalité: p. 35–36, 57 sv.

⁴⁵ Sur les associations de communes en général, cf. STUTZ, op.cit.; RÜBEL, op. cit.; LOUDE, op.cit. (partiellement dépassé depuis l'entrée en vigueur de l'actuelle LC, en 1956); MÜLLER, p. 22 sv.; BÜRGIN, p. 62–63; NATSCH, p. 166 sv.;

La plupart des cantons connaissent cette institution⁴⁶, mais rares sont ceux qui lui ont consacré jusqu'ici une réglementation détaillée⁴⁷; la plupart du temps, cette institution ne fait l'objet que de quelques dispositions fort sommaires.

Il ne saurait être question de se livrer ici à une étude approfondie de cette institution. Nous nous bornerons donc à quelques points qui nous paraissent particulièrement importants pour la suite de nos développements, soit les compétences de l'association de communes, les divers modes de constitution, les grands traits de son organisation et enfin ses ressources. Nous serons alors en mesure de déterminer si cette institution pourrait constituer un instrument adéquat pour la solution des problèmes intercommunaux et régionaux que nous avons évoqués. Enfin, nous examinerons rapidement le problème de l'autonomie de l'association de communes.

Par. 1. Les compétences de l'association de communes

La vocation de l'association de communes peut être unique, c'est-à-dire limitée à un seul objet, ou au contraire multiple. Les associations instituées par des dispositions spéciales, dans un domaine bien déter-

PROBST, p. 273 sv.; FELDMANN, p. 497; JAGMETTI, p. 484 sv. En ce qui concerne plus particulièrement le canton de Zurich, cf. Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat zur Motion Nr. 1237 über den Erlass eines Gesetzes über die Zweckverbände.

⁴⁶ Cette institution est inconnue dans les cantons de Genève et de Bâle-Ville. Il n'existe aucune disposition expresse à leur sujet, ni générale, ni spéciale, dans les deux Appenzell; en ce qui concerne AR, cf. cependant n. 44 ci-dessus. Certains cantons ne possèdent que des dispositions spéciales, ce qui n'exclut pas nécessairement que l'institution soit reconnue de façon tout à fait générale, comme par exemple dans le canton d'AG, où l'on admet qu'elle se fonde sur le droit coutumier: STUTZ, p. 44 sv., 63 sv.; ou à la fois des dispositions générales et des dispositions spéciales. On en trouvera une énumération complète in Service des intérêts généraux de la Ville de Lausanne, 3^e rapport, auquel nous nous permettons de renvoyer notre lecteur.

⁴⁷ Possèdent une réglementation relativement détaillée les cantons de FR (loi du 7.5.63, complétant la loi sur les communes et les paroisses, du 19.5.1894), de NE (LC, art. 66 sv.), du TI (legge sulla fusione, separazione et consorziamento di Comuni, du 6.3.45, art. 21 sv.) et VD (LC, art. 112 sv., actuellement en révision). Cf. également AG, projet, §§ 79 sv.

miné, seront par hypothèse des associations à vocation unique. Dans les cantons où elles existent, les règles générales relatives aux associations de communes semblent avoir envisagé principalement les associations à vocation unique; mais, à notre avis, il n'y a juridiquement nul obstacle à ce qu'une association créée en vertu d'une telle disposition de caractère général se voie confier plusieurs objets différents⁴⁸, se voie donc reconnaître une vocation multiple. En revanche, une association à vocation générale, partiellement générale ou résiduelle, nous paraît exclue, car on serait alors en présence d'une véritable «supercommune», qui ne pourrait être instituée qu'en vertu d'une disposition constitutionnelle expresse⁴⁹.

En principe, l'association ne peut se voir chargée que d'objets entrant dans la compétence des communes elles-mêmes⁵⁰; il n'est cependant pas inconcevable qu'une association de communes puisse se voir attribuer une compétence qui n'appartiendrait pas à une commune comme telle, mais il faut alors une disposition légale expresse dans ce sens; nous verrons que cette possibilité joue un rôle particulièrement important, s'agissant des problèmes qui nous occupent ici⁵¹. Inversément, une association créée en vertu d'une disposition générale peut se voir déléguer toute tâche quelconque entrant dans la compétence des communes-membres, qu'il s'agisse d'une tâche propre⁵² ou d'une tâche déléguée⁵³, d'une tâche obliga-

⁴⁸ Cf. dans le même sens le rapport zuricois cité en n. 45 ci-dessus, p. 9 sv.; Bericht, p. 26. Cf. également WEBER, p. 54.

⁴⁹ Car il s'agirait alors d'un élément de l'organisation constitutionnelle de l'Etat: cf. à ce propos ci-dessus, I^{re} partie, chp. I, sect. I. Excluent de même une compétence générale de l'association de communes: NATSCH, p. 167; RÜBEL, p. 176; STUTZ, p. 38–39; FELDMANN, p. 503; de même s'agissant d'institutions inter-cantonales: DORMANN, p. 50.

⁵⁰ Dans ce sens expressément, cf. p. ex. ZH, Cst., art. 47^{bis} al. 1, GG § 7.

⁵¹ Cf. ci-dessous, par. 5. Un exemple en est fourni par le projet argovien de nouvel art. 49 Cst. et de nouvelle loi sur les communes (§ 92 al. 1 litt. k), cette dernière disposition reconnaissant aux «Regionalplanungsgruppen» le pouvoir d'adopter des plans régionaux.

⁵² A l'exception sans doute des tâches propres obligatoires énumérées par la Constitution elle-même. Selon M. GÖNNENWEIN (op. cit., p. 433), seule une loi pourrait créer une association obligatoire pour l'accomplissement d'une tâche propre facultative. M. STUTZ (op. cit., p. 40) soutient de même qu'une associa-

toire⁵⁴ ou d'une tâche facultative⁵⁵. Le pouvoir de surveillance de l'Etat sur les communes ne se trouve du reste nullement éludé, puisque l'association est, comme telle, soumise à une surveillance tout à fait semblable⁵⁶.

Une association de communes peut-elle se voir déléguer des prérogatives de puissance publique, soit le pouvoir de prendre des actes réglementaires ou des décisions individuelles qui lient non seulement les communes-membres voire, le cas échéant, les usagers du service exploité par l'association⁵⁷, mais également des tiers ? On pourrait être tenté de le nier en objectant que l'association de communes ne constitue pas une collectivité publique à caractère territorial. L'objection ne nous paraît cependant pas décisive. Sans doute une association de communes ne constitue-t-elle pas une collectivité publique à caractère territorial⁵⁸; sans doute encore, faut-il en conclure qu'une association de communes ne saurait posséder, à titre « primaire », aucun pouvoir de puissance publique; mais il reste à démontrer que des prérogatives de puissance publique ne pourraient pas être déléguées à une association de communes. Or, de manière générale, les personnes de droit administratif peuvent se voir déléguer des prérogatives de ce genre⁵⁹ et il n'y a, à notre avis, aucune

tion obligatoire n'est possible que pour l'accomplissement de tâches obligatoires.

⁵³ A la condition naturellement que la possibilité de créer une association soit prévue (soit de manière générale, soit dans un domaine particulier) par une loi: GÖNNENWEIN, p. 433.

⁵⁴ Cf. cependant n. 52 ci-dessus.

⁵⁵ Cf. cependant n. 52 ci-dessus. Nous doutons en revanche qu'une tâche centralisée (mais déconcentrée) puisse être transférée à une association de communes.

⁵⁶ Cf. p.ex. LU, GG, § 89; NE, LC, art. 67; TG, GOG, § 48c; SO, GG § 10 al. 6; BE, GG, art. 67 al. 3; SH, GG, art. 2 al. 4; VD, LC, art. 114; AG, projet, § 85 al. 1.

⁵⁷ Dans la mesure où l'on admet, avec M. FORSTHOFF (op. cit., p. 135–6) qu'il y a dans ce cas réglementation fondée sur un « besonderes Gewaltverhältnis », ce qui n'est, à vrai dire, pas indiscutable; en sens contraire: IMBODEN, Verwaltungsrechtsprechung, II 511 II.

⁵⁸ FELDMANN, p. 500; STUTZ, p. 39; dubitatif: PROBST, p. 232.

⁵⁹ FORSTHOFF, p. 455, 469–470.

raison de faire une exception en ce qui concerne les associations de communes⁶⁰. On pourrait, il est vrai, s'agissant plus particulièrement du pouvoir réglementaire, formuler une seconde objection : c'est que, de la sorte, certains actes qui, s'ils émanaient de la commune elle-même, entreraient dans la compétence de l'assemblée de commune (soit de l'ensemble des citoyennes et citoyens) ou seraient, à tout le moins, sujets à référendum, se trouveraient soustraits à l'exercice de ces droits populaires. Le fait est absolument incontestable, mais le problème ne se pose pas différemment en cas de délégation de compétence du législatif à l'exécutif ; et si l'on admet celle-ci, il n'y a pas de raison de ne pas admettre aussi celle-là⁶¹. Notons du reste que trois cantons au moins⁶² reconnaissent l'existence d'un pouvoir réglementaire de l'association de communes.

Par. 2. Les modes de constitution

L'association de communes peut émaner de la libre initiative de celles-ci, être, en d'autres termes, purement volontaire. Mais l'Etat peut se voir reconnaître la faculté, soit de créer de toutes pièces une association de communes, même contre le gré des communes im-

⁶⁰ Admettent la possibilité d'une délégation du pouvoir réglementaire à une association de communes, notamment RÜBEL, p.197; LOUDE, p.130; STUTZ, p.56–7; NATSCH, p.168; BÜRGIN, p.62; ROMER, p.28–9. S'agissant d'institutions intercantonales, cf. de même DORMANN, p.47.

⁶¹ Sur la similitude des deux procédés: DORMANN, p.48, 93.

⁶² FR (loi préc., art.9); NE (LC, art.75); VD (LC, art.119, al.3, qui renvoie expressément à l'art.94 LC, selon quoi doivent être approuvés par le Conseil d'Etat les règlements communaux «qui confèrent des droits ou imposent des obligations aux autorités ou aux particuliers les uns à l'égard des autres»). Cf. en outre AG, projet de nouvel art.49 Cst., et projet, § 84 al.2, 87 sv. Au contraire, le droit soleurois (GOG, § 10 al.2) prévoit que les règlements de l'association doivent être délibérés et adoptés par chaque commune-membre, au même titre qu'un règlement communal; c'est donc la négation d'un pouvoir réglementaire de l'association comme telle. A notre avis, une délégation du pouvoir réglementaire à une association de commune n'est concevable que si la loi l'admet, au moins implicitement; l'acte de création de l'association ne saurait, comme le soutient M.STUTZ (op.cit. p.56–57) remplacer cette base légale.

pliquées, soit, tout au moins, d'obliger une commune à adhérer à une association qui est, par ailleurs, volontaire. Dans le premier cas, il est généralement prévu que chaque commune peut, en tout temps, se retirer de l'association⁶³.

Les cantons de Zurich, de Fribourg et du Tessin, et le demi-canton d'Obwald prévoient de manière tout à fait générale la possibilité d'associations forcées⁶⁴; les cantons de Bâle-Campagne, Argovie, Lucerne, Schwyz, Thurgovie, Soleure et Schaffhouse ne connaissent que des associations volontaires⁶⁵. Mais, le plus souvent, il faut distinguer entre les associations de droit commun, toujours volontaires, et les associations créées en vertu de lois spéciales, qui peuvent être obligatoires⁶⁶.

Par. 3. L'organisation

Le plus souvent, les droits cantonaux ne contiennent aucune précision à cet égard, de sorte que l'organisation de l'association est

⁶³ FR (loi préc., art. 18); NE (LC, art. 83); VD (LC, art. 127).

⁶⁴ ZH (Cst., art. 47^{bis} al. 2, GG, § 7 al. 2); FR (loi préc., art. 1) TI (loi préc., art. 21). En ce qui concerne le demi-canton d'Obwald, force est de constater que la Constitution (art. 84) ne précise rien à cet égard; mais cette possibilité est admise, selon les renseignements qui nous ont été fournis par la Chancellerie de ce demi-canton. Enfin, selon la Chancellerie du canton du Valais, le gouvernement pourrait, en l'absence de toute disposition à ce sujet et en application de son pouvoir général de surveillance, contraindre des communes à se constituer en une association; mais cette opinion nous paraît pour le moins surprenante.

⁶⁵ BL, GOG, § 7; LU, GG, §§ 64–65; SZ, GOG, § 4; TG, GOG, §§ 48a–c; SO, § 10; dans le canton d'Argovie, il n'existe, rappelons-le, aucune disposition générale sur cet objet. On trouvera une liste des dispositions spéciales in Service des intérêts généraux de la Ville de Lausanne, 3^e rapport.

⁶⁶ Ainsi p.ex. dans le canton de BE: cf. d'une part GG, art. 67, d'autre part, notamment, WNG, art. 130b. De même dans le canton de VD: cf. d'une part art. 112sv. LC, et d'autre part les art. 8, 25, 37sv. de la loi sur l'instruction publique primaire du 25.5.60, et les art. 17, 18, 36sv. de la loi sur la protection des eaux contre la pollution, du 20.5.58; rappelons toutefois que les art. 112sv. LC sont actuellement en révision. Pour une vue complète, cf. rapport cité en n. 65.

fixée de cas en cas par les statuts et peut ainsi revêtir des formes différentes⁶⁷.

En revanche, lorsque l'organisation de l'association a fait l'objet de règles générales, cette institution est généralement dotée de deux organes: un organe exécutif et un organe délibérant⁶⁸.

La composition de l'organe délibérant est, elle-même, variable selon les réglementations. Trois solutions paraissent possibles à cet égard. Ou bien chaque commune-membre dispose d'un nombre égal de représentants, quelle que soit son importance (et, en particulier, le nombre de ses habitants): c'est, en principe, la solution retenue par le droit neuchâtelois⁶⁹. Ou encore la représentation est proportionnelle à l'importance de chaque commune: c'est, en principe, la solution retenue par le droit fribourgeois⁷⁰. Ou enfin, la première et la deuxième solution sont combinées: c'est ce que prévoit le droit vaudois⁷¹. Remarquons qu'au lieu de faire varier le nombre des représentants, on pourrait aussi faire varier le nombre des suffrages dont dispose chacun d'eux ou encore pondérer les suffrages de chacun d'eux⁷².

