

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE
En modalité de cotutelle internationale

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par *l'Université de Toulouse I Capitole*
Discipline ou spécialité : *Droit public*

Présentée et soutenue par *Benoît Deloos*
Le 15 juin 2015

Titre:
Le pouvoir territorial au Chili et en France.
Éléments d'analyse critique de la décentralisation en droit comparé

JURY

M. Michel Verpeaux, *Professeur à l'Université de Paris I, (rapporteur)*
M. Didier Guignard, *Maître de Conférences à l'Université Toulouse I Capitole*
M. Luis Cordero Vega, *Professeur à l'Université du Chili*
M. Francisco Soto Barrientos, *Professeur à l'Université du Chili (rapporteur)*

Ecole doctorale : *Ecole Doctorale de Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Toulouse I Capitole*
Ecole Doctorale de la Faculté de Droit de l'Université du Chili

Unité de recherche : IDETCOM EA785

Directeur(s) de Thèse : *Serge Regourd (France) et Juan Carlos Ferrada Bórquez (Chili)*



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Programa de Doctorado en Derecho



Ecole Doctorale de Sciences Juridiques et
Politiques de l'Université de Toulouse I
Capitole

Tesis en modalidad de cotutela para la obtención del Doctorado de la Universidad de Chile y de la Universidad de Toulouse

**EL PODER TERRITORIAL EN CHILE Y FRANCIA.
ELEMENTOS DE ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN
DERECHO COMPARADO**

Autor: Benoît Delooz
Profesores Guías: Profesor Juan Carlos Ferrada Bórquez (Chile)
Profesor Serge Regourd (France)

SANTIAGO-CHILE
2015

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat. »

À Carla

À mes parents

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier MM. les Professeurs Serge Regourd et Juan Carlos Ferrada Bórquez pour avoir accepté de diriger cette thèse et pour leurs conseils durant l'investigation.

Je souhaite remercier également Isabelle Gélis de l'Institut du Droit de l'Espace, des Territoires et de la Communication (IDETCOM) et Marie-Françoise Ille de l'Ecole Doctorale de Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Toulouse I Capitole, ainsi que Bárbara Parada Moreira et Joaquín Trujillo Silva du Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile, pour leur disponibilité durant ces années.

Je voudrais remercier enfin Lucy Pizarro Bonilla et José Luis Figueroa Calderón de la Bibliothèque Marcial Martínez, Facultad de Derecho de l'Université du Chili, pour leur efficacité et amabilité.

Cette thèse a pu être réalisée grâce au soutien du Programa Nacional de Becas de Postgrado de CONICYT Chile, du Programa MECESUP de la Universidad de Chile, du Programa Beca de Cotutela/Pasantía de Doctorado en el Extranjero - Becas chile convocatoria 2011-2012 – et, également, du Programa de Becas de Movilidad Doctoral signé entre l'Université du Chili et l'Institut Français du Chili – Ambassade de France.

SOMMAIRE

Introduction	1
Partie I. Les éléments d'ordre institutionnel du pouvoir territorial.....	42
Chapitre 1. La séparation verticale des pouvoirs au Chili et en France	43
Chapitre 2. Nature et caractéristiques des entités territoriales chiliennes et françaises	105
Chapitre 3. L'organisation des entités territoriales chiliennes et françaises	143
Partie II. Les éléments d'ordre fonctionnel du pouvoir territorial	205
Chapitre 4. Détermination et répartition des compétences des entités territoriales	206
Chapitre 5. Nature et caractéristiques communes du pouvoir réglementaire territorial	271
Chapitre 6. Les débats relatifs à l'extension du pouvoir normatif territorial	324
Partie III. Garanties et limites à l'exercice du pouvoir territorial.....	372
Chapitre 7. Des garanties de l'autonomie territoriale limitées.....	373
Chapitre 8. La permanence des contrôles de l'État sur ses entités territoriales	418
Conclusion générale	474

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ	Actualité juridique
AJDA	Actualité juridique - Droit administratif
al.	alinéa
CA	Corte de Apelación
CAA	Cour administrative d'appel
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
cit.	cité(e)
CGCT	Code General des Collectivités Territoriales
CPR	Constitución Política de la República (Chile)
D.	Recueil Dalloz (France)
GJ	Gaceta Jurídica (Chili)
GADD	Grands Arrêts du droit de la décentralisation
GDCC	Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel
Ibid.	<i>ibidem</i> , au même endroit, dans le même passage
Idem	de même, le même
Inc.	inciso
JCP	Jurisclasseur Périodique (France)
LBPA	Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos
LOCGBAE	Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
LOCGAR	Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional
LOCMU	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
n°	numéro
Nbp / Np	Note de bas de page/Nota al pie de página
op. cit.	<i>opere citato</i> , dans l'oeuvre citée.
p.	page
part.	particulièrement
RCD	Revista Chilena de Derecho (Chile)
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (Chili)
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
(France)	
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux et du Tribunal des Conflits et des jugements des tribunaux administratifs, Recueil Lebon
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel (France)
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RIAP	Revista Iberoamericana de Administración Pública
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RFSP	Revue française de science politique
S.	Recueil Sirey
s.	suivantes
TA	Tribunal Administratif (France)

TC	Tribunal des Conflits
TCC	Tribunal Constitucional chileno
v. gr.	<i>verbi gratia</i> , par exemple
vol.	Volume

AVERTISSEMENTS

Les traditions de chaque pays et les exigences de chaque école doctorale m'ont obligé à faire, voire imposer, des compromis. Ainsi le nombre de pages minimum ou maximum variait sensiblement d'un pays à l'autre, tout comme la structure d'un plan de thèse de doctorat en droit.

La structure générale binaire française en deux parties, parfois critiquée pour sa rigidité, reste utile pour sa clarté et sa logique à la différence de certaines thèses qui se déclinent simplement en chapitres énumérés.

La volonté de concilier les deux écoles, tout en gardant la logique dans laquelle j'ai été premièrement formé, m'a amené à présenter ces travaux sous forme de parties (gardant la logique française) mais avec une numérotation de chapitres qui permettra au lecteur chilien, s'il le désire, de faire abstraction des titres des parties et de suivre les développements linéairement.

La contingence des projets de décentralisation dans les deux pays m'a conduit à arrêter l'étude au 31 juillet 2014.

Enfin, sauf lorsque cela est signalé, les traductions du français vers le chilien, et vice versa, sont libres et de ma responsabilité. Pour éviter la lourdeur du texte, les citations originales se trouvent dans la version correspondante et peuvent donc être comparées.

Introduction

«Toute comparaison est, préalablement, défectueuse». ¹

«Sans doute faut-il quelque théorie initiale...»²

Nous ne dirons pas comme Michel FOUCAULT que ce texte ne ressemble à rien de ce que nous pensions à l'origine³. Il est cependant certain que beaucoup de certitudes ont été battues en brèche, ce qui est heureux car la prétention d'un travail scientifique n'est-il pas, entre autres, de combattre les idées préconçues? L'idée originale de cette recherche était de s'interroger sur l'hypothèse selon laquelle le pouvoir réglementaire territorial est pleinement compatible avec l'État unitaire, jusque et dans la mesure où son domaine de compétence ne porte pas atteinte au principe d'égalité devant la loi, principe et limite de cette puissance normative. L'idée n'a pas totalement été récusée. Elle a pris une autre formulation qui apparaît dans la conclusion de l'ouvrage. En revanche, ce qui a changé durant la recherche, c'est l'angle d'approche du problème, c'est à dire la méthode.

§ 1. Choix, fondements et délimitations du sujet:

L'autonomie territoriale a souvent été traitée, dans tous les pays et dans toutes les langues. Sûrement, des travaux comparatifs ont-ils été menés, mais pas – à notre connaissance – entre le Chili et la France.

¹ MALLARME, S., « Tennyson vu d'ici », Quelques médailles et portraits en pied, in *Œuvre complètes*, éd. présentée, établie et annotée par B. MARCHAL, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 2003, vol. II, p. 138

² « ...de la comparaison comme du droit, pour entreprendre la comparaison des droits, afin de délimiter le champ de l'étude, comme ses méthodes. Mais on doit *a priori* accepter la perspective selon laquelle la pratique même de la comparaison pourra remettre en cause la théorie initiale. Il devrait donc s'agir, en réalité, de simples hypothèses. » PICARD E., « L'état du droit comparé en France », *RIDC*, Vol. 51 N°4, Octobre-décembre, 1999, pp. 885-915., part. p. 900

³ Michel FOUCAULT avait signalé: "si je devais écrire un livre pour communiquer ce que je pense déjà, avant d'avoir commencé à écrire, je n'aurais jamais le courage de l'entreprendre. Je ne l'écris que parce que je ne sais pas encore exactement quoi penser de cette chose que je voudrais tant penser. [...] Je suis un expérimentateur en ce sens que j'écris pour me changer moi-même et ne plus penser la même chose qu'auparavant." FOUCAULT, M., *Dits et écrits*, T.2, 1976-1984, Collection Quarto, Gallimard, 2001.

Le point de départ de l'investigation et l'intérêt de cette comparaison, résident dans le fait principal que les deux ordres juridiques prévoient la décentralisation de leur administration territoriale et se réfèrent à des entités ou organismes administratifs territoriaux dotés de compétences qu'ils exercent, en partie ou totalement grâce un pouvoir normatif ou réglementaire, mais qu'ils ont évolué différemment.

En ce qui concerne la décentralisation, l'article 1er alinéa 1 de la Constitution française prévoit que «la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée» L'article 72 al. 1 énonce à son tour que «les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa.» Pour sa part, l'article 3 de la Constitution chilienne affirme que «l'État chilien est unitaire. L'administration de l'Etat sera fonctionnellement et territorialement décentralisée, ou déconcentrée selon le cas, conformément à la loi. Les organes de l'État promouvoir le renforcement de la régionalisation du pays et le développement équitable et solidaire entre les régions, provinces et communes du territoire national». Et l'article 110 ajoute: «pour le gouvernement et l'administration intérieure de l'État, le territoire de la République se divise en régions et celles-ci en provinces. À effet de l'administration locale, les provinces se diviseront en communes.»

En ce qui concerne, le pouvoir réglementaire territorial, l'article 72 alinéa 3 de la Constitution française dispose que «Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences». La Constitution chilienne ne contient pas de disposition générique se référant à des collectivités territoriales, mais affirme, d'une part, que «le conseil régional sera un organe à caractère normatif, résolutif et enquêteur, dans le champ propre de compétence du gouvernement régional, chargé de rendre effective la participation de la citoyenneté régionale et d'exercer les attributions dont la loi organique constitutionnelle respective le charge» (art. 113) et, d'autre part, que «le conseil municipal sera un organe chargé de rendre effective la participation de la communauté locale,

exercera des fonctions normatives, résolutives et d'enquêtes et autres attributions dont il est chargé par et selon les formes déterminées par la loi organique respective» (art. 119 al. 2).

C'est ici qu'est apparu un second intérêt: faire connaître à la doctrine chilienne le modèle français et démentir les idées reçues sur ce modèle. C'est-à-dire montrer que la France n'est peut-être plus très loin de cette fédération qui s'ignore⁴. Mais, une fédération – il est vrai- fermement tenue en main.

D'un autre côté, il a semblé intéressant de faire connaître à la doctrine française, la situation d'un des pays les plus isolés du monde, très «moderne» commercialement parlant, et ultra centralisé. La même question de l'autonomie territoriale se pose.

Dés lors, un autre intérêt du travail de comparaison est donc de chercher s'il est possible, au-delà des constats de ressemblances et de différences, d'extraire un ou des principes de compréhension de situations aujourd'hui différentes bien qu'originaires très proches. Cet intérêt, apparu en dernier, est désormais logiquement prépondérant. Il ne s'agit plus tant d'estimer la qualité de l'autonomie territoriale que d'affiner la méthode pour la connaître.

§ 2. Problématique

D'un sujet (l'autonomie territoriale en droit comparé) se dégage une problématique (c'est-à-dire une question relative au sujet pour en faire sortir un ou plusieurs problèmes), et si possible des questions pertinentes. La problématique ici choisie considère qu'il est préférable de montrer comment les caractères généraux de la conception d'administration territoriale des ordonnancements juridiques étudiés influent sur l'autonomie des entités territoriales, plutôt que de porter des jugements à l'emporte-pièce sur sa «qualité», lesquels sont souvent sur des approches trop rapides et sectorielles.

§ 3. L'hypothèse

Le résultat de l'étude amène à l'hypothèse suivante : par delà l'océan et les régimes politiques, le principe d'égalité devant la loi qui marque originaires l'uniformité de l'État-nation⁵, reste la limite ultime du pouvoir territorial: les limites invoquées contre

⁴ MICHALON, T., «La République française, une fédération qui s'ignore?», *RDP*, 1982, p. 623

⁵ La conception de l'État unitaire moderne reste profondément marquée par sa période de gestation - la Révolution. Selon SIEYES, « la France n'est point, ne peut pas être une démocratie; elle ne doit pas devenir

l'extension de celui-ci, quelles qu'elles soient (uniformité, unité, unicité, indivisibilité, non-discrimination, etc.), en définitive se traduisent, à l'époque contemporaine, par une définition rénovée du principe d'égalité. Autrement dit: dans les deux États considérés comme les plus unitaires sur leur continent respectif, nous sommes passés d'un principe d'égalité, comme élément prototypique de l'État unitaire caractérisé par l'uniformité territoriale⁶ et normative qui conditionnait l'existence et les limites d'un pouvoir normatif territorial, à un principe d'égalité incarné par des éléments régaliens qui autorise l'existence de statuts divers des entités territoriales et l'exercice dudit pouvoir.⁷

§ 4. La construction de la méthode et plan de la thèse

A. Le droit comparé comme méthode

La méthode utilisée pour démontrer cette hypothèse est celle du droit comparé. En ce sens, nous considérons que le droit comparé est plus une méthode que du Droit. La méthode comparative n'intervient qu'après avoir défini la méthode juridique utilisée. Cette dernière, suivant Ch. EISENMANN, s'articule autour des deux étapes successives que sont la dogmatique et la casuistique. La seconde, empruntant à la sociologie du droit, vient compléter la première qui correspond à l'analyse positiviste. De la sorte, cette méthode juridique permet de comprendre, d'une part, le discours juridique sur la décentralisation choisie et, d'autre part, de la concilier avec la méthode comparative adoptée. Celle-ci⁸ s'inscrit dans la catégorie des théories comparatives critiques qui se caractérisent par le souci de ne pas se limiter aux règles formelles ou à des concepts, mais qui, au contraire,

un Etat fédéral, composé d'une multitude de républiques, unies par un lien politique quelconque. La France est et doit être un seul tout, soumis dans toutes ses parties à une législation et à une administration communes. SIEYES, *Discours sur l'organisation du pouvoir législatif et la sanction royale*, 7 septembre 1789, <http://bcl.unice.fr/politext/database/Revolution/Sieyes/sieyesTextes.html>. La décentralisation et le pouvoir réglementaire territorial conteste deux héritages de la Révolution: la loi et l'organisation administrative.

⁶ La finalité de l'application égale de la loi, de la fin des privilèges, en bref, du règne de l'égalité passe par une construction administrative égale inspirée d'une « mathématique sociale » qui va « fétichiser l'unicité du territoire », ALLIES, P., *L'invention du territoire*, Collection critique du droit n°6, PUF, 1980, p. 176

⁷ «Le mot « Unité » est bivalent [en ce sens qu'il peut renvoyer] à la fois au caractère, à la forme, de la construction (révolutionnaire) et à la finalité de celle-ci » DARCY, G., « Unité et rationalité dans la construction révolutionnaire », in MOREAU, J. et VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Acte du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris, Economica, 1990, p. 54

⁸ «La méthode comparative est la méthode de la Science des droits comparés. C'est par les résultats partiels obtenus que la première permet à la seconde de s'édifier. Loin de se confondre, les deux se distinguent; mais loin de se repousser, elles se complètent». CONSTANTINESCO, L.-J., *Traité de droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 1972, vol. I, p. 211

portent sur l'ensemble des éléments qui participent à la construction et à la vie de la norme⁹. Par ailleurs, la place faite aux données constitutionnelles n'est pas diminuée. C'est pour cela que les méthodes suivantes n'ont pas été écartées mais combinées.¹⁰

La méthode fonctionnelle, qui entend comparer des notions qui auraient la même fonction afin de montrer qu'au-delà de la spécificité des procédés techniques utilisés, les solutions retenues seraient équivalentes d'un droit à l'autre, est insuffisante en elle-même. Cette méthode, qui cherche à dépasser les différences de règles ou de motivations, à faire abstraction de ses propres concepts et à étudier, à partir d'une question pratique donnée, les solutions apportées par les différents systèmes juridiques, a été critiquée pour ne privilégier que la technicité du droit et donner des résultats parfois stéréotypés. La nécessité de dépasser la méthode conceptuelle a été également démontrée: un abus des concepts peut voiler les règles et fausser l'analyse. Quant à l'école italienne de droit constitutionnel comparé des formes d'État et de gouvernement défendue par M. BISCARETTI DI RUFFIA, elle s'approche plus de la science politique ou d'un cours d'histoire des institutions politiques que du droit constitutionnel comparé contrairement à la prétention originale de l'auteur.¹¹ A ceci nous ajouterons que, quand bien même les données prises en compte seraient «plus juridiques», «le travail consistant à identifier, décrire et classer ces régimes, éventuellement à découvrir des «modèles» dans lesquels on s'efforce de faire rentrer tant bien que mal leurs caractéristiques n'est pas sans intérêt, mais chacun sait bien qu'il ne permet pas véritablement de connaître lesdits systèmes étrangers».¹²

⁹ Ce que M. SACCO appelle les « formants » du système juridique. SACCO, R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 33 et s.

