

**Penser plus loin l'article sur les communes et les villes.
État et perspectives de l'interprétation et de la mise en œuvre
de l'art. 50 Cst.**

Mémoire dans le cadre d'un Diploma in Advanced Studies (DAS) in Law
(droit administratif)

déposé auprès du Professeur Markus Müller
Institut de droit public de l'Université de Berne

par
Martin Tschirren
90-200-353
Monreposweg 24
3008 Berne

Berne, le 17 février 2016

Sommaire

Abréviations	III
Bibliographie	V
1. Introduction	1
2. Article 50 Cst.: un jalon pour les villes et les communes	3
2.1 La signification institutionnelle de l'art. 50 Cst.	3
2.2 Garantie de l'autonomie communale (al. 1)	4
2.2.1 L'autonomie communale comme «figure du droit cantonal»	4
2.2.2 L'autonomie communale comme garantie institutionnelle	5
2.2.3 L'autonomie communale peut-elle être définie en tant que contenu essentiel?	6
2.2.4 L'autonomie communale à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral	7
2.2.5 Parenthèse: une votation cantonale sur la suppression des cantons est-elle licite?	8
2.3 Obligations de prise en compte et de prise en considération des communes (al. 2 et 3)	9
2.3.1 La signification dans le contexte constitutionnel	10
a) Interprétation grammaticale	10
b) Interprétation historique et contemporaine	11
c) Interprétation systématique	11
2.3.2 Sens et but de l'art. 50 al. 2 et 3 Cst.	12
3. Les communes dans les lois fédérales et la doctrine de l'intervention de la Confédération au niveau des communes	13
3.1 La doctrine de l'intervention de la Confédération au niveau des communes	14
3.2 Mention des communes, des villes et des agglomérations dans les lois fédérales	14
4. Mise en œuvre actuelle de l'art. 50 al. 2 et 3 Cst.	16
4.1 Ordres à l'administration et mesures institutionnelles	16
4.2 Autres formes de collaboration et échange d'informations informel	17
4.3 Développement d'une politique des agglomérations, des espaces ruraux et des régions de montagne	19
4.4 Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT)	19
4.5 Fonds d'infrastructure pour le trafic d'agglomération	19
4.6 Conclusion: est-ce qu'innovation prudente équivaut à innovation réussie?	20
5. Le paysage des communes suisses en transition	20
5.1 Le nombre croissant de fusions de communes	21
5.2 L'autonomie communale sous pression	21
5.3 Une moindre marge de manœuvre pour les finances communales	22
5.4 Métropolisation sans tenir compte des frontières institutionnelles	23
6. Nouvelles perspectives de mise en œuvre	24
6.1 Inclusion des villes et des communes dans la législation fédérale	24
6.2 Inclusion des communes dans les mécanismes de péréquation	25
6.3 Un statut pour les villes?	27
6.4 Extension des conventions-programmes aux villes et aux communes	29
7. Résumé	30

Abréviations

ACS	Association des Communes Suisses
aCst.	Constitution fédérale du 29 mai 1874 (RS 101)
ARE	Office fédéral du développement territorial
Art.	Article
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BTJP	Berner Tage für die juristische Praxis
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CCDJP	Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police
CDAS	Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales
CdC	Conférence des gouvernements cantonaux
CDEP	Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique
CDIP	Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique
CER-N	Commission pour l'économie et les redevances du Conseil national
ch.	Chiffre
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
CTA	Conférence tripartite sur les agglomérations
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DFJP	Département fédéral de justice et police
FF	Feuille fédérale
Iv. pa.	Initiative parlementaire
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
LAAM	Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire du 3 février 1995 (Loi sur l'armée; RS 510.10)
LApEI	Loi sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 (RS 734.7)
LASRE	Loi fédérale sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation du 16 décembre 2005 (RS 946.10)
LAT	Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (Loi sur l'aménagement du territoire; RS 700)
LBNS	Loi sur la Bibliothèque nationale du 18 décembre 1992 (RS 432.21)
LCdF	Loi fédérale sur les chemins de fer du 20 décembre 1957 (RS 742.101)
LCo	Loi fédérale sur la procédure de consultation du 18 mars 2005 (Loi sur la consultation; RS 172.061)
LCPR	Loi fédérale sur les chemins pour piétons et les chemins de randonnée pédestre du 4 octobre 1985 (RS 704)
LDP	Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 (RS 161.1)
LEC	Loi fédérale sur l'encouragement de la culture du 11 décembre 2009 (Loi sur l'encouragement de la culture; RS 442.1)
LEtr	Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (RS 142.20)
LFAIE	Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16 décembre 1983 (RS 211.412.41)

LFH	Loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques du 22 décembre 1916 (Loi sur les forces hydrauliques; RS 721.80)
LFInfr	Loi fédérale sur le fonds d'infrastructure pour le trafic d'agglomération, le réseau des routes nationales de même que pour les routes principales dans les régions de montagne et les régions périphériques du 6 octobre 2006 (Loi sur le fonds d'infrastructure; RS 725.13)
LIE	Loi fédérale concernant les installations électriques à faible et à fort courant du 24 juin 1902 (Loi sur les installations électriques; RS 734.0)
LIFSN	Loi sur l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire du 22 juin 2007 (RS 732.2)
LITC	Loi fédérale sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux du 4 octobre 1963 (Loi sur les installations de transport par conduites; RS 746.1)
LMC	Loi fédérale sur les musées et les collections de la Confédération du 12 juin 2009 (Loi sur les musées et les collections; RS 432.30)
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (RS 943.02)
LParl	Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (Loi sur le Parlement; RS 171.10)
LPE	Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (Loi sur la protection de l'environnement; RS 814.01)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales 6 octobre 2000 (RS 830.1)
LPPCi	Loi fédérale sur la protection de la population et sur la protection civile du 4 octobre 2002 (RS 520.1)
LPTth	Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000 (Loi sur les produits thérapeutiques; RS 812.21)
LSPr	Loi fédérale concernant la surveillance des prix du 20 décembre 1985 (RS 942.20)
LSu	Loi fédérale sur les aides financières et les indemnités du 5 octobre 1990 (Loi sur les subventions; RS 616.1)
LTC	Loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (RS 784.10)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTVA	Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 12 juin 2009 (Loi sur la TVA; RS 641.20)
LUMin	Loi fédérale concernant l'utilisation de l'impôt sur les huiles minérales à affectation obligatoire et de la redevance autoroutière du 22 mars 1985 (RS 724.116.2)
Mo.	Motion
Nb	Note de bas de page
nLAsi	Modification de la loi sur l'asile (LAsi; RS 142.31) du 25 septembre 2015 (FF 2015 7181)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OFJ	Office fédéral de la justice
OFL	Office fédéral du logement
p.	Page
Po.	Postulat
RIE III	Réforme de l'imposition des entreprises III
RPT	Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons
UVS	Union des villes suisses
ZSR	Revue de droit suisse

Bibliographie

Documents officiels

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Strukturreform im Kanton Schaffhausen. Zulässigkeit der Übertragung der Aufgaben der Gemeinden an den Kanton, Gutachten des Bundesamts für Justiz vom 12. Dezember 2014, in: JAAC 1/2015, p. 1-4 [cit. Gutachten SH].

OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, Manuel sur les conventions-programmes conclues dans le domaine de l'environnement, Berne 2011 [cit. manuel conventions-programmes].

KOORDINATION RAUMORDNUNG, Bericht über die Kernstädte vom 7. Juni 1999, hg. von Staatssekretariat für Wirtschaft/Bundesamt für Raumplanung als Antwort auf das Postulat 97.3000 der WAK-N [cit. Bericht Kernstädte].

CONSEIL FÉDÉRAL, Lignes directrices à l'attention de l'administration fédérale concernant la collaboration entre la Confédération, les cantons et les communes, FF 2002 7795 [cit. lignes directrices].

CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la Charte européenne de l'autonomie locale du 19 décembre 2003, FF 2004 71 [cit. message Charte].

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur l'évaluation de l'efficacité 2012-2015 de la péréquation financière entre la Confédération et les cantons, FF 2014 2557 [cit. rapport sur l'évaluation].

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant l'encouragement de la culture pour la période 2016 à 2020 (Message culture), FF 2015 461 [cit. message culture].

CONSEIL FÉDÉRAL, Mise en œuvre de l'art. 50 de la Constitution. Rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats identiques Fluri 13.3820 et Germann 13.3835 du 13 mai 2015, FF 2015 3489 [cit. rapport art. 50 Cst.].

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi sur la réforme de l'imposition des entreprises III, FF 2015 4613 [cit. message RIE III].

Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral, éd. De la Chancellerie fédérale, Etat Août 2015 (<https://www.bk.admin.ch/dokumentation/brges/06888/index.html?lang=fr>) [cit. aide-mémoire messages].

Schaffhauser Abstimmungs-Magazin zur Volksabstimmung vom 28. Februar 2016 [cit. Schaffhauser Abstimmungs-Magazin].

Bibliographie

AUBERT Jean-François, Art. 50, in: AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genève 2003, S. 427-432 [cit. art. 50 Petit Commentaire].

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse I, 2. Aufl., Bern 2006 [cit. Droit constitutionnel].

BIAGGINI Giovanni, BV. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007 [cit. BV].

BIAGGINI Giovanni/GÄCHTER Thomas/KIENER Regina, Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015 [cit. Staatsrecht].

BLUMENSTEIN Ernst/LOCHER Peter, System des schweizerischen Steuerrechts, 6. Aufl., Zürich 2002 [cit. System des Steuerrechts].

BRETTON Marc, Les acteurs clés de la réforme des communes et du Canton, Tribune de Genève vom 27. Oktober 2015 [cit. Réforme des communes et du Canton].

BUSER Denise, Kantonales Staatsrecht. Eine Einführung für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2011 [cit. Kantonales Staatsrecht].

ECOPLAN, Charges des villes. Bases scientifiques. Rapport scientifique sur mandat de l'Union des villes suisses, Berne 2010 (www.uniondesvilles.ch/cmsfiles/nfa-studie_sb_1_f_1_1.pdf) [cit. Charges des villes].

FLURI Kurt, Der Städte- und Gemeindeartikels ist ernst zu nehmen, NZZ vom 28. Juli 2015 [cit. Städte- und Gemeindeartikel ernst nehmen].

GRIFFEL Alain, Städte und Agglomerationen, in: Raumplanungsrecht in der Krise. Ursachen – Auswege – Perspektiven, hg. von RUCH Alexander/GRIFFEL Alain, Zürich 2008, S. 135-169 [cit. Städte und Agglomerationen].

HÄFELIN Ulrich/HALLER Walter/KELLER Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl. Zürich 2008 [cit. Bundesstaatsrecht].

HERZOG Eva/MAHON Pascal/PAPADOPOULOS Yannis, Für einen repräsentativen Ständerat, NZZ vom 17. Oktober 2011 [cit. Für einen repräsentativen Ständerat].

HOFMANN Benjamin/RICHERT Jörn, St.Gallen und die Schweizer Energiepolitik. Sieben Thesen für eine effektive Mehrebenenpolitik, St.Gallen 2015 (Working Paper No. 7 des Center for Energy Innovation, Governance and Investment (EGI-HSG) der Universität St.Gallen) [cit. Mehrebenenpolitik].

HORBER-PAPAZIAN Katia/JACOT-DESCOMBES Caroline, Communes, in: Handbuch der Schweizer Politik, 5. Aufl., Zürich 2014, S. 275-305 [cit. Communes].

INFRAS, L'utilité de l'immigration pour les villes suisses et pour la Suisse, Etude pour la communauté d'intérêts des grandes villes-centres de l'Union des villes suisses, Zurich 2015 (www.uniondesvilles.ch/cmsfiles/nutzen_zuwanderung_schlussbericht_infras_f.pdf) [cit. utilité de l'immigration].

JAAG Tobias/RÜSSLI Markus, Kantone ohne Gemeinden? Zur Zulässigkeit der Aufhebung der Gemeindeebene, in: Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter HÄNNI zum 65. Geburtstag, hg. von BELSER Eva Maria/WALDMANN Bernhard, Bern 2015, S. 219-234 [cit. Kantone ohne Gemeinden].

EGLI Patricia, Art. 46, in: Die Schweizerische Bundesverfassung. St.Galler Kommentar, hg. von EHRENZELLER Bernhard/SCHINDLER Benjamin/SCHWEIZER Rainer J./VALENDER Klaus A., 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014, S. 979-999 [cit. Art. 46 SG Kommentar].

KÄGI-DIENER Regula, Art. 50, in: Die Schweizerische Bundesverfassung. St.Galler Kommentar, hg. von EHRENZELLER Bernhard/SCHINDLER Benjamin/SCHWEIZER Rainer J./VALENDER Klaus A., 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014, S. 1053-1064 [cit. Art. 50 SG Kommentar].

KOLLER Arnold, Der Beitrag der Städte zur Lösung nationaler Probleme, in: die Stadt – les villes 5/96, S. 7-10 [cit. Beitrag der Städte].

KÖLZ Alfred, Rechtsgutachten zur Auslegung von Art. 50 Abs. 2 und 3 der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2001 [cit. Rechtsgutachten].

KÖLZ Alfred/KUSTER Susanne, Der Städteartikel der neuen Bundesverfassung, in: ZSR 121/I (2002), S. 137-169 [cit. Städteartikel].

KÖLZ Alfred/KUSTER Susanne, Neue Mitwirkungsinstrumente der Gemeinden im Bund. Der «Städteartikel» – eine kleine föderalistische Revolution?, NZZ vom 13. November 2002 [cit. Neue Mitwirkungsinstrumente der Gemeinden].

Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, hg. von HÄNER Isabelle/RÜSSLI Markus/SCHWARZENBACH Evi, Zürich/Basel/Genf 2007 [cit. Kommentar Kantonsverfassung ZH].

- KRUMMENACHER Jörg, „Nicht mehr am Rockzipfel“. Fünf Jahre Glarner Gemeindefusion, NZZ vom 31. Dezember 2015 [cit. Fünf Jahre Glarner Gemeindefusion].
- KÜBLER Daniel, Agglomerationen, in: Handbuch der Schweizer Politik, 5. Aufl., Zürich 2014, S. 307-333 [cit. Agglomerationen].
- LINDER Wolf, Schweizerische Demokratie. Institutionen, Prozesse, Perspektiven, 3. Aufl., Bern 2012 [cit. Schweizerische Demokratie].
- LINDER Wolf, Gemeindefusionen. Zwischen Tradition und Fortschritt, NZZ vom 6. Juli 2015 [cit. Gemeindefusionen].
- MÄUSLI-AlLENSPACH Peter/OERTLI Mathias, Das schweizerische Steuerrecht. Ein Grundriss mit Beispielen, 8. Aufl., Muri b. Bern 2015 [cit. Steuerrecht].
- MEYER Kilian, Gemeindeautonomie im Wandel. Eine Studie zu Art. 50 Abs. 1 BV unter Berücksichtigung der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie, Diss. St.Gallen 2011 [cit. Gemeindeautonomie].
- MEYER Kilian, Art. 50, in: Bundesverfassung. Basler Kommentar, hg. von WALDMANN Bernhard/BELSER Eva Maria/EPINEY Astrid, Basel 2015, S. 949-968 [cit. Art. 50 BS Kommentar].
- MOOR Pierre, L'institution communale: hier, aujourd'hui et demain, in: TANQUEREL Thierry/BELLANGER François (Hg.), L'avenir juridique des communes, Genève/Zürich/Basel 2007, S. 9-23 [cit. Institution communale].
- PFLÜGER Michael, Die Legitimation des Gemeinwesens zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, Zürich/St.Gallen 2013 (Diss. Bern 2012) [cit. Legitimation des Gemeinwesens].
- RHINOW René, Die Bundesverfassung 2000. Eine Einführung, Basel 2000 [cit. Bundesverfassung].
- RHINOW René/SCHEFER Markus, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009 [cit. Verfassungsrecht].
- ROTH-CUONY Urs Philipp, Die Übertragung von Bundesaufgaben an die politischen Gemeinden, Diss. Zürich 1978 [cit. Übertragung von Bundesaufgaben].
- SCHALTEGGER Christoph, Effizienter Staat dank Föderalismus und fiskalischer Äquivalenz, NZZ vom 21. Januar 2015 [cit. Effizienter Staat].
- SEILER Hansjörg, Gemeinden im schweizerischen Staatsrecht, in: Verfassungsrecht der Schweiz, hg. von THÜRER Daniel/AUBERT Jean-François/MÜLLER Jörg Paul, Zürich 2001, § 31 [cit. Gemeinden].
- SOGUEL Nils, Finances 2014: détérioration structurelle, dans: focus 8/2013, p. 1 (www.unionsdesvilles.ch/cmsfiles/focus_8-13_fr_2.pdf) [cit. finances].
- TANQUEREL Thierry/BELLANGER François (Hg.), L'avenir juridique des communes, Genève/Zürich/Basel 2007 [cit. Avenir juridique].
- TANQUEREL Thierry, Les villes dans le droit constitutionnel et administratif suisse, in: TANQUEREL Thierry/BELLANGER François (Hg.), L'avenir juridique des communes, Genève/Zürich/Basel 2007, S. 79-104 [cit. Les villes].
- TANQUEREL Thierry, Le cadre institutionnel des agglomérations en Suisse, in: TANQUEREL Thierry/BELLANGER François (Hg.), Les agglomérations, Genève/Zürich/Basel 2015, S. 9-48 [cit. Cadre institutionnel].
- THÜRER Daniel, Bund und Gemeinden. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den unmittelbaren Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland, den Vereinigten Staaten von Amerika und der Schweiz, Berlin 1986 (Beiträge zum ausländischen und öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 90) [cit. Bund und Gemeinden].
- TSCHANNEN Pierre/ZIMMERLI Ulrich/MÜLLER Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009 [cit. Verwaltungsrecht].

TSCHANNEN Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011 [cit. Staatsrecht].

VATTER Adrian, Das politische System der Schweiz, Baden-Baden 2014 [cit. Das politische System].