⁶⁷ Cf. p.ex. à ce propos le rapport cité en n. 45 ci-dessus, p. 6sv.

⁶⁸ FR (loi préc., art. 7); NE (LC, art. 72); VD (LC, art. 116). Cf. en outre AG, projet, §§ 89sv.

⁶⁹ NE (LC, art. 76); mais il est prévu qu'outre les représentants des communes-membres, le conseil intercommunal peut comprendre éventuellement d'autres citoyens; le droit neuchâtelois est ainsi très proche de la solution préconisée par M. LOUDE (*op.cit.*, p. 115).

⁷⁰ Loi préc., art. 16, qui prescrit de tenir compte en outre de l'importance de l'entreprise pour chacune des communes-membres. Cf. également AG, projet, 91 al. 1.

⁷¹ LC, art. 117.

⁷² L'opportunité d'une telle solution nous paraît, à vrai dire, des plus douteuses, d'abord parce que, de la sorte, certains membres du conseil apparaissent comme «plus égaux» que les autres, ce qui est psychologiquement fâcheux; ensuite et surtout, parce que, dans un pareil système, une commune qui dispose de plusieurs suffrages les utilisera nécessairement tous dans le même sens, alors que si cette même commune possède plusieurs représentants disposant chacun d'un suffrage, il est possible que l'on aboutisse à une prise de position beaucoup plus nuancée, certains représentants votant dans un sens, d'autres en sens opposé. En réalité, le système envisagé au texte ne serait logique que si les représentants de la commune-membre étaient liés à l'égard de celle-ci par un mandat impératif.

Pourrait-on envisager de doter une association de communes d'autres organes encore, et, en particulier, pourrait-on concevoir d'associer de quelque manière le corps électoral aux décisions prises par l'association ? On nous objectera sans doute que seules les communes comme telles sont membres de l'association, non pas en revanche les habitants de ces communes, qu'il apparaît dès lors difficile en bonne doctrine de les associer aux décisions de cette institution. Nous ne croyons pas que cette objection serait exacte. Ce qui est vrai, c'est que les habitants de la commune, en tant que particuliers, ne sont pas membres de l'association et ne sauraient, dès lors, être associés comme tels aux décisions de celle-ci ; en revanche, les citoyennes et citoyens de la commune constituent ensemble un organe de celle-ci ; et en tant qu'organe de la commune, soit en tant qu'organe d'un membre de l'association, rien n'empêche de les associer aux décisions de cette dernière⁷³. On remarquera qu'il y aurait, de la sorte, une possibilité de remédier en quelque mesure aux restrictions des droits populaires consécutives à des délégations de compétence (et, en particulier, à des délégations du pouvoir réglementaire ou du pouvoir fiscal) à une association de communes.

Par. 4. Les ressources

Trois solutions sont possibles à cet égard. L'association peut ne disposer d'aucune ressource propre et en être réduite à financer ses activités par des contributions volontaires de ses membres. Elle peut avoir, au contraire, la faculté d'imposer à ses membres le versement de contributions, voire, le cas échéant, de percevoir des taxes et émoluments auprès de ses usagers⁷⁴. Elle peut enfin se voir reconnaître le droit de percevoir des impôts.

Ce dernier point ne va, à vrai dire, pas sans difficulté. Plusieurs lois cantonales excluent expressément cette possibilité⁷⁵. De manière générale, la doctrine dénie, elle aussi, à l'association le pouvoir de

⁷³ Dans ce sens apparemment : RÜBEL, p. 147–8. Cf. également, AG projet, § 35, al. 3 litt. c, et 97–98 (initiative et référendum).

⁷⁴ Cf. FR (loi préc., art. 16); NE (LC, art. 80); VD (LC, art. 125).

⁷⁵ FR (loi préc., art. 16; NE (LC, art. 80); VD (LC, art. 125).

percevoir des impôts, parce que, dit-elle, l'association de communes n'est pas une collectivité publique à caractère territorial et que le pouvoir de prélever des impôts est un élément de la «souveraineté» territoriale⁷⁶. Si cette objection était fondée, il faudrait alors exclure également que l'association de communes puisse jamais disposer d'aucune prérogative de puissance publique à l'égard des tiers, et, en particulier, d'un pouvoir réglementaire; si l'on admet en revanche que de telles prérogatives puissent être déléguées à une association de communes, il n'y a, juridiquement, pas de raison d'exclure qu'un certain pouvoir fiscal puisse lui être également délégué. Nous reconnaissions en revanche que le principe de la légalité de l'impôt assignerait à une telle délégation des limites relativement étroites⁷⁷.

Par. 5. Association de communes et problèmes intercommunaux et régionaux

L'association de communes peut-elle constituer un instrument approprié pour la solution de problèmes intercommunaux, voire de problèmes régionaux ? La réponse n'est pas simple, parce que, comme nous venons de le voir, il existe non pas un type unique, mais des formes très variables d'associations de communes. Pour répondre à cette question, il faut donc envisager les diverses modalités possibles de l'association de communes.

On peut, d'emblée et de manière générale, écarter comme inefficace une association qui ne disposerait pas de ressources propres. A tout le moins doit-elle pouvoir exiger une contribution de ses membres. Remarquons que, du même coup se trouve créée de la sorte la possibilité d'opérer entre ceux-ci une certaine péréquation, dans la mesure où cette contribution serait prévue variable en fonction de la capacité fiscale effective de chacun d'eux: or, nous avons déjà souligné dans un autre contexte la nécessité pressante d'une telle péréquation⁷⁸. Inversément, il ne nous paraît pas indispensable du point

⁷⁶ FELDMANN, p.562-3; RÜBEL, p.170-171; LOUDE, p.119; ROMER, p.32; NATSCH, p.169.

⁷⁷ Cf. à ce propos ATF 95 I 251 sv.

⁷⁸ Cf. ci-dessus, chap. I, sect. II.

de vue que nous envisageons, ni peut-être très souhaitable politiquement⁷⁹, d'habiliter l'association à percevoir des impôts.

L'association à vocation unique fait l'objet d'appréciations diverses. En France, où elle a connu longtemps une grande vogue⁸⁰, elle semble considérée généralement comme dépassée et fait place de plus en plus au syndicat à vocation multiple⁸¹. Dans notre pays, au contraire, elle paraît jouir encore des faveurs de certains responsables de l'aménagement du territoire⁸². Il faut, dit-on, que s'institue un réseau d'associations de communes, ne regroupant pas nécessairement toutes les mêmes communes; on conservera ainsi une grande souplesse d'organisation et on pourra fixer les dimensions territoriales de chaque association à la mesure de la tâche particulière qui lui incombe, le seuil de rationalité pouvant varier considérablement d'une tâche à l'autre. Cette thèse est séduisante, mais cette solution nous paraît tout à fait impraticable. Il est bien clair, tout d'abord, que l'association à vocation unique est inapte à accomplir des tâches de caractère régional; ces tâches, nous l'avons vu, sont essentiellement des tâches de planification (et d'exécution des planifications), c'est-à-dire de synthèse, ce qui implique, à tout le moins, une vocation multiple. On peut penser qu'il en va différemment au niveau intercommunal, s'agissant de tâches proprement communales que plusieurs communes entreprennent de résoudre en commun, pour des raisons d'économie et de rationalisation. Mais, même à ce niveau, l'association à vocation unique ne nous paraît plus suffisante. Le nombre des tâches entreprises dans le cadre intercommunal tend en effet à se multiplier. S'il faut chaque fois créer une association nouvelle, il en résultera non seulement des complications et des frais

⁷⁹ Il pourrait être psychologiquement fâcheux d'ajouter un quatrième niveau d'imposition aux trois déjà existants (confédération, canton, commune).

⁸⁰ COLARD, p. 450, avec un aperçu historique intéressant sur l'évolution de cette institution.

⁸¹ COLARD, p. 451. Cf. dans le même sens, le rapport cité en n. 45.

⁸² Nous avons pu nous en convaincre à l'occasion de contacts professionnels que nous avons eus avec le service vaudois de l'urbanisme et des bâtiments. Cf. de même PROBST, p. 226, qui préconise cependant une association faîtière chargée de coordonner l'activité des diverses associations. Marquent au contraire l'insuffisance de cette solution: BOSSHART, p. 269; LOUDE, p. 23.

parfaitement inutiles; cela provoquera en outre – et c'est beaucoup plus grave – une dispersion du pouvoir de décision entre une pluralité d'organismes, avec toutes les contradictions et les défauts de coordination que cela peut impliquer; en d'autres termes, il deviendra impossible de définir une politique cohérente et globale⁸³, pourtant plus nécessaire que jamais. Nous ne disons pas pour autant qu'il faut abolir purement et simplement l'association à vocation unique, mais nous pensons qu'elle est appelée à perdre progressivement de son importance au profit des associations à vocation multiple. Seule en effet cette dernière forme d'association pourrait constituer, le cas échéant, une structure appropriée de collaboration intercommunale, voire de solution des problèmes régionaux. On pourrait, certes, à l'inverse, se demander si une association de communes qui se verrait chargée de manière tout à fait générale des problèmes de planification régionale pourrait encore être analysée comme une association à vocation multiple, ou s'il ne faudrait pas reconnaître bien plutôt que la notion même de planification – en tant que coordination de *toutes* les activités de la collectivité publique – fait éclater ce cadre relativement limité, en d'autres termes, si l'on en se trouverait pas en présence d'une entité à compétence générale ou partiellement générale, qui devrait alors nécessairement être conçue comme une collectivité publique à caractère territorial⁸⁴; et ce serait alors reconnaître du même coup que l'association de communes est radicalement impropre à servir d'instrument pour résoudre les problèmes régionaux, voire les problèmes intercommunaux. Reconnaissions qu'il s'agit là d'une question fort délicate. Il nous paraît clair en tout cas qu'une «association de communes» qui serait constituée avec pour but «la planification régionale», sans autre précision, ne répondrait plus à

⁸³ Dans le même sens: COLARD, p.451.

⁸⁴ Seule, en effet, une collectivité publique à caractère territorial peut posséder une compétence générale: cf. ci-dessous, 1^{re} partie, chp. I, sect. I. Dans le canton de Berne, on envisage, pour cette raison, de créer un nouveau type d'association, le «Nachbarschaftsverband», qui serait plus «gebietsbezogen» qu'«aufgabebbezogen»: Bericht, p.29; la nature juridique de cette institution n'apparaît cependant pas clairement: s'agit-il d'une forme hybride entre la personne administrative et la collectivité territoriale? s'agit-il d'une collectivité territoriale à structure complexe?

la notion d'association à vocation multiple; mais nous pensons qu'il en irait autrement si, par ailleurs, le droit cantonal définissait avec quelque précision les objectifs et les moyens d'une telle planification. Nous admettons cependant bien volontiers que, même dans cette dernière hypothèse, on se trouverait en présence d'un cas-limite.

Une autre difficulté pourrait provenir du principe selon lequel une association ne peut, en principe, exercer que des compétences qui appartiendraient aux communes – membres comme telles. Or, à la rigueur, aucune commune ne saurait entreprendre un aménagement *régional*⁸⁵. On pourrait être tenté d'en conclure que l'association de communes ne se prête guère qu'à la solution de problèmes intercommunaux, et non pas de problèmes régionaux⁸⁶. Nous avons vu cependant qu'il n'était pas inconcevable – moyennant naturellement une disposition légale expresse dans ce sens – qu'une association de communes puisse se voir confier une compétence qui n'appartiendrait pas à une commune comme telle. C'est à cette condition que cette institution pourrait constituer un instrument adéquat pour la solution des problèmes qui nous occupent.

Enfin, il est évident que, de ce point de vue, l'association devrait être dotée d'un minimum de prérogatives de puissance publique, et, notamment, d'un certain pouvoir réglementaire.

Faut-il préférer l'association volontaire? Faut-il au contraire préconiser la possibilité de créer des associations forcées? Il s'agit, là encore, d'une question fort délicate. Chacune des deux formules en effet a ses avantages et ses inconvénients.

L'association volontaire a l'inconvénient ... d'être volontaire. Elle sera peut-être difficile à constituer, chacun subordonnant sa participation à des exigences draconiennes et l'association ne se formant, en définitive, que sur la base d'un compromis, qui, pour

⁸⁵ En sens contraire: cf. le rapport cité en n.45, p.10: «Dabei darf der Kreis der Gemeindeaufgaben jedoch im Hinblick auf die den zürcherischen Gemeinden zustehende Autonomie ... nicht zu eng gezogen werden. Er umfasst nach heutiger Ansicht nicht nur die Erfüllung rein lokaler, sondern auch die Besorgung regionaler Aufgaben ...». Cf. également AG, projet de nouvel art. 49 Cst. qui prévoit expressément que les communes peuvent créer des associations «zur Erfüllung eigener oder regionaler Aufgaben».

⁸⁶ Sur la distinction entre ces deux catégories de problèmes, cf. ci-dessous, sect. V.

avoir voulu tenir compte des intérêts particuliers de chacun, risque fort de ne satisfaire nullement l'intérêt commun, intercommunal ou régional⁸⁷. Une fois constituée, elle peut à tout moment être mise en question par le retrait d'un ou de plusieurs membres; elle est donc essentiellement instable; elle est de plus constamment exposée à un «chantage» au retrait, et peut s'en trouver complètement paralysée. L'association forcée permet d'éviter ces inconvénients. En apparence, tout au moins, car l'on peut très sérieusement se demander si des communes groupées contre leur gré dans une association qu'elles n'ont pas voulue se montreront très coopératives...; on peut penser, au contraire, qu'elles feront systématiquement obstruction. De sorte que les inconvénients nous paraissent en définitive l'emporter sur les avantages et que ces inconvénients nous semblent au moins aussi graves que ceux de la première solution.