¹⁰ Je remercie ici les réflexions et suggestions faites par le Pr. GUIGNARD et les doctorants de l'IDETCOM lors du séminaire où j'ai pu présenter l'avancée de mes travaux. Mention spéciale à R. BARRUE qui m'a convaincu que les différentes méthodes pouvaient- et devraient – être combinées.

¹¹ Effectivement, suivant en cela MM. M.-H. FABRE et J.-C. ESCARRAS, «ce qui nous chiffonne (davantage) c'est le classement des Etats qu'il adopte parce qu'à la différence de René David avec les familles de droit, il ne fait appel qu'à des critères extra-juridiques. Bien plus, l'idée de ne comparer les gouvernements qu'à l'intérieur d'un certain type d'Etat, nous semble contredire l'universalité qui fait la spécificité de la règle ou de l'institution juridique. Après tout les techniques de l'élection, ou du fédéralisme (nous ajoutons la décentralisation) ou de la séparation ou concentration des pouvoirs, etc. ne sont-elles pas identiques quel que soit le côté du rideau de fer ou de la Méditerranée sur lequel on vit, et ne diffèrent-elles pas que par leur application concrète? Et en définitive nier l'impossibilité de toute comparaison œcuménique n'est-ce pas tomber dans l'illogisme quand au point de départ on pose le droit comparé en science indépendante ? ». «Commentaire bibliographique de M.-H. FABRE et J.-C. ESCARRAS du livre de BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato (le «forme di stato» e le «forme di governo», le costituzioni moderne)*, 4e éd. », *RIDC*. Vol. 32 N°3, Juillet-septembre 1980. pp. 649-650. Nous soulignons.

¹² ZOLLER E., «Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé?», *Droits*, PUF, n° 32, 1992, pp. 121-134, part. 132.

La méthode choisie s'inscrit donc parmi les théories dites critiques. Celles-ci mettent particulièrement l'accent, par rapport aux théories fonctionnelles, sur le lien entre les institutions juridiques et la culture qui leur a donné naissance. Comme l'a signalé la doctrine, pour réaliser un travail adéquat de droit constitutionnel comparé, il ne suffit pas d'analyser les textes positifs, il faut également s'aider d'autres sciences, d'autres perspectives: ainsi de la science politique, l'histoire, l'économie, comme le développement que la pratique juridique a donné aux textes. Dans ce sens, la comparaison ne peut être seulement dogmatique et positiviste et doit faire appel, dans une certaine mesure, à l'interdisciplinarité.¹³ Ceci est particulièrement utile et vrai pour le droit comparé de la décentralisation. Effectivement, notre étude ne peut se passer des aspects sociologiques, culturels, historiques pour comprendre des éléments comme le "dogme" de l'État unitaire au Chili ou en France, ou le rôle de la jurisprudence constitutionnelle française sur la conception et la protection de la libre administration des collectivités françaises. De même on ne peut passer sous silence les travaux de la doctrine sur la notion de la clause générale de compétence, ou l'organisation constitutionnelle et juridictionnelle chilienne pour comprendre que les communes chiliennes ne fassent pas *a priori* l'objet d'un contrôle de tutelle ou de légalité déclenché par un représentant de l'État comme c'est le cas en France.

Après avoir souligné l'empreinte constitutionnelle du sujet, on retiendra ces lignes de F. HAUT concernant ce qui relève du droit administratif comparé: «La méthode que l'on propose pour accéder à ce que l'on appelle, peut-être à tort, le droit administratif comparé, consiste donc à prendre le problème à l'envers de ce qui est habituellement pratiqué dans d'autres matières. On partira de ce qui est positif pour tenter une conceptualisation. On ira, des solutions concrètes des problèmes administratifs, vers des constructions abstraites. (...) L'approche non juridique, par exemple d'un processus décisionnel, est insuffisante : le rôle des organes consultatifs, les autorités compétentes, la procédure ne peuvent être révélés que par l'analyse juridique.

Ces questions ont des réponses puisqu'on s'interroge sur des activités que l'on peut constater. Peu important alors les divergences de solutions qui peuvent aussi bien résider

¹³ Comme le signale HÄBERLE, "...no basta con comparar los textos, las teorías y las decisiones judiciales o estipular sus diferencias; también se ha de tener en cuenta que tanto la Constitución en su conjunto como sus elementos son parte de la cultura, lo que obliga a comprender su historia diversas y las distintas herencias", in HÄBERLE, P., "Comparación constitucional y cultural de los modelos federales", *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, N° 8, julio-diciembre 2007, p. 173.

dans des moyens différents que dans une approche radicalement opposée du problème. La comparaison ne demande pas la similitude des résultats mais impose celle des hypothèses, ce qui est le cas en l'occurrence.¹⁴

B. La méthode comparative élaborée et plan général de la thèse

En résumé, sera appliquée la méthode juridique à un sujet éminemment politique et ce de manière comparée. Cela signifie que préalablement à une construction d'ensemble, un certain nombre de critères relatifs au problème traité ont été utilisés afin d'établir des similitudes et des différences¹⁵. D'abord, la forme spécifique d'État dans lequel s'insère l'institution du pouvoir réglementaire, car il n'est pas indifférent que le cadre soit celui d'un État fédéral, unitaire ou régional. Celle-ci a d'ailleurs une relation directe avec le système des sources. Ensuite le statut des entités territoriales, leurs domaines de compétences, les règles relatives à l'exercice du pouvoir normatif, c'est-à-dire son amplitude, sa protection et son contrôle.¹⁶

L'apport principal de la méthode utilisée réside donc dans la manière d'étudier ladite autonomie, de sorte que la méthode soit applicable à toute comparaison entre États (ou le plus grand nombre possible d'États). D'où que le problème soit envisagé, la situation suivante se présente toujours: la prise en compte des éléments d'ordre institutionnel (**1^{ère} partie**), des éléments d'ordre fonctionnel (**2^{ème} Partie**) et la mise en mouvement des

¹⁴ HAUT F., « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *RIDC*, Vol. 41 N°4, Octobre-décembre 1989. pp. 907-914. L'auteur poursuit : « Il n'est pas impossible, dans ces conditions, de considérer que le droit administratif comparé apparaisse comme une liaison entre le droit administratif et la science administrative. Mais si l'on estime aussi que le droit peut être un des objets de la science administrative, on arrive à une sorte d'ensemble bipolarisé dont l'un des pôles serait formé par l'ensemble de la réglementation, le droit, l'autre par les effets de l'action administrative, le fait. Le droit administratif comparé en allant du fait vers le droit, sans s'attacher plus à l'un qu'à l'autre mais en cherchant à les harmoniser, pourrait permettre la jonction de toutes les théories en la matière.

On rejoindra ainsi M. RIVERO dans l'idée qu'au terme de droit administratif comparé, sans doute trop étroit, il serait préférable de substituer sa formule « principes comparés régissant l'administration publique » qui correspond mieux aux études qui sont faites dans ce domaine. »

¹⁵ V. par ex. PEGORARO, L., « Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y subconstitucionales de los entes locales ». Version On-line, disponible en: <http://www.letasjuridicas.com/Volumenes/6/pegoraro6.pdf>. 30.06.12.

¹⁶ L'existence et la structure de contrôles sur les actes des entités territoriales est particulièrement important. Ce critère doit être analysé sous au moins deux aspects: l'existence d'un contrôle de l'État central sur la production normative territoriale et quel est sa portée; l'existence d'un mécanisme de protection des compétences et attributions des entités territoriales, et en particulier de leur autonomie (si elle est reconnue), contre les empiètements éventuels de l'État ou d'autres entités territoriales.

seconds par les premiers, dans un cadre temporel et géographique donné (**3^{ème} Partie**), est inévitable.

Chaque partie étant constituée de plusieurs invariants, il est possible d'affiner la connaissance de l'autonomie territoriale en détaillant ceux-ci en critères, chaque fois un peu plus et un peu mieux définis à leur tour. C'est une méthode progressive.

§ 5. L'application de la méthode au plan

Plus qu'un simple tableau synoptique, la construction de ce cadre théorique¹⁷ s'est avérée nécessaire, à défaut d'une métathéorie ou d'un méta concept¹⁸. Cette construction est un des fruits de l'investigation et non son point de départ.¹⁹ Ladite construction n'a pu faire l'économie d'une présentation comparée initiale de la séparation ou répartition horizontale du pouvoir (régime de gouvernement - organisation politico-constitutionnelle – et organisation du pouvoir juridictionnel) et du régime d'administration territoriale de l'État (décentralisation et/ou régionalisation). Ensuite, est étudiée l'influence des «invariants» les plus marquants de la décentralisation: la notion de collectivité territoriale ou l'absence de notion générique; l'acception de la notion de compétence; le principe de libre administration, d'autonomie ou leur négation; les modalités de transfert des compétences matérielles; la reconnaissance ou non d'un pouvoir réglementaire territorial et son amplitude; la notion de compétence générale ou assimilée; le contrôle des actes réglementaires des entités territoriales; la protection (ou garantie) du pouvoir réglementaire territorial. L'ensemble de ces éléments s'inscrit dans les trois parties signalées précédemment.

¹⁷ Dans le sens qu'«une théorie doit servir à comprendre le monde ; elle doit permettre d'expliquer ce qui se passe et anticiper ce qui va se passer et, si elle n'y parvient point, c'est qu'elle est erronée.» ZOLLER E., «Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats», in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 294 (2002), pp. 41-166.

¹⁸ PICARD E., «Le droit comparé est-il du droit», *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Vol. 1 (2009), Dalloz, 2010, p. 173-251. Dans cet article, E. PICARD milite pour l'élaboration de méta concepts qui permettent de «transcender des concepts propres à tels ou tels ordres juridiques » et qui constitue(nt) la condition indispensable de toute comparaison ». « Car, pour accéder à l'idée même de ressemblance et la perception de sa réalité, il faut précisément être capable de penser les deux entités comme susceptibles d'être subsumées par une catégorie unique, plus générale, qui seule justifie leur comparaison et permet d'accéder à cette ressemblance et de traiter les différences comme telles et non comme des étrangetés.» pp. 29 et 30. Je remercie ici la professeure RUEDA pour ses conseils.

¹⁹ PICARD, E., «L'état du droit comparé en France », *RIDC*, Vol. 51 N°4, Octobre-décembre, 1999. pp. 885-915., part. p. 900.

En définitive, il apparaît que l'exercice d'un pouvoir territorial est plus que jamais lié à des droits et obligations pour les entités territoriales et aux vicissitudes de l'ordre juridique étatique. Une des peurs politiques et inquiétudes intellectuelles qui accompagnent l'exercice du pouvoir réglementaire des entités territoriales au sein de l'Etat unitaire est liée à la différence de traitement que pourraient subir les citoyens selon les autorités et lieu où ils vivent. De ce fait (et entre autres), le principe d'égalité se trouve lié à tous les débats relatifs à la décentralisation.

§ 6. Prolégomènes

A. Précisions conceptuelles et terminologiques

Afin que cette étude soit possible et compréhensible par ses deux types de lecteurs «naturels», il faut auparavant préciser le sens que nous donnons à trois termes fondamentaux qui n'ont pas la même portée dans les deux ordres juridiques **compétence, collectivité et/ou entité territoriale, pouvoir réglementaire territorial**.

1. L'approche des notions de compétences, pouvoirs, fonctions et attributions

L'étude du pouvoir territorial peut et doit être menée en relation à son origine dans l'Etat unitaire moderne, c'est-à-dire à sa compétence. Effectivement, il s'agit de savoir à quel titre ou de quel titre une collectivité territoriale peut-elle agir et adopter des décisions à caractère général modificatrices de droits. Qu'est-ce qui justifie un tel pouvoir²⁰? De plus, c'est bien la définition de l'origine de ladite compétence qui délimite l'ampleur d'un pouvoir. On constate certains abus de langage quant aux termes utilisés par le législateur et la doctrine. Ainsi les termes de compétence et d'attribution sont souvent pris comme synonymes au sein des disciplines juridiques mais également par des disciplines qui s'entrecroisent, comme cela est le cas pour le droit public et la science politique.

²⁰ «La compétence permet de dépasser une conception personnelle ou patrimoniale pour la détention d'un pouvoir par une autorité publique : la compétence est le titre juridique permettant à son titulaire d'exercer tel ou tel pouvoir (V. V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés* : Paris, LGDJ, 1974), cette approche étant nécessaire pour construire une théorie et un régime de limitation et contrôle du pouvoir. La notion de compétence résulte donc principalement de l'institutionnalisation du pouvoir (politique) et la volonté d'en rationaliser, diviser, limiter l'exercice (V. pour une approche fondamentale, M. Weber, *sociologie du droit* : PUF, 1986, p. 37).» BLANQUET M., «Compétences de l'Union - Architecture générale. – Délimitation», in *JurisClasseur Europe*, Traité, Cote : 03,2012, Fasc. 170, 01 Janvier 2012, n° 4.

a) L'inutile recherche d'une distinction en droit français de la décentralisation?

La compétence, que M. HAURIOU qualifie de pouvoir de décision²¹, est l'aptitude d'une autorité à décider et constitue sans doute la plus importante règle d'ordre public en général - et de légalité externe en particulier – définie, en principe, par la matière (la nature et l'objet des décisions) et sur le plan territorial et temporel.²²

Le terme de compétence doit ici être entendu non pas seulement dans le sens des «transferts de compétences, mais dans celui que lui donne, par exemple, F. P. BENOIT et qui le distingue bien du concept d'attribution, ce dernier englobant d'une certaine manière celui de compétence.

Ainsi, «dans une langue juridique correcte, il convient de désigner par le terme générique «attributions» l'ensemble des aptitudes à **agir** reconnues aux autorités administratives, quelle que soit la nature de ces activités.»²³ Le terme compétence, quant à lui correspond «au sens juridique du terme, [à] (...) des aptitudes conférées à une autorité ou à un corps délibérant à l'effet de prendre, en ce qui concerne un objet déterminé, des décisions ayant valeur d'actes juridiques créant par eux-mêmes des effets de droit»²⁴. Plus loin, F.-P. BENOIT revient cependant sur le terme d'attribution et introduit un autre sens que celui générique: «dans une langue juridique correcte, il serait opportun de réserver le terme de compétence pour la capacité de faire des actes juridiques et celui d'attribution pour la capacité de réaliser des opérations matérielles»²⁵. La compétence serait donc associée à la qualité d'acte juridique et l'attribution à la qualité d'acte matériel.

²¹ HAURIOU, M., *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Sirey, 1910, p. 36.

²² O. BEAUD remarque qu'alors que le droit administratif est le terrain d'élection de la compétence, celui-ci l'a « pendant longtemps, faiblement examiné (...) dans son analyse des institutions administratives et des collectivités territoriales. »BEAUD, O., «Compétence et souveraineté», in *La compétence. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy*, Litec, LexisNexis, p. 13.

²³ BÉNOIT, F.-P., *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Chapitre 1. Les attributions générales, 4012-3, n°5, 1987.

²⁴ *Idem*.

²⁵ BÉNOIT, F.-P., *El derecho administrativo francés*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 572. Dans le même sens, P. DELVOLVE rappelle que l'attribution renvoie au «champ matériel des pouvoirs d'une autorité».

À l'inverse, J.-M. PONTIER, et la majorité de la doctrine actuelle²⁶, associerait plutôt le terme d'attribution à l'acte juridique et le terme de compétence à ce que l'on qualifie parfois de compétence matérielle: « les compétences ne sont pas les attributions. Le terme attribution désigne les types d'actes pouvant être pris par un organe d'une collectivité, généralement au nom de cette collectivité, dans la limite et pour la mise en œuvre des compétences de celle-ci.»²⁷

b) La distinction chilienne entre compétences, fonctions et attributions

Les textes et la doctrine chilienne semblent essayer de bien distinguer les différentes notions de compétences²⁸, fonctions et attributions²⁹. D'une manière générale, la compétence est formée par les fonctions et les attributions, les dernières permettent d'exercer les secondes. Ainsi, les deux lois organiques distinguent les fonctions et attributions.³⁰ Par exemple, l'article 13 LOCGAR dispose que «pour l'exercice de leurs fonctions les gouvernements régionaux (...) seront investis des attributions que cette loi leur confère»³¹ De la même manière, à propos des compétences du Président du Conseil régional, l'article 113 al. 6 CPR prévoit que la loi organique constitutionnelle déterminera ses fonctions et attributions.³²⁻³³

²⁶ Par exemple pour le Pr. CHAPUS, la décentralisation «se traduit par le transfert d'attribution de l'État à des institutions (territoriales ou non) juridiquement distinctes de lui et bénéficiant, sous la surveillance de l'État, d'une certaine autonomie de gestion». CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tome 1, 7^{ème} édition, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 1993.