WALDMANN Bernhard/BORTER Emanuel, Art. 46, in: Bundesverfassung. Basler Kommentar, hg. von WALDMANN Bernhard/BELSER Eva Maria/EPINEY Astrid, Basel 2015, S. 875-888 [cit. Art. 46 BS Kommentar].

WIGET Stefanie, Die Programmvereinbarung. Ein Zusammenarbeitsinstrument zwischen Bund und Kantonen, Bern 2012 (Diss. Freiburg/CH 2011) [cit. Programmvereinbarung].

ZIMMERLI Ulrich, Bund – Kantone – Gemeinden, in: Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft (BTJP 1999), hg. von Ulrich ZIMMERLI, Bern 2000, S. 35-62 [cit. Bund – Kantone – Gemeinden].

1. Introduction

La nouvelle Constitution fédérale, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, contient dans l'art. 50 Cst. un article qui se prononce de manière fondamentale sur la position des communes dans la structure de l'État suisse et impose à la Confédération des obligations de prise en compte et de prise en considération des communes. L'article sur les communes et les villes a été thématiquement traité dans deux contributions d'auteurs invités dans la NZZ le 13 novembre 2002 et le 28 juillet 2015. La comparaison des deux articles révèle leur tonalité fondamentalement différente. Tandis qu'Alfred KÖLZ et Susanne KUSTER répandent une ambiance de renouveau, le texte du conseiller national Kurt FLURI de juillet 2015 exprime un certain désenchantement des résultats atteints par la mise en œuvre de l'art. 50 Cst.

KÖLZ/KUSTER estiment qu'il est positif que les communes ont lutté pour leur place dans la structure fédéraliste de l'État et que la Confédération reconnaît (enfin) les défis particuliers des villes et des agglomérations quand ils écrivent: «Il est largement incontesté que des solutions appropriées et durables aux problèmes spécifiques des communes, des villes et des agglomérations doivent être trouvées de manière urgente. L'article de la Constitution fédérale sur les villes peut fournir une contribution importante, bien qu'il ne soit pas imposable sur le plan juridique: il donne à la Confédération l'occasion d'intégrer le troisième niveau communal de manière complémentaire, sans que la structure fédéraliste de la Suisse doive subir une transformation fondamentale.»¹

Kurt FLURI s'exprime de manière nettement plus critique quand il affirme presque treize ans plus tard «que le rôle des communes en général et des villes en particulier est toujours massivement sous-estimé».² Le président de l'Union des villes suisses poursuit que, même si l'article sur les villes et les communes a donné lieu à plusieurs nouveautés, celles-ci restent bien en deçà de la grande importance symbolique et politique que le Conseil fédéral attribue à l'article de la Constitution. Il se réfère par sa critique à un rapport du Conseil fédéral qu'il a lui-même initié par un postulat.

Kurt FLURI et le conseiller aux États Hannes GERMANN, président de l'Association des Communes Suisses, ont demandé au Conseil fédéral par deux interventions identiques de faire un rapport sur l'effet de l'article 50 Cst. et de montrer les possibilités d'amélioration de la mise en œuvre de l'article sur les communes et les villes.³ Le rapport adopté le 13 mai 2015 par le Conseil fédéral désigne l'art. 50 Cst. comme une nouveauté prudente et réussie à la fois.⁴ Les propositions pour une meilleure mise en œuvre de l'art. 50 Cst. se limitent à des optimisations administratives internes et sont relativement modestes.

Ce mémoire fait écho aussi bien au rapport du Conseil fédéral qu'à la critique du conseiller national Kurt FLURI. Son objectif est d'exposer l'évolution et l'état actuel de l'interprétation de l'art. 50 Cst. et de montrer comment l'article sur les communes et les villes a été mis en œuvre jusqu'à maintenant. Ensuite, la question se pose de savoir si la mise en œuvre actuelle est capable de suivre les changements auxquels les villes et les communes ont dû faire face au cours de la dernière décennie et demie. Finalement, une tentative de développer de nouvelles perspectives de mise en œuvre est entreprise. Il est difficile de juger si les propositions peuvent s'imposer dans un débat politique, mais elles sont censées être un premier pas pour faire avancer la mise en œuvre de l'article sur les communes et les villes. Sans l'idée d'ancrer les communes, les villes et les agglomérations dans la Constitution fédérale, qui a pu paraître utopique à une époque, l'art. 50 Cst. ne serait jamais devenu réalité.

Pour finir, j'aimerais remercier le Professeur Markus MÜLLER, qui m'a encouragé de rédiger ce mémoire et qui m'a ouvert les portes de l'univers de la réflexion juridique. J'aimerais également

¹ KÖLZ/KUSTER, Neue Mitwirkungsinstrumente der Gemeinden.

² FLURI, Städte- und Gemeindeartikel ernst nehmen.

³ Voir Po. FLURI Kurt (13.3820): Application de l'article 50 de la Constitution. Evaluation après dix ans; Po. GERMANN Hannes (13.3835): Application de l'article 50 de la Constitution. Evaluation après dix ans.

⁴ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50 Cst., FF 2015 3881.

remercier les trois premiers lecteurs et lectrices de ce mémoire, Renate AMSTUTZ, Marianne KELLER TSCHIRREN et Klemens TSCHIRREN, pour leurs remarques et commentaires précieux.

L'auteur remercie l'Union des villes suisses pour avoir fait traduire ce mémoire en français. La traduction comprend également les citations qui n'existent originalement qu'en allemand – ceci avec le but de faciliter la lecture.

2. Article 50 Cst.: un jalon pour les villes et les communes

Mis à part quelques remarques ponctuelles⁵, les communes et les villes n'apparaissent pas dans la Constitution fédérale de 1874. C'étaient l'Union des villes suisses UVS et l'Association des Communes Suisses ACS qui ont demandé, au printemps 1997, du Parlement un article constitutionnel «définissant la Confédération, les cantons et les communes comme partenaires de l'Etat fédéral, exigeant de la Confédération qu'elle tienne compte des conséquences de son activité pour les communes et garantissant que la Confédération et les cantons respectent l'autonomie communale».⁶ Leur action a fait en sorte que la Commission de la révision constitutionnelle du Conseil national ouvre la voie à l'art. 50 Cst. qui est aujourd'hui applicable. L'article des communes et des villes a reçu sa propre section sous le titre 3 «Confédération, cantons et communes» de la Constitution fédérale et énonce ce qui suit:

¹ L'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal.

² La Confédération tient compte des conséquences éventuelles de son activité pour les communes.

³ Ce faisant, elle prend en considération la situation particulière des villes, des agglomérations urbaines et des régions de montagne.

2.1 La signification institutionnelle de l'art. 50 Cst.

Le nouvel article 50 reflète les trois niveaux du fédéralisme suisse dans la Constitution fédérale. Cette idée est déjà exprimée dans le libellé du titre 3 «Confédération, cantons et communes» qui précède l'art. 50 Cst. Les communes reçoivent ainsi une place dans l'ordre fédératif de la Constitution. Comme différents ouvrages le soulignent, la structure fédéraliste par niveaux n'est pas homogène. La relation particulière entre la Confédération, les cantons et les communes est parfois décrite comme fédéralisme à trois niveaux asymétrique ou double binôme.⁷ Cela signifie que «la Confédération [...] est composée de cantons 'souverains'», tandis que le canton n'est pas divisé de manière analogue en communes souveraines.⁸ RHINOW et SCHEFER estiment que l'art. 50 Cst. exprime tout de même que les communes ne doivent pas être comprises comme de simples unités administratives, mais comme des «porteurs autonomes de la puissance publique».⁹

Pierre TSCHANNEN illustre bien cette tension entre la reconnaissance de l'importance des communes dans le fédéralisme suisse et leur rôle en même temps limité dans la synergie avec les cantons et la Confédération. Pour lui, «l'inclusion explicite de l'article sur les communes dans le texte de la Constitution [...] montre le rôle important de l'auto-administration communale dans l'exécution des tâches étatiques».¹⁰ Toutefois, cela ne change rien au fait «que les communes restent des créations du droit public cantonal. Seuls les deux niveaux supérieurs de l'Etat fédéral suisse – la Confédération et les cantons – sont construits par la Constitution fédérale (voir avant tout les art. 1, 3 et 51-53 Cst.). L'existence et le statut juridique des communes relèvent par contre de l'autonomie organisationnelle des cantons.»¹¹

⁵ Bien que les communes aient été mentionnées dans sept articles de l'ancienne Constitution fédérale, Alfred KÖLZ désigne ce fait comme «pragmatique, dépourvu de système et sans l'intention de reconnaître les communes comme un élément constitutif important de l'Etat fédéral». Voir KÖLZ, Rechtsgutachten, p. 5.

⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50 Cst., FF 2015 3495.

⁷ Dans le Basler Kommentar de l'année 2015, Kilian MEYER mentionne que le fédéralisme a une structure asymétrique à trois niveaux. Regula KÄGI-DIENER se réfère à la même chose dans le St.Galler Kommentar, quand elle parle d'un double binôme (Confédération-cantons et cantons-communes). Voir MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 2; Kägi-Diener, art. 50 SG Kommentar, ch. 7.

⁸ Voir RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, ch. 640.

⁹ RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, ch. 640.

¹⁰ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 ch. 1.

¹¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 ch. 3.

TSCHANNEN se situe encore dans la tradition de la vision habituelle de la place de la commune au sein de la structure de l'État suisse. En 2001 encore, Hansjörg SEILER a défendu l'opinion suivante: «Le droit fédéral est généralement aveugle face aux communes.»¹² En revanche, dans son rapport «Application de l'article 50 de la Constitution fédérale», publié en mai 2015 en exécution des deux postulats du conseiller national Kurt FLURI et du conseiller aux États Hannes GERMANN, le Conseil fédéral a constaté que, grâce à l'article sur les communes et les villes, la Constitution fédérale n'est justement plus aveugle face aux communes. «L'article 50 Cst. a une grande portée symbolique, et donc politique. Les communes, en tant que niveau étatique, sont pour la première fois mentionnées explicitement dans la Cst.»¹³ En outre, la Constitution fédérale annonce en quelque sorte l'importance des villes et des agglomérations pour le pays. Tandis que les régions de montagne ont déjà été mentionnées dans l'ancienne Constitution fédérale, les villes et les agglomérations ont pour la première fois l'honneur d'être mentionnées dans la nouvelle Constitution fédérale.¹⁴ Cette mention va de pair avec la reconnaissance que «les agglomérations et les villes-centres ont une grande importance pour l'économie nationale et la culture».¹⁵

Globalement, l'article sur les communes et les villes n'a pas fondamentalement modifié l'ordre constitutionnel et la position des communes. Toutefois, grâce à l'art. 50 Cst., la Confédération prend note des communes, des villes et des agglomérations et s'engage pour la structure de l'État à trois niveaux. Le fait que la Constitution fédérale consacre une section aux communes et régit ainsi la relation entre la Confédération et les communes sur le plan constitutionnel est l'une des rares nouveautés substantielles de la nouvelle Constitution fédérale.¹⁶

2.2 Garantie de l'autonomie communale (al. 1)

Par l'art. 50 al. 1 Cst., la Confédération garantit l'autonomie communale dans les limites fixées par le droit cantonal. La doctrine accorde cependant un poids différent aux deux éléments «garantie de l'autonomie communale [par la Confédération]» et «dans les limites fixées par le droit cantonal».

2.2.1 L'autonomie communale comme «figure du droit cantonal»

L'opinion dominante dans la doctrine a longtemps été celle que la nouvelle disposition de la Constitution n'a pas de conséquences sur la relation entre la Confédération, les cantons et les communes. «Il [le droit fédéral] règle la relation entre la Confédération et les cantons, mais laisse au droit cantonal le soin de concevoir le droit communal et la relation entre les cantons et les communes.»¹⁷ Dans cette interprétation, l'autonomie communale signifie bien «l'*habilitation* des communes pour *gérer leurs affaires de manière autonome*», mais elle reste «une *figure du droit cantonal*»¹⁸. Pierre TSCHANNEN estime que par la formulation «dans les limites fixées par le droit cantonal», l'autonomie communale est réduite à être placée sous protection judiciaire fédérale sous la forme définie par le droit cantonal.¹⁹ Giovanni BIAGGINI estime également que la fonction normative et la portée de l'art. 50 al. 1 Cst. sont modestes: «Il n'est guère possible de faire découler davantage qu'un appel moraliste en faveur des communes (en tant que 'destinataire normatif' primaire apparent) de l'al. 1.»²⁰

¹² SEILER, *Gemeinden*, ch. 7.

¹³ CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50 Cst., FF 2015 3498.

¹⁴ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50 Cst., FF 2015 3499.

¹⁵ ZIMMERLI, *Bund – Kantone – Gemeinden*, p. 60.

¹⁶ Voir KÖLZ, *Rechtsgutachten*, p. 5; Zimmerli, *Bund – Kantone – Gemeinden*, p. 60.

¹⁷ SEILER, *Gemeinden*, ch. 7.

¹⁸ TSCHANNEN, *Staatsrecht*, §17 ch. 4.

¹⁹ Voir TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 17 ch. 4.

²⁰ BIAGGINI, *Cst. art. 50*, ch. 3.

2.2.2 L'autonomie communale comme garantie institutionnelle

D'autres auteurs reconnaissent dans l'autonomie communale garantie dans l'article sur les communes et les villes une sorte de garantie institutionnelle. Ce point de vue est défendu par Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI et Michel HOTTELIER qui soulignent qu'antérieurement, l'autonomie communale n'était pas garantie par le droit fédéral; mais «aujourd'hui, l'art. 50 Cst. al. 1 dispose expressément que l'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal. L'existence des communes est également implicitement reconnue par le législateur fédéral, lequel délègue souvent l'exécution des tâches de droit fédéral directement aux communes».²¹ Le Conseil fédéral semble également voir une institution du droit fédéral dans l'autonomie communale. En tout cas, dans le message relatif à la Charte européenne de l'autonomie locale du 19 décembre 2003, il affirme très clairement que «l'autonomie communale est une institution du droit fédéral (art. 50, al. 1, Cst.) dont le contenu matériel est défini par le droit cantonal.»²²

Regula KÄGI-DIENER reconnaît également dans l'art. 50 al. 1 un engagement fondamental du droit fédéral pour l'autonomie communale au sens d'une garantie institutionnelle. Elle pense qu'il «serait difficilement compatible avec l'art. 50 al. 1 Cst. si les cantons souhaitaient supprimer l'autonomie communale en tant que telle. Ils priveraient non seulement une compréhension fédéraliste traditionnelle de l'État de fondement, mais contourneraient également la structure à trois niveaux ou le double binôme susmentionnés de l'État suisse et démantèleraient l'importance des communes pour la Confédération.»²³

Même si la Confédération garantit l'autonomie communale comme une institution du droit fédéral, les défenseurs de la garantie institutionnelle sont d'accord que le type et l'étendue de l'autonomie doivent être fixés par les cantons. Leurs compétences ne s'arrêtent pas devant les fusions forcées. D'après KÄGI-DIENER, cela signifierait uniquement la transformation d'une autonomie non partagée en une autonomie partagée, sans que l'existence de l'autonomie communale soit remise en question.²⁴

Kilian MEYER estime que l'idée que la Confédération garantit l'autonomie communale, mais que les cantons en déterminent le contenu et l'étendue, s'est imposée dans une large mesure.²⁵ Cela signifie aussi que l'autonomie communale doit avoir une étendue minimale. Partant du texte français de la Constitution, Jean-François AUBERT semble penser que la Constitution fédérale part du principe «que cette autonomie existe au moins dans une certaine mesure: limiter n'est pas abolir.»²⁶ Il est ainsi confirmé que l'art. 50 al. 1 Cst. représente les communes comme un élément constitutif de l'État fédéral.

2.2.3 L'autonomie communale peut-elle être définie en tant que contenu essentiel?

La question de savoir ce qui constitue l'étendue minimale de l'autonomie communale dans les limites mentionnées ou s'il est possible de déterminer une essence de cette autonomie communale est encore ouverte. Dans les sciences politiques, on estime qu'il est possible d'identifier un contenu essentiel de l'autonomie communale, même si l'autonomie communale peut varier en fonction du droit cantonal. Wolf LINDER compte parmi ce contenu essentiel un droit d'existence constitutionnel, la liberté de choisir une structure politique et une organisation administrative appropriées, le droit de prélever

²¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel, ch. 264.

²² Voir CONSEIL FÉDÉRAL, message Charte, FF 2004 81. Le Conseil fédéral renvoie à l'ATF 128 I 3. Puisque l'autonomie communale est protégée par le droit fédéral (voir art. 189 al. 1 lit. b Cst.), le Conseil fédéral rejette la proposition des cantons d'exclure toute référence au droit fédéral.

²³ KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch. 10. Jean-François AUBERT ne partage pas cet avis, mais estime que l'art. 50 al. 1 n'empêche pas un canton d'unir ses communes avec le canton. Voir AUBERT, Art. 50 Petit Commentaire, ch. 6.

²⁴ Voir KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch. 10.

²⁵ Voir MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 11.