Faut-il alors absolument écarter l'association forcée? Une distinction nous paraît à cet égard nécessaire. Nous croyons qu'il faut écarter décidément une association que l'Etat créerait de toutes pièces, contre le gré des communes impliquées. Il ne serait, en revanche, pas admissible qu'une association volontairement créée par une pluralité de communes butât sur l'opposition d'une seule commune, occupant, par hypothèse, une position-clef en matière d'aménagement régional; nous pensons donc qu'il se justifierait de reconnaître à l'Etat le pouvoir de contraindre une commune à adhérer à une association émanant, par ailleurs, de la libre volonté des autres communes-membres.

S'agissant d'associations de communes en vue de l'aménagement régional, il semble difficile de laisser le découpage des régions à la seule initiative des communes, pour ne pas dire au hasard des bonnes ou des mauvaises relations qui peuvent exister entre telles d'entre elles. C'est pourtant bien à quoi l'on aboutirait, si l'on se contentait d'une association purement volontaire; même la faculté reconnue à l'Etat de contraindre une commune à adhérer à une association par ailleurs volontaire ne paraît pas suffisante à cet égard. A notre avis, c'est en effet à l'Etat qu'il devrait appartenir de définir le cadre géographique des associations de planification régionale. Nous pensons

⁸⁷ WEBER, p. 56.

cependant que les communes devraient être étroitement associées à la définition de ce cadre régional⁸⁸: il apparaît, aussi bien, tout simplement inconcevable que l'Etat puisse aboutir à un découpage satisfaisant, s'il n'agit pas en collaboration étroite avec les communes intéressées; une région n'est pas un objet naturel, perceptible comme tel; c'est une catégorie de la pensée qui permet d'unifier en un système toute une série de données⁸⁹: et l'Etat ne saurait appréhender ces données qu'avec l'aide des communes. Il ne serait même pas nécessaire de concevoir le découpage ainsi opéré comme absolument rigide et immuable, bref contraignant pour les communes ayant décidé de se grouper; nous y verrions plutôt une ligne directrice dont l'Etat s'inspirerait au moment de donner ou de refuser son approbation à telle association projetée⁹⁰. Si donc, à cet égard, un minimum de contrainte apparaît indispensable, il nous paraît possible de la sorte de sauvegarder autant que faire se peut l'autonomie des communes.

Si, avec les réserves que nous venons d'indiquer, nous nous prononçons ainsi en faveur d'associations essentiellement volontaires, il nous paraît en revanche nécessaire d'inciter les communes à de tels regroupements. Incitations financières, tout d'abord: c'est la première idée qui vient à l'esprit⁹¹. Nous ne nierons certes pas qu'elles puissent jouer un rôle, et même un rôle important. Nous ne croyons pourtant pas qu'elles soient toujours suffisantes, à elles seules. Autrement plus efficace nous paraît être le procédé qui consisterait à retirer aux communes certaines compétences qu'elles possèdent actuellement, et qui ne peuvent plus s'exercer rationnellement dans le cadre désormais trop étroit de la commune, ces compétences étant alors ou bien exercées par le canton, ou bien restituées aux communes,

⁸⁸ M. WEBER (op.cit., p. 50) insiste sur cette nécessité; à son avis, c'est à cette condition seulement que les communes accepteraient d'être liées par une planification de rang supérieur.

⁸⁹ VRISER, p.3: «Eine Region ist weder ein selbstdefiniertes, noch ein von Natur gegebenes Objekt. Sie ist ein Begriff, eine Einheit des Denkprozesses...»

⁹⁰ Dans le sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral administratif allemand citée ci-dessus, II^e partie, chp.II n.29.

⁹¹ Des incitations financières sont prévues notamment par le droit fribourgeois (loi préc., art.16). C'est également une des idées de base de la nouvelle loi française sur les fusions et regroupements de communes: cf. n.34 ci-dessus, et FLORY, p.642–3.

mais à la condition qu'elles se constituent en association pour les exercer⁹². Ce serait sans doute le meilleur moyen de faire comprendre aux communes qui ne l'ont pas encore saisi que, si leur autonomie ne doit pas être un vain mot et une coque vide, elles doivent la réinventer dans un cadre plus vaste; et de leur donner simultanément le moyen de le faire. Nous croyons que ce procédé serait de nature à inciter bien des communes hésitantes à se grouper en associations, si la reconquête de leur autonomie est à ce prix; à les inciter aussi à demeurer groupées, le risque de retrait (et, partant, de «chantage» au retrait) se trouvant ainsi sensiblement diminué.

Enfin, il nous paraît clair que, s'agissant de résoudre des problèmes intercommunaux, voire des problèmes régionaux, soit des problèmes qui peuvent exercer une influence décisive sur les destinées des diverses communes, seule une association possédant une organisation relativement développée, et dotée en particulier d'un organe exécutif et d'un organe délibérant, peut entrer en ligne de compte; nous savons cependant que rares sont, à l'heure actuelle, les cantons qui ont consacré une réglementation détaillée à l'organisation des associations de communes; si l'on veut que cette institution puisse servir comme instrument pour la solution de problèmes intercommunaux et, plus encore, régionaux, il devient donc urgent de combler cette lacune sur le plan des textes⁹³.

Mais il se pose alors la très difficile question de la composition de l'organe délibérant⁹⁴. De la formule de la représentation égale pour toutes les communes, on peut dire qu'elle consacre une inégalité suprême; elle est peut-être praticable, lorsqu'il s'agit d'une association entre des communes de taille à peu près équivalente; s'agissant d'aménagement régional, s'agissant donc d'aménager les rapports

⁹² Il n'est pas sans intérêt de citer dans ce contexte le §117 al.2 du Baugesetz du 15.6.67, du canton de Bâle-Campagne, qui donne en principe compétence à une autorité cantonale pour délivrer les permis de construire, mais prévoit la possibilité de transférer cette compétence «an Gemeinden mit geeigneter Organisation».

⁹³ C'est ce que le gouvernement zuricois nous paraît avoir perdu de vue, lorsqu'il a déclaré (cf. rapport cité en n.45) qu'une législation détaillée sur les associations de communes n'était pas indispensable.

⁹⁴ Cf. à ce propos LOUDE, p.115.

entre un centre et les communes qui l'entourent, il en va évidemment tout différemment: est-il en effet normal, est-il même politiquement concevable que la commune de deux cents mille habitants et celle de deux mille habitants puissent exercer une influence semblable? Nous répondons sans hésiter que non⁹⁵. Inversément, la formule qui consiste à fixer la représentation de chaque commune en fonction de son importance risque d'aboutir soit à la majorisation permanente des petites communes – ce qui exclut toute perspective de voir celles-ci consentir à une association avec la commune-centre, association qui serait pourtant indispensable si l'on veut utiliser cette institution comme instrument d'aménagement régional; soit à la paralysie, les petites communes se liguant contre la commune-centre. Dira-t-on qu'il faut combiner les deux solutions? Mais n'est-ce pas en cumuler les inconvénients respectifs? Certes, la surreprésentation de la petite commune est atténuée et elle est moins choquante que dans la première solution; mais elle n'en demeure pas moins; en outre et surtout, il reste pour la commune-centre la possibilité de majoriser les petites. Faut-il alors en conclure que le problème est insoluble?

Nous ne le croyons pas. A notre avis, une solution pourrait être trouvée, si aux structures d'agglomération de la commune-centre venaient s'ajouter des structures infracommunales. Nous y reviendrons⁹⁶. Mais si nous supposons l'existence de telles structures, il deviendrait alors concevable d'avoir une représentation égale pour toutes les communes, y compris la commune-centre, à quoi viendrait s'ajouter cependant, en ce qui concerne cette dernière, une représentation de ces structures infracommunales. On éviterait ainsi, d'une part, une surreprésentation choquante des petites communes par rapport à la commune centre. Mais on éviterait aussi une majorisation inéluctable de celles-là par celle-ci: tous les représentants de la commune-centre ne feraient pas nécessairement bloc, les représentants des structures infracommunales pouvant parfaitement avoir

⁹⁵ En France, c'est précisément la règle de l'égalité des voix (consacrée avant la réforme de 1959) qui a rendu l'institution du syndicat de communes inapplicable aux relations entre commune-centre et communes périphériques: COLARD, p. 451, n. 19.

⁹⁶ Cf. chp. III ci-dessous.

des intérêts divergents de ceux de la commune-centre comme telle, et convergents avec ceux de telle commune voisine. Si l'on admet cette solution, il apparaît alors que, de ce point de vue également, l'association de communes pourrait parfaitement constituer un instrument pour la solution des problèmes régionaux, et, a fortiori, des problèmes intercommunaux.

Par. 6. Association de communes et autonomie

Une association de communes pourrait-elle se mettre au bénéfice de la garantie constitutionnelle de l'autonomie ? Le Tribunal fédéral s'est prononcé à ce sujet dans un arrêt récent⁹⁷. Il n'admet en principe l'autonomie d'un organisme de ce genre que moyennant une disposition assimilant expressément l'association de communes à une commune⁹⁸. Se contenterait-il d'une simple pratique dans ce sens ? Ce n'est pas exclu, mais la question n'a pas été tranchée expressément, la recourante n'ayant pas rapporté la preuve d'une telle pratique, dont elle alléguait l'existence. Pour le surplus, notre Cour suprême n'admettrait une garantie implicite de l'autonomie en faveur d'une association de communes qu'à la double condition que la loi attribue à ces organismes des compétences déterminées, distinctes de celles de communes et leur laisse une marge de décision relativement grande dans l'exercice de ces compétences. Le Tribunal fédéral fonde cette jurisprudence sur deux arguments. Dans la mesure, dit-il, où une association de communes ne fait qu'exercer des compétences appartenant normalement à la commune, elle n'est qu'un moyen pour les communes d'exercer en commun une compétence qui leur

⁹⁷ ATF 95 I 54 sv. Cf. également STUTZ, p. 39, qui admet que l'association jouit d'autonomie, mais nie que cette autonomie fasse l'objet d'une garantie institutionnelle; BÜRGIN, p. 62–63, qui admet l'autonomie de l'association de communes.

⁹⁸ Remarquons que plusieurs lois déclarent expressément applicables par analogie aux associations de communes les règles relatives aux communes: SH, GG, art. 2 al. 4; NE, LC, art. 67; SO, GG, § 10 al. 2; BE, GG, art. 67 al. 3; VD, LC, art. 114; FR, loi préc., art. 14; cf. également LU, GG, § 89. Le TF se contenterait-il d'une disposition de ce genre ? Il semble plutôt, selon l'arrêt précité, que l'association de communes devrait être mentionnée parmi les divers types de communes définis par la Constitution ou par la législation sur les communes.

appartient; si dès lors l'Etat entrave le fonctionnement de l'association, ce sont les communes elles-mêmes qui sont affectées dans leur autonomie. De manière plus générale, il y a d'autant moins de raison d'admettre une garantie implicite de l'autonomie en faveur des associations de communes que la garantie de l'autonomie communale est liée au «fédéralisme communal en tant que principe fondamental de l'organisation politique suisse» et à la démocratie communale; or, l'association de communes ne constitue pas un élément traditionnel de notre organisation politique et ses décisions, loin d'émaner démocratiquement d'un vote du peuple, sont prises en l'absence de tout contrôle démocratique par des délégués des communes.

La solution retenue par le Tribunal nous paraît exacte, mais l'argumentation sur laquelle elle se fonde nous semble manquer quelque peu de clarté.

En premier lieu, il faut distinguer, nous l'avons vu, entre l'autonomie et la garantie de l'autonomie. Une simple personne administrative décentralisée – et donc également une association de communes – peut jouir d'autonomie; mais seule une collectivité publique secondaire peut bénéficier d'une autonomie constitutionnellement garantie, ouvrant un recours de droit public pour violation de son autonomie. C'est vraisemblablement dans ce sens que notre Cour suprême exige une disposition expresse assimilant l'association de communes à une commune. Cependant, et contrairement au Tribunal fédéral, nous pensons que cette assimilation ne pourrait résulter que d'une disposition de rang constitutionnel – étant donné que les collectivités publiques secondaires sont des éléments de l'organisation constitutionnelle – jamais d'une disposition de rang simplement législatif ni à plus forte raison d'une simple pratique. Mais alors, nous doutons fortement que l'on soit encore, en pareil cas, en présence d'une association de communes: il s'agirait plutôt d'une collectivité publique de niveau supérieur, d'une structure, il est vrai, très particulière. De même, on ne voit pas qu'un organisme de ce genre puisse avoir des tâches «propres», distinctes de celles des communes, sans avoir par ailleurs la qualité de collectivité publique secondaire. Enfin, en tirant argument de ce que l'association de commune n'était pas un élément traditionnel de notre organisation politique, le

Tribunal fédéral a vraisemblablement voulu dire que l'association n'était pas une collectivité publique secondaire; si tel est bien le cas, nous sommes tout à fait de son avis.

Mais si l'autonomie dont jouit ou peut jouir l'association de communes ne suffit pas à lui ouvrir un recours de droit public pour violation de celle-ci, ce n'est pas à dire qu'elle soit privée de toute protection. De même que la commune, dans la mesure où elle jouit d'autonomie à propos de tâches déléguées, devrait, selon nous, se voir reconnaître la qualité pour invoquer l'article 4 Cst., ou d'autres droits constitutionnels, de même l'association de communes devrait-elle être admise, par identité de motifs, à former un recours de droit public pour violation de droits de ce genre.

Section IV. La corporation de droit public territoriale de niveau supérieur

On peut à cet égard envisager deux solutions possibles: soit une collectivité territoriale de niveau supérieur, qui se substituerait purement et simplement à la commune; soit une collectivité territoriale de niveau supérieur, qui serait intermédiaire entre la commune et le canton. Nous allons envisager rapidement ces deux solutions.

Par. 1. Corporation de droit public territoriale se substituant à la commune

Dans ce système, la commune disparaîtrait purement et simplement et serait remplacée par une entité de même nature, mais beaucoup plus vaste: la région ou région urbaine; ou, si l'on veut, la commune s'étendrait désormais jusqu'aux limites de la région. Mais si d'aucuns, en République fédérale notamment, ont envisagé une telle solution, c'est pour l'écartier⁹⁹.