²⁷ PONTIER, J.-M., «Nouvelles observations sur la clause générale de compétence», in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Paris, Dalloz 2006, p. 370.

²⁸ «Competencia: (adm.púb.) Facultad que tiene cualquier empleado o directivo público para conocer de las materias que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones.» *Diccionario de Administración Pública Chilena*, Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2^a Edición, octubre 2002.

²⁹ Le *Diccionario de Administración Pública Chilena*, Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2^a Edición, octubre 2002 définit celle-ci comme: «atribución: (adm.): « Facultad, derecho o atributo que posee una persona por el hecho de ocupar un cargo determinado ».

³⁰ Pour les régions, il s'agit du chapitre II «Funciones y Atribuciones del Gobierno Regional » du titre II « De la Administración de la Región » et pour les municipalités du paragraphe 2^o « Funciones y atribuciones » du titre I « De la Municipalidad ».

³¹ Texte original: «Para el ejercicio de sus funciones los gobiernos regionales (...) estarán investidos de las atribuciones que esta ley les confiere.»

³² Texte original: «La ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones del presidente del consejo regional.»

³³ Ensuite, les deux lois organiques affirment que pour l'accomplissement de leurs fonctions les gouvernements régionaux et les municipalités disposeront d'attributions : Art. 20 LOCGAR.- «Para el cumplimiento de sus funciones, el gobierno regional tendrá las siguientes atribuciones»; Art. 5 LOCMU.

Pour CASSAGNE, éminent auteur argentin, «la compétence est l'aptitude légale qui naît de l'ensemble des facultés et attributions correspondant aux organes et sujets étatiques».³⁴

CEA EGAÑA écrit que parmi les exigences demandées pour être considérés comme un organe de l'État, il faut que l'individu « agisse dans le cadre de sa compétence, c'est-à-dire, exerçant **la** fonction et **les** attributions précises que le régime juridique a conféré à l'institution correspondante, sans sortir de sa sphère d'habilitation».³⁵

M. DANIEL A. explique pour sa part que la compétence en droit administratif est déterminée par les trois éléments que sont le territoire, la matière et la hiérarchie ou le degré³⁶. Le territoire correspond ici au domaine de validité spatiale des normes cher à KELSEN et ne pose pas de problème a priori. L'élément matériel correspond, aux fonctions ou tâches que doit remplir l'organe compétent. La hiérarchie ou le degré regroupe deux éléments ou aspects: d'une part, les attributions que l'organe détient pour exercer ces fonctions dans ce domaine de validité spatiale; d'autre part, le niveau hiérarchique de ces attributions dans la hiérarchie des organes.³⁷

Dans le même sens, pour R. PANTOJA, les fonctions expriment la matière, c'est-à-dire la tâche ou les activités que doit remplir l'entité, alors que les attributions, l'élément, le degré ou la hiérarchie, c'est-à-dire, les facultés dont est dotée cette autorité pour remplir ces tâches.»³⁸

Quant à BASCUÑAN V., il affirme que «d'une manière très générique, nous pouvons dire que par «compétence» on entend la **portée des attributions** conférées à un organe

“Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales” ou par exemple encoré, l'article 36 lettre j) relatif aux attributions du conseil régional: “j) Ejercer las demás atribuciones necesarias para el ejercicio de las funciones que la ley le encomiende.”

³⁴ CASSAGNE, J.C., *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, 7^a Éd., 2005, p. 97.

³⁵ CEA E., J.L., *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y comparado*, Santiago, Chile, Eds. Universidad Católica de Chile, 2000, 1^a ed., p. 39

³⁶ DANIEL A., M., *La organización administrativa en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1985, p. 70.

³⁷ Distinction que reprend le *Diccionario de Administración Pública Chilena*, Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2^a Edición, octobre 2002: “Competencia Legal: (adm.púb.) Conjunto de atribuciones o facultades que la ley otorga a las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado para el cumplimiento de sus funciones. Los elementos que determinan la competencia legal de un órgano público son: 1.) Materia: se refiere al contenido de las funciones asignadas por la ley al órgano público; 2.) Territorio: sector físico donde se tiene competencia; 3) Grado: se refiere al grado que ocupa el funcionario dentro del escalafón al que pertenece. »

³⁸ PANTOJA B., R., *La organización administrativa del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 423

déterminé. Le discours juridique manifeste ce sens du terme [compétence] moyennant les expressions métaphoriques de «domaine» ou «sphère» de compétence, voulant par là donner l'image d'un espace au sein duquel l'organe agit valablement. La forme habituelle de concrétiser ou délimiter les compétences normatives se réalise moyennant le concept de «matière de régulation», c'est-à-dire en se référant à une classe ou à une catégorie déterminée d'actions ou d'activités humaines dont la régulation constitue l'objet du pouvoir normatif attribué à un organe déterminé. »³⁹

Mais ici on constate que BASCUÑAN V. mélange dans la même explication la portée de l'attribution et le domaine lui-même de l'attribution. Effectivement, c'est une chose –par exemple - de dire que les communes ont compétence pour le ramassage des ordures (domaine) et une autre que de dire que ce ramassage est obligatoire ou facultatif, exclusif ou partagé avec d'autres collectivités.

On comprend dès lors que l'attribution correspond à la compétence normative du droit français et à l'acte émis en vertu de celle-ci, dans le sens de la citation précédente de J.-M. PONTIER. La distinction est *a priori* attrayante pour sa clarté et permettrait de comprendre la distinction entre attributions et fonctions, ou le caractère normatif, résolutif, enquêteur et autre, dont les lois organiques régionales et municipales dotent l'organe collégial⁴⁰.

Cependant, la doctrine chilienne a établi des qualifications d'attributions relativement variées, qui ne sont pas forcément normatives et qui portent à confusion. Ainsi, O. OELCKERS C. distingue les attributions selon le titulaire⁴¹, H. NOGUEIRA A. selon la

³⁹ *Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno*, Materiales de estudio del Curso de Introducción al Derecho del Profesor BASCUÑAN V. (sin publicar) , 3era versión corregida y complementada por el Profesor A. BASCUÑAN R., Universidad de Chile – Facultad de Derecho , Santiago, Marzo de 1998, n° 58.

⁴⁰ Artículo 113 CPR » El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutorio y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende”; et Art. 119 alinea 2 CPR: “El concejo [municipal] será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas, resolutorias y fiscalizadoras y otras atribuciones que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.”

⁴¹ Il distingue entre les attributions du Gouvernement régional (GORE), de l'Intendant et du Conseil régional : art. 20, 24 et 36 respectivement LOCGAR). Et s'agissant de l'Intendant, par exemple, il regroupe ses attributions en : a) de planification et formulation budgétaire ; b) d'exécution ; c) de représentation ; d) de coordination et d'investigation ; et e) d'administration « OELCKERS C., O., “Descentralización administrativa y regionalización”, *RCD*, Vol. 24 n°2, p. 358 et s.

nature des attributions du seul conseil régional.⁴² Il en résulte des listes complexes qui brouillent plus la compréhension des compétences qu'elles ne l'exposent et l'expliquent.

En définitive, la distinction entre normatif et non normatif établi par la doctrine peut s'entendre, mais **nulle part - que ce soit dans le texte constitutionnel comme dans les lois organiques - le constituant ou législateur organique n'a précisé que telle attribution serait normative et telle autre non**. Et ceci explique également pourquoi on rencontre dans ces textes des fonctions qui présentent tous les traits d'une attribution normative.

c) Conclusion sur les deux approches et option retenue pour la thèse:

JELLINEK, en référence à la fameuse compétence de la compétence de l'État, et la liant au concept de souveraineté, déclare que cette dernière est «la capacité exclusive (...) de déterminer l'étendue de son propre ordre juridique». C'est donc bien le pouvoir de décider qui posera des actes normatifs (compétence) sur telle ou telle matière (attribution) qui est ici important et non quelle est la matière en question.

La précision terminologique de F.-P. BENOIT paraissait opportune, mais les constituants et législateurs français comme chilien ont fait un usage indifférencié des termes compétence, attribution et fonction, ce qui ne facilite pas l'investigation.

Ainsi, l'article 72-2 de la Constitution française précise: «les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon», pourrait être reformulé de la façon suivante: «les collectivités territoriales ont vocation à exercer leur compétences pour l'ensemble des attributions qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon».

Quant à l'article 113 de la Constitution chilienne, il précise que: “el consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende.” C'est-à-dire que le conseil régional chilien exerce ses attributions (en fait

⁴² Il distingue six attributions résolutive, une attribution résolutive partagée, deux attributions normatives de caractère administratif, une d'investigation et deux consultatives. NOGUEIRA A., H., *Derecho Constitucional*, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2^a ed. 1993, reimpresión 1997

compétences) dans le cadre des compétences (en fait attributions) du gouvernement régional.”

Il faut donc se rendre à l'évidence. En pratique, les deux sens de compétence et d'attribution sont souvent utilisés l'un pour l'autre. Ainsi, la notion de compétence, consubstantielle au pouvoir normatif des entités territoriales, s'entend de deux manières différentes mais complémentaires. Il existe des compétences matérielles ou fonctionnelles (la santé, l'éducation, etc.) et la compétence normative qui exprime le fait que, justement, l'autorité de la collectivité est habilitée à adopter des décisions contraignantes et obligatoires pour ses destinataires, dans l'ensemble des matières visées par les compétences fonctionnelles.

G. MARCOU, après avoir noté l'ambiguïté du substantif «compétence», non seulement en droit français, mais également au niveau européen, conclut: «on ne peut donc définir complètement une compétence (powers) que par son objet (ce que l'on appelle aussi la compétence matérielle – *function*), les pouvoirs destinés à son exercice (selon les cas une faculté – *power* – ou une obligation – *duty*) et les moyens nécessaires à sa mise en œuvre, ainsi que par le titulaire de cette compétence. L'autonomie locale est une liberté, et le degré de liberté avec lequel cette compétence (*function*) sera exercée dépend avant tout des pouvoirs et des moyens.»⁴³

En définitive, deux réflexions peuvent nous aider à «clore» cette délimitation terminologique. Selon la première, «ce n'est pas le terme de compétence qui fait difficulté: le débat n'est pas éclairé si l'on utilise une autre terminologie (attributions, fonctions, etc.). Ce qui est en cause, c'est bien une question de fond, ce n'est pas une question d'appellation».⁴⁴

⁴³ MARCOU, G., «Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », in PAVIA, M.-L. (dir.), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain?* Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 207.

⁴⁴ PONTIER, J.-M., «La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre collectivités publiques», *RDP*, n°1-2003, p. 198. En ce sens, On se reportera également avec utilité à M. BLANQUET qui, à propos des «compétences de l'Union européenne», signale que «la notion de compétence est de celles qui se comprennent essentiellement par la mise en évidence de ce qu'elles ne sont pas. En l'occurrence, cette notion ne se dévoile principalement qu'au travers d'une mise en miroir avec la notion de pouvoir. (...) Dès lors, cette démarche implique la détermination, au sein même de la compétence, non seulement des pouvoirs attribués à l'autorité, mais des conditions d'exercice de ceux-ci, c'est-à-dire essentiellement leur domaine et les objectifs pour lesquels ces pouvoirs ont été attribués au titulaire. Un titre de compétence se compose essentiellement de trois éléments, un domaine de compétence, un ou des objectifs, un ou des pouvoirs attribués, ces éléments pouvant être plus ou moins explicites, c'est-à-dire que selon les cas,

Dans le même sens, O. BEAUD avertit que «comme la souveraineté, la compétence est également une «notion issue de la doctrine» au sens eisenmannien du terme. Il en résulte une conséquence importante: la jurisprudence – aussi bien administrative que constitutionnelle ou encore internationale – ne dit le dernier mot ni sur la compétence, ni sur la souveraineté. Il est vain de vouloir induire le concept en question d’une seule analyse de la jurisprudence, celle-ci étant un des matériaux – mais pas le seul –, que le juriste de doctrine doit utiliser, et toujours avec une distance critique, pour le comprendre en tant que ce concept est une abstraction juridique. »⁴⁵

Il faut bien se résoudre à adopter une position pour la suite de la recherche et nous ne pourrions faire l’impasse sur l’usage du terme compétence. Dès lors, «appliqué à une collectivité publique le terme de compétence désigne[ra], en même temps, les domaines dans lesquels, soit en vertu de la Constitution, soit en vertu de lois, [soit en vertu de règlements, soit en vertu de contrats], une catégorie de collectivités territoriales ou d’établissements publics, ou une collectivité, est habilitée à intervenir par des actes ayant des effets juridiques, et l’habilitation elle-même.»⁴⁶

2. Collectivités et entités territoriales

Entités territoriales et/ou collectivités territoriales? La différence des termes utilisés entre les deux pays complique l’investigation. La Constitution chilienne dispose, dans son titre “XIV Gouvernement et administration de l’État”, que “pour le gouvernement et l’administration intérieure de l’État, le territoire de la République se divise en régions et celles-ci en provinces. À effet de l’administration locale, les provinces se diviseront en

les trois composantes peuvent être expressément déterminées par le texte de base, ou seulement une ou deux, celles qui ne sont pas fixées explicitement devant alors être précisées, spécialement par le juge. Par ailleurs, peuvent intervenir d’autres éléments de détermination, souvent extérieurs à la compétence elle-même car pouvant être fixés de façon plus générale pour l’acte juridique portant le titre de compétence, comme le champ géographique et la dimension temporelle, ces éléments n’intervenant cependant que de manière seconde, pour circonscrire la compétence, alors que les trois composantes principales peuvent servir à la fois à un tel contrôle mais aussi à la définition ou l’attribution même de la compétence. BLANQUET M., « Compétences de l’Union - Architecture générale . – Délimitation », in *JurisClasseur Europe*, Traité, Cote : 03,2012, Fasc. 170, 01 Janvier 2012, n° 4.

⁴⁵ BEAUD, O., «Compétence et souveraineté», in *La compétence*, op. cit. p. 11.

⁴⁶ PONTIER, J.-M., « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 370.

communes⁴⁷. La Constitution française, dans son titre XII, utilise le terme générique de collectivités territoriales⁴⁸.

Pour cette étude, on utilisera les termes d'*entités territoriales* quand nous nous référons simultanément aux deux pays étudiés, de *collectivités territoriales* pour le seul cas français et, enfin, pour le Chili on précise le cas échéant si l'on traite des régions ou des municipalités. Les différences de concepts et leurs conséquences seront développées et apparaîtront dans le corps du texte. Une explication préliminaire est cependant nécessaire : le concept de collectivités territoriales du droit français qui a fait l'objet de longs débats doctrinaux n'a pas d'équivalent en droit chilien. Si le débat entre l'usage des termes «territoriales» ou «locales» a été clos par le Constituant français pour désigner de façon générique toutes les collectivités infra étatiques françaises, la Constitution chilienne n'utilise aucun terme générique pour les régions et les municipalités, qui sont les deux catégories d'organismes administratifs territoriaux.

Au-delà de ces différences terminologiques, les spécificités se font jour également au sein de ce que l'on nommera par commodité «catégories»⁴⁹. Ainsi, les régions chiliennes ont un régime juridique bien éloigné de leur homologues françaises et les communes françaises ne correspondent pas aux communes mais aux municipalités chiliennes. Les éléments constitutifs comme le statut de la collectivité territoriale française, ne coïncident pas forcément ou totalement avec celui des entités chiliennes. La confrontation de ces deux paramètres (éléments constitutifs et statut) permettra d'ailleurs d'éclairer les solutions adoptées par chaque ordonnancement juridique en matière de pouvoir territorial.

Enfin, la tendance à l'intercommunalité en France et la loi sur les associations de municipalités ne peut être ignorée. En effet, la possible transformation des premières en collectivités territoriales, comme les modalités des secondes, ne peuvent être passées sous

⁴⁷ Art. 110 CPR.

⁴⁸ Et surtout son art.72 : «Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa. »

⁴⁹ Nous nous référons aux catégories au sens français. Effectivement, la CPR (arts. 3) se réfère aux *régions, provinces et communes du territoire national*". Et l'article 110 ajoute : "*pour le gouvernement et l'administration intérieure de l'État, le territoire de la République se divise en régions et celles-ci en provinces. À effet de l'administration locale, les provinces se diviseront en communes.*» Cependant, elle ne se réfère pas à une notion commune de catégorie, d'entité ou collectivité. La distinction entre les institutions régions et communes, étudiée dans le chapitre 3, explique certainement leur différence de pouvoir normatif.

silence. Les différentes hiérarchies s'en trouvent altérées : de normes, entre collectivités, etc.

3. La notion de pouvoir réglementaire territorial

La Constitution chilienne utilise les termes d' « organe à caractère normatif » (pour les régions)⁵⁰ et de « fonctions normatives » (pour les municipalités)⁵¹ alors que la Constitution française énonce le « pouvoir réglementaire » des collectivités territoriales⁵².

Cette diversité terminologique ne prête pas à la systématisation et il faut dégager une notion qui soit compréhensible dans tous les cas. Dans le cas français, il n'y a pas de référence à la norme, et dans le cas chilien, c'est la notion de pouvoir qui est absente dans la Constitution.