²⁶ AUBERT, art. 50 Petit commentaire, ch. 6. La version française de l'art. 50 al. 1 Cst. énonce: «L'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal.»

des taxes pour ses propres besoins, ainsi que le droit d'exécuter de manière autonome les tâches qui ne relèvent pas de la compétence de la Confédération ou du canton.²⁷

Jusqu'à maintenant, les ouvrages juridiques étaient circonspects, probablement aussi parce que la question du contenu essentiel est étroitement liée aux libertés fondamentales individuelles de la Constitution fédérale (art. 36 al. 4 Cst.). Dans sa dissertation «Gemeindeautonomie im Wandel», Kilian MEYER présume sur la base d'une interprétation de la Charte européenne de l'autonomie locale conforme au droit international public que l'autonomie communale doit être considérée comme un principe fondamental ou un principe juridique de la Constitution fédérale et qu'il faut par conséquent lui attribuer un contenu essentiel.²⁸ D'après lui, le contenu essentiel de l'art. 50 al. 1 Cst. se limite au minimum absolu; en fait cependant partie «tout ce qui est absolument indispensable pour que les communes puissent remplir leurs fonctions démocratiques et économiques, ainsi que les fonctions relevant de l'état de droit».²⁹

Pour concrétiser le contenu essentiel de l'autonomie communale, MEYER conçoit un modèle concentrique à trois niveaux, au centre duquel se trouve le contenu essentiel. Le premier niveau, que MEYER désigne comme programmatique, contient la reconnaissance de l'autonomie communale comme un principe conceptuel essentiel de l'ordre de l'État fédéral. «Le postulat que la commune doit gérer, dans la mesure du possible, les affaires locales de manière autonome et sous sa propre responsabilité s'adresse en premier lieu au législateur et le met à contribution. [...] Le niveau *justiciable* protège le droit des communes de concevoir de manière autonome une partie fondamentale des affaires publiques des entraves illicites. Les atteintes au domaine protégé sont licites, si elles respectent les limites imposées.³⁰ La reconnaissance de l'autonomie communale comme principe conceptuel constitutif mène à la reconnaissance d'un *noyau de l'autonomie* qui a une application absolue.»³¹ Pour MEYER, le contenu essentiel de l'art. 50 Cst. comprend la «décision de principe en faveur d'une structure de l'État à trois niveaux» et donc un «bastion contre les centralisations excessives». Les cantons ont toujours le droit de fixer les fonctions et les tâches de leurs communes de manière différente et de décider des fusions de communes (y compris contre la volonté des communes concernées). «Il ne serait notamment pas compatible avec l'art. 50 de supprimer totalement le niveau des communes, de retirer le droit d'accomplir leurs tâches aux communes ou de miner l'autonomie financière.»³²

Par conséquent, l'interprétation de l'autonomie communale est soumise à une certaine évolution. Les voix qui ne comprennent pas seulement l'autonomie communale selon l'art. 50 al. 1 Cst. comme un appel moral ou une référence à la protection judiciaire fédérale, mais qui voient en elle une institution du droit fédéral, qui constitue une garantie fondamentale de l'existence des communes, deviennent plus nombreuses. Ce sont toujours les cantons qui fixent l'étendue et la forme de l'autonomie communale, mais, au sein du libellé de l'art. 50 al. 1 Cst., l'accent passe de «dans les limites fixées par le droit cantonal» à «l'autonomie communale est garantie». Ou pourrait-on même dire que la nouvelle interprétation correspond de toute manière mieux à la structure de la phrase de cet alinéa?

²⁷ Voir LINDER, Schweizerische Demokratie, p. 176 s. De manière similaire VATTER, Das politische System, p. 437.

²⁸ Voir MEYER, Gemeindeautonomie, p. 239. L'autonomie communale comprise de cette manière impose «de réaliser l'autonomie communale dans une mesure aussi grande que possible. [...] En tant que principe juridique, l'autonomie communale a un effet positif et un effet négatif. La fonction négative, défensive, de l'autonomie communale consiste à exclure les évaluations qui la contredisent et les décrets et les décisions qui reposent sur ces évaluations.» Voir MEYER, Gemeindeautonomie, p. 280. Le contenu essentiel est l'élément «auquel l'évaluation s'arrête dans les limites de la proportionnalité et toute limitation additionnelle doit être omise». Voir MEYER, Gemeindeautonomie, p. 261.

²⁹ MEYER, Gemeindeautonomie, p. 261.

³⁰ Dans le Basler Kommentar concernant l'art. 50, Kilian MEYER décrit la règle des barrières comme suit: les atteintes à l'autonomie communale sont permises si elles respectent le principe de la légalité, relèvent de l'intérêt public et sont proportionnelles. Ces critères généraux sont concrétisés par le droit cantonal – et sont donc variables dans un système fédéraliste –, mais doivent respecter le contenu essentiel de la garantie de l'autonomie. Voir MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 23 s.

³¹ MEYER, Gemeindeautonomie, p. 283 s.

³² MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 26. Voir aussi: MEYER, Gemeindeautonomie, 285 ss.

L'on ne peut toutefois pas conclure que l'interprétation traditionnelle est déjà devenue désuète. L'exemple de la votation cantonale dans le canton de Schaffhouse du 28 février 2016 sur une possible réforme structurelle le confirme (voir la parenthèse sous 2.2.5).

2.2.4 L'autonomie communale à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Qu'on interprète l'autonomie communale comme une figure juridique cantonale ou comme une garantie fédérale, la doctrine est d'accord sur le point qu'en cas de violations de l'autonomie communale, les communes peuvent saisir le Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral reconnaît l'autonomie communale «depuis toujours comme un *droit constitutionnel*». ³³ Les communes ont qualité pour recourir (voir art. 189 al. 1 lit. e Cst. et art. 89 al. 2 lit. c et 95 lit. c LTF) et l'instrument habituel est le recours en matière de droit public, y compris quand les communes sont concernées de même manière que les individus (art. 82 LTF). Si les faits font partie du catalogue d'exceptions, la commune peut avoir recours au recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 à 119 LTF). ³⁴

Comment le Tribunal fédéral a-t-il interprété l'autonomie communale depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale? Dans les premières décisions adoptées sous la nouvelle Constitution fédérale, le Tribunal fédéral a encore retenu la vision traditionnelle de l'autonomie communale comme figure du droit cantonal: «L'art. 50 al. 1 Cst. garantit l'autonomie communale dans les limites fixées par le droit cantonal. Dans le champ d'application de la nouvelle Constitution fédérale, les cantons restent compétents pour déterminer si et dans quelle mesure l'autonomie est accordée aux communes.» ³⁵

Dans l'ATF 131 I 91 de l'année 2005, le Tribunal fédéral n'exclut pas une garantie institutionnelle, quand il conclut: «L'art. 50 al. 1 Cst. garantit désormais expressément l'autonomie communale dans les limites fixées par le droit cantonal». ³⁶ Comme le montre Kilian MEYER, dans les décisions plus récentes sur l'autonomie communale aussi, le Tribunal fédéral se réfère aussi bien à la garantie constitutionnelle cantonale qu'à la Constitution fédérale. Apparemment, il n'est pas déterminant pour le Tribunal suprême si l'autonomie communale est une figure du droit cantonal ou du droit fédéral. ³⁷

En revanche, le Tribunal fédéral a consigné à plusieurs reprises sa compréhension du champ d'application de l'autonomie communale. Ainsi, une commune «est autonome dans un domaine, si le droit cantonal ne le régleme pas intégralement, mais cède sa réglementation intégralement ou partiellement à la commune et lui accorde une liberté d'agir relativement grande. [...] Le domaine autonome protégé peut faire référence à l'habilitation d'adopter ou d'exécuter les règles communales propres ou concerner une marge de manoeuvre dans l'application du droit cantonal ou fédéral. La protection de l'autonomie communale ne présuppose pas que celle-ci existe dans tout le domaine d'activité, mais uniquement dans le domaine litigieux [...]» ³⁸

D'après Kilian MEYER, le Tribunal fédéral «ne définit pas le concept d'autonomie, mais retient dans quelles circonstances il considère la marge de manoeuvre communale comme digne de protection.» ³⁹ Il plaide donc pour une systématisation et un renouvellement du domaine de protection de l'autonomie communale et propose une structure en quatre parties, dont les différents éléments peuvent être conçus de manière différente selon le canton: Premièrement, l'autonomie communale comprend les tâches de la commune, c'est-à-dire les affaires publiques qui ne sont pas exclues du domaine de

³³ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 ch. 18. Voir aussi: KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch. 12; BUSER, Kantonales Staatsrecht, ch. 587.

³⁴ Voir TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 ch. 18-21. Détails sur la qualité d'agir des collectivités concernant le recours en matière de droit public: PFLÜGER, Legitimation des Gemeinwesens.

³⁵ ATF 128 I 3 E. 2a

³⁶ ATF 131 I 91 E. 2. Pour Regula KÄGI-DIENER, le Tribunal fédéral a effectué un revirement dans l'interprétation de l'autonomie communale. Voir KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch. 10.

³⁷ MEYER, Gemeindeautonomie, p. 71 s.

³⁸ ATF 128 I 3 consid. 2a. Voir en termes pratiquement identiques: 135 I 233 consid. 2.2; 136 I 265 consid. 2.1; 138 I 242 consid. 4.2; ATF 139 I 169 consid. 6.1; TF du 28.3.2014, 5A_979/2013, consid. 7.3.

³⁹ MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 16.

compétence communal. Deuxièmement, elle protège la façon d'exécuter les tâches sous la responsabilité propre des communes et la marge de manœuvre des communes qui en fait partie. Troisièmement – et sur ce point MEYER dévie de la pratique du Tribunal fédéral – le droit d'être entendu et d'autres droits de participation aux processus de planification et de décision au niveau des cantons et de la Confédération font également partie du domaine protégé. Quatrièmement, le domaine protégé comporte également une garantie d'existence, qui ne protège toutefois pas l'existence d'une commune individuelle (l'on pense aux fusions forcées), mais le niveau communal en tant que tel.⁴⁰

Pour justifier une atteinte au domaine protégé défini de cette manière, MEYER propose une règle de barrières, qui s'oriente à la pratique du Tribunal fédéral et découle en réalité des principes de l'activité de l'État régis par le droit fixés dans l'art. 5 Cst. Par conséquent, une atteinte doit respecter le principe de la légalité, reposer sur un fondement juridique et être constitutionnelle. Elle doit également reposer sur l'intérêt public et être proportionnée. Pour MEYER, il faut toujours respecter le droit cantonal et ses particularités.⁴¹

Cette règle des barrières rappelle l'art. 36 Cst., qui relie les restrictions des droits fondamentaux à des conditions déterminées. En effet, en 2003, le Tribunal fédéral s'est exprimé sur la question de savoir si l'art. 36 Cst. peut être appliqué aux atteintes à l'autonomie communale. Le Tribunal fédéral a nié que l'autonomie communale compte parmi les droits fondamentaux garantis par la Constitution, mais il a retenu en même temps que «l'exigence de base légale et la proportionnalité de l'atteinte [...] doivent s'appliquer par analogie aux limitations de l'autonomie communale».⁴²

2.2.5 Parenthèse: une votation cantonale sur la suppression des cantons est-elle licite?

Dans une brève parenthèse, les explications données jusqu'ici peuvent être appliquées à la votation cantonale du 28 février 2016 dans le canton de Schaffhouse. Les électeurs devront répondre à la question de principe de savoir si le canton doit effectuer une réforme structurelle. Deux variantes sont proposées: le modèle A avec un faible nombre de communes performantes et une administration cantonale adaptée et le modèle B avec la suppression des communes et la reprise de toutes les tâches communales actuelles par l'administration cantonale.⁴³ Pour évaluer la licéité du modèle B, le canton de Schaffhouse a demandé deux expertises juridiques – l'une à Tobias JAAG et Markus RÜSSLI, l'autre à l'Office fédéral de la justice (OFJ) – qui concluent toutes deux que le modèle B est licite.⁴⁴

L'argumentation de l'expertise de l'OFJ ne semble pas être libre de contradictions. Tout d'abord, l'expertise affirme que la question de savoir si un canton peut intégralement supprimer l'autonomie communale est encore ouverte et conclut même que la nouvelle Constitution fédérale va dans la direction de la garantie institutionnelle du droit fédéral. Toutefois, puisque la Constitution fédérale n'autorise pas la Confédération à intervenir dans l'autonomie organisationnelle des cantons, «elle n'a ni l'obligation de mettre en place des communes, ni l'obligation de garantir leur existence».⁴⁵

JAAG/RÜSSLI utilisent l'argument des exigences minimales que l'art. 51 al. 1 Cst. pose aux constitutions cantonales. D'après eux, les constitutions cantonales sont uniquement soumises à la condition que les cantons soient organisés de manière démocratique et que la constitution cantonale

⁴⁰ Voir MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 18-22.

⁴¹ Voir MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 24 s.

⁴² ATF 129 I 290 consid. 4.4. MEYER estime cependant qu'une analogie avec l'art. 36 Cst. n'est pas nécessaire pour la règle des barrières proposée par lui. L'analogie entre libertés individuelles et autonomie communale se heurte aussi à des critiques. Voir TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 ch. 23; BUSER, Kantonaes Staatsrecht, ch. 588.

⁴³ Voir Schaffhauser Abstimmungs-Magazin, p. 20-32.

⁴⁴ Voir JAAG/RÜSSLI, Kantone ohne Gemeinden; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Gutachten SH. L'expertise de JAAG/RÜSSLI n'est pas disponible, mais elle a servi de base pour l'article «Mehr oder weniger Staat?» dans l'hommage pour le 65^e anniversaire du Prof. Peter Hänni.

⁴⁵ Voir OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Gutachten SH, p. 3.

soit approuvée par le peuple et puisse être modifiée par lui. Toutefois, puisque l'art. 51 Cst. n'impose pas que les cantons doivent mettre en place des communes et que cela n'est pas non plus imposé par le droit fédéral, la suppression des communes ne pose pas de problème.⁴⁶

La teneur fondamentale de l'art. 50 Cst. s'oppose déjà à cette interprétation. La structure à trois niveaux de l'État suisse qui est ainsi exprimée ne peut pas être assurée par une structure organisationnelle à deux niveaux, telle qu'elle serait créée par la suppression des communes. S'il n'y avait plus de communes, non seulement la garantie de l'autonomie communale (al. 1) serait inutile, mais les obligations de prise en compte et de prise en considération (al. 2 et 3) seraient aussi superflues. Quand le droit fédéral mentionne les communes, il présume qu'elles existent et leur attribue des tâches déterminées quand cela est objectivement justifié. Il est contraire à la volonté du constituant de supprimer les communes et de transférer leurs tâches aux cantons «à défaut d'autres autorités».⁴⁷ L'opinion défendue par les deux expertises, selon lesquelles les cantons ne doivent pas respecter de limites dans la conception de l'autonomie communale, ne convainc pas non plus. Il faut tout d'abord rappeler le texte français de la Constitution et l'affirmation d'AUBERT («limiter n'est pas abolir»⁴⁸) et, de plus, cela irait de pair avec une revendication d'absolu de l'autonomie organisationnelle des cantons, qui n'existe pas sous cette forme dans la Constitution fédérale, car les cantons sont tenus de mettre en œuvre le droit fédéral «conformément à la Constitution et à la loi» (art. 46 Cst.).

La suppression du niveau des communes et donc l'introduction d'une structure organisationnelle à un seul niveau au niveau cantonal contredit la structure organisationnelle à trois niveaux de l'art. 50 Cst. Étant donné que le droit fédéral prime sur le droit cantonal et que la Confédération veille à ce que les cantons respectent le droit fédéral (art. 49 Cst.), il faut même se poser la question si la Confédération n'aurait pas dû intervenir activement d'office pour empêcher la votation dans le canton de Schaffhouse.

Finalement, les deux expertises traitent aussi de façon quelque peu négligente la question du droit de cité communal en présupposant que les communes continueraient d'exister après une fusion avec le canton. Par contre, le magazine des votations du canton de Schaffhouse parle de suppression des communes, c'est-à-dire d'une renonciation au niveau communal. La conséquence serait que l'unité du droit de cité communal, cantonal et suisse, défendue même par les experts, n'existerait plus.⁴⁹

D'après l'opinion défendue ici, la licéité de la suppression des communes, sur laquelle les électeurs du canton de Schaffhouse prendront une décision le 28 février 2016, ne peut pas être confirmée. Les communes sont un élément constitutif de l'État suisse, dont l'existence est garantie par la Constitution fédérale. Les cantons ont certes des compétences larges pour déterminer l'étendue et le type de l'autonomie communale, mais une suppression totale du niveau communal en soi n'est pas compatible avec la Constitution fédérale.

2.3 Obligations de prise en compte et de prise en considération des communes (al. 2 et 3)

En plus de la garantie de l'autonomie communale (al. 1), l'art. 50 Cst. contient également des obligations de prise en compte et de prise en considération dans les al. 2 et 3. Malgré des perspectives différentes, les al. 2 et 3 de l'art. 50 Cst. sont étroitement liés. L'expression «ce faisant» au début de l'al. 3 en est une indication. Il s'impose donc de considérer les deux alinéas ensemble.

⁴⁶ Voir JAAG/RÜSSLI, *Kantone ohne Gemeinden*, p. 221 ss.

⁴⁷ Voir OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Gutachten SH*, p. 4.

⁴⁸ AUBERT, art. 50 *Petit commentaire*, ch. 6.

⁴⁹ Voir OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Gutachten SH*, p. 3; JAAG/RÜSSLI, *Kantone ohne Gemeinden*, p. 224 s.; *Schaffhauser Abstimmungs-Magazin*, p. 31.