⁹⁹ ISBARY, in Polis und Regio, p. 257, 259; WEBER, p. 44–45; Bericht, p. 2. Sur la notion de «Stadtregion», cf. VRISER, p. 22sv.

Par. 2. Corporation de droit public territoriale intermédiaire entre la commune et le canton

La création de corporations de droit public territoriales de niveau supérieur, intermédiaires entre la commune et le canton, et chargées de tâches régionales, éventuellement de tâches de simple collaboration intercommunale ne pose guère de problèmes juridiques. Nous pourrons donc être relativement bref sur ce point¹⁰⁰.

Rappelons tout d'abord qu'une telle corporation constituerait une collectivité publique secondaire, soit un élément de l'organisation constitutionnelle du canton. Elle ne pourrait donc être instituée que par une disposition de rang constitutionnel.

Cela posé, deux questions nous paraissent devoir retenir particulièrement l'attention: celle de l'étendue des compétences qui seraient dévolues à la nouvelle collectivité, d'une part, celle de sa structure, d'autre part.

Sur le premier point, trois solutions paraissent possibles: ou bien la région pourrait être dotée d'une vocation générale ou partiellement générale; ou bien elle pourrait être dotée d'une compétence d'attribution, qui pourrait être soit unique, soit, plus vraisemblablement, multiple. La première solution a longtemps prévalu dans le canton de Schwyz; les districts, qui y sont bien antérieurs à la commune, formèrent longtemps le seul niveau politique local, ils possédaient de ce fait une vocation générale; cette situation ne fut pas modifiée par la création ultérieure de la commune, qui fut confinée à une simple compétence d'attribution¹⁰¹; mais la révision constitutionnelle de 1970 a renversé le système: désormais, c'est la commune qui jouit d'une compétence générale et résiduelle, alors que le district ne possède plus qu'une compétence d'attribution¹⁰². C'est également cette dernière solution qui prévaut dans le canton des Grisons, les

¹⁰⁰ Au sujet des collectivités publiques secondaires intermédiaires entre la commune et le «Land» en République fédérale, cf. GÖNNENWEIN, p. 386 sv., 420 sv.

¹⁰¹ SCHWANDER, p. 1–12.

¹⁰² Les nouvelles dispositions (Cst., §§ 70 sv.) ont été adoptées le 24.5.70 et sont en vigueur dès le 31.12.70. Cf. en particulier le § 81 al. 1.

cercles ne possédant qu'une compétence d'attribution¹⁰³. Il en va de même, semble-t-il, en Thurgovie, s'agissant des «communes municipales»¹⁰⁴, et de l'«inneres Land» dans le canton d'Appenzell Rhodes-intérieures, encore que ce dernier cas soit tout à fait particulier¹⁰⁵. Mais si, dans ces derniers cas, la collectivité publique régionale jouit d'une simple compétence d'attribution, du moins celle-ci porte-t-elle sur des objets multiples¹⁰⁶.

C'est une solution différente que propose M. MÜLLER¹⁰⁷. Poussant jusque dans ses dernières conséquences l'idée de régions fonctionnelles, soit de régions définies en fonction du seuil de rationalité des tâches à elles dévolues, cet auteur en arrive à préconiser une multiplicité de régions à vocation unique, de dimensions variant en fonction, justement, du seuil de rationalité de la tâche qui leur est confiée. Cette solution nous paraît devoir être décidément écartée, pour les mêmes raisons que celles qui militent contre une multiplicité d'associations de communes à vocation unique, à savoir, d'une part, la complication et les frais excessifs et inutiles, et d'autre part et surtout, l'impossibilité de définir une politique globale et cohérente.

Pour ce qui est de la structure d'une éventuelle collectivité publique régionale, on peut envisager soit une structure simple, les habitants de la région et eux seuls, à l'exclusion des communes comme telles, étant représentés dans les organes de cette collectivité; mais on peut également concevoir une structure complexe, assurant une représentation dans les organes de la collectivité à la fois des habitants et des communes de celle-ci. Il nous paraît en revanche difficile de concevoir que seules soient représentées les communes comme telles: on se trouverait alors en présence d'une institution hybride, tenant à la fois de l'association de communes et de la collectivité publique secondaire.

¹⁰³ LARDELLI, p.45.

¹⁰⁴ GEIGER, p.106; cf. cependant BÜHLER, p.17, 56.

¹⁰⁵ Cf. à ce propos LOCHER, p. 71 sv.

¹⁰⁶ Notons qu'en République fédérale, la commune et le Kreis possèdent une compétence (partiellement) générale; c'est alors au Kreis qu'il appartient de déterminer quelles attributions il entend exercer lui-même et quelles compétences il entend laisser aux communes: cf. GÖNNENWEIN, p. 388, 392.

¹⁰⁷ Op.cit., p.10, 40sv.

Section V. Le choix d'une solution

Jusqu'ici, nous avons passé en revue les divers procédés qui permettraient de résoudre les problèmes régionaux et les problèmes intercommunaux. Il s'agit maintenant de les comparer entre eux et de retenir celui qui apparaît le plus approprié à cet effet.

Cela suppose résolues préalablement deux questions fondamentales.

Nous avons distingué jusqu'ici – suivant en cela M. A.-H. MÜLLER¹⁰⁸ – tâches régionales et tâches intercommunales. La première question qui se pose est de savoir s'il se justifie d'institutionnaliser deux niveaux différents, correspondant à chacune de ces deux catégories de tâches. La réponse nous paraît devoir être nuancée. Nous pensons qu'en principe il ne se justifie pas d'institutionnaliser deux niveaux différents et que les structures mises en place au niveau régional peuvent assumer à la fois les tâches régionales et les tâches intercommunales, qu'il convient cependant de prévoir un régime différencié selon qu'il s'agit de l'agglomération ou des autres communes de la région, celles-ci étant déchargées des tâches intercommunales, qui continueraient au contraire d'incomber à celle-là.

En outre et surtout, il faut se demander si la solution retenue doit tendre dans toute la mesure du possible au maintien des communes telles qu'elles existent actuellement ou s'il faut, au contraire, se diriger vers un réaménagement plus profond des structures territoriales. Là encore, la réponse nous paraît devoir être nuancée.

Nous l'avons dit, ce qui fait de la commune une cellule de base indispensable et irremplaçable, c'est qu'elle constitue une structure de démocratie et, plus précisément encore, de démocratie directe, c'est qu'elle permet, en d'autres termes, à la base de participer dans une certaine mesure à l'élaboration de ses propres destinées. Dans la mesure où, actuellement encore, la commune remplit effectivement cette fonction, elle doit, à notre avis, être absolument maintenue; il faut alors trouver une solution des problèmes intercommunaux et régionaux qui soit compatible avec ce maintien. Dans la mesure, en revanche, où, actuellement déjà, la commune n'est plus

¹⁰⁸ Op.cit., p.13sv.

en état de remplir cette fonction, en raison notamment de sa taille, on n'éprouvera pas les mêmes scrupules à envisager sa disparition et son remplacement par quelque chose d'autre.

Cela nous conduit à une solution différente en ce qui concerne les structures à mettre en place au niveau de l'agglomération et les structures à mettre en place au niveau de la région.

Par. 1. Les structures d'agglomération

Les communes qui constituent une agglomération urbaine ne sont, d'ores et déjà, plus en mesure d'assurer une participation effective de la base. C'est évident en ce qui concerne la commune-centre, mais cela est tout aussi vrai pour les communes périphériques, beaucoup trop peuplées pour avoir pu conserver des structures de démocratie directe. De ce point de vue, il n'y a donc pas d'obstacle à envisager la disparition de ces communes et leur fusion dans une entité plus vaste, au niveau de l'agglomération tout entière.

Il existe d'ailleurs entre les diverses communes de l'agglomération une solidarité tellement étroite, leurs relations sont tellement imbriquées, qu'à ce niveau une association de communes ne paraît pas suffisante pour traduire cette situation de fait¹⁰⁹. A cet égard, les expériences berlinoise et, beaucoup plus près de nous, zuricoise sont tout à fait caractéristiques: dans un cas comme dans l'autre, on avait cru éviter une absorption en créant une association de communes; dans un cas comme dans l'autre, il a fallu se rendre à l'évidence: cette solution ne permettait pas de venir à bout des problèmes posés¹¹⁰.

Cette solution a du reste l'avantage de la simplicité par rapport aux deux autres solutions possibles: la création au niveau de l'agglomération d'une nouvelle collectivité territoriale se superposant aux communes (au lieu de se substituer à elles) ou le regroupement des communes de l'agglomération en une association; ces deux dernières solutions laisseraient en effet subsister deux niveaux distincts (à quoi viendrait s'ajouter un troisième niveau: celui de la région). La solu-

¹⁰⁹ WEBER, p. 5 et 44; BOSSHART, p. 269, Bericht, p. 28; STUTZ, p. 113.

¹¹⁰ Cf. ci-dessus, n. 24.

tion de l'association aurait de plus l'inconvénient d'être peu viable, puisqu'elle regrouperait des communes de taille sensiblement différente, d'où, nous l'avons vu, des problèmes politiques fort épineux ; la fusion de toutes les communes de l'agglomération combinée avec la mise en place de structures infracommunales permettrait, au contraire, de résoudre ce problème. Enfin il est fort probable que ces structures de superposition tendraient à devenir tôt ou tard des structures de substitution : il est à cet égard significatif que d'aucuns, en doctrine française, pronostiquent d'ores et déjà une évolution dans ce sens des communautés urbaines¹¹¹ ; le fait même que le gouvernement français ait renoncé à faire de ces communautés des collectivités territoriales par crainte d'une telle évolution montre qu'il la tenait, au moins, pour probable¹¹². De sorte que l'on en arriverait, en définitive, à la solution que nous préconisons, par un détour somme toute inutile.

Par. 2. Les structures régionales

Contrairement à ce qui se passe pour l'agglomération urbaine, il existe, dans le cadre de la région, des communes qui, actuellement encore, sont en mesure d'assurer une participation effective de la base par des structures de démocratie directe. C'est dire qu'au niveau de la région, on peut exclure a priori une fusion pure et simple de toutes les communes de la région en une entité régionale. Nous avons vu du reste qu'une telle solution était écartée par ceux-là mêmes qui l'envisageaient.

Reste alors à choisir entre une nouvelle collectivité territoriale de superposition et une association de communes, dont nous avons vu qu'elle pouvait, à certaines conditions, constituer un instrument approprié pour la solution des problèmes régionaux.

La doctrine, à cet égard, est divisée, mais il n'est pas niable que l'on assiste, à l'heure actuelle, à un courant très favorable à la création, au niveau régional, de nouvelles collectivités territoriales¹¹³.

¹¹¹ COLARD, p. 453.

¹¹² COLARD, *ibid.*

¹¹³ Se prononcent en faveur de nouvelles collectivités territoriales : WEBER, p. 54; BOSSHART, p. 269; SCHUMACHER, p. 202; BIERI, p. 134; cf. également Bericht,

On invoque parfois en faveur de la création d'une nouvelle collectivité publique régionale la nécessité d'assurer à ce niveau une participation démocratique, ce que ne permettrait pas une simple association de communes¹¹⁴. L'argument serait convaincant, s'il existait vraiment, de ce point de vue, une différence aussi tranchée qu'on veut bien le dire entre ces deux institutions. Nous ne pensons pas que ce soit le cas et nous nous sommes efforcé de montrer qu'il était parfaitement concevable d'associer les corps électoraux des communes de la région aux décisions d'une association regroupant ces dernières¹¹⁵. Cette considération ne nous paraît donc nullement décisive.

Inversément, on pourrait être tenté de faire valoir, contre la création d'une nouvelle collectivité publique régionale et en faveur d'une association, la nécessité de faire participer les communes à l'élaboration de la planification régionale¹¹⁶. Nous sommes certes convaincu de l'absolute nécessité d'une telle participation. Mais nous ne croyons pas que cet argument soit, lui non plus, décisif. Il conduit sans doute à écarter une collectivité publique de structure telle que seuls les habitants de la région seraient représentés dans les organes de cette collectivité. Nous avons montré cependant que l'on pouvait concevoir une collectivité publique de structure complexe, assurant une représentation à la fois des habitants et des communes de la région. De ce point de vue, une collectivité publique de ce dernier type ferait donc aussi bien l'affaire qu'une association de communes.

On pourrait soutenir encore que, s'agissant d'aménagement régional, seule une entité dotée d'une compétence générale ou partiellement générale constituerait un instrument approprié. Si l'on admettait ce point de vue, il en résulterait alors nécessairement que la création d'une collectivité publique régionale devrait être préférée à

p. 14, 29; STUTZ, p. 115–6; M. JAGMETTI, longtemps très réservé à cet égard (cf. op.cit. p. 494) nous a déclaré que, dans son rapport, il prendrait position favorablement à l'égard de cette institution. En sens contraire: SAXER, p. 376, qui qualifie cette solution d'irréaliste. Très favorable à l'association: BÜRGIN, p. 63.

¹¹⁴ Dans ce sens, MÜLLER, p. 37 sv.

¹¹⁵ Ci-dessus, sect. III, par. 3.

¹¹⁶ Ci-dessus, sect. III, par. 5.

une simple association de communes. Nous avons reconnu que la question était assurément fort délicate; nous avons montré, cependant, que ce raisonnement n'était pas absolument contraignant et que, à certaines conditions, on pouvait envisager comme suffisante une entité dotée simplement d'une vocation multiple¹¹⁷. L'argument n'est donc, lui non plus, pas absolument décisif.

Deux arguments nous paraissent, en revanche, pouvoir être invoqués contre la création d'une collectivité publique régionale.