Cependant, dans les deux pays, le terme de *norme* est un terme générique qui s'applique à la loi comme au règlement pour désigner un acte juridique créateur de droit de portée générale, impersonnelle et qui s'impose à ses destinataires.

Le terme *normatif* n'est pas utilisé en droit positif français et la seule raison (qui vient de l'influence espagnole) pour laquelle le terme de *normatif* est utilisé en droit positif chilien, c'est qu'elle est (était) utilisée pour distinguer les actes dit normatifs des actes dit administratifs. Ce qui correspond à la distinction française de l'acte réglementaire et de l'acte administratif individuel. Or, cette distinction du droit chilien a disparu et l'acte réglementaire est bien désormais un acte administratif.⁵³

Dans les deux pays, la notion de règlement désigne un acte de portée générale, impersonnelle et obligatoire pour leurs destinataires.⁵⁴ Cette acception du pouvoir réglementaire est donc en accord avec celle de loi matérielle au sens de DUGUIT, bien que l'élément organique reste indispensable, pour la comparaison, pour distinguer l'auteur de l'acte et les différences éventuelles de contrôle.

Le terme de *règlement* est repris dans les lois organiques chiliennes, régionale comme municipale, au sens d'acte de portée générale, mais ce ne sont pas les seuls actes à

⁵⁰ Art. 113

⁵¹ Art. 119 al. 2

⁵² Art. 72 al. 3

⁵³ Depuis l'art. 3 de la loi n° 19.880 de 2003 *que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado* (LBPA, par la suite). Voir PIERRY A., P., "Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo. El reglamento. Dictámenes de la contraloría general de la república", *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, agosto 2005, n° 13, p. 71

⁵⁴ Les actes individuels et les contrats administratifs sont donc exclus. Cf. chapitre 5.

posséder cette caractéristique⁵⁵ et la doctrine chilienne utilise le terme générique de « *pouvoir réglementaire* » quand elle se réfère à l'ensemble de ce type d'actes pris par les entités territoriales⁵⁶. Par ailleurs, en droit français, le terme de *règlement* n'est pas non plus toujours utilisé pour les actes à portée réglementaire des collectivités territoriales et ce sont d'autres termes qui sont utilisés pour parler d'actes réglementaires.

Le vocable « *pouvoir réglementaire* » sera donc entendu comme « le pouvoir, pour des autorités administratives, d'édicter des règles de droit, c'est-à-dire des décisions juridiques ayant un caractère général et impersonnel (...) caractérisé à la fois par un critère organique, les titulaires de ce pouvoir ne pouvant être que des autorités administratives, et par un critère matériel défini par le contenu de ces actes qui se distinguent ainsi des actes nominatifs ou individuels. Le pouvoir réglementaire est ainsi peu dissociable du règlement. »⁵⁷

Une autre précision est nécessaire: la tradition juridique chilienne, dans la droite ligne de l'espagnole, entend par local uniquement ce qui se réfère au niveau communal alors qu'en France le terme est appliqué à tout ce qui a trait aux niveaux infra-étatiques. Je propose donc d'utiliser pour les deux versions du texte, l'expression de pouvoir réglementaire territorial. Cette solution présente plusieurs avantages, outre ceux de la simplicité, de la clarté et de la généralité dans les deux langues :

D'abord, cela permet au droit chilien de regrouper toutes ces normes dispersées sous un même vocable.

Ensuite, au Chili comme en France, cela aiderait à les distinguer des normes administratives nationales tant en ce qui concerne leur validité territoriale que le degré de légitimité de leur auteur. Dans ce sens, M. VERPEAUX se demande « si le « pouvoir réglementaire » des unes et des autres [autorités] est de même nature et s'il faut désigner sous la même appellation des réalités politiques et juridiques qui sont différentes. Un réexamen de la fonction exécutive est nécessaire, mettant un terme à la traditionnelle

⁵⁵ Arts 5 et 12 LOCMU, et arts 16 LOCGAR

⁵⁶ CORDERO Q., E., « La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales », *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 6, 1999, pp. 109-146; FERRADA, J. C., « La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares », in *XXIII Jornadas de Derecho Público*, *Revista de Derecho de la Universidad católica de Valparaiso*, -Chile, 2002, Vol II.

⁵⁷ VERPEAUX, M., art. « Pouvoir réglementaire », in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2007, p. 1177.

méfiance héritée de la Révolution française à l'égard de ce pouvoir. L'expression «pouvoir réglementaire» doit être réservée au seul pouvoir exécutif étatique exercé, sous la V^o République, par le Premier ministre et le Président de la République. Parce qu'ils expriment, directement ou indirectement, la souveraineté nationale, ces deux autorités ne peuvent être traitées comme de simples administrateurs. Les autres autorités administratives qui sont amenées à édicter des actes administratifs généraux se contenteraient quant à elles d'administrer et ne participent pas, sauf par délégation, au «pouvoir réglementaire». ⁵⁸

La remarque est valable pour le système chilien. Cependant, les textes constitutionnels et/ou législatifs utilisent les expressions de «pouvoir réglementaire» ou «règlement» pour les entités territoriales, et il faut en prendre compte. Raison pour laquelle, l'expression pouvoir réglementaire territoriale paraît acceptable.

Enfin, «un tel changement de perspective devrait entraîner la compétence d'un autre juge que le Conseil d'Etat pour statuer sur la légalité d'actes qui seraient réellement réglementaires, le Conseil constitutionnel ayant une compétence générale pour les lois et les règlements entendus dans leur véritable signification constitutionnelle.»⁵⁹ Et sur ce point, on remarque que la distinction existe déjà en quelque sorte en droit chilien, puisque les décrets présidentiels peuvent faire l'objet d'un contrôle du Tribunal constitutionnel.

Nous entendons donc le pouvoir réglementaire territorial comme le pouvoir pour les entités territoriales d'édicter des actes administratifs de portée générale, impersonnelle et obligatoire pour leurs destinataires dans le cadre de leurs compétences. Les actes budgétaires, certains schémas régionaux - dès lors qu'ils s'imposent à leurs destinataires - doivent être considérés comme des actes réglementaires⁶⁰.

B. La répartition horizontale des pouvoirs au Chili et en France.

Comme l'a écrit V. JACKSON C., pour étudier les formes d'Etat, «il faut prendre en compte la sélection et la composition des organes des différents acteurs ou s'exercent les

⁵⁸ Idem, p. 1180.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Cf. chap. 5.

compétences, la répartition des compétences et aussi l'autonomie ou l'interdépendance avec lesquelles elles s'exercent.»⁶¹

Les dispositions constitutionnelles relatives aux régimes étudiés nous présentent un système présidentiel (Chili) et un système semi présidentiel (France). Les dynamiques institutionnelles impliquent que l'analyse normative stricto sensu des institutions ne peut faire l'économie de l'apport de la science politique.

Nous nous référons ici aux classifications de la science politique et du droit constitutionnel occidental classique⁶², à savoir : le parlementarisme, le présidentialisme et la forme hybride de ces deux derniers, plus connue comme semi-présidentielle que semi-parlementaire.⁶³ Cette distinction des régimes politiques est importante car on peut se demander si une forme de gouvernement favoriserait plus qu'une autre la décentralisation. La conciliation du régime présidentiel chilien⁶⁴ avec une certaine autonomie territoriale ne s'avère pas évidente. Elle apparaît difficile, et parfois source de polémiques. Les demandes réitérées de changement de régime dans le sens d'un système « à la française » sont donc à considérer.

Le régime présidentiel chilien et le régime semi-présidentiel français sont finalement assez proches (1) sur bien des points et diffèrent principalement en ce qui concerne la répartition et le poids des fonctions et pouvoirs des corps exécutif et législatif (2).

⁶¹ JACKSON C., V., « Fédéralisme – Normes et territoires », chap. I du Titre II, *Formes d'État* du 1^{er} tome du *Traité international de droit constitutionnel* (sous la dir. de M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD), Dalloz 2012, pp. 17.

⁶² Cette typologie des formes de gouvernement diffère, sans s'y opposer, de celle des formes de gouvernement exposée, par exemple, par BOBBIO N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, FCE, México, 1987 (1^{ère} ed.), dans le sens qu'elles s'inscrivent toutes les trois dans le modèle républicain, pour reprendre la typologie de MONTESQUIEU, alors qu'il existe d'autres modèles comme le monarchique, le républicain et les États despotiques. C'est-à-dire qu'ici la typologie évoquée est beaucoup plus restreinte, modeste et fonctionnelle.

⁶³ Ou "à tendance présidentielle" préfère DE VERGOTTINI G., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1985 (2^{ème} edición en castellano, trad. P. LUCAS VERDU), p. 476. Les qualificatifs du système français ne manquent pas et l'on a ainsi pu rencontrer les termes de neoprésidentisme, de parlementarisme présidentialisé, ou encore de régime parlementaire "orléaniste" (DUVERGER). Voir également CHANTEBOUT, B., *Droit constitutionnel*, p. 490 pour qui, malgré toutes les modifications apportées, la forme de gouvernement prévue par la Constitution de 1958 est fondamentalement parlementaire.

⁶⁴ Le système présidentiel chilien est très éloigné du régime nord-américain. Ce dernier, s'inscrivant dans le cadre du système fédéral, s'accommode bien d'une certaine autonomie des entités fédérées constitutionnellement consacrée. Le système chilien diffère également d'autres États unitaires décentralisés d'Amérique du Sud dans lesquels le régime présidentiel ne fait pas obstacle à l'autonomie locale.

Ce point est fondamental pour notre étude, car il donne des repères pour comprendre la place qui est faite au pouvoir réglementaire territorial entre la loi et le règlement général: comment s'articulent-ils, comment le premier peut-il s'immiscer (s'il le peut) entre ces deux derniers? Ou alors: est-il, doit-il, peut-il être à leur côté? Il faut également considérer l'organisation du pouvoir juridictionnel et le rôle des différentes juridictions dans la résolution des litiges entre les deux premiers pouvoirs (3).

1. Deux régimes de gouvernement distincts qui tendent à se rapprocher

Définir un régime de gouvernement constitutionnel conduit à constater le rôle des différents acteurs politiques tel que prévus par la Constitution. Dans ce cadre, le régime de gouvernement chilien entre dans la catégorie des systèmes dits présidentiels et le régime français dans celui des semi-présidentiels.

Le régime chilien se caractérise par une très forte concentration des pouvoirs au profit du Président de la République, à la fois Chef de l'État et du gouvernement⁶⁵. À ce titre, et conformément au modèle présidentiel, il nomme les ministres d'État et les sous-secrétaires du gouvernement qui n'ont pas à recevoir l'investiture du Parlement, ainsi que les intendants régionaux et les gouverneurs de provinces qui sont des collaborateurs qui ont sa confiance « exclusive ».⁶⁶ Comme en France, il dispose de pouvoirs en cas de situations exceptionnelles et extraordinaires, conduit les relations extérieures, désigne les ambassadeurs, les fonctionnaires diplomatiques et les représentants devant les organismes internationaux.

Malgré l'appel de nombre d'auteurs – et ceci avant même l'entrée en vigueur de l'actuelle constitution⁶⁷-, d'hommes politiques et de représentants syndicaux à engager une réforme constitutionnelle en profondeur pour se diriger vers un semi-présidentialisme à la française⁶⁸, voire le régime parlementaire, tous les efforts ont jusqu'ici échoué.

⁶⁵ Le régime présidentiel est un régime dans lequel le pouvoir législatif (le Congrès des EUA par ex.) et le pouvoir exécutif (la Présidence) ont des compétences strictement séparées et en principe indépendantes. Cependant, la pratique dément cette affirmation théorique dans tous les cas existants. Le Chili n'échappe pas à la règle.

⁶⁶ Art. 111 et 116 CPR.

⁶⁷ Il s'agit du Groupe d'Études Constitutionnelles, groupe créé en 1978 par des constitutionnalistes opposants à la dictature militaire et qui est plus connu comme le "Groupe des 24".

⁶⁸ Face aux propositions de la Commission Ortuzar, installée par la dictature pour proposer un nouveau texte constitutionnel, le *Groupe des 24* avait proposé l'établissement au Chili d'un régime semi-présidentiel dans lequel seraient séparées les fonctions du Chef de l'État, assumées par le Président de la République, et celles

Cela est dû à plusieurs facteurs. Il convient d'évoquer d'abord l'image négative de la période parlementaire, laquelle surgit comme une construction historiographique⁶⁹ - répétée de tous les bords du spectre politique - légitimatrice du régime présidentiel établi par la Constitution de 1925. Cette image perdure encore aujourd'hui, même depuis le retour de la démocratie, au nom d'une meilleure efficacité, principalement économique, mais également comme facteur de progrès sociaux et politiques⁷⁰. Cette image est bien entendu entretenue par les partisans de gouvernements forts, voire autoritaires et par les nostalgiques de la dictature militaire.

Le régime électoral actuel des parlementaires, qualifié de binominal et installé par la dictature⁷¹, a comme conséquence supplémentaire de maintenir au pouvoir des minorités de blocage issues de secteurs politiques qui rejettent toute tentative de mettre fin à «une Constitution illégitime quant à son origine qui radicalise un présidentielisme monarchique, autoritaire et qui consacre le déséquilibre des pouvoirs.»⁷²

S'agissant du régime français, les institutions de la Vème République se sont adaptées aux différentes crises et changements politiques⁷³. Il a pu être constaté une lecture parlementaire de la Constitution dans les périodes de cohabitation, et une présidentielle en

du Gouvernement qui devaient rester de la compétence d'un premier ministre dont le programme de gouvernement aurait été approuvé par la chambre des députés. Voir "Informe del Grupo de Estudios Constitucionales", cité par E. PALMA dans sa préface du livre de S. MICCO y E. SAFFIRIO, *¿Abandonar el Presidencialismo? Presidencia, quiebre y redemocratización en Chile*. Centro de Estudios del Desarrollo (CED), Santiago, 2000, pp. xviii y xix.

⁶⁹ CORREA S., S., "El Congreso durante el parlamentarismo. Revisión crítica del centralismo presidencial", *HEMICICLO Revista de Estudios Parlamentarios*, Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, Año 2. Número 4. Primer semestre de 2011, pp. 155-172

⁷⁰ S. CORREA signale : "En effet, quand intellectuels et politiques débattirent il y a deux décennies de l'opportunité d'installer un régime semi-présidentiel au Chili...ils affirmèrent que le mal nommé parlementarisme chilien n'avait été qu'un régime d'assemblée, irresponsable, oligarchique, inefficace, stérile, pernicieux, et de cette façon ils consolidèrent l'idée, la perception que seul le présidentielisme puisse réussir à notre pays." Idem, p. 158-159.

⁷¹ Le système binominal a été instauré par le régime militaire, juste avant de laisser le pouvoir aux nouvelles autorités élues, après sa défaite au plébiscite de 1988 relatif au maintien au pouvoir du général Pinochet. C'est un système qui combine système majoritaire – dans lequel le premier arrivé en tête enlève tous les sièges comme dans le cas du Royaume-Uni - et système proportionnel. Par ailleurs, l'ensemble des pouvoirs du Président de la République chilienne consacre un régime d'hégémonie présidentielle avec des relents autoritaires hérités de la dictature pinochétiste.

⁷² ENRÍQUEZ-O. G., M., "De la monarquía presidencial a la asamblea constituyente", *HEMICICLO Revista de Estudios Parlamentarios*, Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, Año 2. Número 4. Primer semestre de 2011, pp. 7-26, particulièrement p. 16. V. également. *Diagnóstico sobre el proceso de descentralización en Chile* junio de 2000, Division de evaluación y cuentas públicas Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del interior, p. 5. <http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/3203-06/128.pdf>

⁷³ Cf. Les périodes de cohabitations initiées sous le premier mandat de F. MITTERRAND.

cas de concordance entre le Parlement et le Président. Cependant, depuis la réforme constitutionnelle du 2 octobre 2000⁷⁴, la durée du mandat présidentiel est limitée à 5 ans et évite pratiquement les périodes de cohabitation, puisque depuis son application en 2007, les mandats du Président et des députés coïncident.

À la révision constitutionnelle de 2000 doit être ajoutée celle de juillet 2008 qui fait dire à certains que nous sommes entrés dans un régime aujourd'hui présidentiel alors que cette dernière se voulait être une réforme de renforcement des pouvoirs du Parlement.

Cette réforme, qui a concerné 47 articles sur 89, a renforcé les pouvoirs du Président et de son parti pendant qu'il fragilisait ceux du Premier ministre: celui-ci perd le contrôle de l'agenda législatif dans les deux assemblées⁷⁵ et, désormais, la discussion des projets de lois se fait sur la base du texte de la commission parlementaire et non du gouvernement. Enfin, la réforme permet au Président de la République de s'adresser aux députés et sénateurs. Il est vrai qu'il ne peut le faire que lorsque le Congrès est réuni et non pas durant les sessions parlementaires ordinaires⁷⁶, mais il peut le faire afin de donner des orientations de politiques générales aux députés, sur le modèle du discours annuel du Président des EE.UU ou du Chili. Avec ceci, l'importance du rôle joué par le Premier ministre se réduit encore, à tel point que certains observateurs avaient parlé du risque d'une « disparition » de celui-ci.