L'al. 2 oblige la Confédération de tenir compte des conséquences éventuelles de son activité pour les communes. L'al. 3, qui suit, quitte le plan purement institutionnel et intègre une optique territoriale en exigeant de la Confédération de prendre en considération la situation particulière des villes, des agglomérations urbaines et des régions de montagne. L'intention initiale de l'alinéa 3 était de mettre l'accent sur les défis spécifiques des villes et des agglomérations urbaines. La mention des régions de montagne fait partie d'un compromis politique.⁵⁰ Afin de tenir compte du fait que la Suisse a acquis un caractère largement urbain, après une longue discussion, la Commission de révision constitutionnelle du Conseil national s'est d'abord mise d'accord sur un al. 3 au libellé suivant: «La Confédération et les cantons prennent en considération la situation particulière des villes et des agglomérations urbaines.» La Conférence des gouvernements cantonaux CdC a réagi par des critiques sévères, surtout parce qu'elle craignait que l'obligation des cantons mette en péril la souveraineté de ceux-ci. La version qui figure actuellement dans la Constitution fédérale s'est finalement imposée dans la procédure d'élimination des divergences.⁵¹

2.3.1 La signification dans le contexte constitutionnel

Dans une première étape, la signification des al. 2 et 3 dans le contexte constitutionnel est analysée. Il s'agit pour l'essentiel des conclusions tirées de l'interprétation grammaticale, historique et contemporaine, ainsi que de l'interprétation systématique.

a) *Interprétation grammaticale*

L'alinéa 2 impose à la Confédération l'obligation de tenir compte des conséquences éventuelles de son activité pour les communes. Aussi bien les conseillers fédéraux, le Conseil fédéral que l'administration fédérale sont visés comme acteurs. Par «activité», il faut comprendre les décrets, les planifications et les ouvrages publics, aussi bien que les décisions financières et les actes administratifs. «Tenir compte» signifie que les conséquences de l'activité sur le troisième niveau de l'État doivent être évaluées et que les conséquences non désirées doivent être évitées dans la mesure du possible.⁵² Pour Giovanni BIAGGINI, l'al. 2 et aussi l'al. 3 qui le suit contiennent en premier lieu des obligations d'évaluation et non des obligations de résultat – un point de vue qui est aussi exprimé dans le rapport du Conseil fédéral sur l'application de l'article 50.⁵³ Cette interprétation doit cependant être remise en question si l'on considère le texte constitutionnel français («tient compte») et italien («tiene conto»), tandis que le terme en allemand semble d'être un peu plus faible («beachten»). Nous nous rangeons à l'avis d'Alfred KÖLZ et considérons que l'évaluation doit aussi influencer sur l'activité: «Les décideurs au sein de la Confédération doivent choisir la variante qui aura vraisemblablement le moins de conséquences négatives pour les communes. L'art. 50 al. 2 Cst. est une instruction obligatoire et contraignante à la Confédération de se comporter d'une façon déterminée dans les situations mentionnées.»⁵⁴

Le terme principal de l'al. 3 – «prise en considération» – est certes proche de «tenir compte», mais présume un certain déséquilibre des positions et exige de la position plus forte d'éviter les conséquences négatives pour l'autre partie. Comme le constate KÖLZ, «prendre en considération» est un terme plus fort que «tenir compte» et exige davantage de responsabilité et une plus grande

⁵⁰ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50, FF 2015 3397 s.; AUBERT, art. 50 Petit commentaire, ch. 9. Pour TSCHANNEN, l'«article sur les villes» prévu à l'origine est ainsi devenu une norme globale couvrant pratiquement tout le territoire. Voir TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17 ch. 245.

⁵¹ Voir ZIMMERLI, Bund - Kantone - Gemeinden, p. 59 s.

⁵² Voir CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50 Cst., FF 2015 3496 s. Voir aussi: RHINOW/SCHAFER, Verfassungsrecht, ch. 647; KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch. 17. Selon Alfred KÖLZ et Susanne KUSTER, «tenir compte» (beachten) peut être paraphrasé comme «une attention accrue envers un sujet déterminé ou une thématique déterminée». Voir KÖLZ/KUSTER, Städtartikel, p. 139.

⁵³ Voir BIAGGINI, Cst. art. 50, ch. 8; CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50 Cst., FF 2015 3497.

⁵⁴ KÖLZ, Rechtsgutachten, p. 9.

disposition pour agir.⁵⁵ Cela est aussi confirmé par le terme «ce faisant» au début de l'al. 3 («dabei» dans la version allemande; en italien, cette connexion manque). Le texte de la Constitution crée ainsi une certaine hiérarchie entre les deux alinéas. En premier lieu, la Confédération est tenue de tenir compte des conséquences éventuelles de son activité pour les communes. Dans une prochaine étape, il convient de particulièrement prendre en considération les communes qui sont des villes ou font partie d'une agglomération urbaine ou d'une région de montagne.⁵⁶

b) Interprétation historique et contemporaine

Les obligations de prise en compte et de prise en considération des al. 2 et 3 ont longtemps été contestées au sein du Parlement. D'après Ulrich ZIMMERLI, l'alinéa 3 est notamment l'une des rares nouveautés matérielles de la Constitution fédérale «remaniée». «Cette formulation de l'article sur les communes et les villes a fait l'objet de longs débats dans les Chambres fédérales [...]. Finalement, la conclusion que les agglomérations urbaines et les villes-centres ont une grande importance pour l'économie nationale et, particulièrement, une grande importance culturelle, a pu remporter un consensus.»⁵⁷ Lors des débats, il a été souligné à plusieurs reprises que les al. 2 et 3 ne créent pas de nouvelles compétences fédérales et que l'al. 3 ne constitue notamment pas une base de subvention.⁵⁸ Il n'est pas surprenant que l'article sur les communes et les villes s'est avant tout heurté à de l'opposition dans le Conseil des États.

Le fait que l'art. 50 ne se trouve pas dans le chapitre des compétences fédérales est aussi une indication de ce que les al. 2 et 3 n'ont pas créé une nouvelle compétence fédérale.⁵⁹ Comme le mentionnent RHINOW/SCHEFER à juste titre, les compétences fédérales manquantes ne sont pas sans poser de problèmes. «L'application de l'art. 50 Cst. s'avère ne pas être facile, notamment aussi parce que cette disposition ne crée pas de nouvelles compétences fédérales.»⁶⁰

c) Interprétation systématique

Les deux termes «beachten» (tenir compte) et «Rücksicht nehmen» (prendre en considération) sont relativement fréquents dans la Constitution fédérale. «Beachten» (tenir compte) s'y trouve quatre fois et concerne des principes de l'État de droit tels que le respect du droit international public (art. 5 al. 4 Cst.), de la subsidiarité (art. 5a Cst.) ou de l'imposition (art. 127 al.2). Les cantons sont également tenus de respecter le droit intercantonal (art. 48 al. 5 Cst.) Les termes «Rücksicht-Nehmen» ou «Berücksichtigen» (prise en considération) apparaissent nettement plus souvent, environ deux douzaines de fois. Une majorité des obligations de prise en considération concerne les compétences de la Confédération, notamment la prise en considération de l'autonomie des hautes écoles (art. 63a al. 3 Cst.), de la diversité culturelle et linguistique du pays dans la promotion de la culture (art. 69 al. 3 Cst.) ou des besoins de la famille (art. 116 al. 1 Cst.).

Une série d'articles de la Constitution contient des obligations de prise en considération dans la relation entre les différents niveaux de l'État: Outre l'obligation de respect réciproque entre la Confédération et les cantons dans l'art. 44 al. 2 Cst., la Confédération doit tenir compte des compétences des cantons dans les affaires étrangères (art. 54 al. 3 Cst.) En outre, la Confédération prend en considération les intérêts des cantons dans le domaine de l'eau (art. 76 al. 6 Cst.) et elle

⁵⁵ Voir KÖLZ, Rechtsgutachten, p. 10. Dans les autres langues nationales aussi, des termes différents sont utilisés: «beachtet», resp. «tiene conto» dans l'al. 2 et «nimmt Rücksicht», resp. «prende in considerazione» dans l'al. 3. L'affirmation dans le rapport du Conseil fédéral selon laquelle l'on peut présumer que «prendre en considération» doit être compris de manière similaire à «tenir compte», n'est donc pas pertinente. Voir CONSEIL FÉDÉRAL, rapport article 50, FF 2015 3497.

⁵⁶ Voir KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, p. 140; KÖLZ, Rechtsgutachten, p. 10.

⁵⁷ ZIMMERLI, Bund – Kantone – Gemeinden, p. 60. Voir aussi: MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 33; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, ch. 974.

⁵⁸ Voir plus en détail: KÖLZ, Rechtsgutachten, p. 11-17, ainsi que KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, 140-143 ou aussi clairement Jean-François AUBERT: «L'art. 50 III n'attribue pas de compétence nouvelle.» AUBERT, art. 50 Petit Commentaire, ch. 10.

⁵⁹ Voir KÖLZ, Rechtsgutachten, p. 18; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, p. 144.

⁶⁰ RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, ch. 654. Tel que rapporté par KÖLZ, les procès-verbaux de la consultation parlementaire ne fournissent guère d'informations sur les possibilités d'application concrète de l'art. 50 al. 2 et 3. Voir KÖLZ, Rechtsgutachten, p. 17.

prend en considération la charge constituée par les impôts directs des cantons et des communes lorsqu'elle fixe les tarifs (art. 128 al. 2 Cst.).

Ce bref classement dans le contexte constitutionnel confirme que les obligations de prise en compte et de prise en considération vont bien au-delà d'une pure obligation d'évaluation. Le conseiller fédéral Kurt FLURI, président de l'Union des villes suisses, l'a également constaté dans la NZZ du 28 juillet 2015.⁶¹ KÖLZ met les obligations formulées dans l'art. 50 al. 2 et 3 en relation avec d'autres obligations de prise en considération de la Confédération, notamment avec celles vis-à-vis des cantons.⁶² Pour Regula KÄGI-DIENER, il s'agit d'une «obligation fédéraliste qui a été étendue aux communes conformément à l'engagement en faveur de l'État fédéral à trois niveaux».⁶³ Les obligations de prise en compte et de prise en considération contiennent par conséquent «des consignes d'action obligatoires pour la Confédération et s'appliquent à toutes les actions politiques et juridiques. Elles s'étendent notamment aux lois matérielles, aux planifications, à la réalisation d'ouvrages publics et à toutes les décisions qui ont des conséquences financières pour les communes.»⁶⁴

2.3.2 Sens et but des al. 2 et 3

L'inclusion de l'art. 50 dans la Constitution fédérale poursuivait en premier lieu le but de représenter l'État fédéral à trois niveaux (voir à ce sujet le point 2.1). Les communes y sont considérées comme des éléments constitutifs de l'État fédéral et non pas comme de simples unités administratives cantonales.⁶⁵ Il est parfois considéré que le sens et le but de l'article sur les communes et les villes est d'ancrer le principe de la subsidiarité (art. 5a Cst.) comme maxime d'action programmatique – également dans la relation entre le canton et la commune.⁶⁶

Le véritable but des al. 2 et 3 est cependant d'éviter les conséquences négatives sur les communes. L'art. 50 al. 2 Cst. exige de tous les organes fédéraux de non seulement examiner soigneusement dans quelle mesure l'activité de la Confédération concerne les communes, mais aussi de choisir parmi les différentes variantes la solution qui a le moins de conséquences négatives pour les communes.⁶⁷ Le sens et le but de l'art. 50 al. 3 Cst. consistent à reconnaître les défis particuliers pour les villes et les agglomérations urbaines⁶⁸ et de trouver des approches de solution adéquates. L'art. 50 al. 3 Cst. exige ainsi que la Confédération agisse activement dans les domaines importants pour les villes et les agglomérations urbaines, tels que la politique en matière de circulation et d'aménagement du territoire, d'affaires sociales, de migration, de culture ou encore de finances et d'économie. L'objectif est de trouver des solutions adaptées pour les villes et les agglomérations.⁶⁹

Pour atteindre ces objectifs, «les contacts d'information directs et la défense des intérêts directe et informelle entre le niveau communal et la Confédération et, du moins dans certains domaines, une collaboration institutionnalisée des communes, des villes et des agglomérations urbaines dans la Confédération doivent être garantis au sens d'un mécanisme de règlement des conflits».⁷⁰ Pour KÄGI-DIENER aussi, la prise en considération «suppose une relation d'information de base et appelle pratiquement une institutionnalisation de l'information (directe) entre les communes et la

⁶¹ Voir FLURI, Städte- und Gemeindeartikel ernst nehmen.

⁶² Voir KÖLZ, Rechtgutachten, p. 18-20, 42; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, p. 144-146.

⁶³ KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch. 18.

⁶⁴ MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 33.

⁶⁵ Voir KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, p. 146; SEILER, Gemeinde, ch. 4.

⁶⁶ Voir MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 30. La référence au principe de la subsidiarité (sans la référence à la relation entre le canton et la commune) se trouve aussi chez: RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, ch. 647; KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch. 8.

⁶⁷ Voir KÖLZ, Rechtgutachten, p. 22-24, 42; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, p. 147 s.

⁶⁸ Les régions de montagne sont laissées de côté dans ce contexte, parce que leur mention n'est pas nouvelle dans la Constitution fédérale.

⁶⁹ Voir KÖLZ, Rechtgutachten, p. 26 s.; 42; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, p. 148 s.

⁷⁰ KÖLZ, Rechtgutachten, p. 42 s.; voir aussi KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, p. 149 ss.

Confédération».⁷¹ Selon elle, la pratique antérieure qui permettait aux communes d'entretenir des relations avec la Confédération uniquement par l'intermédiaire du canton n'est plus compatible avec l'art. 50 al. 2 et 3. Grâce à la conception tripartite de l'échange d'informations factuelles, les préoccupations des communes qui ne correspondent pas aux intérêts cantonaux ne risquent plus d'être oubliées.

L'évaluation des contacts bilatéraux institutionnalisés entre la Confédération et les communes est moins claire. Pour Regula KÄGI-DIENER, il est correct pour des motifs fédéralistes que la Confédération refuse de tels contacts avec les communes, bien qu'elle ne veuille pas exclure des contacts ponctuels sur des sujets déterminés.⁷² En partant de l'objectif d'atteindre des solutions adaptées aux villes et aux agglomérations urbaines, KÖLZ quant à lui plaide pour une collaboration institutionnalisée directe renforcée entre la Confédération et les communes concernées. «Globalement, l'art. 50 al. 2 et 3 exige que la 'voie hiérarchique' habituelle soit dépassée.»⁷³

Il y a toutefois un consensus que cela ne doit pas se faire au détriment des cantons. Les nouveautés de la Constitution fédérale n'ont pas pour but d'affaiblir les cantons ou de limiter leur position. Les art. 43, 44, 45 et 47 Cst. montrent déjà que les cantons continuent de jouer un rôle important. Pour ce motif, KÖLZ accorde une grande importance au «principe de la transparence réciproque» dans les contacts directs entre la Confédération et les communes.⁷⁴ Le modèle dit de médiatisation, qui fait des cantons les plateformes et les centres du système fédéraliste, n'est remis en question ni par un échange d'informations plus étroit entre la Confédération et les communes, ni par une nouvelle lecture de l'autonomie communale (voir 3.2).⁷⁵ Les cantons continuent de mettre en œuvre le droit fédéral (art. 46 Cst.), mais ils le font avec la restriction «conformément à la Constitution et à la loi» (art. 46 al. 1 Cst.). Cela montre que le modèle de médiatisation est relativement flexible et perméable.⁷⁶ Il s'y ajoute le fait que, par la garantie de l'autonomie communale et les obligations de prise en compte et de prise en considération de l'art. 50 Cst., la position juridique des communes a été considérablement renforcée. Les communes doivent pouvoir participer davantage à la prise de décisions de la Confédération et leur position peut être davantage reflétée dans des lois fédérales (voir 3.2). Tout cela doit toutefois s'inscrire dans une relation constructive et transparente entre les trois niveaux de l'État: «Les obligations de prise en considération présupposent une relation d'information de base et exigent une institutionnalisation de l'information directe.»⁷⁷

3. Les communes dans les lois fédérales et la doctrine de l'intervention de la Confédération au niveau des communes

La réticence de la Confédération à s'adresser directement aux communes, défendue à plusieurs reprises dans la doctrine, laisse penser que les communes ne sont mentionnées que sporadiquement dans les lois fédérales. Des recherches à cet égard révèlent cependant le contraire – dans plus de 120 lois fédérales, on trouve des références aux communes, aux villes et aux agglomérations urbaines (voir 3.2). La «commune» est mentionnée de loin le plus souvent. Les «villes» et les «agglomérations urbaines» n'apparaissent dans la législation fédérale qu'après l'année 2000. De manière générale, les communes, les villes et les agglomérations urbaines sont mentionnées dans

⁷¹ KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch. 18.

⁷² Voir KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch. 18.

⁷³ KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, p. 151. Voir aussi: KÖLZ, Rechtsgutachten, p. 27, 43 ou encore 47.

⁷⁴ Voir KÖLZ, Rechtsgutachten, p. 28-31, 42 s.; KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, p. 151 s.; KÖLZ/KUSTER, Mitwirkungsinstrumente der Gemeinden.

⁷⁵ Voir MEYER, Gemeindeautonomie, p. 316.

⁷⁶ MEYER Gemeindeautonomie, p. 399. Daniel THÜRER affirmait déjà en 1986 que la position d'intermédiaire des cantons ne doit pas être comprise au sens absolu. Voir THÜRER, Bund und Gemeinde, p. 250.

⁷⁷ MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 34. Plus de détails sur le modèle de médiatisation: MEYER, Gemeindeautonomie, p. 316-319 et 401-405.

environ deux lois fédérales sur cinq, que le Parlement a adoptées après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale. Depuis le nouveau millénaire, le niveau communal est mentionné un peu plus souvent dans les lois fédérales, bien qu'il ait déjà été présent auparavant.

3.1 Doctrine de l'intervention de la Confédération au niveau des communes

Même avant l'inclusion de l'article sur les communes et les villes dans la Constitution fédérale, la législation fédérale se caractérisait par un traitement très pragmatique des communes.⁷⁸ Les auteurs ont développé la doctrine de l'intervention de la Confédération au sujet de l'influence juridique de la Confédération sur les communes.⁷⁹ Ils étaient confrontés au défi de décrire un phénomène qui n'était pas réellement conforme aux dispositions constitutionnelles sur la souveraineté (art. 3 aCst.), sur l'indépendance et l'autonomie organisationnelle des cantons (art. 47 Cst.) ou encore sur l'application du droit fédéral par les cantons (art. 46 Cst.).

La doctrine résolvait ce dilemme par une série de conditions sous lesquelles elle considère une intervention de la Confédération comme admissible.⁸⁰ Si la Confédération s'adresse aux communes dans un domaine du droit, il faut qu'il existe d'abord une compétence fédérale et les mesures d'intervention doivent reposer sur une base légale claire. Il est ainsi garanti que les cantons et les communes collaborent à la formation de l'opinion au niveau de la Confédération et puissent se défendre contre les atteintes non désirées.⁸¹ La deuxième condition est que, même si l'art. 46 al. 1 Cst. prévoit que les cantons mettent en œuvre le droit fédéral, la Confédération peut déléguer des tâches directement aux communes, «si l'intervention s'avère *nécessaire pour assurer une démarche judicieuse et appropriée*».⁸² En d'autres termes, l'inclusion des communes doit être objectivement judicieuse et nécessaire pour l'application du droit fédéral.⁸³ Une autre condition est que l'intervention de la Confédération doit relever de l'intérêt public et qu'elle doit être proportionnelle (art. 5 al. 2 Cst.).⁸⁴ Cela signifie que la mesure doit être appropriée, nécessaire et raisonnable par rapport à l'objectif poursuivi, les trois critères devant être respectés.⁸⁵

3.2 Mention des communes, des villes et des agglomérations dans les lois fédérales

Les nombreuses mentions des communes, ainsi que des villes et des agglomérations urbaines peuvent être résumées pour l'essentiel en quatre catégories:⁸⁶

⁷⁸ THÜRER a constaté presque avec étonnement un «*consensus sur l'innocuité de l'intervention de la Confédération au niveau des communes sur le plan du droit constitutionnel*», mais l'explique par le fait qu'il ne s'agit pas d'un «phénomène dominant de la pratique de l'État fédéral suisse». THÜRER, *Bund und Gemeinden*, p. 252.