En premier lieu, on peut reprocher à cette solution sa rigidité. S'il était possible de délimiter une fois pour toutes et *ne varietur* les diverses régions, il n'y aurait certes pas de problème à cet égard. Mais tel n'est justement pas le cas. Comme on l'a dit très justement, la délimitation d'une région n'est, au départ, qu'une simple hypothèse de travail: la région n'est, en effet, pas tant une donnée immédiatement perceptible s'imposant au planificateur, que le résultat de la planification régionale elle-même¹¹⁸. Rien ne permet d'affirmer a priori qu'une fois cette planification mise en œuvre, et déployant progressivement ses effets, la nécessité n'apparaîtra pas de modifier le découpage initial de la région, d'en retrancher telle commune, d'y comprendre telle autre¹¹⁹. Il est donc indispensable de conserver une certaine souplesse, ce que cette solution ne permet guère. L'association de communes apparaît au contraire, de ce point de vue, beaucoup plus satisfaisante. Mais nous reconnaissions que ce facteur ne doit pas être surestimé.

On peut se demander, en outre, s'il existe d'ores et déjà au niveau de la région tout entière une solidarité telle entre ses habitants et des relations tellement étroites qu'elles exigent d'être traduites par cette structure juridique unitaire que constituerait une nouvelle collectivité publique régionale. On l'a prétendu¹²⁰. Nous éprouvons pour notre part des doutes à cet égard. Autant nous admettons l'existence d'une telle solidarité au niveau de l'agglomération, autant elle nous paraît, en l'état actuel des choses, problématique au niveau de la région.

¹¹⁷ Ci-dessus, sect. III, par. 5.

¹¹⁸ STÜDELI, Gutachten, p. 6. Cf. également VRISER, p. 3, et, ci-dessus, n. 89.

¹¹⁹ VRISER, p. 20.

¹²⁰ WEBER, p. 55.

Nous reconnaissons en revanche que l'on pourrait se demander très sérieusement si l'association de communes ne constitue pas une structure trop «légère» ou trop lâche pour servir de support à l'appareil administratif relativement développé qui devra être créé à ce niveau, pour que l'entité régionale soit en mesure d'accomplir les tâches nombreuses et fort importantes qui lui incomberont¹²¹. Il s'agit là, à n'en pas douter, d'une considération d'un très grand poids.

En définitive, il n'est pas facile de choisir entre les deux solutions. Nous inclinons, nous ne l'avons pas caché, en faveur de l'association de communes de préférence à la création d'une nouvelle collectivité publique régionale. C'est une solution plus souple et, finalement, plus respectueuse de l'autonomie des communes. Nous pensons, comme MM. MONOD et DE CASTELBAJAC, que «dans la vie collective, la région reste toujours accessoire par rapport à la commune»¹²². Il nous semble donc que, dans une première étape tout au moins, il conviendrait de tenter de résoudre les problèmes régionaux par le moyen de l'association de communes. Si cette solution s'avérait décidément insuffisante, alors, mais alors seulement, il faudrait se résigner à la création d'une nouvelle collectivité publique régionale.

C'est donc la solution qui, s'agissant des structures régionales, nous paraît devoir être préférée.

Par. 3. La répartition des compétences entre la région, l'agglomération et la commune

Il ne saurait naturellement être question d'entrer ici dans beaucoup de détails. Nous nous proposons simplement d'esquisser les grandes lignes de ce que pourrait être ce partage¹²³.

¹²¹ Cf. ci-dessous, par. 3.

¹²² Op. cit., p. 46. N'oublions pas, cependant que MM. MONOD et CASTELBAJAC entendent le terme de région dans un sens assez différent de celui qui est retenu ici: cf. à ce propos ci-dessus, chp. I, sect. II, par. 3 litt. C.

¹²³ Les considérations ci-après s'inspirent largement des idées développées par M. BERNARD (op. cit.).

En premier lieu, c'est à la région que devraient appartenir, dans le cadre d'une planification cantonale¹²⁴, les tâches de planification: étude, établissement et promulgation d'un plan de développement régional. C'est à ce niveau que devraient être arrêtées avec précision les aires agricoles, les aires vouées à l'habitat, les aires industrielles, les aires de délassement et autres aires protégées. La planification communale ne disparaîtrait pas pour autant mais elle se bornerait à la légalisation de zones de construction (zones industrielles et zones d'habitation) dans les aires y affectées au fur et à mesure des besoins. Pour ce qui est de l'étude et de l'établissement des plans communaux, il conviendrait, pensons-nous, de distinguer l'agglomération et les autres communes de la région; pour celles-ci, qui ne disposent pas nécessairement des services techniques nécessaires, leur plan pourrait parfaitement être étudié et établi par les services régionaux; l'agglomération au contraire, qui possédera généralement le personnel voulu, pourrait rester chargée d'établir elle-même son plan; mais, dans un cas comme dans l'autre, la décision d'adoption de ce plan resterait dans la compétence de la commune.

La planification et la réalisation des équipements d'importance régionale (collège secondaire, hôpitaux de zone, routes secondaires, transports publics interurbains d'intérêt local dans la mesure où le canton possède des compétences dans ce domaine) reviendrait tout naturellement à la région, du double point de vue de la localisation dans l'espace et de l'échelonnement dans le temps (planification financière). Les équipements d'importance intercommunale (épuration des eaux, incinération des ordures, adduction et approvisionnement en eau potable, lutte contre l'incendie, transports publics locaux) et d'importance communale (écoles primaires, constructions de protection civile, centres culturels), ainsi que l'entretien et, le cas échéant, la desserte de *tous* les équipements, seraient planifiés et réalisés soit au niveau de l'agglomération, soit, pour les autres communes, au niveau régional.

¹²⁴ A l'élaboration de laquelle les communes devraient être associées sous une forme à définir: WEBER, p. 23 sv. Rappelons d'autre part que le projet de loi fédérale sur l'aménagement du territoire fait des cantons les principaux responsables de l'aménagement de leur territoire.

Nous pensons, en revanche, que les communes pourraient conserver de nombreuses tâches (propres ou déléguées) qui leur incombent actuellement en matière de police locale (ordre et tranquillité publics, santé publique, contrôle des denrées alimentaires, police du commerce), de police des constructions, de services administratifs (register foncier, état civil). Une réserve s'impose cependant en ce qui concerne la police des constructions: s'il est parfaitement logique et rationnel de laisser aux communes le pouvoir de délivrer le permis de construire et d'habiter, et de veiller à leur observation comme à l'observation des règles de police des constructions (ce qu'un service centralisé, même au niveau régional, n'est guère en mesure de faire), l'examen de la conformité des projets de construction avec les dispositions en vigueur exige un personnel spécialisé que les communes n'ont pas nécessairement; sur ce dernier point, il conviendrait de distinguer une fois de plus l'agglomération d'une part, qui est en mesure de s'acquitter de cette tâche, et, d'autre part, les autres communes de la région qui ne le sont pas nécessairement; dans le second cas, cette tâche devrait être confiée aux services régionaux¹²⁵.

On voit se dessiner ainsi les grandes lignes de ce que pourrait être le partage des compétences entre région, agglomération et autres communes, tel qu'il apparaît souhaitable. L'énoncé des tâches dévolues à la région nous confirme que si l'on retient, comme nous le préconisons, la solution de l'association de communes à ce niveau, il ne peut s'agir que d'une association de communes présentant les caractéristiques que nous avons nous même jugées nécessaires. Il est, en particulier, indispensable que l'association possède le pouvoir d'édicter des actes réglementaires (ou quasi-réglementaires) liant au moins ses membres: c'est à cette condition seulement que la région pourrait se voir confier le soin de planifier l'utilisation du sol et les équipements; mais si cette condition apparaît nécessaire, il n'est en revanche pas indispensable, à notre avis, que la planification régionale lie directement les particuliers.

On s'aperçoit d'autre part que les compétences laissées aux niveaux infrarégionaux varient sensiblement selon qu'il s'agit de l'agglomération ou des autres communes de la région. Il n'est pas

¹²⁵ Rappelons la disposition bâloise citée en n.92 ci-dessus.

impossible que cette discrimination, inévitable en l'état actuel des choses, incite des petites communes à fusionner; si tel devait être le cas, on pourrait alors envisager de restituer à ces entités nouvelles – désormais de taille suffisante pour entretenir certains services techniques sans que cela implique gaspillage ou sous-emploi – certaines tâches qui ont actuellement une dimension intercommunale.

Nous en avons ainsi terminé avec l'examen, nécessairement sommaire, des structures supracommunales. Nous avons dit cependant qu'elles devraient être complétées par des structures infracommunales. C'est à l'examen de celles-ci que nous consacrerons notre troisième et dernier chapitre.

Chapitre III. Les structures infracommunales

Section I. Généralités

Nous l'avons dit, l'autonomie communale ne prend toute sa valeur que combinée avec la démocratie locale, et, très particulièrement, avec des structures de démocratie directe. Mais nous avons vu également qu'au-delà d'une certaine taille de la commune, le fonctionnement de la démocratie locale et, tout particulièrement, d'une démocratie de type direct, devenait fort problématique, et que l'on constatait, aussi bien, un déclin de la démocratie dans les grandes villes, voire dans les villes de moyenne importance. Une réflexion sur l'avenir de l'autonomie serait incomplète, si elle ne s'attaquait pas également à ce problème et ne tentait pas de proposer une solution. Ce d'autant plus que le passage de certaines tâches du niveau communal à un niveau supracommunal, voire régional, qui, à d'autres points de vue, nous est apparu souhaitable, ne peut qu'aggraver ce problème du fonctionnement de la démocratie locale: si celle-ci apparaît déjà compromise dans le cadre actuel de la ville, à plus forte raison en irait-il de même dans le cadre plus vaste de l'agglomération¹ ou de la région.

Certes, et nous en avons parfaitement conscience, il s'agit là d'un problème extrêmement complexe, qui pourrait, à lui tout seul, cons-

¹ M. WEBER (op. cit., p. 45) préconise, lui aussi, la déconcentration et la décentralisation de l'administration urbaine pour contrebalancer les inconvénients d'une absorption.

tituer le thème d'une vaste étude; il s'agit, en outre, d'un problème relativement nouveau, et, qui, de ce fait, ne semble guère avoir été étudié jusqu'ici de manière approfondie². C'est dire que nous ne saurions prétendre ici l'épuiser, ni même proposer des solutions très élaborées. Notre propos est, aussi bien, beaucoup plus modeste: il s'agit simplement d'attirer l'attention sur ce problème, et d'indiquer plutôt que des solutions toutes faites une direction dans laquelle des solutions pourraient être recherchées, de contribuer à un nécessaire débat plutôt que de le trancher.

Un fait néanmoins paraît certain: c'est que, du fait même du développement des villes et, plus encore sans doute, de la complexité croissante de leur administration, qui échappe purement et simplement à l'apprehension du simple citoyen³, les habitants des villes tendent à se découvrir des intérêts distincts de ceux de la ville tout entière et qui se situent à un niveau infracommunal; des solidarités nouvelles tendent à naître, à ce niveau, qui engendrent de nouvelles communautés. Au point que la question est d'ores et déjà posée d'une traduction juridique de ces solidarités nouvelles: il faudra bien, semble-t-il, écrit M. BERNARD⁴, envisager de donner une forme juridique à la communauté infracommunale qui apparaît au niveau du quartier. Il n'est pas sans intérêt de noter que ces solidarités nouvelles se cristallisent généralement autour de la création d'un équipement essentiellement destiné à la desserte d'un quartier, par exemple d'un centre de culture et de loisirs, qui est le type même de l'équipement de quartier. L'exemple de la ville française de Rennes, qui devait, dans ce domaine, jouer un rôle de pionnier⁵ est tout à fait caractéristique à cet égard: c'est à propos de la création d'un équipement de quartier qu'est né le premier comité de quartier; par la suite, l'activité de ce premier embryon de structure infracommunale devait s'étendre à toute une série d'autres objets. On observe une démarche

² Mis à part l'ouvrage de M. BERTSCHINGER.

³ Cf. chp. I, n. 42.

⁴ Op. cit., p. 86. Sur la nécessité de créer des structures infracommunales, cf. en outre CAUMONT-TESSIER, p. 106 sv.; SAVIGNY, p. 112; BEAUNEZ-DEJOUR, p. 130; FRIESENHAHN, in Polis und Regio, p. 118.

⁵ Cf. à ce propos l'article de M. JACQUES DE BARRIN, «Rennes <capitale> des comités de quartier», in «Le Monde» du 2. 12. 71, p. 22. En ce qui concerne plus particulièrement le cas de Grenoble: cf. ROUSSEAU et BEAUNEZ, p. 136 sv.

semblable dans notre pays: ainsi, par exemple, à Lausanne, où, récemment, plusieurs associations de quartier se sont créées coup sur coup ayant comme objectif immédiat, la gestion d'un centre de loisirs, mais avec l'ambition beaucoup plus vaste de «refaire du quartier une entité vivante, une cellule active de la cité»⁶.

Nous avons utilisé jusqu'ici sans la définir la notion de «quartier»; il faut essayer maintenant de la serrer de plus près. Il nous paraît clair que la notion de quartier ne saurait être la même dans une vaste agglomération ou dans une ville de moyenne importance. Dans le premier cas, un quartier regroupe quelque dix à vingt mille habitants⁷; il forme, dit M. BERNARD⁸, l'unité opérationnelle d'aménagement urbain concerté, permettant l'implantation d'équipements collectifs importants, dans les domaines administratif, socio-culturel, sportif; du niveau du quartier, il faut alors distinguer encore deux autres niveaux inférieurs: le groupe résidentiel qui, selon le même auteur⁹, constitue l'unité élémentaire où se situent les relations sociales de base entre les habitants de 200 à 400 logements, et l'unité de voisinage, comportant 800 à 1200 logements, qui répond au souci économique de rentabiliser les équipements résidentiels fondamentaux: commerces, centre de culture, groupe scolaire. Dans le second cas, le quartier regroupe un nombre d'habitants beaucoup plus faible et il tendrait à se confondre avec les niveaux inférieurs, en tout cas avec le niveau de l'unité de voisinage. Il apparaît ensuite que ces chiffres ne sont que des ordres de grandeur et que des quartiers peuvent être de taille très variable, ce qui pose évidemment le problème de la délimitation des quartiers; il ne nous est pas possible d'examiner ici ce problème, qui relève au reste plutôt du sociologue que nous ne sommes pas; nous nous bornons donc à l'indiquer.