La pratique française se rapprocherait de la chilienne qui dispose d'un modèle présidentiel fort, au moment même où nombres de constitutionnalistes et élus chiliens militent dans le sens d'une mutation vers le système semi-présidentiel.⁷⁷ Ainsi, une Commission Spéciale d'Études du Système Politique Chilien⁷⁸, formation de la chambre

⁷⁴ Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 relative à la durée du mandat du Président de la République.

⁷⁵ Qui n'est plus fixé par le gouvernement que 15 jours sur 30, 14 étant réservés aux parlementaires et 1 à l'opposition.

⁷⁶ Art. 18 de la Constitution.

⁷⁷ La proposition n'est pas neuve. Cf. Le "groupe des 24", ou Grupo de Estudios Constitucionales, déjà évoquée, qui l'avait proposée. Voir RUIZ-TAGLE, P. y CORREA, S., S., et al., *Informe sobre el régimen político*, Proyecto de investigación BCN Innova, Santiago, 2009. particulièrement, le "Capítulo 2do: La discusión sobre el régimen de gobierno en perspectiva histórica", pp. 39-62. S. MICCO, E. SAFFIRIO, etc.

⁷⁸ La Commission, créée par accord de la Chambre des députés le 3 avril 2008, a tenu 26 sessions, entre le 30 juillet 2008 et le 11 août 2009. Son rapport a été approuvé en session plénière n°96 par 46 voix en faveur, 17 contre et 11 abstentions. Le texte peut être consulté à l'adresse suivante: informe en (<http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=1803&prmtipo=SOBRETABLA>)

des députés, avait approuvé en novembre 2009 un nouveau rapport contenant un ensemble de propositions de réformes constitutionnelles. Parmi celles-ci, celles d'introduire la figure d'un chef de gouvernement distinct du Chef de l'État et d'avancer vers un « fédéralisme » modéré [qui ne serait en réalité qu'une décentralisation un peu plus poussée qu'aujourd'hui] qui signifierait l'élection des intendants et conseillers régionaux afin de gérer de manière plus démocratique et efficace une plus grande affectation de ressources au bénéfice des régions, complétant de la sorte une redistribution du pouvoir politique⁷⁹.

2. Une répartition semblable des rôles dans la production normative centrale

a) La prépondérance de l'exécutif dans l'initiative des lois

Au plan législatif, le Président de la République chilienne, Chef de l'État et du gouvernement, dispose d'amples facultés: il participe à l'élaboration des lois en qualité de co-législateur⁸⁰, il a l'initiative exclusive de la loi dans des matières déterminées⁸¹, il peut opposer son veto, supprimer ou ajouter à tout ou à une partie d'un projet de loi approuvé par le Congrès national, il peut présenter un projet de loi en « urgence » et, enfin, il est un authentique législateur par le biais de la pratique des décrets ayant force de loi.⁸²

Le rôle prépondérant du Pouvoir exécutif comme co-législateur réside cependant en la qualification des urgences des projets de lois qui permet au Président de la République de déterminer le calendrier législatif. En ceci, le pouvoir exécutif dispose d'une primauté indiscutable face au pouvoir législatif. Tout ceci montre clairement que l'axe central du système politique, la conduite interne et externe de l'État, l'administration publique, la fonction législative et la fonction des organes constitutionnels autonomes repose sur le Gouvernement, sur le Président de la République.

En France, «dans la dialectique de la centralisation et de la décentralisation, le niveau central reste (...), par habitude et aussi parce que le Gouvernement présidentiel y

⁷⁹ ENRÍQUEZ-O. G., M., "De la monarquía presidencial a la asamblea constituyente", en *HEMICICLO Revista de Estudios Parlamentarios*, Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, Año 2. Número 4. Primer semestre de 2011, pp. 7-26, particulièrement p. 19.

⁸⁰ Art. 32: "Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 1º.- Concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas."

⁸¹ Art. 60 n° 14: "Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República."

⁸² Art. 32 3º "Dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley sobre las materias que señala la Constitución."

pousse, le relais nécessaire de toutes politiques territoriales et donc in fine la clef de voûte de l'équilibre territorial des pouvoirs. »⁸³

b) La primauté de la loi dans la définition des politiques territoriales

Dans ce contexte, les congrès français et chilien apparaissent comme le second pouvoir qui ne peut que rarement s'opposer au gouvernement. Cependant, en termes de décentralisation, même si au Chili comme en France la tradition constitutionnelle fait de la réforme de l'État un domaine quasi exclusif de l'exécutif⁸⁴, les deux Constitutions consacrent la primauté du législateur. Ainsi l'article 34 de la Constitution française déclare que « La loi détermine les principes fondamentaux (...) de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources » et plusieurs articles du chapitre XIV de la Constitution chilienne relatif au gouvernement et administration intérieure de l'État précisent que ceux-ci sont objets de lois organiques.

La différence de fonction jouée respectivement par les secondes chambres laisse penser que le peu d'autonomie dont jouissent les entités sub-étatiques n'est pas protégée avec la même force puisqu'en France, « les collectivités locales sont normalement représentées à l'échelon national par la deuxième chambre qui est l'interprète de leurs désirs et de leurs difficultés »⁸⁵ et qu'au Chili, le Sénat n'a pas cette fonction de représentation, au point que le sens de son existence même fait débat.

c) La place du pouvoir réglementaire national dans la hiérarchie des normes

Les rédacteurs de la Constitution chilienne de 1980 se sont en partie inspirés de la Constitution française de 1958 et particulièrement des domaines de la loi et du règlement⁸⁶.

⁸³ BRISSON, J.-F., «Présentation » en BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*. Actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen, L'Harmattan, 2009, p. 11.

⁸⁴ ABADIE, M., «La décentralisation, une vraie – mais partielle – réforme de l'État », in REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*. IFR – Mutation des Normes Juridiques, IDETCOM (EA 785) Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013, pp. 15-27.

⁸⁵ PONTIER, J.-M., *L'État et les collectivités locales*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. CXXVII, 1978 (Préface de C. DEBBASCH), p. 225

⁸⁶ BULNES A., L., «Leyes de base y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980», *RCD*, Vol. 6, 1982, pp. 133-153, particulièrement les pp. 135 et 137 ou l'auteur affirme, respectivement: «Esta consecuencia (l'extension presque sans limite du domaine de la loi) que ha distorsionado la acción de los Parlamentos de Occidente, impidiendo la tecnificación y la racionalización de la legislación, fue abordada por la Constitución francesa de 1958, que introdujo una original inversión de la norma de clausura (...) texto en el artículo 34...» et, plus loin, elle évoque les « franceses creadores del sistema de la potestad reglamentaria autónoma »

Effectivement, jouissant d'une légitimité égale au Parlement, et étant déjà co-législateur, le Président de la République chilienne dispose théoriquement du pouvoir réglementaire autonome. La Constitution est d'ailleurs très claire puisque l'article 32-6° dispose que parmi les attributions spéciales du Président de la République figure celle d'exercer le pouvoir réglementaire dans toutes les matières qui ne sont pas propres au domaine légal, sans préjudice de la faculté de prendre les règlements, décrets et instructions qu'il estime opportuns pour l'exécution des lois.⁸⁷

En France, la différence de traitement du domaine de la loi et de celui du règlement par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État a modifié, voire inversé, le schéma original qui prévoyait le caractère exceptionnel de la loi et la compétence générale du règlement.⁸⁸ Même si la question est encore parfois controversée au Chili, on peut considérer que la situation est la même et qu'une partie de la doctrine s'était déjà prononcée en ce sens dès 1982⁸⁹.

Nous ne rentrons pas ici dans le cas des ordonnances de l'article 38 de la Constitution française, mais signalons que l'article 32-3° de la Constitution chilienne les prévoit également sous le nom des *decretos con fuerza de ley*.⁹⁰ La procédure est la même.

Enfin, comme on l'a déjà évoqué, les pouvoirs réglementaire d'exécution des lois ou dérivé sont similaires et n'appellent pas de remarques particulières.⁹¹

Il n'en reste pas moins que dans les deux cas étudiés, la protection du pouvoir territorial ou de l'autonomie locale par le législateur peut apparaître plus formelle que réelle et dépendre en réalité du bon vouloir de l'exécutif.

⁸⁷ Artículo 32.- "Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 6°.- Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del letra dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes"

⁸⁸ FAVOREU, L., "Les règlements autonomes n'existent pas", *RFDA*, 1987, p. 878; Sur ce point voir également un article du même auteur dix ans auparavant: « Les règlements autonomes existent-ils? », in *Mélanges G. Burdeau. Le pouvoir*, L.G.D.J., 1977, p. 405.

⁸⁹ Ainsi BULNES A., L., dans l'article précité "Leyes de base y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980" affirmait que: "en la realidad, sólo existiría la potestad reglamentaria de ejecución de ley y serían prácticamente nulas o infimas las materias que podrían ser reguladas por la potestad reglamentaria nulas o infimas las materias que podrían ser reguladas por la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República." (pp. 136-137) ou encore que "En consecuencia, podríamos decir con verdadera certeza que en la practica no cabe el reglamento autónomo en nuestro ordenamiento constitucional" (p. 145).

⁹⁰ 32- 3 3°.- "Dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley sobre las materias que señala la Constitución".

⁹¹ Ils peuvent recevoir les qualificatifs « d'application » ou « complémentaire ».

3. L'organisation du pouvoir judiciaire

Le Chili et la France appartiennent à la même famille juridique: celle de droit écrit (ou civil). Il s'agit, d'une part, de s'interroger de manière générale sur les mécanismes de protection des administrés face aux autorités administratives et, particulièrement, sur la manière dont les actions des entités territoriales seront contrôlées afin de défendre les citoyens et, d'autre part, de savoir comment ces entités peuvent se défendre face aux empiétements du gouvernement central ou d'autres entités publiques et/ou privées.

Peut-on encore considérer vraie pour la France, l'affirmation selon laquelle le pouvoir hiérarchique de l'État sur les collectivités locales n'a jamais disparu et qu'il a seulement fait l'objet d'un déplacement des autorités administratives vers les autorités judiciaires⁹² ? Dans le même ordre d'idée, si le développement d'un contentieux administratif⁹³ a pu lui-même être créateur de normes centrales et centralisatrices⁹⁴ et maintenir la cohésion, voire l'unité, de l'État républicain, l'évolution des dernières décennies confirme-t-elle cette tendance ?

L'organisation de la justice chilienne est d'une rare complexité⁹⁵ et l'absence de tribunaux administratifs constitue un obstacle important pour la création d'une organisation judiciaire cohérente au Chili.⁹⁶ On pourra nous reprocher cette formulation pour provenir d'une autre culture juridique et juger rapidement un système étranger. C'est cependant la propre doctrine chilienne qui constate ces déficiences dont nous nous faisons

⁹² PONTIER, J.-M., *L'État et les collectivités locales*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque du droit public », t. CXXVII, 1978 (Préface de C. DEBBASCH), p. 307.

⁹³ Ibidem, n° 41 où l'auteur remarque : « il est d'ailleurs caractéristique de constater que l'on n'a jamais proposé de transférer le contentieux entre l'État et les autorités locales aux délibérations au juge judiciaire ».

⁹⁴ DUBOIS, J.-P., « Décentralisation, idée révolutionnaire ? », in MOREAU, J. et VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Acte du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris, Economica, 1990, p. 23.

⁹⁵ Comme le signale G. GOMEZ B., à propos de la justice constitutionnelle, cela est dû en partie à l'amoncellement successif d'institutions chargées d'un tel contrôle au long de l'histoire républicaine chilienne : « La actual jurisdicción constitucional chilena no es obra de un constituyente sino el resultado de sucesivas incrustaciones que en distintos momentos históricos se le agregaron. » GOMEZ B., G., « La justicia constitucional en Chile », *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 121.

⁹⁶ C. CERDA G., « Importación de objetos jurídicos y coherencia del ordenamiento jurídico administrativo chileno », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquio Internacional GRESCH: "¿Chile de país modelado a país modelo?" (Santiago, 5 y 6 de septiembre 2007) – Coloquio realizado en la Biblioteca de Santiago de Chile el 5 y 6 de septiembre 2007, [En línea], Puesto en línea el 19 noviembre 2007. URL : <http://nuevomundo.revues.org/10982>. Consultado el 02 septiembre 2011. Publié en français: « Importations d'objets juridiques et cohérence de l'ordre juridique administratif chilien », *RIDC*, 2007, n°2, p. 307 à 332, part. point 10.

l'écho. Les lignes qui suivent proposent une synthèse des différents acteurs que nous verrons opérer dans les chapitres suivants.

a) Un facteur de rapprochement: le contrôle de constitutionnalité des lois

(1) France : un contrôle de constitutionnalité rénové

La critique longtemps formulé à l'égard du Conseil constitutionnel en ce qui concerne l'impossibilité de connaître de question de constitutionnalité sur renvoi des tribunaux ordinaires et/ou de ne pas pouvoir se prononcer sur des recours de particuliers, n'est plus de mise depuis la réforme constitutionnelle instaurant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).⁹⁷

Depuis la réforme constitutionnelle de 2008⁹⁸, le particulier peut demander le prononcé de l'inconstitutionnalité d'un texte légal. Le nouvel article 61-1 dispose: "Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article."

Cette modification constitutionnelle installe en France, en plus du contrôle *a priori*, concentré et abstrait de constitutionnalité des lois, un contrôle *a posteriori*, mais qui n'est pas diffus puisque que la décision reste retenue dans les mains du Conseil constitutionnel. La décision du Conseil est d'effet général et abroge la disposition déclarée inconstitutionnelle, le Conseil constitutionnel déterminant les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause. La possibilité ouverte de se diriger vers le Conseil constitue un changement fondamental qui doit être pris en compte pour l'objet de cette étude.

(2) Chili: la consécration d'un contrôle de constitutionnalité concentré et concret?

⁹⁷ Voir le site du Conseil constitutionnel: www.conseil-constitutionnel.fr

⁹⁸ Loi n° 2008-724 du 23 de juillet 2008

Le contrôle de constitutionnalité des lois était exercé jusqu'en 2005 par « deux instances juridictionnelles, le Tribunal Constitutionnel et la Cour Suprême, donnant lieu à un modèle hybride qui ne correspondait ni aux canons du modèle germano-autrichien européen ni au modèle américain », ce qui en faisait un « système de juridiction partagée »⁹⁹ ou « mixte »¹⁰⁰. Depuis la réforme constitutionnelle de 2005¹⁰¹, seul le Tribunal Constitutionnel intervient : d'abord a priori de manière obligatoire comme le Conseil constitutionnel français sur un certain nombre d'actes législatifs, comme les lois interprétatives de la Constitution et les lois organiques constitutionnelles¹⁰² ou des normes d'un traité international qui interviennent sur des matières propres aux deux premières. Il s'agit dans ce cas d'un contrôle préventif et abstrait et les normes visées ne pourront se convertir en loi ou décret ayant force de loi. L'effet de la sentence est général, *erga omnes*, et s'applique également aux décrets suprêmes¹⁰³. Il intervient ensuite facultativement, également de manière préventive, à raison d'une question de constitutionnalité (*cuestión de constitucionalidad*)¹⁰⁴ ou d'une requête de constitutionnalité (*requerimiento de constitucionalidad*).¹⁰⁵ Le Tribunal Constitutionnel est compétent pour déclarer inapplicable¹⁰⁶ une norme légale pour inconstitutionnalité¹⁰⁷. Ce recours d'inapplicabilité¹⁰⁸

⁹⁹ L'expression de « système de juridiction constitutionnelle partagée » est de CAZOR A., K., *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*, Santiago, Universidad Central de Chile, Tomo II, pp. 87- 97. Ma traduction de « dos instancias jurisdiccionales, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, produciéndose un modelo híbrido que no responde a los lineamientos del modelo germano-austriaco europeo ni al modelo americano ». CAZOR A., K., *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*, Santiago, Universidad Central de Chile, Tomo I, p. 21.

¹⁰⁰ L'expression utilisée par GÓMEZ B., G., « La justicia constitucional en Chile », op. cit. p. 127.

¹⁰¹ Loi de réforme constitutionnelle n°20.050 du 26/08/2005, J.O 25.08.2005, n° 38246 et J.O 22.09.2005

¹⁰² Art. 93-1° CPR. Le parallèle avec la constitution française est évidente en ce qui concerne les différents types de lois (art. 46 CF), même si, « dans le cas chilien, on se trouve face à un des pays qui compte la plus grande variété de types de préceptes légaux », ce qui contribue à accentuer sa complexité. NOGUEIRA A. et H. y CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, Tomo I, Editorial Universidad de Talca, 2001, p. 273.

¹⁰³ STC 740-2007 de 18.04.2007, *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud*, cons. n° 70.

¹⁰⁴ Art. 93-2°.

¹⁰⁵ Art. 93-3°.