⁷⁹ Voir THÜRER, *Bund und Gemeinden*, p. 213; KÖLZ/KUSTER, *Städteartikel*, 153; KÖLZ, *Rechtsgutachten*, 32 s.; MEYER, *Gemeindeautonomie*, 206 s.; voir à cet égard la dissertation d'Urs Philipp Roth-Cuony de l'année 1978: ROTH-CUONY, *Übertragung von Bundesaufgaben*. Les ouvrages sur l'intervention de la Confédération au niveau des communes restent cependant rares et les manuels plus récents sur le droit fédéral et constitutionnel suisse ne mentionnent notamment plus le terme. Pour Hansjörg SEILER, de telles règles d'intervention sont cependant douteuses au regard de l'autonomie organisationnelle des cantons. Voir SEILER, *Gemeinden*, ch. 8.

⁸⁰ En plus des conditions esquissées ici, Kilian MEYER estime que la Confédération doit également respecter le principe constitutionnel «que les *cantons* définissent l'indépendance communale et qu'il leur incombe de régler la répartition des tâches entre le canton et les communes». Voir MEYER, *Gemeindeautonomie*, p. 399 s.

⁸¹ Voir KÖLZ/KUSTER, *Städteartikel*, p. 154; MEYER, *Gemeindeautonomie*, p. 400; THÜRER, *Bund und Gemeinde*, p. 258.

⁸² THÜRER, *Bund und Gemeinden*, p. 254.

⁸³ Voir KÖLZ/KUSTER, *Städteartikel*, p. 154; MEYER, *Gemeindeautonomie*, p. 400.

⁸⁴ Voir MEYER, *Gemeindeautonomie*, p. 400; KÖLZ, *Rechtsgutachten*, p. 34.

⁸⁵ Voir TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, § 21.

⁸⁶ La plupart du temps, la doctrine mentionne deux formes principales: les ordres d'exécution du législateur fédéral et les subventions fédérales. Voir THÜRER, *Bund und Gemeinden*, p. 213. Pour la présente illustration, une division en quatre

Il s'agit en premier lieu des ordres d'exécution par lesquels le législateur fédéral s'adresse directement aux communes. Dans cette forme la plus répandue, la Confédération oblige les communes à réaliser le marché intérieur (art. 2 LMI), à mettre à disposition les terrains du domaine public aux prestataires des télécommunications (art. 35 LTC), à informer la population sur la politique migratoire (art. 56 LEtr) ou à notifier chaque année gratuitement les noms des futurs conscrits aux autorités cantonales (art. 11 LAAM). Les instructions données aux communes en relation avec les droits politiques (LDP) et l'état civil (CC) font également partie de cette première catégorie. Il existe en outre de nombreuses dispositions par lesquelles les établissements de la Confédération sont exemptés des impôts communaux (p. ex. art. 17 LIFSN, art. 81 LPTh, art. 30 LASRE) ou qui obligent les communes à fournir une assistance d'office ou à collaborer (p. ex. art. 32 LPGa, art. 75 LTVA, art. 18. LSPr). Il existe aussi une certaine tradition consistant à attribuer des tâches aux communes dans des situations d'urgence et exceptionnelles, p. ex. l'obligation de construire des abris (art. 46 LPPCi)⁸⁷ ou l'obligation pour les autorités communales de prendre les mesures nécessaires en cas de danger lié à une augmentation de la radioactivité, lorsque la Confédération et les cantons ne sont pas à même de le faire (art. 20 de la loi sur la radioprotection).⁸⁸

Deuxièmement, les lois fédérales indiquent des responsabilités et des compétences communales ou accordent aussi certains droits aux communes. Les lois fédérales expriment ainsi l'importance des villes et des communes dans la promotion de la culture (art. 4 LEC) ou désignent aussi les communes comme bénéficiaires des données recueillies par l'Office fédéral de la statistique (art. 1 et 3 de la loi sur la statistique fédérale). De plus, l'art. 3a LAPeI autorise les communes à octroyer des concessions en rapport avec le réseau de distribution pour utiliser le domaine public, sans procéder à un appel d'offres, mais il les oblige en même temps à garantir une procédure non discriminatoire et transparente. Finalement, dans de nombreuses lois, le législateur fédéral accorde aux communes des droits d'être entendu, des droits d'opposition et des droits de recours (ainsi p. ex. art. 18 LCfD, art. 14 LCPR, art. 57 LPE, art. 22a LITC, art. 16f LIE). Dans ce contexte, il peut finalement être signalé qu'en application de l'art. 50 al. 2 et 3 Cst., les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne sont invitées à toutes les consultations (art. 4 LCo) et que les conséquences sur les communes doivent être exposées dans les messages accompagnant les actes législatifs fédéraux (art. 141 LParl).

Un troisième groupe comprend des règles directes de financement ou des subventions de la Confédération pour les tâches communales.⁸⁹ La Confédération peut ainsi fournir une aide financière aux communes, quand elles réalisent des projets innovants dans le domaine de l'accueil extra-familial pour enfants (art. 2 de la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants) ou quand elles collaborent avec la Bibliothèque nationale (art. 12 LBNS). En contrepartie, des contributions des communes du site sont prévues pour les musées de la Confédération (art. 17 et 26 LMC). Dans ce contexte, il convient également de mentionner les dispositions relatives au fonds d'infrastructure, par le biais duquel la Confédération effectue des contributions au trafic d'agglomération (art. 1 et 7 LFInfr et art. 4 LUMin; voir aussi 3.5.5).

catégories semble plus appropriée. Cette analyse se limite aux lois fédérales et laisse de côté les ordonnances et autres actes.

⁸⁷ Dans la version antérieure de l'actuelle LPPCi, les communes «en tant que responsables principaux de la protection civile sur leur territoire, étaient responsables de la mise en œuvre des mesures ordonnées par la Confédération et les cantons» (art. 10 al. 1 de la Loi sur la protection civile).

⁸⁸ Voir THÜRER, Bund und Gemeinden, p. 222.

⁸⁹ L'exemple de la loi sur l'aménagement du territoire du 4 octobre 1974, par laquelle la Confédération aurait pu soutenir des planifications et des aménagements du territoire à hauteur de 50 % au maximum, montre aussi que les subventions fédérales aux communes ne sont pas toujours faciles à mettre en œuvre. Le projet a échoué le 13 juin 1976 dans la votation populaire. La critique que la loi était trop dirigiste et trop centraliste a probablement contribué au rejet. La loi sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 qui a été élaborée en conséquence, a renoncé à l'aide à l'infrastructure. Voir THÜRER, Bund und Gemeinde, p. 243.

Quatrièmement, la législation fédérale intervient aussi dans la relation entre les cantons et les communes. Les communes peuvent introduire elles-mêmes des restrictions pour l'achat de terrains par des personnes à l'étranger – ceci après une procédure cantonale prévue à cet effet que les cantons sont tenus d'adopter (art. 13 LFAIE «Lex Koller»). Si les cantons délèguent des tâches aux communes pour lesquelles ils sont rémunérés par la Confédération dans le cadre de conventions-programmes, ils sont tenus de distribuer proportionnellement les subventions fédérales aux communes (art. 20 LSU). En outre, les cantons sont tenus de verser «tout ou partie de l'indemnité [que leur verse la Confédération pour l'usage de l'énergie hydraulique] aux communes, districts ou autres communautés subissant une perte d'impôts» (art. 14B LFH).

Cela montre clairement que les communes, les villes et les agglomérations urbaines occupent une place très importante dans la législation fédérale. La législation fédérale n'était pas «aveugle aux communes» avant l'an 2000 et elle ne l'est pas non plus aujourd'hui. Aussi évidente soit la présence des communes et parfois même des villes dans certains domaines de la politique dans les lois fédérales, aussi surprenante est leur absence dans d'autres domaines, dans lesquels elles jouent également un rôle important. Malgré la présence importante des communes dans les lois fédérales, cette présence reste non systématique et en conséquence incomplète.

4. Application actuelle de l'art. 50 al. 2 et 3

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale, l'article sur les communes et les villes a été concrétisé par les Chambres fédérales, par le Conseil fédéral et l'administration fédérale et a donné lieu à une série de mesures d'application. Certaines reposent directement sur l'art. 50 Cst., d'autres correspondent à l'esprit de l'article sur les communes et les villes.⁹⁰

4.1 Ordres à l'administration et mesures institutionnelles

Le rapport du Conseil fédéral sur l'application de l'article 50 mentionne tout d'abord les instructions à l'administration. Le 16 octobre 2002, le Conseil fédéral a publié les «Lignes directrices du Conseil fédéral à l'attention de l'administration fédérale concernant la collaboration entre la Confédération, les cantons et les communes».⁹¹ Dans ces lignes directrices, le Conseil fédéral invite l'administration entre autres à renforcer la collaboration verticale entre les niveaux de l'État (art. 1), à systématiquement tenir compte des conséquences de l'activité de la Confédération sur les villes et les communes (art. 2) et à faire participer les villes et les communes aux travaux des commissions d'experts ou des groupes de travail (art. 7). En outre, le Conseil fédéral retient que les contacts directs entre la Confédération et les communes peuvent être indiqués dans des cas particuliers, mais doivent normalement avoir lieu dans un cadre tripartite (art. 8).

Comme il a déjà été mentionné (voir 3.3.3), les différents messages doivent indiquer les conséquences des actes législatifs fédéraux sur les communes (art. 141 al. 2 lit. f LParl). Les indications ont été concrétisées dans l'«Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral». L'Aide-mémoire exige entre autres des indications sur les conséquences organisationnelles et administratives potentielles sur les communes ou sur les centres urbains et les agglomérations.⁹²

En outre, le rapport du Conseil fédéral énumère une série de mesures institutionnelles: les droits de participation des associations faitières des communes, des villes et des régions de montagne dans la

⁹⁰ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50 Cst., FF 2015 3501.

⁹¹ CONSEIL FÉDÉRAL, lignes directrices.

⁹² Aide-mémoire messages, p. 22.

loi sur la consultation (art. 4 LCo), la création de la Conférence tripartite sur les agglomérations CTA⁹³, la signature de la Charte européenne de l'autonomie locale⁹⁴ et la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales⁹⁵, ainsi qu'avant tout des formes de coopération au sein de l'administration fédérale qui sont pertinentes pour l'aménagement du territoire.⁹⁶

La CTA créée en 2001 est la forme de collaboration nouvellement créée la plus importante entre la Confédération, les cantons, les villes et les communes. Elle est gérée par le Conseil fédéral, la Conférence des gouvernements cantonaux CdC, l'Union des villes suisses UVS et l'Association des Communes Suisses ACS et constitue la plateforme politique pour le développement d'une politique commune pour les agglomérations. Alors que la CTA n'était tout d'abord qu'un projet, les responsables ont décidé fin 2011 de la poursuivre à durée indéterminée. En plus de promouvoir la coopération verticale entre la Confédération, les cantons et les villes et les communes, la CTA veut désormais aussi intégrer les espaces ruraux dans la collaboration tripartite.⁹⁷

4.2 Autres formes de collaboration et échange d'informations informel

Dans le passé récent, d'autres formes de collaboration tripartite se sont développées hors de la CTA. En partant de la doctrine de l'intervention de la Confédération au niveau des communes, KÖLZ a développé des critères d'admissibilité sur le plan théorique. Selon ces critères, la collaboration institutionnalisée des communes, des villes et des agglomérations urbaines dans la Confédération est admissible si, premièrement, il s'agit d'un domaine avec compétence fédérale, deuxièmement, le contact direct est motivé par l'art. 50 al. 2 et 3 et promet par conséquent une résolution des problèmes qui est objectivement meilleure, troisièmement, une base légale claire est créée et, quatrièmement, le principe de proportionnalité est respecté. Si ces critères sont remplis et les obligations de l'art 50 al. 2 et 3 Cst. ne peuvent pas être remplies d'une autre manière, les possibilités de collaboration directes et durables «sont mêmes obligatoires au vu de l'obligation constitutionnelle de la Confédération de résoudre objectivement les problèmes en vertu de l'art. 50 al. 2 et 3 Cst.»⁹⁸

La participation substantielle à l'exécution, le fait d'être directement concerné et le savoir-faire correspondant des villes et des communes dans de nombreux domaines politiques ont mené à de nombreuses formes de collaboration plus ou moins institutionnalisées entre la Confédération, les cantons, les villes et les communes. Les dialogues tripartites dans la politique culturelle et la politique du logement, ainsi que la collaboration dans le domaine de l'asile peuvent être mentionnés à titre d'exemples:

La nouvelle loi sur l'encouragement de la culture LEC du 11 décembre 2009 demande à la Confédération de tenir compte de la politique culturelle des cantons, des villes et des communes et de collaborer avec eux (art. 5 al. 1 LEC). Peu avant l'entrée en vigueur de la LEC (début 2012), la Confédération, les cantons, les villes et les communes ont lancé un dialogue culturel national. La convention signée le 25 octobre 2011 a notamment pour objectif de promouvoir le débat sur la politique culturelle, de renforcer la coopération entre les différents niveaux étatiques, d'améliorer l'échange d'informations et de mieux coordonner entre elles les activités des différents niveaux

⁹³ www.tak-cta.ch.

⁹⁴ RS 0.102.

⁹⁵ RS 0.1311.

⁹⁶ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50 Cst., FF 2015 3501-05.

⁹⁷ Voir Convention entre la Confédération et les cantons ainsi que les villes et communes relative à la reconduction de la Conférence tripartite sur les agglomérations (CTA) du 30 décembre 2011, RS 701 (art. 1 Objectifs). Voir aussi le communiqué de presse «Confédération, cantons, villes et communes décident de reconduire la Conférence tripartite sur les agglomérations» du 16 décembre 2011 (www.tak-cta.ch/files/docs/mm-tak-20111216-f.pdf).

⁹⁸ KÖLZ/KUSTER, Städtteartikel, p. 157. Egalement dans KÖLZ/KUSTER, Mitwirkungsinstrumente der Gemeinden.

étatiques.⁹⁹ Sur le plan organisationnel, le dialogue culturel national est composé d'un niveau politique en tant qu'organe de pilotage stratégique et d'un niveau technique. Les autorités et organisations impliquées sont, pour la Confédération, le Département fédéral de l'intérieur DFI et l'Office fédéral de la culture OFC, pour les cantons, la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique CDIP et la Conférence des délégués cantonaux aux affaires culturelles CDAC, pour les villes, l'Union des villes suisses UVS et la Conférence des villes en matière de culture CVC et, pour les communes, l'Association des Communes Suisses ACS. Le dialogue culturel national s'est bien établi et est évalué de manière positive, également dans le message culturel pour les années 2016-2020. Il y est présenté comme le cadre approprié «pour développer le processus menant à une politique culturelle nationale».¹⁰⁰

Dans le contexte de la situation tendue sur le marché du logement, le Conseil fédéral a décidé le 15 mai 2013 d'entamer un dialogue en matière de politique du logement avec les cantons et les villes. L'objectif du comité est de mieux coordonner les activités des villes, des communes, des cantons et de la Confédération. Le dialogue a été prolongé à deux reprises et il est prévu de le poursuivre jusqu'à fin 2016. Le groupe de travail du dialogue en matière de politique du logement est composé de représentants des cantons et des villes (six chacun, en partie aussi du niveau politique) et de la Confédération (Office fédéral du logement OFL et Office fédéral du développement territorial ARE), de la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique CDEP et de l'Union des villes suisses.¹⁰¹

Les villes et les communes ont également été impliquées dès le début dans la restructuration de l'asile. Le premier pas était la première conférence nationale sur l'asile le 21 janvier 2013, à laquelle ont participé la directrice du Département fédéral de justice et police DFJP, les membres de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police CCDJP, de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales CDAS et les dirigeants de l'Union des villes suisses et de l'Association des Communes Suisses. Par la déclaration adoptée, la Confédération et les cantons, ainsi que les représentants des villes et des communes se sont donné pour objectif d'accélérer et de restructurer les procédures d'asile par la création de centres de procédure fédéraux.¹⁰² À l'occasion d'une deuxième conférence sur l'asile du 28 mars 2014, les partenaires concrétisent la restructuration de l'asile. Les déclarations des deux conférences illustrent que la Confédération et les cantons sont assez prééminents dans ce projet. La façon systématique dont les villes et les communes sont impliquées dans l'organisation du projet est toutefois remarquable.¹⁰³ La restructuration visée du domaine de l'asile a abouti à une révision de la loi sur l'asile, adoptée par le Parlement le 25 septembre 2015.¹⁰⁴ Dans les nouvelles dispositions, les communes sont aussi reconnues comme des partenaires importants. Elles doivent être impliquées tôt

⁹⁹ Il est intéressant de noter que la convention ne contient pas de référence à l'art. 5 al. 1 LEC. Voir www.bak.admin.ch/themen/04577/index.html?lang=fr. Voir aussi le communiqué de presse «Le dialogue culturel national est lancé» du 26 octobre 2011 (www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=41920).

¹⁰⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, message culture, FF 2015 488.

¹⁰¹ Voir le communiqué de presse «Le Conseil fédéral optimise sa politique en matière de logement» du 15 mai 2013 (www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=48869). Mi-janvier et en décembre 2014, le Conseil fédéral a publié les rapports élaborés par le groupe de travail du dialogue en matière de politique du logement. Voir le communiqué de presse «Le Conseil fédéral approfondit le dialogue en matière de politique du logement et poursuit l'examen de mesures» du 15 janvier 2014 (www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=51654) et «Le Conseil fédéral entend poursuivre le dialogue en matière de politique du logement» du 17 décembre 2014 (www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=55718).