L'expérience française des comités de quartier a connu, il est vrai, un échec relatif¹⁰. Mais cet échec même nous paraît plein d'enseigne-

⁶ Tel est l'objectif que s'est fixé la Fédération lausannoise des centres de loisirs (FAL du 29.11.71, p. 17).

⁷ Cf. à ce propos BERTSCHINGER, p. 81 sv.

⁸ Op.cit., p.86.

⁹ Op.cit., p. 85. Cf. également VRISER, p. 24.

¹⁰ BARRIN, article cité. Il semble en revanche que l'expérience a été plus positive à Grenoble: cf. ROUSSEAU et BEAUNEZ, loc.cit.

ments. C'est ainsi qu'on a pu se demander si un quartier de dix-huit mille habitants ne constituait pas déjà une entité trop vaste¹¹; ce qui tendrait à indiquer que les structures infracommunales à définir devraient tenir compte également, d'une manière qui reste à déterminer, des niveaux inférieurs (unité de voisinage, groupe résidentiel), ce tout au moins dans les grandes agglomérations où une telle distinction entre quartier et niveaux inférieurs au quartier est possible. Mais la principale cause de l'échec de l'expérience rennoise tient, semble-t-il, à ce que le comité de quartier s'est trouvé pris dans un cercle vicieux: d'un côté, la mairie refusait de tenir compte des avis d'un organisme «sans mandat» et qui ne paraissait susciter qu'un faible intérêt dans la population; mais, d'un autre côté, la population n'était guère enclue à manifester beaucoup d'intérêt pour un organisme que les pouvoirs constitués tenaient, si manifestement, en petite estime¹². Il résulte de cette constatation un enseignement essentiel, c'est que, si les structures infracommunales doivent réussir à s'ancrer et à se développer, ce ne peut jamais être qu'à la condition d'être institutionnalisées sous une forme ou sous une autre, d'être associées de quelque manière à l'exercice du pouvoir; c'est donc dans cette direction qu'il conviendra de rechercher une solution à notre problème. Cela dit, nous sommes parfaitement conscient que la réussite d'institutions infracommunales impliquerait un intense travail d'animation politique, destiné à faire prendre conscience au citoyen de la dimension collective, et donc politique de ses problèmes individuels¹³; en France, un tel travail a été entrepris par les Groupes d'action municipale¹⁴, qui, si nous voyons bien, n'ont guère d'équivalent dans notre pays¹⁵; il y a là un champ d'action immense pour des groupements politiques qui seraient décidés à prendre la démocratie au sérieux.

¹¹ BARRIN, article cité.

¹² BARRIN, article cité.

¹³ Il est possible cependant que l'on assiste actuellement à une telle prise de conscience dans le domaine précis du logement.

¹⁴ Cf. à ce propos CAUMONT et TESSIER, op.cit.

¹⁵ Sinon peut-être certaines expériences actuellement en cours, notamment dans certaines communes de la région lausannoise, menées par des sociologues et dites de «développement communautaire».

Au bénéfice de ces considérations préliminaires, nous pouvons aborder maintenant le cœur du problème: quelles devraient être ces structures infracommunales? A cet égard, une question surgit aussitôt: il existe, actuellement déjà, dans un certain nombre de cantons, des structures infracommunales: les fractions ou subdivisions de commune; certes ces structures existent en milieu rural plutôt qu'en milieu urbain¹⁶; on peut se demander néanmoins si elles pourraient nous servir de modèle en vue de définir des structures infracommunales en milieu urbain¹⁷. C'est ce que nous verrons tout d'abord. D'autre part, des solutions typiquement urbaines ont, d'ores et déjà, été envisagées dans notre pays: il s'agira ensuite de les examiner. Nous pourrons alors tenter, à notre tour, de définir ou, plus exactement, d'esquisser une solution possible au problème qui nous occupe.

Section II. Les fractions et subdivisions de commune

Il convient de relever aussitôt que ce terme est loin d'être univoque; il peut désigner au contraire des réalités fort différentes: c'est ainsi notamment que la fraction (ou subdivision) de commune peut n'être qu'une simple circonscription administrative, comme elle peut être aussi une véritable corporation de droit public. Nous allons envisager successivement l'une et l'autre hypothèse.

Par. 1. La fraction de commune en tant que simple circonscription administrative

C'est, semble-t-il, notamment le cas de la fraction de commune, telle que la connaît le droit tessinois¹⁸. En droit grison au contraire, la

¹⁶ ALTHAUS, p. 53. Il en va de même, semble-t-il, pour les «Zivilgemeinden» zuricoises: cf. METTLER, p. 22. Cf. cependant dans le canton de BE, Bericht, *passim*, qui mentionne à plusieurs reprises l'existence de «Viertelsgemeinden» dans l'agglomération bernoise. En outre, à Appenzell-Ville, il existe des Feuerschaugemeinden (décret du 29.11.62).

¹⁷ Notons que sous l'Helvétique, la loi avait prévu des sections de communes (urbaines): ALTHAUS, p. 61.

¹⁸ LOC, art. 3. Nous sommes, à vrai dire, très mal renseigné sur cette institution. On peut se demander du reste dans quelle mesure elle a (ou elle a encore) une existence réelle: en tout cas, dans les renseignements qu'elle nous a transmis,

nature juridique de la fraction de commune est controversée. D'après M. BERTSCHINGER¹⁹, elle ne constituerait jamais qu'une simple circonscription administrative; considérée comme un organe de la commune, elle ne constituerait en aucune manière une corporation de droit public dotée de la personnalité juridique, et la commune serait, aussi bien, seule responsable des actes accomplis par la fraction dans l'exécution des tâches qui lui sont déléguées²⁰; elle pourrait certes se voir affecter une partie du patrimoine communal, mais la commune en demeurerait propriétaire²¹; elle se rapprocherait sans doute d'une corporation de droit public par son organisation corporative, mais il ne s'agirait jamais que d'une déconcentration administrative, combinée avec un certain degré d'autoadministration au sens politique du terme²². M. ALTHAUS soutient, au contraire, que les fractions de commune du droit grison constituent de véritables corporations de droit public²³; il admet cependant qu'il existe des exceptions et que certaines fractions ne sont, en effet, que de simples circonscriptions administratives²⁴. Quoi qu'il en soit²⁵, les tâches susceptibles d'être assumées à ce niveau sont nombreuses et variées: les inhumations et incinérations, le service du sacristain, dans la mesure où il n'est pas assuré par l'Eglise, l'approvisionnement en eau, le service du feu et le service du guet, la police, certaines tâches en matière scolaire²⁶. La fraction pourrait se voir reconnaître le droit d'édicter des règlements d'exécution, la compétence pour édicter des règlements primaires appartenant exclusivement à la commune²⁷.

la Chancellerie de ce canton n'y fait nulle part allusion. Elle signale, en revanche, que, dans la nouvelle commune qui résultera de l'absorption par la commune de Lugano de celles de Castagnola et de Brè, les services et le greffe de ces deux communes ne seront pas centralisés.

¹⁹ BERTSCHINGER, p. 96sv. Cf. également LARDELLI, p. 50sv.

²⁰ BERTSCHINGER, p. 100.

²¹ BERTSCHINGER, p. 100; cf. cependant LARDELLI, p. 52.

²² BERTSCHINGER, p. 99.

²³ ALTHAUS, p. 9.

²⁴ ALTHAUS, ibid.

²⁵ Nous n'entendons pas nous prononcer ici sur cette controverse.

²⁶ BERTSCHINGER, p. 100; cf. également LARDELLI, p. 175.

²⁷ BERTSCHINGER, p. 101. Une fraction qui serait une simple circonscription administrative aurait-elle le pouvoir de lever des impôts? M. BERTSCHINGER

Enfin, d'après M. ALTHAUS, certaines subdivisions de communes bernoises ne constitueraient, elles aussi, que de simples circonscriptions administratives²⁸.

Par. 2. Les fractions en tant que corporations de droit public

Le plus souvent, quand on parle de fractions ou de subdivisions de communes, on entend par là une corporation de droit public, dotée de la personnalité juridique, qui exerce, sur une partie déterminée du territoire communal, certaines compétences déléguées par la commune. Tel est le cas, par exemple, des fractions de communes en droit vaudois et des subdivisions de communes en droit bernois²⁹, éventuellement, si l'on suit l'opinion de M. ALTHAUS, des fractions de communes en droit grison (ou, tout au moins, de la majorité d'entre elles)³⁰.

Leurs deux organes sont généralement l'assemblée de tous les habitants de la fraction³¹ et un organe exécutif, élu par cette assemblée³².

l'affirme (op.cit., p. 100–101), mais cela nous paraît problématique; s'il n'est pas contestable que la fraction de communes grisonnes peut se voir reconnaître cette faculté (cf. dans ce sens LARDELLI, p. 174sv.), on peut, nous semble-t-il, y voir un indice non négligeable en faveur de la thèse de M. ALTHAUS quant à la nature juridique de la fraction dans ce canton.

²⁸ ALTHAUS, p. 9.

²⁹ VD, LC, art. 132, et, sur la situation antérieure à la LC, SCHNETZLER, op.cit.; BE, GG, art. 69. Cf. également ALTHAUS, p. 4 et 5sv.

³⁰ Cf. ci-dessus, par. 1. Il en va de même, semble-t-il, en droit argovien: STUTZ, p. 65. Il existe en outre des subdivisions de commune dans les cantons et demi-cantons d'OW, d'AI, du VS et de SG; cf. à ce propos ALTHAUS, op. cit.; Service des intérêts généraux de la Ville de Lausanne, 1^{er} rapport.

³¹ Notons cependant que dans les fractions des anciennes communes du Châtelard et des Planches, seuls les citoyens propriétaires dans la circonscription faisaient partie de l'assemblée générale du village: SCHNETZLER, p. 61 sv.

³² Dans ce sens expressément: VD, LC, art. 134 (le Grand Conseil pouvant cependant à son choix instituer, soit un conseil de village, qui est l'équivalent au niveau de la fraction d'un conseil général au niveau communal, soit un conseil administratif, qui est l'équivalent d'un conseil communal). La loi bernoise se borne (art. 69 al. 2) à déclarer applicables aux fractions les dispositions relatives aux communes.

Les fractions ou subdivisions de communes n'ont qu'une compétence d'attribution, qui se limite aux tâches qui leur sont déléguées par la commune³³. Elles possèdent parfois un certain pouvoir réglementaire en ce qui concerne leur organisation et les matières entrant dans leurs attributions³⁴. Elles peuvent parfois percevoir des impôts pour financer l'exécution des tâches qui leur incombent³⁵. De manière générale, les tâches confiées aux fractions ont un caractère purement local: alimentation en eau potable, éclairage public³⁶.

Les fractions sont soumises, semble-t-il, à la double surveillance de la commune et de l'Etat³⁷.

Les «communes civiles» telles qu'elles existent, en nombre de plus en plus restreint, il est vrai³⁸, dans le canton de Zurich, occupent une place un peu à part et leur nature juridique est du reste contestée: est-ce une commune d'un type particulier ou une fraction de commune?³⁹ Il nous semble que, par la plupart de ses caractéristiques, elle se rapproche beaucoup d'une fraction de commune; un trait cependant l'en distingue, et tendrait à la rapprocher d'une commune proprement dite, c'est qu'elle possède non seulement une compétence d'attribution limitée à des tâches déléguées par la commune, mais

³³ BE, GG, art. 70; VD, LC, art. 131 al. 1. Cf. BERTSCHINGER, p. 106. Peu clair: ALTHAUS, qui semble admettre (p. 11) que les fractions possèdent des tâches propres, qui déclare néanmoins qu'elles n'ont pas de compétence résiduelle (p. 11), pour revenir par la suite sur cette dernière affirmation (p. 77, 92).

³⁴ BE, GG, art. 70. Il n'existe aucune disposition expresse en droit vaudois, mais on peut, semble-t-il, tirer un tel pouvoir de l'art. 132, qui assimile la fraction à une commune dans les limites de ses attributions; il est d'ailleurs de fait que les fractions y édictent des règlements: SCHNETZLER, p. 96.

³⁵ VD: loi du 5.12.56 sur les impôts communaux, art. 1, les fractions étant placées exactement sur le même pied que les communes elles-mêmes; BE, GG, art. 70 chp. 3. Cf. également ALTHAUS, p. 75 sv.

³⁶ Cf. à ce propos SCHNETZLER, p. 85sv.; ALTHAUS, p. 14, 97–98.

³⁷ Dans ce sens expressément: BE, GG, art. 69 et 71 (s'agissant de l'approbation des règlements édictés par la fraction). Dans le canton de Vaud, il y a, semble-t-il, un certain flottement à ce sujet; pour plus de détails, cf. SCHNETZLER, p. 85 sv. Cf. en outre sur ce point ALTHAUS, p. 13, 81 sv.

³⁸ METTLER, p. 21–22.

³⁹ Dans le premier sens: METTLER, p. 22–23; HIRZEL, p. 204; dans le second sens: ALTHAUS, p. 36sv.; BUCLIN, p. 14 n. 1.

également des compétences propres⁴⁰. Cependant, là encore, il s'agit d'objets de caractère purement local⁴¹.

De manière générale, le législateur est peu favorable à cette institution. S'il tolère le maintien des fractions existantes, il se montre franchement hostile à la création de nouvelles fractions et ne l'admet qu'en cas de nécessité reconnue⁴², voire à titre exceptionnel⁴³. Dans le même ordre d'idée, la création de nouvelles «communes civiles» est expressément prohibée par le législateur zuricois⁴⁴.

Section III. Les communes et assemblées de quartier

Nous l'avons dit, les structures infracommunales que nous venons d'examiner n'existent qu'en milieu rural. En revanche, diverses solutions ont été proposées en ce qui concerne la mise en place de structures infracommunales en milieu urbain : il s'agit des assemblées et des communes de quartier.