¹⁰⁶ Sur les doutes et les risques d'installer un mécanisme de « question d'inapplicabilité » pour inconstitutionnalité parmi les compétences du TC, voir ZUÑIGA U., F., « Judicatura y Activismo Judicial », *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile vol. n° 73, 2° Sem. 2010, p. 66 : « Ainsi que nous l'avons répété de manière insistante, la jurisprudence du TC est le reflet de deux auto compréhension sur sa propre position et légitimité, bien que tende à prévaloir une auto compréhension inscrite théoriquement et idéologiquement dans les topiques bien connus du néo constitutionnalisme. Les apories de la jurisprudence récente du TC, liées au danger d'un « activisme judiciaire », créateur prétorien de droits humains-fondamentaux (« bloc constitutionnel de droits ») a partir d'une essentialité *neoiusnaturaliste*, pose

correspond à un recours d'inconstitutionnalité par voie d'action¹⁰⁹ et d'appréciation concrète et non abstraite¹¹⁰: la déclaration a pour effet de suspendre son application au cas de l'espèce et elle ne serait évacuée de l'ordre juridique que si est présentée une demande de **déclaration d'inconstitutionnalité** (art. 93 CPR)¹¹¹, car la norme déclarée inapplicable n'est pas toujours, *per se*, inconstitutionnelle. Le Tribunal Constitutionnel a effectivement affirmé que "ce qui pourra être déclarée inconstitutionnelle, pour des motifs de forme ou de fond, c'est l'application de la disposition légale attaquée à un cas concret,...ce qui n'implique pas nécessairement une contradiction abstraite et universelle avec la disposition constitutionnelle."¹¹² Dès lors, le tribunal du fond ne peut plus appliquer la norme déclarée

également le problème de la relation que cette Judicature doit avoir avec les tribunaux ordinaires et spéciaux du système judiciaire, en particulier la relation ouverte par le binôme légalité-constitutionnalité, et ouvrent une inconnue, comme nous l'avons signalé en d'autres lieux, sur l'emploi futur de la "question d'inapplicabilité » par les juges"

¹⁰⁷ Entre autres: DUCCI A., M. L., "La cuestión del derecho al recurso en la admisibilidad de acciones de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional", in *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado / XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público 2008*; Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Fondo de Publicaciones, [2010], pp. 135-149; PEÑA T., M., "Cuatro Estudios de Justicia Constitucional", *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n°36 (2007); CEA E., J. L. , "El Tribunal Constitucional y el Control de las leyes", *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n° 35 (2007)

¹⁰⁸ "Respecto a su naturaleza la inaplicabilidad cumple la función de impedir que la parte que la invoca en el caso concreto del que conoce un tribunal, se vea afectada por un precepto legal cuya aplicación a ese caso particular resulte evidentemente contraria a la constitución y especialmente a los fines perseguidos por ella. RIOS, L., "Trascendencia de la Reforma Constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Santiago, Chile, 2005, p. 8.

¹⁰⁹ SAENGER G., F., "Control abstracto y concreto en la nueva inaplicabilidad", in *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado / XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público*; Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Fondo de Publicaciones, [2010], pp. 377-416

¹¹⁰ "El juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es así un complemento directo control normativo respecto de la acción directa de inconstitucionalidad, teniendo como objeto inaplicar los preceptos legales que en un caso específico se consideren inconstitucionales, cautelándose solo intereses o derechos subjetivos de las personas, que es la única consideración que fundamenta los efectos inter pares de una sentencia constitucionales." NOGUEIRA A., H., "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad", op. cit p. 595-598.

¹¹¹ L'action d'inconstitutionnalité a pour objet d'empêcher la naissance d'une norme contraire à la Constitution, lors de l'étape préventive du contrôle; ou bien d'expulser de l'ordre juridique les normes légales en vigueur dont la discordance avec la Constitution est établie. Le recours doit être dirigé contre un précepte légal déterminé car il n'est pas possible de solliciter la déclaration d'inconstitutionnalité de la totalité d'une loi.

¹¹²STC 781-2007 de 27.09.2007, *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Pablo Silva Martínez respecto del n° 3 del artículo 299 y de los artículos 431 y 433 del Código de Justicia Militar, en la causa Rol 1292-2001, seguida ante el Juzgado Militar de Santiago* : "lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto [cons. 4]... lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional [cons. 5]".

inapplicable et recouvre “en plénitude sa faculté pour déterminer la norme qu’il appliquera pour résoudre le conflit”¹¹³

Comme l’a signalé J.L. CEA E., à propos de l’article 93 de la constitution qui définit les attributions du Tribunal constitutionnel, ce dernier dispose certainement de « l’ensemble d’attributions, ex ante et ex post, inter pares et erga omnes, le plus complet que l’on puisse rencontrer en droit constitutionnel comparé.»¹¹⁴

Au niveau matériel des normes applicables, l’article 6 al. 1 de la Constitution impose le respect par tous¹¹⁵ des valeurs et principes contenus dans la Constitution¹¹⁶, rendant inutile selon certains l’intervention du législateur pour les définir. Ceci confère une discrétionnalité qui n’est pas sans poser problème en ce qui concerne le juge constitutionnel, dès lors que règne un néo-constitutionnalisme ou jusnaturalisme ambiant aux racines discutables comme l’a puissamment souligné le F. ZUÑIGA : “sporadiquement, le Tribunal Constitutionnel émerge comme un acteur du processus politique, maître ou créateur prétorien, deus ex machina de sa propre compétence, érigé en gardien suprême de la Constitution et de son “système matériel de valeurs”, œuvre d’un Pouvoir Constituant autoritaire sur le plan politique et néolibéral sur l’économique, réfugié dans un originalisme évident (textualiste ou intentionnaliste) et qui réalise une lecture de la Loi Fondamentale depuis un horizon idéologique¹¹⁷ (néo) jusnaturaliste ou principaliste anachronique qui, par exemple, lui permet la conversion de droits humains en droits fondamentaux par une alchimie spéciale: l’essentialité-fondamentaliste des droits qui émanent de la “nature humaine”.¹¹⁸

¹¹³ Même sentence, cons. 6

¹¹⁴ CEA E., J. L., “Impulso del Tribunal Constitucional al desarrollo institucional de Chile”, en *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado / XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público* ; Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Fondo de Publicaciones, [2010], v.1., p. 109.

¹¹⁵ Comme l’a signalé le *Tribunal Constitucional*, en se référant à l’article 6 et au principe de juridicité qu’il comprend: premièrement, « los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella » et, ensuite, “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” STC 19-83 de 27 .10. 1983, *Requerimiento en contra del Ministro del Interior don Sergio Onofre Jarpa Reyes respecto del artículo 82 n° 10 de la Constitución Política de Fbiola letelier del Solar , Alfonso Inzunza Bascuñan y otros*, cons. 10.

¹¹⁶ L’influence des Constitutions espagnole comme allemande est, ici, patente. Particulièrement, l’article 1.3 de la seconde sur la première et, par « ricochet », sur le texte chilien.

¹¹⁷ Dans le texte original, l’auteur utilise l’expression «idéologico-valórico»

¹¹⁸ ZUÑIGA U., F., “Judicatura y Activismo Judicial”, *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile vol. n° 73, 2° Sem. 2010, p. 69.

Signalons enfin que le débat sur le type de contrôle de constitutionnalité des lois existant au Chili n'est pas totalement apaisé puisqu'il existe encore des partisans du maintien d'un véritable « contrôle diffus » de constitutionnalité de celles-ci au bénéfice des tribunaux ordinaires qui l'exerceraient par le biais de l'action ou recours de protection (acción o recurso de protección)¹¹⁹ du fait que l'article 6 alinéa 1 de la Constitution chilienne stipule que « les organes de l'État devront soumettre leur action à la Constitution et aux normes édictées conformément à elle ». Accepter une telle thèse rendrait la situation plus difficile qu'elle ne l'est déjà et irait contre la volonté du Constituant qui a justement entendu mettre fin à tant d'incertitudes.

b) Les divergences quant au contrôle des actes de l'administration

(1) Quant aux institutions en charge du contrôle juridictionnel des actes de l'administration

Si l'organisation du système de justice administrative français se caractérise par une juridiction spécialisée, le système chilien peut être qualifié de mixte: à la règle de l'unité juridictionnelle et l'absence d'une juridiction générale spécialisée en matière de contentieux administratif, comme en France, se greffe une prolifération de juridictions spéciales.

La situation, plus simple à première vue que celle française puisque règne l'unité de juridiction, est en réalité bien plus complexe, pour ne pas dire anarchique¹²⁰. Si l'on considère les trois grands types de contrôle contentieux des actes administratifs existants dans le monde –c'est-à-dire le système français¹²¹, le système anglo-saxon et espagnol¹²² et

¹¹⁹ Art. 20 CPR: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”

¹²⁰ La critique n'est pas récente. Voir par exemple pour une critique de l'ensemble de l'organisation: GÓMEZ B., G., “La justicia constitucional en Chile”, op. cit. p. 121-156

¹²¹ Système qui consiste à confier le contentieux de légalité comme le plein contentieux des actes administratifs à un juge spécialisé, le juge administratif, indépendant du juge judiciaire de droit commun

¹²² Ce dernier confie au juge judiciaire l'ensemble du contentieux administratif. On constate cependant une tendance à créer des instances spécialisées, ou une chambre administrative à côté des autres chambres traditionnelles, au sein des juridictions suprêmes.

les systèmes mixtes¹²³ - le Chili se rapproche du second: il n'existe toujours pas de tribunaux administratifs à part entière¹²⁴, ni de juridiction spécialisée dans le contentieux administratif au sein de l'unité de l'organisation juridictionnelle. Malgré le fait d'avoir été fortement influencé par le droit administratif français¹²⁵, le Chili est, comme l'a énoncé R. PANTOJA, « l'unique nation d'Occident qui manque d'un système de Justice Administrative conçu et structuré d'après les paramètres acceptés par le monde contemporain, au sein d'un État de droit démocratique et social. »¹²⁶ C. CERDA G. explique cette lacune ou ces incohérences par le fait que « l'incapacité des pouvoirs constituants et législatifs chiliens à créer une réelle justice administrative trouve ses origines dans la politique juridique importatrice du pays. »¹²⁷ Bien que la création d'un juge administratif au Chili soit une réforme désirée par de nombreux juristes¹²⁸, c'est une figure institutionnelle qui continue de tourmenter l'histoire constitutionnelle et administrative chilienne¹²⁹. Un auteur comme P. PIERRY A. est encore plus pessimiste: « le XXème siècle se termine sans tribunaux administratifs et les espoirs qui existèrent quant à leur création au cours de ce siècle sont partis en fumée. »¹³⁰ On ne reviendra pas ici sur l'histoire de la juridiction administrative française, son importance et influence à l'étranger

Au Chili, c'est donc la juridiction ordinaire, avec à sa tête la Cour suprême, qui est juge, *a priori*, de l'administration. *A priori*, car, pour abonder dans le sens de A. VERGARA B., s'il n'est pas toujours évident d'identifier le juge habilité à résoudre un conflit, au Chili la tâche en devient irritante car, comme la juridiction administrative

¹²³ Systèmes qui consistent à soumettre le contentieux de légalité à un juge administratif et les recours de plein contentieux en matière contractuelle et quasi-délictuelle au juge judiciaire.

¹²⁴ Le texte original de la Constitution de 1980, tout comme l'antérieure de 1925 prévoyait, la création de "tribunaux du contentieux administratif que déterminera la loi", mais cette mention a été supprimée en 1989 par la réforme constitutionnelle approuvée par la loi n° 18.825 de 1989.

¹²⁵ "Le droit administratif des débuts du XXème siècle (...), comme une grande partie du droit chilien [en général] était caractérisé en doctrine, par l'influence du droit français, ", PIERRY A., P. 2001. « Transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX », *Revista de derecho*, Consejo de Defensa del Estado, p. 25-35.

¹²⁶ PANTOJA B. R., «La inexplicable ausencia de justicia administrativa en el Estado de Chile », *Revista de derecho*, Consejo de Defensa del Estado, n°13, 2005, p. 30.

¹²⁷ C. CERDA G., « Importación de objetos jurídicos y coherencia del ordenamiento jurídico administrativo chileno », *Nuevo Mundo Nuevos*, op. cit. punto 2.

¹²⁸ Como por ejemplo: FERRADA B., J. C.; H. PEREIRA A., R. PANTOJA B., F. ZÚÑIGA U., J. L. CEA E., K. CAZOR A., A. VERGARA B.

¹²⁹ CERDA G., C., op. cit. punto 5.

¹³⁰ PIERRY A., P., «Tribunales Contencioso-Administrativos», *Revista de derecho*. Consejo de Defensa del Estado de Chile, n°2, 2000., p. 38.

n'existe pas, il convient de chercher la solution au sein des différents « ordres juridictionnels » existants.¹³¹

Ainsi, et de manière très synthétique à ce stade des développements, le contentieux administratif peut dépendre du Tribunal constitutionnel¹³², des tribunaux ordinaires, de tribunaux spéciaux ou spécialisés ou encore, et surtout, d'un organe constitutionnellement autonome mais non juridictionnel: la *Contraloría General de la República*.¹³³ Il convient d'évoquer en quelques mots les seconds et la quatrième car ce sont ceux que l'on retrouvera principalement concernant les entités territoriales.

S'agissant du contrôle juridictionnel des tribunaux ordinaires, celui-ci est problématique pour plusieurs raisons. En premier lieu, les juges ordinaires n'ont, dans leur grande majorité, qu'une faible connaissance des particularités du contentieux administratif. En second lieu, il n'existe pas d'autorité absolue de la jurisprudence de la Cour suprême. C'est-à-dire qu'il n'y a pas de ligne ou politique jurisprudentielle claire de la part de la Cour suprême qui s'imposerait de manière indiscutable et définitive aux juridictions inférieures comme c'est le cas des précédents en *common law* ou de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État français.

À côté des tribunaux ordinaires qui exercent la quasi-totalité du contrôle juridictionnel, existe une institution dont la particularité et l'importance croissante ne peut être passée sous silence. Il s'agit de la *Contraloría General de la República* (CGR), organe constitutionnellement autonome¹³⁴, qui n'est pas une juridiction mais qui exerce un contrôle administratif de légalité préventif (cf. Infra.). Comme l'a montré L. CORDERO V.¹³⁵, la *Contraloría General de la República* s'est développée à un point tel qu'elle s'est

¹³¹ VERGARA B., A., "El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada. Elementos para el análisis", *Gaceta jurídica* (Santiago, Chile). no.297 (2005),p. 7-17

¹³² Cf. le débat sur le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs.

¹³³ La CGR, née en 1927, est l'héritière de l'ancien *Tribunal de Cuentas*, de l'ancienne Direction de la Comptabilité et d'une Inspection qui fonctionnait au sein de l'exécutif.

¹³⁴ A. AZOCAR A., écrit que cette autonomie n'est pas celle propre aux services décentralisés qui ont la personnalité juridique et restent soumis à la tutelle du Président de la République mais qu'il s'agit « de un atributo que significa otorgarle a este organismo plena independencia en su acción fiscalizadora tanto frente al poder ejecutivo como ante el poder legislativo y demás órganos del Estado ». AZÓCAR A., A., "Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República", en *Veinte años de la Constitución chilena, 1981-2001*, Universidad Finis terrae, Editorial jurídica, Conosur, 2001, p. 155.

¹³⁵ CORDERO V., L., "Notas sobre jueces y democracia" - *Intervención en el IV Congreso de Estudiantes de Derecho Constitucional*. (18.08.2009).

transformé en un juge administratif suprême de fait¹³⁶, et ce moyennant un usage abusif et extensif du concept de contrôle de légalité. La différence avec le Conseil d'État français va encore plus loin puisque la *Contraloría General de la República* exerce son contrôle préventif des règlements, conformément à “la Constitution et à la loi”. Abusant de la pratique des avis (*dictámenes*), la *Contraloría General de la República* en est arrivée à soutenir que sa jurisprudence est obligatoire pour tous les organismes de l'Administration et que cette attribution, partie du contrôle de légalité, est légale et constitutionnelle¹³⁷. Nous suivons L. CORDERO V., lorsqu'il affirme que la *Contraloría General de la República*, organe unipersonnel dessiné pour exercer un contrôle externe de l'administration, s'est auto-attribuée la faculté d'interpréter, en plus de la loi, la Constitution. De telle sorte, elle s'est transformée en un organe juridictionnel, un interprète de la Constitution qui adjuge des droits: un organe régulateur et juridictionnel clairement contre majoritaire.¹³⁸

(2) Quant au nombre et à la nature des recours

On connaît la présentation traditionnelle des recours juridictionnels devant le juge administratif français principalement fondée sur la distinction entre le contentieux de pleine juridiction et celui de l'annulation¹³⁹. Malgré les critiques dont elle peut faire l'objet – critiques redoublées depuis les lois de 1995 et 2002 relatives aux pouvoirs d'injonction et aux différents référés – elle reste utilisée par la doctrine et les praticiens du droit.

¹³⁶ Aidée en ceci par le Tribunal Constitutionnel qui par sa decisión STC Rol N° 1051 du 10 juillet 2008 relative à la Loi d'Accès à l'Information Publique (Ley de Acceso a la Información Pública) a décidé que tout contrôle extérieur à l'IGR ou à la Banque Centrale (BC) pour garantir l'application de cette loi, signifierait porter atteinte à l'autonomie constitutionnelle de ces organismes. Comme l'a montré L. CORDERO V., cela implique non seulement une indépendance vis-à-vis du pouvoir, mais suppose également l'exemption de tout contrôle, sauf celui que ces mêmes organismes pourraient s'auto-imposer. De telle façon que, pour le Tribunal Constitutionnel, il existerait pour ces organes autonomes constitutionnels une espèce de système légal parallèle dans lequel seule l'autorégulation prévaut. Ibid.