¹⁰² Voir «Déclaration commune de la Conférence sur l'asile du 21.01.2013» (www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/news/2013/2013-01-21/erklaerung-f.pdf). Voir aussi le communiqué de presse du 21 janvier 2013 «La Confédération et les cantons s'accordent sur les lignes directrices d'une restructuration dans le domaine de l'asile» (www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2013/2013-01-21.html).

¹⁰³ Voir «Déclaration commune de la Conférence sur l'asile du vendredi 28 mars 2014» (www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/news/2014/2014-03-28/erklaerung-f.pdf). Voir aussi le communiqué de presse du 28 mars 2014 «Les conditions générales de la restructuration du domaine de l'asile sont fixées» (www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=52476).

¹⁰⁴ Voir FF 2015 6567.

dans la mise en place de centres fédéraux sur leur territoire (art. 24 nLAsi), elles doivent fournir des prestations en faveur des demandeurs d'asile (art. 24d al. 2 nLAsi) et sont indemnisées pour ces prestations et pour les éventuels frais de sécurité occasionnés par la Confédération (art. 24d al. 5 et art. 91 al. 4bis nLAsi).¹⁰⁵

Sur le plan informel, des entretiens et des contacts bilatéraux ont lieu régulièrement entre les associations faitières des villes et des communes et une série d'offices fédéraux. D'après des informations internes de l'Union des villes suisses, tel est le cas avec le Secrétariat d'État aux migrations, ainsi qu'avec les Offices fédéraux de l'énergie, des transports, des routes, de l'aménagement du territoire, des assurances sociales, de la santé publique et de l'environnement. Des contacts ad hoc avec d'autres organismes fédéraux s'y ajoutent. Les contacts entre la Confédération et les communes sont aujourd'hui courants. Bien qu'ils soient probablement plus intensifs qu'auparavant, ils ne sont pas un phénomène nouveau. D'après une enquête que le DFJP a effectuée au printemps 1995 auprès de tous les départements, à cette époque déjà, de nombreux offices fédéraux entretenaient des contacts intensifs avec les villes.¹⁰⁶

4.3 Développement d'une politique des agglomérations, des espaces ruraux et des régions de montagne

Il faut ajouter à ce qui précède le développement de politiques pour les agglomérations urbaines, ainsi que pour l'espace rural et les régions de montagne. Après un premier rapport sur la politique des agglomérations en 2001, le Conseil fédéral a décidé de développer sa politique des agglomérations et a publié le 18 février 2015 le rapport «Politique des agglomérations 2016+ de la Confédération. Pour un développement cohérent du territoire suisse». En publiant le même jour le rapport «Politique de la Confédération pour les espaces ruraux et les régions de montagne», le Conseil fédéral voulait souligner que les deux politiques sont complémentaires et qu'elles sont censées contribuer à la mise en œuvre du concept territorial de la Suisse.¹⁰⁷

La doctrine critique parfois que la Confédération, bien qu'elle soit tenue de respecter le principe de la légalité, néglige parfois la loi comme son moyen de pilotage primaire dans le développement de ces politiques.¹⁰⁸ Vu que l'ancrage juridique de la politique des agglomérations, dont le Parlement a chargé le Conseil fédéral en 2008 par motion, se fait encore attendre, cette critique ne paraît pas totalement injustifiée.¹⁰⁹

4.4 Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT)

L'une des grandes réformes de la législation fédérale des dernières années – la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) – peut d'une certaine façon être considérée comme faisant partie des mesures d'application de l'art. 50 al. 2 et 3.¹¹⁰ Dans le cadre de la péréquation financière, une répartition des charges a également été mise en place, par laquelle la Confédération équilibre aussi bien les charges géographiques et topographiques que les charges sociodémographiques et spécifiques aux villes-centres. Il est ainsi tenu compte de la situation particulière des villes et des agglomérations urbaines, ainsi que des

¹⁰⁵ Un référendum a été organisé contre la révision de la loi sur l'asile; la votation populaire aura lieu le 5 juin 2016.

¹⁰⁶ Voir KOLLER, Beitrag der Städte, p. 9; KÖLZ, Rechtsgutachten, p. 40.

¹⁰⁷ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50 Cst., FF 2015 3506-09. Voir aussi: KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch. 27-35.

¹⁰⁸ Voir GRIFFEL, Städte und Agglomerationen, p. 161 s.; MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 46.

¹⁰⁹ Voir Mo. CER-N. (07.3280) «Pour une politique des agglomérations de la Confédération».

¹¹⁰ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50 Cst., FF 2015 3505 s.

régions de montagne. Toutefois, la répartition des charges géographiques et topographiques couvre disproportionnellement mieux les charges correspondantes que son pendant sociodémographique.¹¹¹ Les paiements de la répartition des charges sont effectués aux cantons, ce qui est une expression de la réticence traditionnelle de la Confédération à s'adresser directement aux communes. Il en résulte qu'il est possible que les villes, les agglomérations urbaines et les régions de montagne à qui la répartition des charges est destinée ne profitent pas de cette répartition, par exemple si le canton ne connaît pas de péréquation financière et de répartition des charges intercantonale ou seulement une répartition rudimentaire. Aussi insatisfaisante que cette solution puisse paraître, elle correspond à la volonté du Parlement que l'art. 50 al. 3 ne doit pas constituer une base pour le règlement direct des charges des centres urbains.¹¹²

4.5 Fonds d'infrastructure pour le trafic d'agglomération

Les villes et les agglomérations sont impliquées davantage dans le co-financement du trafic d'agglomération par la Confédération que dans la répartition des charges de la RPT. L'art. 86 al. 3 Cst. prévoit que les moyens à affectation obligatoire de l'impôt à la consommation sur les carburants et de la redevance pour l'utilisation des routes nationales («vignette autoroutière») peut aussi être utilisé pour des «mesures destinées à améliorer les infrastructures de transport dans les villes et les agglomérations». La loi sur le fonds d'infrastructure (LFIInfr) et la loi fédérale révisée concernant l'utilisation de l'impôt sur les huiles minérales à affectation obligatoire (LUMin) constituent la base légale du fonds d'infrastructure qui, à partir de 2008 et pendant 20 ans, met à disposition 20,8 milliards de francs pour l'achèvement et la décongestion du réseau des routes nationales (14 milliards), pour le maintien des routes principales dans les régions de montagne et les régions périphériques (0,8 milliard) et pour des mesures pour améliorer l'infrastructure de transport dans les villes et les agglomérations urbaines (6 milliards).¹¹³

4.6 Conclusion: est-ce qu'innovation prudente équivaut à innovation réussie?

Le rapport du Conseil fédéral sur l'application de l'art. 50 Cst. arrive à la conclusion qu'aucun défaut ou problème fondamental n'est apparu dans l'application de l'article sur les communes et les villes. Il estime que l'art. 50 Cst. est une innovation prudente et réussie à la fois. Du point de vue du Conseil fédéral, c'est un succès que les villes et les agglomérations urbaines aient attiré l'attention de la politique fédérale et que la commune en tant qu'institution, resp. le niveau communal dans son ensemble, aient été renforcés.¹¹⁴ Le gouvernement national identifie un potentiel d'amélioration dans l'implication des communes dans la planification et la préparation des actes législatifs fédéraux, dans la collaboration à l'intérieur de l'État et dans les bases statistiques.¹¹⁵ Pour l'application ultérieure de l'article sur les communes et les villes, le Conseil fédéral se limite donc principalement à des mesures administratives internes et poursuit la pratique actuelle. De nouvelles approches pour l'application des obligations de prise en compte et de prise en considération de l'art. 50 Cst. ne peuvent pas être détectées.

¹¹¹ Les charges sociodémographiques sont payées à environ 14 %, les charges géographiques et topographiques à plus de 35 %. Ce déséquilibre est dû au fait que les deux budgets de rééquilibrage sont dotés de la même somme, bien que les charges calculées pour les villes et les agglomérations urbaines soient nettement plus élevées que celles des régions de montagne. Comme le montre le rapport d'évaluation RPT de mars 2014, ce déséquilibre a augmenté depuis l'introduction de la RPT. Voir CONSEIL FÉDÉRAL, rapport sur l'évaluation, p. 116 s.

¹¹² Voir KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch. 36.

¹¹³ Voir GRIFFEL, Städte und Agglomerationen, p. 159; KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch. 35; voir aussi le site web de l'Office fédéral du développement territorial ARE concernant le fonds d'infrastructure: www.are.admin.ch/themen/verkehr/00250/00460/?lang=fr.

¹¹⁴ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50 Cst., FF 2015 3512 s.

¹¹⁵ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50 Cst., FF 2015 3514 ss.

Il convient de se ranger à l'avis que l'art. 50 Cst. est une innovation prudente. Mais est-elle aussi réussie? Sans sous-estimer les progrès atteints par l'application de l'art. 50 Cst., il faut se poser la question de savoir si un nouvel article constitutionnel, qui constitue l'une des rares nouveautés matérielles de la nouvelle Constitution fédérale,¹¹⁶ n'aurait pas dû laisser davantage de traces sur le plan législatif. Dans le cadre de l'application de l'art. 50 Cst. qui n'est pas facile, ne faudrait-il pas se demander s'il ne serait pas nécessaire de créer de nouvelles compétences fédérales?¹¹⁷ Au regard des autres perspectives d'application, il faut se poser la question de savoir comment la situation des communes, des villes et des agglomérations urbaines évolue et a changé depuis la création de l'article sur les communes et les villes. Le Conseil fédéral donne-t-il les bonnes réponses à ces développements par les efforts d'application additionnels prévus? Ou ne faudrait-il pas aussi soumettre des approches de solution plus audacieuses à la discussion?

5. Le paysage des communes suisses en transition

Depuis le nouveau millénaire, qui marque aussi l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale, le paysage des communes suisses est marqué par un changement fort et des transformations profondes en matière de démographie, d'économie, d'affaires sociales et d'aménagement du territoire.¹¹⁸ Ces changements peuvent être représentés par quatre tendances, qui illustrent les défis pour les villes et les communes selon plusieurs perspectives.

5.1 Le nombre croissant de fusions de communes

Une première tendance qui a marqué les communes suisses ces dernières années est le nombre croissant de fusions de communes. Depuis le début de l'an 2000, le nombre de communes en Suisse a baissé de 2899 à 2294 (état début janvier 2016); en 16 ans, 605 communes ont disparu de la carte. Il est à noter que la dynamique de fusion s'est nettement accélérée depuis l'an 2000. Tandis qu'entre 1960 et 2000 le nombre de communes a baissé de 195 (en moyenne de 4,9 par an), ce nombre s'élevait à 303 communes (en moyenne 30,3 par an) entre 2000 et 2010; depuis 2010, 302 communes additionnelles ont disparu (en moyenne 50,3 par an). La dynamique de fusion croissante est aussi reflétée dans le fait que le nombre des cantons concernés par les fusions de communes est en croissance constante. Souvent, les cantons favorisent les fusions par des incitations financières.¹¹⁹

L'an 2000, au cours duquel la Constitution fédérale est entrée en vigueur avec le nouvel article sur les communes et les villes, marque ainsi en quelque sorte le point de départ d'une véritable vague de fusions. Il serait probablement faux de vouloir voir ici un lien de causalité. C'est peut-être l'ironie du hasard qu'une vague de professionnalisation apparaît au niveau communal avec le renforcement des communes dans la Constitution fédérale. Bien que les raisons d'une fusion de communes soient diverses, ce sont en règle générale des considérations économiques qui sont les déclencheurs des aspirations de fusion. Comme l'écrit Wolf LINDER dans la NZZ du 6 juillet 2015, l'attente de fournir les services publics de manière plus professionnelle, c'est-à-dire avec une meilleure qualité et à moindre coût, est un argument important pour les fusions de communes.¹²⁰ Dans le cas de la fusion des communes dans le canton de Glaris, ces attentes semblent être devenues réalité. D'après la NZZ du 31 décembre 2015, le potentiel d'économies et de synergies devrait même être plus élevé que prévu avant la fusion. Le travail des administrations communales est aussi devenu plus professionnel.¹²¹

¹¹⁶ Voir ZIMMERLI, Bund – Kantone – Gemeinden, p. 60.

¹¹⁷ Voir RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, ch. 654.

¹¹⁸ Voir TANQUEREL/BELLANGER (éd.), Avenir juridique, p. 7.

¹¹⁹ Voir HORPER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES, Communes, p. 297.

¹²⁰ Voir LINDER, Gemeindefusionen.

¹²¹ Voir KRUMMENACHER, Fünf Jahre Glarner Gemeindefusion.

Même si les expériences de la fusion des communes de Glaris – probablement la fusion la plus importante des dernières années – ne s’appliquent pas de la même façon à toutes les fusions, dans la plupart des cas, les fusions de communes devraient renforcer les communes et leur permettre d’accomplir leurs tâches de manière plus professionnelle à l’avenir.

5.2 L’autonomie communale sous pression

Malgré la forte dynamique de fusion des dernières années, dans les communes elles-mêmes, l’impression prévaut que la marge de manœuvre pour l’exécution des tâches communales se réduit. Katia HORBER-PAPAZIAN et Caroline JACOT-DESCOMBES signalent que, selon une enquête menée régulièrement entre 1994 et 2009 parmi les secrétaires municipaux, l’autonomie communale est en baisse constante. Dans la dernière enquête, 64 % des personnes interrogées pensaient que l’auto-détermination communale s’est réduite au cours des dix dernières années. La perte d’autonomie a été perçue de manière plus forte dans les petites communes que dans les grandes communes, tandis que le contraire était le cas lors d’enquêtes précédentes.¹²²

Une explication de cette perception peut être la tendance croissante vers une collaboration au-delà des communes dans des groupements d’intérêt et des associations de communes, dans le cadre desquels une commune transmet ses compétences à un nouvel organe.¹²³ Le fait qu’entre 1995 et 2011, 22 cantons ont introduit des réformes pour mieux dissocier les tâches cantonales et communales a probablement aussi joué un rôle.¹²⁴ De manière générale, ces réformes ont souvent conduit à un déplacement des compétences de prise de décision de la commune vers le canton. Le financement et l’exécution restent toutefois au niveau communal. Comme l’expliquent HORBER-PAPAZIAN et JACOT-DESCOMBES, grâce à leurs structures administratives et leurs ressources, dans certains cantons, les villes ont pu s’opposer à cette tendance à la centralisation et conserver des compétences spécifiques.¹²⁵ Cela laisse présager une différenciation des tâches et compétences communales selon les différents types de communes. Est-ce que cela crée le risque de développement «des communes à deux vitesses»?¹²⁶ Vu que les communes sont de plus en plus contraintes à un rôle purement exécutoire, du moins les communes qui sont capables de le faire devraient pouvoir utiliser leurs marges de manœuvre et leurs compétences.

Un indice additionnel de ce que l’autonomie communale est sous pression est la part décroissante du niveau communal dans les recettes et dépenses totales des trois niveaux de l’État. Alors qu’en 1990, la part du niveau communal se situait encore à 30 %, elle a baissé à 24 % en 2010. La Confédération et les cantons (y compris les concordats) ont augmenté leur part pendant la même période de 3 % à 34 resp. 42 %.¹²⁷

5.3 Une moindre marge de manœuvre pour les finances communales

Il n’est pas surprenant que la tendance vers des marges de manœuvre plus réduites s’applique aussi aux finances communales. «Le droit de prélever des impôts et de fixer soi-même les taux d’imposition

¹²² Voir HORBER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES, *Communes*, p. 290.

¹²³ Voir sur la collaboration intercommunale HORBER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES, *Communes*, p. 293 s.; BUSER, *Kantonales Staatsrecht*, ch. 620 ss.

¹²⁴ Voir HORBER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES, *Communes*, p. 291. D’autres s’y sont ajoutées depuis, comme le canton de Genève. Voir BRETTON, *Réforme des communes et du Canton*. Pour de plus amples informations à ce sujet: www.ge.ch/communes-canton/chronologie.

¹²⁵ Voir HORBER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES, *Communes*, p. 291.

¹²⁶ HORBER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES, *Communes*, p. 299.

¹²⁷ Voir HORBER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES, *Communes*, p. 283; VATTER, *Das politische System*, p. 432.

[...] est certes l'élément le plus important pour assurer l'autonomie des communes.»¹²⁸ Toutefois, même si, dans la comparaison internationale, les communes suisses ont des responsabilités et des compétences remarquables, cela est relativisé par le fait qu'«en règle générale, au moins 80 % du budget communal concernent des dépenses liées».¹²⁹ Même si la situation financière des communes suisses est toujours très bonne dans la comparaison internationale, une tendance vers des déséquilibres structurels se dessine depuis 2008. Nils SOGUEL estime que le facteur essentiel est l'augmentation des coûts dans les domaines des affaires sociales, de l'éducation et de la santé. Après que la Confédération s'est dans une large mesure retirée de ces domaines dans le cadre de la RPT, dans de nombreux cantons, ces domaines sont du moins partiellement devenus des tâches communales. SOGUEL note ensuite que la concurrence fiscale entre les cantons et les programmes d'austérité cantonaux ont provoqué des pertes fiscales dans les villes et les communes.¹³⁰

Cela montre que les décisions des cantons ou de la Confédération dans différents domaines politiques affectent les finances au niveau communal. Si la Confédération réforme son système de services sociaux, cela n'est pas sans conséquence pour l'aide sociale ou pour le financement des soins, dont les cantons et les communes assument la responsabilité. Les coupes dans le domaine des transports publics doivent être absorbées par les niveaux en aval – s'ils en ont la capacité. Les réformes fiscales au niveau fédéral telles que la réforme de l'imposition des entreprises III ont des conséquences directes non seulement sur les recettes fiscales cantonales, mais aussi sur celles des villes et des communes. Le principe de l'équivalence fiscale, selon lequel la décision, le financement et la fourniture d'un service public doivent être effectués au même niveau de l'État,¹³¹ doit être relativisé du moins pour le niveau communal.¹³² Les trois niveaux de l'État fonctionnent plutôt comme des vases communicants.