Par. 1. Les assemblées de quartier

Dans les cantons suisse-alémaniques tout au moins, la démocratie communale était et demeure, aujourd'hui encore, dans une certaine mesure une démocratie directe qui s'exerce au sein de l'assemblée de tous les citoyens réunis⁴⁵. Cette forme de démocratie n'est évidemment plus praticable au-delà d'une certaine taille de la commune, ou plus exactement, au-delà d'un certain nombre d'habitants ; aussi bien, dans les grandes villes et dans les villes de moyenne importance à l'assemblée de tous les citoyens s'est substitué, soit un système de votation par urne, soit une assemblée de représentants élus, soit une combinaison de l'un et de l'autre système⁴⁶. Dans le deuxième cas, le citoyen est dessaisi de tout pouvoir d'intervention directe, hors le

⁴⁰ METTLER, p. 23. Cf. ZH, GG, § 19. Cf. cependant n. 33 ci-dessus.

⁴¹ METTLER, ibid.

⁴² VD, LC, art. 129 al. 1.

⁴³ BE, GG, art. 68 al. 2.

⁴⁴ ZH, Cst. art. 47 al. 4.

⁴⁵ Cf. ci-dessus, chp. I, n. 48.

⁴⁶ Ibid.

choix de ses représentants. Dans le premier et le troisième cas, il conserve un certain pouvoir d'intervenir, mais considérablement restreint, du fait qu'il doit se prononcer en bloc, par oui ou par non, sur des projets qu'il ne peut ni discuter, ni amender. C'est apparemment pour remédier à cette lacune que M. BERTSCHINGER a proposé la constitution d'assemblées de quartier, qui auraient pour mission de délibérer, dans le détail, sur les projets soumis ensuite à votation populaire⁴⁷.

Par. 2. Les communes de quartier

Le 25 avril 1945, le Conseil communal a transmis au Conseil municipal de la Ville de Zurich une motion du 7 mars 1945 tendante à la création, sur le territoire de la commune de Zurich, d'un certain nombre de communes de quartier⁴⁸. Ces communes de quartier auraient compté entre dix mille et quinze mille habitants. Elles auraient eu notamment des compétences en matière scolaire et en matière de services sociaux, éventuellement dans d'autres domaines encore. Aucune suite ne semble jamais avoir été donnée à cette motion⁴⁹.

Quelle eût été la nature juridique de la nouvelle institution ? C'est ce qui n'apparaît pas très clairement à la lecture du texte de la motion⁵⁰.

En fait, M. BERTSCHINGER, qui reprend cette idée à son compte⁵¹, semble penser que par commune de quartier on peut entendre, soit une simple circonscription administrative (dotée éventuellement d'une certaine autoadministration au sens politique), soit une véritable corporation de droit public, avec deux variantes possibles, la commune de quartier pouvant être une commune à compétence générale – et les communes de quartier se groupant alors en une association de communes pour l'accomplissement des tâches ne comportant pas d'être décentralisées – ou une commune à compé-

⁴⁷ Op.cit., p.114.

⁴⁸ BERTSCHINGER, p. 81 sv.; NETZER, p. 105.

⁴⁹ Cf. NETZER, p. 105.

⁵⁰ Reproduit par M. BERTSCHINGER, op.cit., p. 81–82.

⁵¹ Op.cit., p.110sv.

tence spéciale. Il estime peu réaliste la deuxième solution ; il montre d'autre part que la troisième solution est exclue en l'état actuel du droit zuricois, puisqu'elle se heurterait à l'interdiction de créer de nouvelles «communes civiles»; reste alors uniquement la première solution. Il préconise une telle déconcentration, non seulement en matière scolaire et en matière sociale, mais également dans le domaine du contrôle des habitants, de la tenue du registre électoral, des affaires bourgeoisales et, en outre, pour certaines parties de la police des constructions, de la police générale et des finances⁵². La commune de quartier, telle qu'il la conçoit, ne compterait que quelque cinq mille habitants⁵³, au lieu des dix à quinze mille prévus par la motion.

Section IV. A la recherche d'une solution

Une solution au problème qui nous occupe devrait, nous semble-t-il, s'inspirer d'un certain nombre d'idées.

Tout d'abord, et nous l'avons déjà dit, les structures infracommunales n'ont guère de chances de succès – l'expérience rennoise le montre – si elles demeurent informelles et inofficielles. Elles doivent au contraire être institutionnalisées. Dans le même ordre d'idées, des structures purement consultatives ne paraissent pas suffisantes : il faut que puisse s'exercer au niveau infracommunal un certain pouvoir de décision, ou, tout au moins, que le niveau infracommunal soit associé à des décisions prises à des niveaux supérieurs (commune ou agglomération, région).

D'un autre côté, il ne semble pas souhaitable d'instituer simplement au niveau infracommunal une «commune en miniature» qui, de même que la commune s'occupe des tâches qui doivent être assumées (au moins) au niveau de la commune entière, seraient chargées des tâches susceptibles d'être assumées au niveau infracommunal – et de celles-là seulement. Ce serait en effet créer une organisation fort lourde pour, en fin de compte bien peu de chose, ce d'autant plus que rares sont actuellement les tâches susceptibles d'être assumées

⁵² Op.cit., p.91, 114.

⁵³ Op.cit., p.115, n.15.

rationnellement à un niveau infracommunal; il y aurait donc disproportion manifeste entre la lourdeur des moyens mis en œuvre et la minceur du résultat obtenu en définitive. Il est, de plus, douteux que le citoyen prenne beaucoup d'intérêt au fonctionnement d'un organisme dont les compétences seraient limitées à des objets d'intérêt mineur et, d'ailleurs, peu nombreux. Certes, c'est autour d'un problème affectant spécifiquement le quartier que naîtra le plus souvent le sentiment d'une solidarité à ce niveau; mais on peut dire, sans grand risque d'erreur, qu'il n'est, à l'heure actuelle, plus guère de problèmes dont la solution ne soit pas fonction d'options fondamentales effectuées à un niveau supérieur; bien plus qu'à l'accomplissement de tâches intéressant spécifiquement le quartier, c'est donc à permettre de participer à la définition de ces options que doivent tendre les structures infracommunales; c'est à cette condition seulement que la base ne se sentira pas totalement impuissante face aux niveaux supérieurs; or c'est là l'une des conditions premières d'un renouveau de la démocratie communale.

Enfin les structures infracommunales doivent tendre, dans toute la mesure du possible, à associer la base à ces décisions, sans toutefois que cela aboutisse à créer une poussière de minuscules circonscriptions infracommunales. C'est peut-être là que se pose le problème le plus difficile, car nous nous trouvons en présence de deux exigences contradictoires. Le meilleur moyen d'associer la base, c'est en effet de mettre en place des structures de démocratie directe; mais de telles structures ne sont pas concevables au-delà de circonscriptions regroupant quelques centaines d'habitants⁵⁴.

Si l'on admet les quelques idées que nous venons de formuler, on est conduit tout naturellement à écarter et une revalorisation de l'institution de la fraction de commune, et la création de véritables communes de quartier (sous forme de corporations de droit public) qui ne sont, en définitive, que le pendant en milieu urbain de la fraction de commune en milieu rural. A plus forte raison, ne peut-on retenir non plus l'idée qui consiste à faire du quartier une simple

⁵⁴ Le chiffre de 800 retenu par le droit vaudois comme un maximum au-delà duquel le conseil général doit faire place à un conseil communal nous paraît déjà fort élevé.

circonscription administrative de déconcentration de l'administration fonctionnant au niveau de la commune ou de l'agglomération (éventuellement de la région).

Reste alors l'idée, qui nous paraît devoir être retenue, de créer de véritables assemblées délibérantes au niveau du quartier.

Quelle serait la composition de cette assemblée ? La première idée qui vient à l'esprit est celle d'une assemblée qui regrouperait tous les citoyens du quartier. Ce serait évidemment la solution idéale, puisque se trouverait restaurée de la sorte la démocratie directe à ce niveau. Mais est-ce possible sans découper la commune, voire l'agglomération en une infinité de minuscules «quartiers» ? La réponse nous paraît devoir être nuancée. Il n'est pas impossible qu'une ville de faible ou de moyenne importance puisse être découpée en un nombre raisonnable de quartiers, qui soient cependant de dimensions telles qu'un système de démocratie directe ne soit pas inconcevable à ce niveau. C'est alors naturellement vers ce système qu'il faudrait tendre. Mais une telle solution est évidemment exclue dans une grande ville et, à plus forte raison, dans une agglomération importante. Dans ce cas, force est bien de se résoudre à faire de l'assemblée de quartier une assemblée d'élus. Mais ce n'est pas à dire pour autant que les niveaux inférieurs (groupe résidentiel, unité de voisinage) devraient nécessairement, dans cette hypothèse, être complètement négligés. Ils pourraient tout d'abord constituer la circonscription électorale pour la désignation des membres de l'assemblée de quartier, chaque groupe résidentiel ou chaque unité de voisinage étant appelé à désigner un ou plusieurs représentants dans cette assemblée. On pourrait même aller plus loin et imaginer que le (ou les) représentant(s) à l'assemblée de quartier de l'ensemble résidentiel ou de l'unité de voisinage soit tenu de réunir périodiquement ses électeurs pour leur présenter les projets qui seront soumis à l'assemblée de quartier et recueillir leur avis, et pour les tenir informés des décisions de cette assemblée et des assemblées de niveau supérieur. Ainsi se trouverait assuré le minimum de contact indispensable entre la base et ses représentants et l'on se rapprocherait dans toute la mesure du possible d'un système de démocratie directe. Il nous paraît, en revanche, délicat de vouloir donner dès maintenant une forme juridique beaucoup plus précise et rigide à ces contacts.

Il s'agit là, en effet, d'un domaine tout nouveau, et de nombreuses expériences devront être faites avant que l'on puisse songer à mettre en place des structures plus élaborées et plus contraignantes; ce serait probablement courir à l'échec que de vouloir, dès maintenant, tout prévoir dans les derniers détails⁵⁵: ce qu'il faut, au stade actuel, c'est mettre en place un certain cadre institutionnel dans lequel ce contact pourra se développer. Mais, sous cette forme, l'expérience vaut, nous en sommes convaincu, d'être tentée.

L'assemblée de quartier aurait pour fonction essentielle de délibérer sur les grandes options de la politique communale ou de la politique de l'agglomération, et sur les grandes options de la politique régionale, soit essentiellement le projet de plan d'aménagement, et les projets de planification des équipements (localisation dans l'espace et échelonnement dans le temps, ou, en d'autres termes, planification financière); à cette fin, les projets en question devraient être soumis aux assemblées de quartier avant d'être mis en délibération par le parlement communal, le parlement d'agglomération ou l'organe délibérant de l'association de communes instituée au niveau régional. L'assemblée devrait, en second lieu, être appelée à se prononcer sur les projets de détail qui intéressent particulièrement le quartier; on pourrait même aller jusqu'à prévoir la nécessité, pour passer outre à un vote défavorable de l'assemblée du quartier intéressé, d'une majorité qualifiée au sein du parlement communal, du parlement d'agglomération ou de l'organe délibérant au niveau régional⁵⁶. On pourrait concevoir en outre que l'assemblée de quartier se voie reconnaître le droit de provoquer un débat au sein du parlement communal, d'agglomération ou de région sur tel objet déterminé. Enfin, dans le cadre d'une vaste déconcentration de l'administration communale ou d'agglomération – qui apparaît par ailleurs souhaitable – on pourrait imaginer que l'assemblée de quar-

⁵⁵ «Une structure n'a de sens que si elle répond à un besoin clairement ressenti. Etablie a priori, elle risque à terme la stérilité», écrivent fort justement MM. ROUSSEAU et BEAUNEZ (*op.cit.*, p.148).

⁵⁶ Il serait, en revanche, tout à fait inopportun de prévoir un véritable droit de veto des assemblées de quartier; il faut absolument éviter que les intérêts particuliers d'un quartier puissent l'emporter sur l'intérêt général de la commune ou de l'agglomération, voire de la région.

tier se vît charger d'élire les agents communaux déconcentrés, cette déconcentration se combinant ainsi avec un certain degré d'auto-administration au sens politique du terme.

Chaque assemblée de quartier désignerait un ou plusieurs représentants au sein des assemblées de niveau supérieur (commune ou agglomération, région), représentants qui seraient chargés de défendre au sein de ces assemblées les positions arrêtées par l'assemblée de quartier dont ils font partie. Ainsi se trouverait réalisée l'articulation entre le niveau du quartier et les niveaux supérieurs. Du même coup se trouverait résolu, comme nous l'avons déjà relevé dans un autre contexte, l'irritant problème de la composition de l'organe délibérant de l'association de communes instituée au niveau régional.

Telles sont donc les solutions que nous préconisons.

Elles n'ont rien de révolutionnaire nous en sommes parfaitement conscient et elles seront sans doute jugées décevantes par d'aucuns. Nous leur répondrons qu'il est facile, mais en définitive assez vain, d'élaborer des systèmes, admirables sur le papier, mais parfaitement inapplicables en pratique. D'autres, au contraire, les trouveront peut-être trop utopiques encore. A ceux-là, nous dirons qu'un problème est posé et qu'on ne le résoudra pas en le niant ou en affectant de l'ignorer; nous avons, pour notre part, tenté d'y apporter un début de solution; si d'autres trouvent une solution meilleure, nous serons le premier à nous en réjouir et à nous y rallier. Car, nous le répétons, nous n'avons ni la prétention d'avoir épuisé le débat, ni celle d'avoir apporté des solutions définitives à ce délicat problème. Si les quelques suggestions que l'on vient de lire pouvaient alimenter ce débat et contribuer à faire avancer la solution de ce problème, elles auraient atteint leur but.