¹³⁷ On peut ajouter que le problème souligné est d'autant plus grave dans le cas de la CGR dans la mesure où le Contrôleur général est l'autorité suprême de la CGR sur laquelle il règne seul, faisant de lui un colegislador unipersonnel et sans contrôle.....

¹³⁸ Cet auteur parle même de «législateur positif». CORDERO V., L., “La jurisprudencia administrativa en perspectiva: Entre el legislador positivo y el juez activista”, *Anuario de Derecho Público UDP*, 2010, p. 165.

¹³⁹ Par ex: BRAIBANT, G. et STIRN, B., *Le droit administratif français*, 6° éd., Paris, Presses de Sciences Po: Dalloz, 2002 ; CHAPUS, R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 11^{ème} édition, 2004; VEDEL, G.; DELVOLLE, P., *Droit administratif*, Tomes I & II, coll. Thémis P.U.F.1990.

L'ensemble de ces recours ne sont que des contrôles de légalité, voire de conventionalité. Le juge administratif va rarement au-delà.¹⁴⁰

Une présentation simple des différentes voies de recours et types de contrôles du contentieux administratif chilien est une tâche quasi impossible comme l'a soulignée C. CERDA G.¹⁴¹, étant donné que le contrôle des actes administratifs peut être exercé aussi bien *ex ante* qu'*ex post* et sur une base contentieuse comme non contentieuse et que le nombre de contentieux approcherait aujourd'hui les 200¹⁴². On peut cependant les évoquer succinctement en distinguant les principaux, suivant qu'ils sont préventifs ou répressifs. Mais il faut signaler de suite qu'il s'agit pour l'essentiel de contrôles à la fois de légalité et de constitutionnalité.

Les premiers sont exercés par la *Contraloría General de la República* moyennant la "toma de razón"¹⁴³. Celle-ci peut être qualifiée de contrôle de légalité préalable à l'entrée en vigueur des actes administratifs normatifs. Il s'agit d'une gestion précontentieuse ayant rang constitutionnel¹⁴⁴ et qui se caractérise par le fait qu'il peut empêcher la naissance au droit de projets d'actes administratifs que le Contrôleur général estime contraires à la légalité (mais également à la Constitution). Ce contrôle s'exerce sur les actes de toutes les autorités administratives, du Président au chef de service,¹⁴⁵ sauf pour les municipalités qui sont constitutionnellement des organismes autonomes comme la propre *Contraloría General de la República*...Cependant, dans le cas, des municipalités, la *Contraloría General de la República* se prononce par des avis sur leurs actes qui ont un caractère en

¹⁴⁰ Sur l'ensemble de ces points, voir également les chapitres 7 et 8 et l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État *Commune d'Annecy* du 3 octobre 2008, selon lequel les dispositions du bloc de constitutionnalité ont, pour le juge administratif, une valeur constitutionnelle et « s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs », mettant en doute la persistance de la théorie de la loi écran. CE Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, Rec. p. 322

¹⁴¹ CERDA G., C., « Importations d'objets juridiques et cohérence de l'ordre juridique administratif chilien », in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2007, n°2, p. 307 à 332, part. punto 12.

¹⁴² Dans son article publié en 2005, *El contencioso administrativo entre 1990-2003*, in FERRADA B., J. C. (coord.), *La Justicia administrativa* (Santiago de Chile, LexisNexis, 2005), p. 204., le professeur C. CARMONA S. chiffrait à 120 les recours administratifs contentieux spéciaux.

¹⁴³ Le terme chilien a été gardé car l'expression est intraduisible en français.

¹⁴⁴ AZÓCAR A., A., "Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República", in *Veinte años de la Constitución chilena, 1981-2001*, Universidad Finisterrae, Editorial jurídica, Conosur, 2001, p. 154

¹⁴⁵ Ce véritable pouvoir est tel que le *Contralor General* est autorisé à exonérer de contrôle les actes administratifs qui ne touchent pas des matières essentielles et qui ne sont pas signés par le Président de la République, lesdites matières étant définies et énumérées par le Contralor General lui-même, organe unipersonnel et sans contrôle, autre que politique.

pratique obligatoire¹⁴⁶... Ne seront exposés ici que les contrôles exercés sur le pouvoir réglementaire du Président de la République, s'agissant de l'autorité détentrice du pouvoir réglementaire général.¹⁴⁷

En premier lieu, les différents décrets¹⁴⁸ font l'objet d'un contrôle préventif obligatoire de la part de la *Contraloría General de la República*. Ce mécanisme, appelé « toma de razón », se présente comme un contrôle abstrait de constitutionnalité (et de légalité) de tous les décrets qui doivent lui être déférés en vertu de la loi et est un contrôle juridique mais non juridictionnel. Si la *Contraloría General de la República* estime le décret inconstitutionnel, elle «représente» l'acte au Président de la République afin que celui-ci prenne acte des observations de la *Contraloría General de la República* et adopte un texte conforme aux normes supérieures. Ce contrôle ne s'applique qu'aux règlements autonomes, car « la Contraloría ne peut représenter l'inconstitutionnalité d'un acte administratif quand celui-ci se trouve expressément prévu par une loi. (...) En revanche, quand l'inconstitutionnalité de l'acte administratif est évidente, cette faculté trouve toute son application »¹⁴⁹ De la sorte, la loi fait ici écran au contrôle préventif de constitutionnalité.

En cas de désaccord entre la *Contraloría General de la República* et le Président de la République, celui-ci peut insister et passer outre l'avis de cette dernière en faisant signer le décret par l'ensemble de ses ministres.¹⁵⁰ Dans ce cas, le *Contralor General de la República* devra remettre une copie des décrets litigieux à la Chambre des députés. On peut donc dire avec R PANTOJA B., qu'« aujourd'hui, le Chili est l'unique pays au monde qui oblige les autorités gouvernementales et administratives à ne décider que sous la forme de décrets et résolutions, sous peine de nullité, et à exiger que ces actes fassent l'objet d'un contrôle préalable de constitutionnalité et de légalité obligatoire de la part d'un organisme externe, constitutionnellement autonome, qui précède et conditionne leur entrée en vigueur et leur exécution postérieure, et donc leur validité, qu'il s'agisse de déclarations de volonté

¹⁴⁶ Cf. Infra chapitre 8.

¹⁴⁷ Les actes des collectivités territoriales sont développés plus avant dans la thèse.

¹⁴⁸ Decreto supremo reglamentario y Decreto supremo simple.

¹⁴⁹ AZÓCAR A., A., «Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República», op. cit. p. 157.

¹⁵⁰ Art. 99 CPR.

du Président de la République, d'un chef de service ou d'un gouverneur de province : la « *toma de razón* » à la charge de la *Contraloría General de la República*.¹⁵¹

Le Tribunal Constitutionnel exerce un contrôle de constitutionnalité des actes administratifs¹⁵² du Président de la République qui peut être préventif tout comme répressif et que le décret soit un règlement d'exécution ou un règlement autonome¹⁵³. Il sera préventif si le décret lui est remis par le Président de la République¹⁵⁴ pour se prononcer, dans un délai de 10 jours, sur l'inconstitutionnalité déclarée d'un décret par la *Contraloría General de la República*.

Il sera répressif dans le cas du 16^o de l'article 93, pour lequel le Tribunal pourra seulement être saisi par n'importe laquelle des deux chambres dans les trente jours suivant la publication ou la notification du texte contesté ou par un quart des membres en exercice suivant qu'il s'agisse de décrets autonomes ou non.

Cependant le recours répressif entraînant un contrôle de constitutionnalité le plus important car le plus massivement utilisé, est le recours de protection. Il permet à tout administré dont l'exercice des droits et garanties constitutionnelles¹⁵⁵ a été lésé ou menacé de l'être à cause d'actes ou omissions arbitraires ou illégaux de recourir à la Cour d'Appel pour être rétabli dans ses droits.¹⁵⁶ Vient ensuite, l'action de nullité de droit public¹⁵⁷ qui

¹⁵¹ PANTOJA B., R. « La inexplicable ausencia de justicia administrativa en el Estado de Chile », *Revista de derecho*, Consejo de Defensa del Estado, 2005, n°13, p. 33, p. 6

¹⁵² HERNÁNDEZ E., D. "Control de constitucionalidad de actos administrativos", en *IV Revista Estudios Constitucionales* n°1 (2006), pp. 207 y ss; CAZOR A., K., "Actual marco atributivo del Tribunal Constitucional en el control de los decretos supremos presidenciales", *IV Revista Estudios Constitucionales* n°1 (2006), pp. 233 y ss.

¹⁵³ Art. 93-16 de la Constitution chilienne relatif aux attributions du Tribunal constitutionnel: "Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

¹⁵⁴ Artículo 93- 9 de la Constitution chilienne relatif aux attributions du Tribunal constitutionnel: "Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99"

¹⁵⁵ Par exemple, le droit à l'éducation, d'accès à un système de santé, à vivre dans un environnement libre de pollution, etc. il diffère donc du *recurso de amparo*, l'équivalent de l'*habeas corpus*, de l'art. 21 CPR. Sur la conception des droits fondamentaux dans la Constitution de 1980, voir par ex : EVANS, E., *Los derechos constitucionales*, 3 Tomes, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

¹⁵⁶ Art.20 CPR de la Constitution. Cependant, ce recours n'est pas une solution heureuse, sauf cas exceptionnels d'illégalité manifeste car il se rapproche plus d'un recours du type « référé liberté » que d'un recours de droit commun.

¹⁵⁷ L'expression "action de nullité de droit public" est une création d'origine doctrinale inspirée de l'article 7 de la Constitution chilienne qui précise que « los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura,

s'apparente à un contrôle objectif du pouvoir réglementaire qui entend se rapprocher du recours pour excès de pouvoir français, mais qui permet de rétablir des droits, à l'instar du recours de pleine juridiction. Il s'agit également d'un contrôle de constitutionnalité et légalité.¹⁵⁸

Enfin, existe tout un ensemble de recours spéciaux¹⁵⁹ comme le contentieux de l'expropriation¹⁶⁰, le recours spécial de nationalité¹⁶¹, le recours de protection économique (*el recurso d'amparo económico*)¹⁶² et les recours pour illégalité en matière municipale et régionale.¹⁶³ La Cour d'Appel est compétente pour certains d'entre eux, d'autres dépendent de la Cour suprême et d'autres enfin d'un juge unique de première instance.

En ce qui concerne l'autorité des décisions de ces différents intervenants, de leur hiérarchisation ou combinaison, de sorte à obtenir une jurisprudence claire : tout ceci est illusoire. D'une part, les tribunaux ordinaires ne sont pas liés par les avis de la *Contraloría General de la República*¹⁶⁴, d'autre part, ils peuvent, par le biais du recours de protection, modifier la jurisprudence et les critères de celle-ci.¹⁶⁵

Parmi les principaux problèmes posés par cet enchevêtrement des compétences figure l'absence de « supériorité » ou d'autorité des décisions du Tribunal Constitutionnel sur la Cour Suprême – contrairement au cas français-, laquelle n'hésite pas à adopter des

ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.” . Sur ce point voir entre autres: FIAMMA O., G., “Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva”, *Revista de Derecho Público*, 49 (1991), pp. 91-98, PIERRY A., P., “Nulidad en el Derecho Administrativo”, *RDUCV*, n° XV, 1993-1994, p. 79; SOTO K., E., “La Nulidad de Derecho Público en el Derecho Chileno”, *Gaceta Jurídica*, n° 125, p. 16 a 23 y en *RDP*, n° 47/48, 1990-1991; SOTO K., E. “La Nulidad de Derecho Público referida a los actos de la administración”, *RDUCV*, n° XIV, 1991-1992, p. 417

¹⁵⁸ Pour une exposition critique de ces recours comme de l'ensemble du contentieux administratif chilien, voir: FERRADA B., J.C., “Los procesos administrativos en el derecho chileno”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad católica de Valparaiso, Vol. XXXVI, semestre I, 2011, pp. 251-277.

¹⁵⁹ FERRADA B., J.C. (coord.), *La Justicia Administrativa*, Santiago: Lexis Nexis, 2005, p. VII

¹⁶⁰ Art. 19 n° 24 CPR et le Décret-Loi n°2186 approuvant la Loi organique relative à la procédure d'expropriation.

¹⁶¹ Art. 12 de la Constitución.

¹⁶² Loi n°18.971 relative aux infractions à l'article 19 n° 21 CPR.

¹⁶³ L'étude de ces recours comme des précédents, lorsqu'il concerne l'activité des entités territoriales chiliennes, fait l'objet du chap. 8.

¹⁶⁴ STC 116-1990 du 27.12.1990, “*Viviendas Progresivas*”, cons. 3.

¹⁶⁵ PIERRY A., P. « Transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX », *Revista de derecho*. Consejo de Defensa del Estado, 2001.p. 25-35.

positions totalement opposées¹⁶⁶ à celui-ci et ne lui reconnaît pas une préséance, ainsi que l'absence d'unité de jurisprudence tant au sein du Tribunal que de la Cour. Il s'agit donc d'un ensemble bien disparate et parfois contradictoire qu'il faut prendre en compte.

Il semble par ailleurs que les deux systèmes se rapprochent quant aux normes de contrôle. Certes, on ne peut faire application en droit français d'un principe général et absolu de *judicialidad* tel qu'exprimé par l'article 6 al. 1 de la Constitution chilienne, car au nom de la théorie de la loi écran le juge administratif ne contrôle les actes administratifs contraire à la libre administration des collectivités que s'ils la violent directement et par eux-mêmes. En revanche l'entrée en vigueur de la Charte européenne de l'autonomie locale permettrait aux collectivités d'invoquer ses dispositions devant le juge ordinaire, le cas échéant contre une loi.¹⁶⁷

¹⁶⁶ L'expérience institutionnelle après les décisions sur la *Pilule du lendemain* et le *Transantiago*, démontrent d'une manière relativement diaphane les conflits qu'apportent à un système démocratique de mauvaises conceptions ou distorsions des pratiques institutionnelles. Dans le cas de la *Pilule du lendemain* (Píldora), comme l'on sait, existent des décisions contradictoires de la Cour Suprême en 2001 et 2004, les décisions du Tribunal Constitucional Roles 591 et 740. Ce à quoi il convient d'ajouter les avis de la Contraloría (entre autres) Nros 53.137 de 2006 et 5425 de 2007, dans lesquels elle défendit les régulations de l'Exécutif devant le Tribunal Constitucional, et l'avis N° 31.356 de 2009, dans lequel elle signala de quelle manière la décision du TC devait s'appliquer aux Municipalités.

¹⁶⁷ DOUENCE, J.-C., « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1., 1987, p. 63-3, n°9.

Partie I. Les éléments d'ordre institutionnel du pouvoir territorial

Le pouvoir territorial n'est pas le pouvoir réglementaire territorial, même si ce dernier occupe une place fondamentale dans son étude. De fait, le pouvoir réglementaire territorial ne pourrait et ne peut se comprendre sans être situé par rapport à d'autres éléments. On ne peut parler d'une norme sans évoquer les titulaires habilités à la poser et/ou ses destinataires.

La notion de pouvoir est trop vaste pour être détaillée ici, mais qu'il s'exerce au plan étatique ou infra étatique, il ne se comprend qu'en prenant en compte les institutions au sein desquelles il s'exerce et par rapport aux institutions l'environnant. On ne peut évoquer le degré d'autonomie territoriale comme on ne peut évoquer la souveraineté d'un Etat sans se référer à la nature de l'Etat, à ses composantes et à sa relation avec les autres Etats souverains.

Ainsi, le pouvoir d'un Etat se situe au plan international par rapport aux autres Etats, puis s'exerce au plan intérieur en relation ou au sein d'institutions dont la nature, les caractéristiques et l'organisation le conditionnent.

De la même manière, la forme spécifique d'Etat - fédéral, unitaire ou régional - dans lequel s'insère l'institution détentrice du pouvoir territorial est structurante pour elle et pour lui. La séparation verticale des pouvoirs (chapitre 1) comme définition de la forme d'Etat et donc de la place des entités territoriales est aussi essentielle pour le pouvoir territorial que la séparation horizontale des pouvoirs ne l'est pour la forme de gouvernement de l'Etat.

Par suite, la nature et les caractéristiques (chapitre 2), puis l'organisation (chapitre 3) des entités territoriales, c'est-à-dire leur statut - permettent de compléter le panorama au sein duquel se déploiera le pouvoir réglementaire territorial proprement dit (Partie 2).

Chapitre 1. La séparation verticale des pouvoirs au Chili et en France

Les données organiques et fonctionnelles de l'autonomie des entités territoriales – ou plutôt de leur degré de liberté – est le fruit d'une évolution historique (Section 1) liée à celle de l'État unitaire moderne et post-révolution française.