5.4 Métropolisation sans tenir compte des frontières institutionnelles

Finalement, on constate que la Suisse s'est de plus en plus urbanisée, même si ce processus d'urbanisation a pris un nouveau visage lors des dernières années. En premier lieu, on observe une nouvelle croissance remarquable de la population dans les villes-centres depuis le tournant du millénaire. Ces dernières avaient perdu jusqu'à un quart de leurs habitants entre 1970 et 2000 et enregistrent aujourd'hui un regain de croissance démographique.¹³³ Sans en être pour autant l'unique cause, un des moteurs déterminants de cette croissance démographique est l'immigration en provenance de l'UE/AELE, qui se concentre en grande partie dans les villes et les agglomérations urbaines. Des 580 000 personnes qui ont immigré en Suisse entre 2000 et 2010, 80 % se sont installées dans les villes et les agglomérations urbaines. Pas moins de 30 % des immigrés se sont installés dans les dix plus grandes villes, leur part de la population totale étant de 17 %.¹³⁴

Au sein de ces agglomérations en pleine expansion, les déplacements de navette se sont intensifiés grâce à l'aménagement des infrastructures de transport, de sorte à donner naissance à de grandes agglomérations et des zones métropolitaines. Ces développements sont aussi désignés comme métropolisation.¹³⁵ Comme l'Office fédéral de la statistique (OFS) l'a annoncé en décembre 2014 avec la publication de la nouvelle définition des villes et agglomérations, en 2012, 73 % de la population suisse vivaient en agglomération et donc dans une région à caractère urbain. Si on ajoute à cela les communes-centres hors agglomération, on arrive à 84 % de la population vivant dans des communes

¹²⁸ LINDER, Schweizerische Demokratie, p. 176.

¹²⁹ Voir VATTER, Das politische System, p. 436.

¹³⁰ Voir SOGUEL, Finanzen, p. 1.

¹³¹ Voir SCHALTEGGER, Effizienter Staat.

¹³² Voir à ce sujet aussi MOOR, Institution communale, p. 20.

¹³³ Voir Statistique des villes suisses 2015, Berne 2015; Kübler, Agglomerationen, p. 310.

¹³⁴ Voir INFRAS, utilité de l'immigration, p. 11 s.

¹³⁵ Voir KÜBLER, Agglomerationen, p. 309 s.

à caractère urbain.¹³⁶ Plus que jamais l'expression s'applique: «Les Suisses sont devenus une nation de citoyens, la Suisse est devenue un 'pays urbain' [...]»¹³⁷

L'expansion des agglomérations ne tient normalement aucun compte des frontières institutionnelles. Les agglomérations – et c'est encore plus vrai pour les espaces métropolitains – regroupent en général un grand nombre de villes et de communes et parfois même aussi plusieurs cantons. En conséquence, les espaces de vie fonctionnels, où les gens se déplacent, sont de moins en moins en phase avec leurs structures politico-institutionnelles, souvent étriquées. Avec l'importance croissante des agglomérations et des espaces métropolitains, les problèmes des agglomérations s'aggravent.¹³⁸ Leur solution nécessite la coopération des villes, des communes et des cantons au sein d'un espace métropolitain. La création de la Conférence métropolitaine de Zurich, dans laquelle 8 cantons et 116 villes et communes se sont regroupés, est en quelque sorte un laboratoire expérimental pour de nouvelles formes de collaboration entre cantons, villes et communes.

En résumé on peut donc brièvement esquisser les tendances suivantes:

- Les communes sont encouragées à offrir des prestations plus professionnelles et à accomplir leurs tâches plus efficacement. Cette tendance professionnalisante est un moteur important des nombreuses fusions de communes depuis l'an 2000.
- Les exigences croissantes posent surtout un grand défi aux petites communes, en dépit d'une collaboration intercommunale étendue. Si les tâches sont cantonalisées, les communes risquent de devenir de simples organes exécutifs.
- Du point de vue financier, les perspectives pour les villes et les communes se sont assombries. Leurs marges de manœuvre dépendent de décisions au niveau cantonal et fédéral.
- Avec la métropolisation et la forte croissance démographique dans les régions citadines, l'importance des villes et des agglomérations grandit. Dans les espaces métropolitains se développent de nouvelles formes de collaboration entre les cantons, les villes et les communes.

6. Nouvelles perspectives d'application

Sur le fondement des développements et tendances décrits dans le chapitre 5, il est tenté de développer de nouvelles perspectives pour l'application de l'art. 50 Cst. Les quatre propositions sont des réflexions schématiques et en aucun cas des concepts élaborés de manière détaillée. Il est toutefois tenté d'intégrer des réflexions juridiques essentielles aux différentes propositions.

6.1 Inclusion des villes et des communes dans la législation fédérale

L'une des conclusions tirées des tendances esquissées ci-dessus est que l'accomplissement des tâches publiques nécessite souvent une approche coordonnée sur les trois niveaux étatiques. De nouvelles formes de coopération se sont développées et se sont avérées efficaces avant tout dans les régions urbaines en Suisse. Cette approche pragmatique dans la pratique est cependant dans une légère relation de tension par rapport à la compréhension traditionnelle d'un double binôme

¹³⁶ Voir le communiqué de presse «Nouvelle définition statistique des agglomérations et des villes 2012. 5,9 millions de personnes vivent dans les agglomérations» du 18 décembre 2014 (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/themes-transversaux/analyses-spatiales/niveaux-geographiques.assetdetail.38618.html>).

¹³⁷ KÜBLER, Agglomerationen, p. 307.

¹³⁸ Voir KÜBLER, Agglomerationen, p. 312. Cela inclut notamment la problématique des charges des centres urbains. Des études montrent que les charges nettes des centres urbains sont en moyenne près de 40 % supérieures à celles des autres communes du même canton. Voir ECOPLAN, charges des villes.

(Confédération-cantons et cantons-communes) de la structure de l'État suisse.¹³⁹ Dans une réalité dans laquelle la Confédération, les cantons, les villes et les communes collaborent le plus souvent de manière égalitaire, cette idée se heurte à ses limites. Avant tout dans les domaines dans lesquels cela est objectivement judicieux et correspond depuis longtemps à la réalité, il est incompréhensible que souvent encore l'idée de la «voie hiérarchique» Confédération-cantons-communes soit maintenue. Des approches de «Multi-Level Governance», telles que défendues dans un article de l'Université de Saint-Gall sur la politique énergétique, permettraient d'obtenir de meilleurs résultats.¹⁴⁰

Quand les villes et les communes jouent de plus en plus souvent le rôle de partenaires égaux vis-à-vis de la Confédération et des cantons, la question se pose de savoir si cela ne devrait pas se refléter dans la législation fédérale dans les domaines concernés. La critique de Kurt FLURI que les tâches des villes et des communes sont reflétées de manière insuffisante dans la législation fédérale¹⁴¹ est tout à fait juste. Seules les dispositions relatives aux droits de participation dans la préparation des actes législatifs fédéraux (art. 4 LCo et art. 141 LParl) et la création du fonds d'infrastructure (art. 1 et 7 LFIInfr et art. 4 LUMin) reposent directement sur l'art. 50 al. 2 et 3 Cst. Par ailleurs, les villes et les communes sont certes mentionnées plus fréquemment dans les lois fédérales depuis l'an 2000 (voir ci-dessus 3.2.), mais cela est plutôt un hasard. Dans les lois fédérales plus récentes, cela est par exemple le cas dans la LEC de 2009, la nLAsi ou la nouvelle loi sur l'énergie, qui est encore en cours de traitement par le Parlement. Une approche systématique pour représenter l'importance des villes et des communes dans la législation fédérale fait cependant défaut.

Dans ce contexte, il convient aussi de rappeler la critique que la Confédération néglige le moyen primaire de l'activité étatique – la loi – dans l'élaboration de sa politique des agglomérations.¹⁴² Thierry TANQUEREL argumente de manière similaire: «On peut se demander si les problématiques des villes ne devraient pas aussi être plus explicitement prises en compte par la législation environnementale, sociale ou culturelle, tant au niveau fédéral – dans la limite bien sûr des compétences fédérales – que cantonal. Même en ce qui concerne l'aménagement du territoire, la question de la ville, au sens strict, ne devrait-elle pas être abordée plus franchement dans la loi et ses dispositions d'application?»¹⁴³

Pour intégrer l'importance du niveau communal pour la structure de l'État suisse, telle qu'elle est exprimée par l'art. 50 Cst., dans la législation fédérale, il faudrait effectuer un examen systématique pour savoir dans quels domaines les communes jouent un rôle essentiel. Il faudrait compléter l'Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral par l'instruction qu'il faut examiner pour chaque révision d'une loi si les villes ou les communes jouent un rôle essentiel dans son exécution. Si c'est le cas, elles doivent être mentionnées dans la loi.

Cette proposition se réfère en quelque sorte à la doctrine de l'intervention de la Confédération au niveau des communes (voir 3.1). La Confédération peut s'adresser directement aux communes, si cela est objectivement judicieux, relève de l'intérêt public et est proportionnel. Les mêmes critères seraient applicables à la mention des communes dans les lois fédérales.

6.2 Inclusion des communes dans les mécanismes de péréquation

Comme indiqué ci-dessus (voir 5.3.), les villes et les communes sont confrontées à des marges de manœuvre réduites sur le plan financier, entre autres à cause de décisions prises par la Confédération ou par les cantons. Non seulement le principe de l'équivalence fiscale est remis en question, mais, en fin de compte, l'autonomie financière des communes est aussi minée. Dans le

¹³⁹ Voir KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch. 7.

¹⁴⁰ HOFMANN/RICHERT, Mehrebenenpolitik.

¹⁴¹ Voir FLURI, Stadt- und Gemeindeartikel ernst nehmen.

¹⁴² Voir GRIFFEL, Städte und Agglomerationen, p. 161 s.

¹⁴³ TANQUEREL, Les villes, p. 99.

cadre du système juridique cantonal, cette dernière est toutefois une condition permettant aux communes d'accomplir leurs tâches. En conséquence, Kilian MEYER considère que l'érosion de l'autonomie financière n'est pas compatible avec l'art. 50 Cst.¹⁴⁴ Comme il a été montré sous 3.3.2, le véritable sens et but de l'art. 50 al. 2 et 3 est d'éviter les conséquences négatives sur les communes. Ces obligations de prise en compte et de prise en considération contiennent des instructions contraignantes pour la Confédération, qui «concernent aussi toutes les décisions qui ont une portée financière pour les communes».¹⁴⁵

Il s'ensuit que les conséquences financières de son activité sur les communes ne peuvent pas être indifférentes à la Confédération, même s'il n'est pas possible de faire découler une responsabilité financière pour les communes de l'obligation de la Confédération de garantir l'autonomie communale.¹⁴⁶ Il résulte de plus que la Constitution fédérale n'est justement pas «aveugle vis-à-vis des communes» sur les plans de la politique fiscale et financière. Ainsi, les communes sont tenues explicitement de tenir compte de la conjoncture dans leur politique des recettes et des dépenses (art. 100 al. 4 Cst.), et les principes de la Confédération sur l'harmonisation fiscale comprennent aussi les impôts communaux (art. 129 al. 1 Cst.)

Dans ce contexte, la politique actuelle de la Confédération qui consiste à orienter les systèmes de péréquation financière uniquement sur les cantons n'est ni systématique ni appropriée. Les fonds que la Confédération verse aux cantons pour leurs charges spéciales spécifiques en raison de leurs conditions géographiques et topographiques ou sociodémographiques ne profitent éventuellement pas aux régions et aux communes, resp. aux villes qui supportent réellement ces charges. De même, la plupart du temps, les fonds que les cantons reçoivent de la redevance poids lourds liée aux prestations sont utilisés uniquement pour les routes cantonales, bien que le trafic des poids lourds cause aussi des frais non couverts sur les routes communales.

Un autre exemple est la réforme de l'imposition des entreprises III, qui est actuellement en discussion dans les Chambres fédérales. Afin de permettre aux cantons de réduire leurs impôts sur les bénéficiaires pour les entreprises après la suppression de l'imposition préférentielle des sociétés de statut, le Conseil fédéral prévoit une augmentation de la part cantonale de l'impôt fédéral direct.¹⁴⁷ Bien qu'elles soient tout aussi touchées par les réductions d'impôts que les cantons – les pertes d'impôt pour le niveau communal sont estimées à 1,3 milliard de francs suisses par l'Union des villes suisses¹⁴⁸ –, les communes risquent de partir les mains vides.

Comment la Confédération peut-elle assumer ses obligations de prise en compte et de prise en considération vis-à-vis des villes et des communes sur le plan financier, sans intervenir indûment dans l'indépendance et l'autonomie organisationnelle des cantons (art. 47 Cst.)? Le débat dans le Conseil des États sur la réforme de l'imposition des entreprises III a produit une approche de solution. Le conseiller aux États Hans STÖCKLI (PS / BE) a voulu ancrer dans la loi que les cantons tiennent compte des conséquences de la suppression de l'imposition privilégiée des sociétés de statut sur les communes. Cette formulation fait référence au libellé de l'art. 50 al. 3 et laisse aux cantons le soin de

¹⁴⁴ Voir MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 26. Wolf LINDER, qui compte le droit des communes de prélever des impôts pour leurs propres besoins parmi le contenu essentiel de l'autonomie communale, défend un point de vue similaire. Voir LINDER, Schweizerische Demokratie, p. 177. Voir de manière générale sur les compétences fiscales des communes: BLUMENSTEIN/LOCHER, System des Steuerrechts, p. 45 s.; MAUSLI-ALLENSPACH/OERTLI, Steuerrecht, p. 68.

¹⁴⁵ MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 33. Voir aussi 2.3.2.

¹⁴⁶ Voir MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 29.

¹⁴⁷ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, message RIE III, FF 2015 4613.

¹⁴⁸ En août 2013, l'Union des villes suisses a effectué des estimations selon lesquelles un taux d'impôt sur le bénéfice moyen de 15 % pour le niveau communal mènerait à des pertes fiscales de 1,5 milliard de francs suisses au total. Voir le communiqué de presse «Réforme de l'imposition des entreprises III: pertes fiscales massives pour les villes et les communes» du 26 août 2013 (http://staedteverband.ch/fr/Info/Actuel/Medias/Communiqués_de_presse_2013/130826_RIE_III). Si le taux d'imposition du bénéfice moyen est de 16 %, tel que présumé par le Conseil fédéral dans le message sur la réforme de l'imposition des entreprises, l'estimation est réduite à environ 1,3 milliard de francs suisses.

la mise en œuvre concrète. Cette disposition tient compte aussi bien de l'autonomie organisationnelle que des différentes règles à l'interne des cantons.

La demande du conseiller aux États PS de Berne a été rejetée par 6 voix contre 35. Le porte-parole de la Commission Roberto Zanetti (PS / SO) a estimé que la demande n'était ni utile ni nuisible, «mais elle ouvre une porte susceptible de mener sur des terrains dangereux – si, tout d'un coup, nous tenons encore compte de ce troisième niveau. [...] elle pourrait ouvrir une porte que nous devrions plutôt garder fermée.»¹⁴⁹ Comme il a été montré sous 3.4.2, les directives du droit fédéral sur les relations financières entre les cantons et les communes ne sont pas du tout nouvelles. Ainsi, la loi sur les forces hydrauliques retient explicitement que le canton qui est indemnisé par la Confédération pour l'utilisation des droits d'utilisation de l'eau est tenu de verser tout ou partie de ces indemnités «aux communes, districts ou autres communautés concernées» (art. 14B LFH). Dans la loi sur les subventions, les cantons sont tenus de rembourser aux communes qui fournissent des prestations dans le cadre de conventions-programmes les frais engagés «au moins à hauteur de la part des contributions fédérales aux frais totaux» (art. 20a LSu).

Dans les deux exemples, la législation fédérale oblige les cantons vis-à-vis de leurs communes de manière encore plus claire que prévue dans la demande du conseiller aux États STÖCKLI. Du point de vue juridique, peu de chose s'oppose à une obligation de prise en compte mise en œuvre de cette manière. Le fait que les cantons sont également liés par les obligations de prise en compte et de prise en considération de l'art. 50 al. 2 et 3 s'y ajoute encore. Cela découle de l'art. 46 al. 1 Cst., selon lequel les cantons sont tenus de mettre en œuvre le droit fédéral matériel en vertu de l'obligation de loyauté envers l'État fédéral.¹⁵⁰

Aussi bien pour la réforme de l'imposition des entreprises III que dans d'autres domaines dans lesquels la Confédération paie des indemnités aux cantons, qui concernent des charges au niveau communal, les cantons devraient être tenus de tenir compte de la situation des villes et des communes concernées. Sur le fondement de l'art. 47 Cst., la mise en œuvre concrète devrait être laissée au soin des cantons. Toutefois, les dispositions dans la LFH et dans la LSu montrent que le législateur fédéral peut tout à fait rappeler aux cantons que les indemnités doivent bénéficier à ceux à qui elles sont destinées. Pour la répartition des charges dans le cadre de la RPT, cela était également prévu ainsi à l'origine. Le «rapport sur les villes-centres» que le Conseil fédéral a présenté en exécution d'un postulat de la CER-N en juin 1999 a promis «que les indemnités pour les prestations fournies par les centres sont intégralement versées aux prestataires effectifs des services, qui peuvent éventuellement être les villes».¹⁵¹

6.3 Un statut pour les villes?

Avec l'art. 50 al. 3, la Constitution fédérale illustre le processus d'urbanisation susmentionné et reconnaît que les villes et les agglomérations urbaines (ainsi que les régions de montagne) sont dans une situation particulière. L'article de la Constitution différencie certes entre les villes et les autres communes, mais il laisse à la pratique le soin de définir et d'appliquer le terme de «ville» et celui d'«agglomération».¹⁵²

¹⁴⁹ BO 2015 CE 1277.

¹⁵⁰ Voir KÖLZ, Rechtsgutachten, p. 49.