Conclusions

1. La commune s'analyse à la fois comme une collectivité publique secondaire et comme une personne administrative décentralisée. En tant que collectivité publique secondaire, la commune est une personne morale de droit constitutionnel, qui fait partie de l'organisation constitutionnelle de l'Etat et qui se caractérise par la compétence générale résiduelle qu'elle possède et par le fait qu'elle exerce, outre la fonction exécutive, la fonction législative et, éventuellement, mais dans une mesure fort restreinte, la fonction juridictionnelle. En tant que personne administrative décentralisée, au contraire, elle est gouvernée par le principe dit de spécialité ; elle fait partie de l'organisation administrative de l'Etat et l'activité qu'elle exerce à ce titre est une activité purement exécutive ; elle peut, certes, posséder un certain pouvoir réglementaire, mais seulement si et dans la mesure où ce pouvoir lui a été délégué par l'Etat. Enfin la commune ou, plus exactement, certains de ses organes ou de ses agents peuvent être appelés à accomplir certaines tâches étatiques centralisées (mais déconcentrées) ; ils fonctionnent alors comme agents de l'Etat, soumis au pouvoir hiérarchique de celui-ci.

2. Les tâches de la commune doivent être classées en trois catégories : les tâches propres, soit celles que la commune accomplit en sa qualité de collectivité publique secondaire ; les tâches déléguées, soit les tâches étatiques qui font l'objet d'une décentralisation administrative (par quoi nous entendons non pas une déconcentration, mais une décentralisation au niveau administratif), la commune faisant alors fonction de simple personne administrative décentralisée ; et les tâches centralisées (mais déconcentrées) que la commune ou, plus précisément, tel de ses organes ou agents accomplit en qualité d'agent de l'Etat.

Doivent être réputées tâches propres, sauf disposition expresse contraire, les tâches attribuées à la commune soit directement par la Constitution, soit par la législation générale sur les communes. Et tâches déléguées – là encore, sauf disposition expresse contraire – celles qui sont attribuées à la commune par une loi spéciale, n'ayant pas spécifiquement pour objet de réglementer l'organisation et le fonctionnement de la commune.

Ce qui distingue les tâches déléguées des tâches centralisées (mais déconcentrées), c'est que l'Etat exerce à propos de celles-ci un contrôle illimité, portant à la fois sur la légalité et sur l'usage que la commune a fait de son pouvoir d'appréciation, alors que s'agissant de celles-là, le pouvoir de contrôle dont jouit l'Etat est limité à la légalité, ou, s'il porte sur l'appréciation, ce n'est jamais que dans une mesure restreinte. En l'absence d'indication précise sur la portée du pouvoir de contrôle de l'Etat dans un domaine déterminé, on doit présumer qu'il y a tâche déléguée, lorsqu'elle est confiée à la commune comme telle, sans autre précision, et tâche centralisée (mais déconcentrée), lorsqu'elle est confiée à un organe ou à un agent déterminé de la commune.

3. L'autonomie communale s'analyse comme la faculté dont jouit la commune de prendre certaines initiatives ou d'opérer certains choix, et, le cas échéant, de les faire prévaloir – au moins dans une mesure limitée – même contre les autorités cantonales. La commune est autonome dans la mesure où elle jouit d'une telle faculté. Elle n'est jamais autonome, lorsqu'elle est soumise de la part de l'Etat à un contrôle illimité de l'exercice qu'elle a fait de son pouvoir d'appréciation. Enfin, la commune peut être autonome, aussi bien en ce qui concerne des objets entrant dans son domaine propre qu'à propos d'objets faisant partie de son domaine délégué, mais la protection dont jouit l'autonomie communale n'est pas la même dans l'un et l'autre cas; inversément, la commune n'est pas nécessairement autonome en ce qui concerne n'importe quel objet entrant dans son domaine propre.

4. Il y a atteinte à l'autonomie communale, lorsque la commune se voit entravée par un acte juridique d'une autorité cantonale dans la faculté dont elle jouit par ailleurs de prendre certaines initiatives ou d'opérer certains choix et, le cas échéant, de les faire prévaloir

même contre une autorité cantonale. Cette atteinte peut être licite ou illicite. Elle est licite lorsque se trouvaient réunies toutes les conditions formelles et matérielles – telles que définies par le droit positif et, plus précisément, par le droit cantonal – auxquelles l'Etat est fondé à intervenir contre une commune; elle est illicite, lorsque toutes ces conditions n'étaient pas réunies.

5. Il faut distinguer l'autonomie et la garantie de l'autonomie. Alors que l'autonomie peut exister aussi bien en ce qui concerne des objets entrant dans le domaine propre que s'agissant d'objets faisant partie du domaine délégué de la commune, elle ne saurait faire l'objet d'une garantie constitutionnelle qu'en tant qu'elle se rapporte à des objets ressortissant à la commune en sa qualité de personne morale de droit constitutionnel, soit à des objets entrant dans le domaine propre de la commune. Ce n'est pas à dire que, pour le surplus, la commune est privée de toute protection: elle devrait être admise, en effet, à former un recours de droit public pour violation de l'article 4 Cst. ou de tout droit constitutionnel autre que la garantie de l'autonomie communale.

La garantie de l'autonomie peut être soit expresse (résulter d'une disposition expresse de la Constitution) soit résulter de la situation de la commune au sein de l'organisation étatique; dans ce dernier cas, cette garantie ne porte que sur le pouvoir de la commune de prendre certaines initiatives et de les faire prévaloir même à l'encontre des autorités cantonales; pour le surplus, on doit admettre qu'elle fait l'objet d'un droit constitutionnel non écrit qui ressortit à l'ordre juridique cantonal.

Le champ et la portée de l'autonomie communale sont généralement définis par le législateur (cantonal) ordinaire. Il n'existe donc pas de garantie matérielle de l'autonomie à l'encontre du législateur ordinaire. Mais le législateur ordinaire ne saurait supprimer directement ou indirectement la compétence générale résiduelle qui caractérise la situation de la commune (en tant que collectivité publique secondaire) au sein de l'Etat: dans cette mesure on peut parler d'une garantie institutionnelle de l'autonomie communale. De plus, le législateur ordinaire est lié de façon générale par les règles de rang constitutionnel (interdiction de l'arbitraire, principe de proportionnalité, libertés fondamentales); si le législateur venait à restreindre

l'autonomie communale en violation de l'une de ces règles, la commune doit être admise à former un recours de droit public; il doit en aller exactement de même en cas d'actualisation par une autorité exécutive d'une restriction légale à l'autonomie existant déjà à l'état latent.

6. L'examen des réponses fournies par une quinzaine de cantons et demi-cantons permet d'affirmer, semble-t-il, que les communes jouissent de manière tout à fait générale d'une autonomie limitée en matière fiscale (définition du système fiscal et fixation du coefficient d'impôt) et d'une autonomie non négligeable en matière d'aménagement du territoire, de police de l'ordre et de la tranquillité publics, de police du commerce, d'utilisation du domaine public communal, d'instruction publique (en ce qui concerne uniquement le choix des enseignants) et de personnel communal; et qu'elles ne jouissent d'aucune autonomie, ou d'une autonomie extrêmement restreinte, en matière de santé publique, de police du feu et de protection civile, ainsi qu'en matière d'assistance publique.

7. Divers facteurs sont cependant de nature à restreindre en fait l'autonomie dont les communes jouissent en droit. Au nombre de ces facteurs, il faut mentionner naturellement la situation financière des petites communes, mais aussi des villes de 5 000 à 20 000 habitants, les subventions et les conditions dont elles sont assorties, l'insuffisance du personnel technique communal en mesure de discuter et, le cas échéant, de tenir tête aux services techniques de l'Etat. Mais en outre de nombreuses tâches incombant à la commune ont changé d'échelle et ne peuvent plus être maîtrisées à ce seul niveau: ainsi certaines tâches doivent-elles désormais être assumés à un niveau intercommunal, au niveau d'une agglomération ou au niveau d'une région. L'avenir de l'autonomie communale dépend essentiellement de la manière dont ce problème pourra être résolu.

8. Cependant qu'au niveau de l'agglomération une fusion de toutes les communes appartenant à celle-ci en une nouvelle entité apparaît opportune, le procédé de l'association de communes doit être préféré au niveau régional. Une telle association de communes devrait avoir une vocation multiple, être dotée d'une compétence réglementaire ou quasi-réglementaire au moins limitée, posséder des ressources propres; sa constitution devrait être en principe volontaire.

taire, mais encouragée par des incitations indirectes, financières ou non ; son organe délibérant devrait être composé d'un nombre égal de représentants pour chaque commune-membre, y compris la ou les plus grandes, à quoi viendrait s'ajouter pour ces dernières un certain nombre de représentants des structures infracommunales à créer.

L'association de communes instituée au niveau régional serait chargée d'étudier, d'établir et de promulguer un plan de développement régional, fixant les grandes lignes de l'aménagement du territoire de la région ; de même, elle serait chargée de planifier et de réaliser les équipements d'importance régionale. Les équipements d'importance intercommunale et communale ainsi que l'entretien et le cas échéant la desserte de tous les équipements seraient planifiés et réalisés soit au niveau de l'agglomération, soit, pour les autres communes, au niveau de la région.

Les communes conserveraient, en revanche, de nombreuses tâches (propres ou déléguées) qui leur incombent actuellement en matière de police locale, de police des constructions et de services administratifs.

9. Autonomie communale et démocratie communale sont intimement liées (démocratie étant entendu ici très largement, comme participation de la base à l'élaboration de ses propres destinées). Or, dans les villes et, à plus forte raison, dans les agglomérations, la commune a cessé d'être le cadre d'une telle participation. Elle doit donc être remplacée dans cette fonction par des structures infracommunales, plus précisément par des assemblées de quartier qui, dans les petites villes ou les villes de moyenne importance, pourraient regrouper tous les citoyens du quartier et, dans les grandes villes, seraient par la force des choses des assemblées d'élus ; divers aménagements devraient toutefois être envisagés dans ce dernier cas pour assurer des contacts entre la base et ses représentants à l'assemblée de quartier. L'assemblée de quartier aurait pour fonction de délibérer sur les grandes options de la politique communale, d'agglomération et régionale, ainsi que sur les projets de détail intéressant le quartier ; elle pourrait se voir reconnaître un certain droit d'initiative ; enfin, elle pourrait être chargée d'élire certains agents étatiques déconcentrés. L'assemblée de quartier désignerait un ou plusieurs représentants au parlement communal ou d'agglomération, et un ou plu-

sieurs représentants à l'assemblée délibérante de l'association de communes instituée au niveau régional. Il ne s'agit là cependant que de l'esquisse d'une solution qui n'a, en aucune manière, la prétention d'épuiser la question.

Addendum

Le présent rapport était déjà sous presse lorsque nous avons eu connaissance d'un certain nombre d'éléments nouveaux. Nous nous bornons à les indiquer ici, sans pouvoir évidemment leur consacrer un examen approfondi.

1. Il s'agit tout d'abord de l'exposé de M. ULRICH ZIMMERLI, Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gemeindeautonomie, à paraître in Zbl., juillet 1972. Nous remercions vivement son auteur d'avoir bien voulu nous communiquer un exemplaire de ce texte. Nous n'avons malheureusement pu en tenir compte que dans une mesure limitée.

2. Il faut mentionner ensuite l'arrêt du Tribunal administratif du canton des Grisons du 27 avril 1971, Zbl. 1972 p.158 sv., qui contient une intéressante critique de la jurisprudence commune de Flims (ATF 96 I 399).

3. Le Grand Conseil du *canton de Berne* est actuellement saisi d'un projet de refonte complète de l'actuelle loi sur les communes, projet qui a fait l'objet d'un rapport de janvier 1972 de la Direction des affaires communales. Sans qu'il soit possible d'entrer dans le détail de ces deux textes, les quelques points ci-après méritent d'être relevés:

a) On a reconnu que *la région*, en tant que collectivité territoriale, ne pouvait être créée que par une modification de la Constitution (Rapport, p.3);

b) *L'autonomie* de la commune est définie comme le droit de la commune de légiférer et de s'administrer elle-même (projet, art.2);

il semble donc bien que la commune se voit reconnaître un véritable pouvoir législatif (cf. en outre projet art. 4);

c) La commune se voit expressément reconnaître une *compétence générale résiduelle* (projet, art. 3);

d) En procédure d'approbation des règlements communaux ou de certains décisions communales, les autorités cantonales ne revoient en principe que la légalité; en matière financière, elles examinent toutefois si la décision en question est financièrement supportable pour la commune (contrôle limité de l'opportunité) (projet, art. 46). De même, dans un recours contre une décision communale, seule l'illégalité (y compris l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation) peut être invoquée (projet, art. 58);

e) Il est expressément prévu que le canton encourage *la fusion* ou *l'absorption* de petites communes (projet, art. 69 al. 2). Il est donc possible que l'on assiste actuellement à une revalorisation de ces deux institutions;

f) Les *associations de communes* font l'objet d'une réglementation assez détaillée (projet, art. 136 sv); il est expressément prévu que ces associations peuvent être chargées de tâches tant communales que régionales (art. 136); sous réserve de la législation spéciale, l'association est purement volontaire (art. 139 al. 1); l'association est dotée d'au moins deux organes: un organe exécutif et un organe délibérant (assemblée représentative ou ensemble des citoyens de toutes les communes-membres) (art. 142 al. 1); elle peut prélever des taxes, mais pas d'impôts (art. 141, et rapport, p. 8), et, à titre subsidiaire, percevoir des contributions de ses membres qui, sauf disposition contraire, sont calculées en fonction de la capacité fiscale de ceux-ci (art. 143); les communes-membres ont un droit de sortie, mais celui-ci peut, à certaines conditions, être restreint ou subordonné à des conditions (art. 144 sv);

g) Les subdivisions de communes font l'objet d'une réglementation plus détaillée (art. 127 sv), mais la possibilité d'en créer de nouvelles demeure exceptionnelle (art. 132).

4. La législation sur les communes est également en voie de révision dans les cantons de Bâle-Campagne et de Fribourg, ce dernier canton préparant en outre une législation sur les fusions de communes. Nous n'avons pu avoir connaissance de ces projets, qui, s'agissant en tout cas du canton de Fribourg, nécessiteront encore, semble-t-il, d'assez longs travaux. Enfin, une loi sur les communes est en voie d'élaboration dans le canton des Grisons (qui n'en possède aucune à l'heure actuelle).