¹⁵¹ KOORDINATION RAUMPLANUNG, Bericht Kernstädte, p. 58. Alfred KÖLZ et Susanne KUSTER se sont exprimés de manière similaire: «De plus, une nouvelle réglementation de la péréquation financière, selon des critères sociodémographiques, qui tienne compte de manière adéquate des charges des villes-centres par une indemnisation des prestataires de service réels, apparaît comme une contribution judicieuse et nécessaire à la mise en œuvre de l'art. 50 al. 2 et 3 Cst.» Voir KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, p. 161 s.

¹⁵² Voir KÖLZ/KUSTER, Städteartikel, p. 140; TANQUEREL, Les villes, p. 87; RHINOW/SCHÉFER, Verfassungsrecht, ch. 607.

La doctrine a du mal avec «l'imprécision du 'terme' de ville.» On trouve souvent la définition selon laquelle les villes sont des «phénomènes sociologiques ayant des intérêts économiques, culturels, sociaux et territoriaux exceptionnellement intenses».¹⁵³ La question de savoir si seules les neuf villes-centres de Zurich, Bâle, Genève, Lausanne, Berne, Winterthour, Saint-Gall, Lucerne et Lugano ou toute commune de plus de 10 000 habitants doivent être considérées comme une ville reste ouverte. Entre-temps, l'Office fédéral de la statistique (OFS) a redéfini la ville. Selon la définition scientifique présentée en décembre 2014, toutes les communes de plus de 10 000 habitants ne sont plus considérées comme des villes. Les 162 nouvelles villes statistiques en Suisse répondent à des critères déterminés en termes de densité de la population, d'emplois et des nuitées.¹⁵⁴ La nouvelle définition de l'OFS n'a pas d'effet juridique. Une définition de la «ville» au sens juridique fait toujours défaut.

En règle générale, toutes les collectivités territoriales du niveau le plus bas de l'État sont des communes – «indépendamment de la taille et de la population».¹⁵⁵ Sur le plan juridique, elles ont le même statut et sont soumises à plus ou moins les mêmes règles.¹⁵⁶ Les 2294 communes (début 2016) se distinguent cependant fortement les unes des autres – non seulement en ce qui concerne leur population: avec 13 habitants, la commune tessinoise de Corippo est la plus petite, tandis que la ville de Zurich avec ses 391 359 habitants (début 2015) a la plus grande population résidente permanente. En ce qui concerne leurs structures économiques et politiques, leurs structures administratives et leurs ressources, il existe également de grandes différences entre les communes en Suisse.¹⁵⁷ Pour Pierre MOOR, l'égalité de traitement juridique de toutes les communes est donc largement une fiction, ce qui l'amène à soulever la question d'une définition juridique de la ville: «Ne faudrait-il pas alors envisager la possibilité de créer des catégories différenciées des communes, aussi bien du point de vue de leur organisation que de celui de leurs attributions et de leurs rapports avec le canton?»¹⁵⁸

En effet, la création d'un statut juridique pour les villes contribuerait à contrecarrer les tendances de centralisation susmentionnées de la Confédération et des cantons. Aussi longtemps que toutes les communes sont tenues de remplir essentiellement les mêmes tâches, il est possible que les exigences posées à l'accomplissement des tâches soient orientées aux possibilités des petites communes.¹⁵⁹

Une définition juridique de la ville dans le droit fédéral devrait se limiter à une réglementation cadre modeste. La définition concrète des compétences et des tâches spécifiques des villes serait laissée aux soins des cantons. Une différenciation entre les villes et les autres communes ne serait pas totalement nouvelle dans la législation cantonale. Dans le canton de Zurich, douze communes ou la ville de Zurich ou la ville de Winterthour peuvent avoir recours au référendum communal contre des actes juridiques cantonaux.¹⁶⁰

Il serait également laissé à la discrétion des cantons d'intégrer ou non un tel statut des villes dans leur droit. En revanche, la Confédération aurait la possibilité de créer des incitations pour introduire un statut pour les villes au niveau cantonal. Une incitation possible est le rattachement du statut pour les villes à une représentation dans le Conseil des États. Ces dernières années, une représentation plus

¹⁵³ KÄGI-DIENER, art. 50 SG Kommentar, ch 21. Voir aussi RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, ch. 649; MEYER, art. 50 BS Kommentar, ch. 37.

¹⁵⁴ Voir le communiqué de presse «Nouvelle définition statistique des agglomérations et des villes 2012. 5,9 millions de personnes vivent dans les agglomérations» du 18 décembre 2014 (www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/?lang=de&msg-id=55754).

¹⁵⁵ BIAGGINI/GÄCHTER/KIENER, Staatsrecht, § 11 ch. 40.

¹⁵⁶ Voir MOOR, Institution communale, p. 22.

¹⁵⁷ Voir HORBER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES, Communes, p. 276-283; VATTER, Das politische System, p. 438.

¹⁵⁸ MOOR, Institution communale, p. 22.

¹⁵⁹ Cette idée est aussi exprimée dans le rapport du Conseil fédéral sur l'application de l'art. 50 Cst. Voir CONSEIL FÉDÉRAL, rapport art. 50 Cst., FF 2015 3514 s.

¹⁶⁰ Voir art. 33 al. 2 Constitution cantonale ZH. Voir Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, art. 33, ch. 39 s.; TANQUEREL, Les villes, p. 91.

appropriée des régions urbaines dans le Conseil des États a été réclamée à plusieurs reprises. En 2010, une initiative parlementaire du conseiller national Hans-Jürg FEHR (PS / SH) exigeait l'octroi du statut d'un demi-canton aux villes de plus de 100 000 habitants.¹⁶¹ Le 17 octobre 2011, Eva HERZOG, Pascal MAHON et Yannis PAPADOPOULOS ont proposé dans la NZZ un modèle qui attribue trois sièges au Conseil des États au tiers des cantons les plus peuplés, deux sièges au tiers des cantons à la population moyenne et un siège au tiers des cantons les moins peuplés.¹⁶² Toutes les propositions faites jusqu'à maintenant ont en commun de reposer sur des critères arbitraires. Pourquoi seules les villes de plus de 100 000 habitants devraient-elles avoir un siège au Conseil des États ou pourquoi les cantons devraient-ils être divisés en trois tiers? Ce n'est pas à tort que le conseiller national Kurt FLURI a souligné dans un débat sur l'initiative parlementaire de Hans-Jürg FEHR que la fonction des villes est déterminante, et non leur nombre d'habitants.¹⁶³

Un statut pour les villes comme fondement pour un siège au Conseil des États crée un critère objectif et fonctionnel. Une ville qui assume des tâches plus étendues devrait aussi bénéficier de possibilités de collaboration plus étendues au niveau fédéral. Il s'y ajoute le fait que les cantons au caractère urbain peuvent renforcer leur position au sein du Conseil des États et ont ainsi une incitation pour introduire le statut pour les villes. Un statut pour les villes ou une définition juridique dans la législation fédérale serait une condition pour pouvoir réaliser l'idée d'un «référendum des villes» lancée en automne 2006.¹⁶⁴

La question de savoir combien de villes seraient éligibles pour ce statut et un siège au Conseil des États est encore ouverte. En principe, cette décision devrait être laissée aux cantons. Dans la réalité, il ne faut toutefois pas présumer que beaucoup de cantons profiteraient de cette possibilité. Toutefois, même un faible nombre de cas contribuerait déjà à une meilleure application de l'art. 50 Cst.

6.4 Extension des conventions-programmes aux communes?

Dans le cadre de la RPT, l'art. 46 al. 2 Cst. a placé la collaboration entre la Confédération et les cantons dans la mise en œuvre du droit fédéral sur une nouvelle base. Le texte de la nouvelle disposition constitutionnelle énonce que:

² La Confédération et les cantons peuvent convenir d'objectifs que les cantons réalisent lors de la mise en œuvre du droit fédéral; à cette fin, ils mettent en place des programmes soutenus financièrement par la Confédération.

Avec la convention-programme en vertu de l'art. 46 al. 2 Cst., la Confédération et les cantons disposent d'un instrument de collaboration dans les domaines dans lesquels ils assument collectivement la responsabilité financière. La Confédération et les cantons ne sont toutefois pas tenus de conclure des conventions-programmes, ils ont simplement la possibilité de se servir de cet instrument. Les 17 domaines définis comme tâches communes dans le cadre de la RPT ne sont pas tous considérés comme adaptés à la mise en œuvre par des conventions-programmes.¹⁶⁵ Comme le constatent Bernhard WALDMANN et Emanuel BORTER, les conventions-programmes incarnent «un pilotage de la mise en œuvre du droit fédéral dans les cantons fondée sur le partenariat et visant

¹⁶¹ Iv. pa. 10.406 «Donner un siège au Conseil des Etats aux villes».

¹⁶² HERZOG/MAHON/PAPADOPOULOS, Für einen repräsentativen Ständerat.

¹⁶³ Voir BO 2010 CN 2084.

¹⁶⁴ Voir BIAGGINI, Cst. art. 50, ch. 10.

¹⁶⁵ Les domaines d'activité suivants ont été considérés comme adaptés à la mise en œuvre par convention-programme: protection contre le bruit, exécution des peines et des mesures, mensuration officielle, protection de la nature et des paysages, protection du patrimoine/des monuments, protection contre les crues, protection des cours d'eau, amélioration des structures agricoles, forêt et chasse. Voir WIGET, Programmvereinbarung, p. 98 ss. Voir aussi: EGLI, art. 46 SG Kommentar, ch. 19-26; WALDMANN/BORTER, art. 46 BS Kommentar, ch. 25-29.

l'efficacité». ¹⁶⁶ Pour citer Stefanie WIGET, leur but est de «renforcer le partenariat entre la Confédération et les cantons et de promouvoir l'aspect positif du fédéralisme». ¹⁶⁷

Bien que les conventions-programmes soient généralement conclues entre la Confédération et les cantons, les villes et les communes peuvent également être affectées si elles fournissent des prestations dans le cadre de conventions-programmes. Pour ce cas, l'art. 20a al. 2 LSu prévoit que le canton rembourse aux communes les frais occasionnés au moins conformément à la part des contributions fédérales au coût total. Si des conventions-programmes concernent les intérêts des communes, celles-ci sont invitées par les cantons à présenter leurs observations (art. 19 al. 2 LSu). ¹⁶⁸

Vu que l'art. 50 Cst. a ouvert une porte à la collaboration institutionnalisée des communes, des villes et des agglomérations dans la Confédération et que les grandes communes et villes accomplissent notamment des tâches dans différents domaines régis par des conventions-programmes (p. ex. la mensuration officielle, la protection de la nature et des paysages, la protection du patrimoine/des monuments, etc.), la limitation stricte des conventions-programmes à la Confédération et aux cantons surprend.

Ne faudrait-il pas aussi faire des communes des cocontractants des conventions-programmes si cela est objectivement judicieux et donc nécessaire pour la mise en œuvre du droit fédéral – par analogie à la doctrine de l'intervention de la Confédération au niveau des communes (voir 3.1.)? Il devrait être possible pour les cantons de faire des communes et des villes des cocontractants des conventions-programmes dans les cas où il est clair dès le début que les communes et les villes fournissent les prestations convenues. L'exécution de la convention-programme serait ainsi simplifiée, parce que les villes ou les communes concernées pourraient intégrer leurs expériences dès le début et participeraient aussi au contrôle du programme. Bien qu'elle ne soit pas définie comme convention-programme, la règle dans la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants présente des similitudes avec la proposition défendue ici. Sous la condition que les cantons s'impliquent également de manière appropriée, la Confédération verse des aides financières pour la création de places d'accueil extra-familial directement aux communes (art. 1 al. 2 et art. 2 al. 1 lit. d de la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants). De plus, comme le constate Stefanie WIGET, les contrats entre la Confédération et les communes sont «possibles en théorie si les compétences nécessaires existent». ¹⁶⁹ Il s'agirait uniquement d'une extension des conventions-programmes au niveau communal.

7. Résumé

Sous le titre «Penser plus loin l'article sur les communes et les villes», ce mémoire a pour objectif de montrer l'état de l'interprétation et de la mise en œuvre de l'art. 50 Cst. et de développer de nouvelles perspectives de mise en œuvre. Les résultats peuvent être résumés comme suit:

L'interprétation de l'art. 50 Cst. a longtemps été caractérisée par une grande réticence. Partant des assurances du Parlement que le nouvel article constitutionnel ne crée pas de nouvelles compétences et encore moins un fondement pour les subventions, l'opinion dominante dans la doctrine était dans un premier temps que le nouvel article constitutionnel n'a rien changé à la position des communes

¹⁶⁶ WALDMANN/BORTER, art. 46 BS Kommentar, ch. 31.

¹⁶⁷ WIGET, Programmvereinbarung, p. 170. Pour elle, même s'il s'agissait d'une relation de subvention, la convention-programme contiendrait une idée de partenariat. Elle signale par ailleurs que la convention-programme combine des éléments de droit administratif avec des éléments de droit public. Voir WIGET, Programmvereinbarung, p. 171.

¹⁶⁸ Voir WIGET, Programmvereinbarung, p. 180 ss; OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, manuel conventions-programmes, partie 1, p. 6.

¹⁶⁹ Voir WIGET, Programmvereinbarung, p. 152.

dans l'État fédéral. Entre-temps, de plus en plus d'auteurs reconnaissent une véritable innovation dans l'art. 50. La Constitution fédérale ne s'est pas seulement débarrassée de sa «cécité vis-à-vis des communes», mais reconnaît désormais les communes comme des éléments constitutifs de l'État fédéral suisse.

Les différences entre les perspectives traditionnelles et les perspectives plus récentes sont illustrées de manière exemplaire par l'interprétation de l'art. 50 al. 1 Cst. Les «traditionalistes» voient dans la garantie de l'autonomie communale conformément au droit cantonal une simple garantie du recours judiciaire devant le Tribunal fédéral et attribuent aux cantons toutes les compétences dans la gestion des communes, allant jusqu'à la suppression du niveau communal. En revanche, l'avis que l'al. 1 constitue un engagement fondamental de la Confédération pour l'existence des communes au sein de l'État fédéral et que cela ne garantit non pas l'existence d'une commune déterminée, mais au moins du niveau communal en tant que tel, est de plus en plus répandu. Seule cette interprétation permet une pondération équilibrée des deux éléments de l'al. 1 – la garantie de l'autonomie communale par la Confédération d'une part et les limites du droit cantonal d'autre part.

Même si l'étendue et la nature de l'autonomie communale sont toujours définies sur le plan cantonal (de manière différente), il convient tout de même de se poser la question du minimum d'indépendance communale, qui ne devrait pas être touchée. La tentative de définir ce contenu essentiel doit être saluée, même si ce point de vue ne s'est pas encore imposé dans la doctrine. Indépendamment de cela, ce sont justement les éléments mentionnés – l'engagement pour la structure de l'État à trois niveaux au sens d'une garantie d'existence, la possibilité d'accomplir les tâches de manière indépendante et de générer les ressources financières nécessaires pour le faire – qui caractérisent l'autonomie communale.

L'interprétation des al. 2 et 3 a montré que les obligations de prise en compte et de prise en considération sont davantage qu'une obligation d'évaluation. Il s'agit au contraire d'une instruction obligatoire pour tous les organismes fédéraux d'éviter les conséquences négatives sur les communes pour toute activité politique et juridique. Vu la situation particulière des villes et des agglomérations, l'al. 3 exige un comportement actif de la Confédération, pour trouver des solutions appropriées dans les domaines importants pour les régions urbaines, tels que la politique des transports et d'aménagement du territoire, la politique sociale, la politique migratoire, la politique culturelle, financière ou économique.

L'extension de la collaboration institutionnalisée et des contacts directs d'information entre la Confédération et le niveau communal – sans toutefois contourner les cantons («principe de transparence mutuelle») – est en relation étroite avec les obligations de prise en compte et de prise en considération. Toutefois, il s'est avéré aussi que les contacts directs et l'intervention de la Confédération au niveau des communes ont toujours été traités de manière pragmatique. Depuis l'existence de l'article sur les communes et les villes, ces contacts sont devenus plus intensifs et les communes, les villes et les agglomérations sont mentionnées plus fréquemment dans les lois fédérales – quoique de manière non systématique et plutôt aléatoire.

L'application actuelle de l'art. 50 Cst. est assez variée, mais, à quelques exceptions près (LCo, LParl et la création du fonds d'infrastructure), elle s'est limitée avant tout à des mesures hors du domaine législatif. Même le Conseil fédéral désigne la mise en œuvre de l'art. 50 Cst. comme une innovation «prudente». Les innovations prudentes peuvent-elles donner les bonnes réponses aux changements profonds auxquels les villes et les communes ont été exposées au cours des dernières décennies? Comment faut-il affronter les défis des exigences d'efficacité et de professionnalisation, la pression de centralisation, les marges de manœuvre financières qui se réduisent ou encore l'urbanisation croissante?

Le présent travail soumet quatre propositions à la discussion. Premièrement, les villes et les communes doivent être mentionnées dans les lois fédérales partout où elles jouent un rôle essentiel

dans l'exécution des tâches fédérales. Cela signifie qu'il faudrait vérifier pour chaque révision de loi si les villes et les communes doivent être mentionnées dans la loi. Deuxièmement, la Confédération doit abandonner sa réticence à impliquer le niveau communal dans les mécanismes de péréquation financière. Comme c'est déjà le cas dans les lois fédérales existantes, la Confédération doit obliger les cantons à faire participer les villes et les communes aux paiements compensatoires de la Confédération pour des projets tels que la RIE III – en tenant compte de leur autonomie organisationnelle. Troisièmement, l'examen d'un statut pour les villes est proposé. Cette différenciation tiendrait compte des conditions et des possibilités de performance très différentes des villes et des communes; elle renforcerait de plus l'exécution décentralisée des tâches et permettrait une réforme douce du Conseil des États. Quatrièmement, l'extension (facultative) des conventions-programmes entre la Confédération et les cantons aux villes et aux communes mènerait non seulement à un accomplissement plus efficace des tâches, mais étendrait également l'esprit de partenariat des conventions-programmes au niveau communal.