La décentralisation administrative est donc une idée politique (Section 2), mais également une technique juridique d'aménagement territorial du pouvoir. Dès lors, le juriste s'empare de la question. Que ce soit comme simple analyste formel et descripteur de type kelsenien du système en place, comme conseiller du Prince, ou comme critique, la doctrine établit un discours (Section 3) qui donne des clés pour étudier l'autonomie des entités décentralisées.

Section 1. Évolution de la décentralisation au Chili et en France

Les deux Etats entrent dans la catégorie, établie par la *science constitutionnelle occidentale*¹⁶⁸, d'Etat de droit, pluraliste, démocratique et libéral et se définissent comme unitaires et décentralisés. Ainsi, la Constitution chilienne, dans son article 3 précise que "l'État chilien est unitaire. L'administration de l'Etat sera fonctionnellement et territorialement décentralisée, ou déconcentrée selon le cas, conformément à la loi. Les organes de l'État promouvoir le renforcement de la régionalisation du pays et le développement équitable solidaire entre les régions, provinces et communes du territoire national", pendant que l'article 1 de la Constitution française proclame que " La France est une République (...) Son organisation est décentralisée." Si l'évolution de l'organisation territoriale de l'État chilien depuis son indépendance se rapproche en grande partie du modèle français post révolutionnaire (§ 1), à partir des années 70 elle s'en détache pour s'en rapprocher de nouveau avec le retour de la démocratie (§ 2).

¹⁶⁸ De manière générale, les Etats "pluralistes" sont liés à la tradition des démocraties occidentales qui implique une "organisation" constitutionnelle de la compétition pacifique pour l'exercice du pouvoir.

§ 1. De la Révolution française aux années 1970

La Révolution française, pour en finir avec les privilèges, les inégalités entre territoires et la diversité des droits¹⁶⁹, promût l'application d'un même droit de manière égalitaire sur tout le territoire. Cet objectif conduisit à une concentration, manifestée initialement par l'Assemblée Constituante, ensuite par l'autoritarisme napoléonien et, enfin, par le légicentrisme qui s'imposa durant tout le XIX^{ème} siècle et une partie du XX^{ème}.

Il est vrai qu'un essai de décentralisation eu lieu au début de la Monarchie de Juillet, mais seuls les organes collégiaux placés auprès des maires et des préfets se convertirent en organes élus et ils n'obtinrent que des compétences réduites. Ainsi, les premières lois françaises du 21 mars 1831¹⁷⁰, du 22 juin 1833¹⁷¹, du 18 juillet 1837 et du 10 mai 1838¹⁷² eurent surement des effets décentralisateurs mais par la suite, jusque dans les années 1870¹⁷³, aucun texte voté par l'Assemblée nationale française ne se référera à une volonté de décentralisation. Il faudra attendre l'avènement de la III^{ème} République pour que la loi de 1871¹⁷⁴ donne aux organes collégiaux des départements, désormais appelés *conseils généraux*, des pouvoirs plus substantiels et une représentation permanente. Cependant le préfet restera jusqu'en 1982, à la fois chef de l'administration de l'État et exécutif de la collectivité départementale. Les communes, en revanche, obtinrent plus de pouvoir plus

¹⁶⁹ Nous rappelons que la France connaissait avant la Révolution une diversité de droits très complexe: résumé de façon très schématique, s'appliquaient des règles d'origine romaine dans le sud de la Francia pendant qu'au nord régissaient des règles d'inspiration germanique.

¹⁷⁰ Institue l'élection des conseils municipaux par les citoyens qui supportaient les impôts les plus importants et la désignation du maire en son sein par le préfet ou le gouvernement selon la population de la commune.

¹⁷¹ Distingue entre les fonctions délibératives et les fonctions exécutives au sein de l'assemblée départementale.

¹⁷² Ces deux lois précisent et amplifient le champ des compétences des assemblées territoriales (conseils municipaux et généraux). La loi de 1837 reconnaît la personnalité civile de la commune dont le maire est à la fois le représentant de l'Etat et l'exécutif du conseil municipal. La loi de 1838 opère implicitement la même reconnaissance au profit des départements (possibilité d'ester en justice, propriété sur ses biens). Les assemblées communales et départementales sont compétentes pour prendre des décisions exécutoires.

¹⁷³ Voir sur cette période : MESTRE, J.L. « Historique des collectivités locales: L'apogée de la centralisation et sa remise en cause (1800-1870) », en *Encyclopédie Dalloz des collectivités locales*, n°18.3 fasc. p. 24-1. F. FERAL parle même de « collectivités déconcentrées, lorsque l'on analyse le statut des communes et des départements jusqu'en 1871 et 1884. » FERAL F., *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative. L'appareil d'État face à la société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 245.

¹⁷⁴ La loi du 10 août 1871 organise l'élection au suffrage universel du conseil général. S'il peut désormais adopter des décisions sans l'approbation préalable du préfet, ce dernier reste l'unique autorité exécutive du département.

tôt¹⁷⁵ : sa plus grande autonomie résultât de ce que son organe collégial élu, le conseil municipal, eût dès 1884 le droit d'adopter les décisions les plus importantes et d'élire en son sein l'exécutif de la collectivité, le maire. La loi de 1884 affirma dans son fameux article 61: « Le conseil municipal règle, par ses délibérations, les affaires de la commune »¹⁷⁶, fondant ainsi ce qui allait se convertir en ce que la doctrine a appelé la "clause générale de compétence". Cependant, qu'il s'agisse des communes ou des départements, l'État, par le biais de ses préfets et sous-préfets, continua d'exercer un contrôle strict sur les décisions des organes élus¹⁷⁷.

F.-P. BÉNOIT estime que « c'est précisément sur ce plan précis des pouvoirs de décision et de gestion –et non sur celui de l'objet de compétences- que va se développer progressivement, de l'an VIII à 1982, ce que nous appelons la « décentralisation » »¹⁷⁸. C'est-à-dire une décentralisation des autorités, et non des compétences, qui s'est traduit par une précision et un allègement progressif des règles de tutelle du pouvoir central sur les collectivités territoriales. Si l'affirmation est un peu rapide dans ce sens que l'on ne peut dissocier organes et fonctions¹⁷⁹, il est vrai que la France ne fit pas de changements majeurs dans l'ordre des compétences matérielles jusqu'en 1982, quand une grande partie des démocraties européennes voisines avaient déjà décentralisé leur administration territoriale.

L'histoire de la décentralisation au Chili est semblable¹⁸⁰:

¹⁷⁵ Même si les communes existaient avant l'État moderne et, à la fin du haut Moyen-âge, elles disposent d'une autonomie qu'elles ne recouvreront plus. Cf. PETIT-DUTAILLIS, Ch., *Les Communes françaises, caractères et évolution des origines au XVIIIe siècle*, Paris, A. Michel, 1947 ; LUCHAIRE, A., *Les communes françaises à l'époque des capétiens directs*. Paris, Hachette & Cie, 1890, 294 p.

¹⁷⁶ Commune et département acquièrent ainsi le statut de collectivité territoriale. La loi du 22 mars 1890 crée le syndicat de communes, établissement public doté d'un minimum d'autonomie, chargé de gérer les services publics intercommunaux.

¹⁷⁷ À ce titre, F. FERAL écrit : « Quant au procédé de l'élection des conseils consultatifs, il n'est qu'un « moyen de désigner les agents publics » selon les conceptions des constitutions révolutionnaires. On voit bien au total que, quoique titulaires de la personnalité morale, les collectivités n'en sont pas moins pour l'essentiel un rouage de l'administration centrale. En fait, la commune et le département s'intègrent dans une administration territoriale déconcentrée, pour en constituer un des éléments d'intervention. » FERAL F., *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative. L'appareil d'État face à la société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 245

¹⁷⁸ BÉNOIT, F.-P., « L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 26

¹⁷⁹ Des organes qui n'auraient pas de compétences à exercer n'a pas plus de sens que des compétences sans organes pour les exercer.

¹⁸⁰ Voir pour un résumé: HERNÁNDEZ O., L., "La Descentralización en el Ordenamiento Constitucional Chileno", *RCD*, Vol. 20, Santiago 1993, pp. 535-555. Où l'auteur présente une synthèse des principaux traits

Des auteurs comme G. SALAZAR¹⁸¹ distinguent une crise politique du système (centraliste) colonial et postcolonial - de 1808 à 1829 à peu près - marquée par le vote du Congrès de 1826 de huit lois relatives à l'implantation du système fédéral au Chili. Il faut rappeler que la première, qui fut approuvée à la quasi-unanimité déclarait: "La République du Chili se constitue en système fédéral",¹⁸² et le pays se divisera en huit provinces.¹⁸³ La Loi du 26 juillet 1826 prévoyait que les *Cabildos* convoqueraient à élection populaire les postes de Gouverneurs, et décida de la création des Assemblées Provinciales, composées de députés élus tous les deux ans.¹⁸⁴ Ces assemblées étaient dotées de compétences législatives et administratives qui leur permettaient, entre autres, de nommer les juges, d'établir et lever l'impôt, d'organiser des milices et de créer des municipalités.

Après l'échec de cet essai fédéraliste, la Constitution d'orientation libérale de 1828, inspirée des Constitutions françaises de 1791 et 1793 et de la Constitution espagnole de 1812, et dont le rédacteur principal fut José J. de MORA, chercha à diminuer le pouvoir du Président de la République octroyant aux provinces une ample autonomie, mais à partir de 1829-30 les pouvoirs – au nom de la lutte contre l'état d'anarchie et de désorganisation dans lequel vivait le pays - se concentrèrent pour renforcer le pouvoir central et affaiblir l'autonomie territoriale. La Constitution chilienne de 1833, qui régira cette fois le pays pour plusieurs décennies, garantit un gouvernement fort, centralisateur et fondé principalement sur la figure du Président de la République.

En 1854 fût promulguée la première Loi Organique des Municipalités¹⁸⁵, mais celle-ci renforça la centralisation en subordonnant les corporations municipales à l'autorité des gouverneurs et intendants. Par la suite, et malgré la défaite militaire et politique de l' "insurrection des provinces" en 1851-58 et 1859 par le "Gouvernement de l'Ordre" du Président M. MONTT (et du General M. BULNES), le thème de la "décentralisation de

juridico-institutionnels des processus de décentralisation de l'État chilien au travers de ses différentes Constitutions.

¹⁸¹ SALAZAR, G., "El Municipio Cercenado" (La lucha por la autonomía de la asociación municipal en Chile, 1914-1973) en SALAZAR, G. y BENÍTEZ, J. (Compiladores), *Autonomía, espacio y gestión. El municipio cercenado*. Santiago, LOM. Universidad Arcis, 1998, particulièrement pp.5-16

¹⁸² Ley de 14 de julio de 1826. Voir sur ce point, L. VALENCIA A., *Anales de la República*, Imprenta Universitaria, Santiago 1951, Tomo I, p. 210.

¹⁸³ Ley de 30 de agosto de 1826. Il s'agissait des Provinces de Coquimbo, Aconcagua, Santiago, Colchagua, Maule, Concepción, Valdivia et Chiloé.

¹⁸⁴ Ley de 30 de agosto de 1826.

¹⁸⁵ ILLANES, M. A., "El proyecto comunal en Chile", *Historia* 27 (1993)

l'État" s'installa dans le débat politique entre 1860 et 1925. G. SALAZAR porte un regard très critique sur la loi de 1854 comme sur la Loi de la Commune Autonome de 1891¹⁸⁶.

En ce qui concerne la première, il estime qu'elle "maintint dans le texte légal la quasi-totalité des facultés et attributions du vieux *cabildo* colonial (éducation, santé, police, développement, travaux publics, etc.), mais, en même temps, elle annulait son autonomie (les maires passèrent dans tous les domaines sous la houlette de l'Intendant, nommé par le Président, qui de plus contrôlait les élections) et réduisit ses ressources fiscales et économiques à un point tel qu'elle annulait également sa capacité opérationnelle."¹⁸⁷ Quant à la seconde, il reconnaît qu'elle fût "sans doute, la plus osée et la plus démocratique des lois municipales chiliennes"¹⁸⁸ puisque qu'elle concédait aux communautés locales une grande autonomie politique, non seulement pour désigner leurs autorités mais également pour décider de leurs programmes de régulation, d'inversion et de développement. Mais, il affirme également qu'elle "constitua la pierre angulaire du parlementarisme anti-démocratique et néo-centraliste" qui permit à l'État d'absorber l'émergence de la Société Civile de la fin du XIX^{ème} siècle. Les essais postérieurs de 1908¹⁸⁹ jusqu'à 1924¹⁹⁰, en passant par le mouvement de 1914¹⁹¹, ne réussirent pas à se consolider et il en fut de même

¹⁸⁶ Son promoteur, Manuel José IRARRAZABAL y LARRAIN, impressionné par le fonctionnement des Municipalités en Europe, plaida l'impérieuse nécessité de créer une "commune autonome", projet dont la discussion commença devant le Congrès en 1888. La loi, dont le véritable nom était Organisation et Attributions des Municipalités", insistait sur la nécessité de constituer les municipalités sur une base autonome et indépendante. Le texte divisait le pays en 267 communes faisant reposer sur des Assemblées Electorales l'élection d'Assemblées municipales qui devaient, entre autres facultés, approuver le budget et décider des investissements, ventes et/ou affectations des biens immobiliers de la commune (*enajenaciones*) et des impôts.

On peut également signaler la Loi des Municipalités de 1887. Cette loi sépara les fonctions locales des générales, assigna au maire des attributions privatives au détriment du gouverneur, bien que ce dernier continuât à être le président de la municipalité. Il était expressément précisé que "la municipalité fonctionnera sous la présidence du gouverneur ou du subdélégué respectif (...) Le gouverneur ou subdélégué pourra prendre part [aux débats] à la municipalité mais ne pourra pas voter" (Art. n°16, Ley de Municipalidades de 12 septembre de 1887). Avec cette initiative, on donnait d'amples attributions aux entités municipales, en établissant leur responsabilité directe dans tous les domaines relatifs au développement global communal, mais les limitations financières qui affectaient la majorité des communes rendirent cet essai illusoire.

¹⁸⁷ SALAZAR, G., "El Municipio Cercenado" op. cit. p. 12.

¹⁸⁸ SALAZAR, G., "El Municipio Cercenado" op. cit. p. 17.

¹⁸⁹ Création le 5 juin de cette année de la *Junta de Reforma Municipal*.

¹⁹⁰ Une Junte militaire assumait le pouvoir en 1924, abrogea par le Décret-loi n°13, la LOCMU du 28 janvier 1915 et ordonna de dissoudre les organes des principales municipalités du pays. Elle nomma, en remplacement, des Intendants Municipaux (au lieu des Maires) et des Assemblées de voisins (*Juntas de Vecinos* au lieu des *Regidores*) par désignation ministérielle expresse, instaurant une double tutelle juridique et économique.

¹⁹¹ Fondation du Conseil Permanent de Gouvernement Local qui succéda à la *Junta de Reforma Municipal*. Le Premier Congrès de Gouvernement Local eût lieu les 13, 14 et 15 septembre 1914 à Santiago.

après 1932¹⁹², malgré la nouvelle Loi Organique des Municipalités de 1934¹⁹³, par l'acceptation de la doctrine municipale établie par Carlos IBAÑEZ DEL CAMPO. A cette époque du néo-centralisme (1932-1942), succèdera l'apogée du centralisme démocratique (1942-1973).

S'agissant de la constitution de 1925¹⁹⁴, si les constituants montrèrent une claire tendance à rechercher des mécanismes qui libèreraient le pays d'un centralisme excessif, en revanche ils se montrèrent méfiants quant à la création d'entités locales dotées d'attributions propres. Malgré leur désir de décentraliser, ils n'avaient pas, selon BULNES de GRANIER, une conception claire du chemin à suivre.¹⁹⁵ De fait, si la mesure phare de la Carte de 1925 en termes de décentralisation était la création d'Assemblées Provinciales, celles-ci ne virent jamais le jour car la loi organique prévue à cet effet ne fut jamais votée et resta ainsi une disposition programmatique.

§ 2. Du tournant des années 1970 à aujourd'hui

Au cours des 60 dernières années a été mise en œuvre une réorganisation administrative dans les deux pays. Ainsi, en France, de l'émergence juridique de la région. Les décrets du 14 mars 1964 créèrent 21 préfets de région qui présidaient les commissions de développement économique régional (CODER), instances consultatives composées de représentants des intérêts socioprofessionnels ou territoriales, chargées d'émettre des avis sur toutes les questions relatives au développement économique et à l'aménagement du territoire dans la circonscription régional. L'échec du référendum du 27 avril 1969 relatif à la réforme du Sénat et à la création des régions voulues par le Général de Gaulle, marque une pause dans le processus de décentralisation. Mais, rapidement, la loi du 5 juillet 1972 érige la région en établissement public, lui conférant ainsi la personnalité juridique et l'autonomie budgétaire. Les régions n'étaient pas encore des collectivités territoriales. Le

¹⁹² Retour aux gouvernements démocratiques.

¹⁹³ Si la loi 5357 des Municipalités rétablit l'origine électorale des organes de celles-ci et accorda le vote aux femmes et aux étrangers, elle maintint en même temps la désignation des maires des villes de plus de 100.000 habitants par le Gouvernement central et la détermination de leurs attributions par le Département des Municipalités du Ministère de l'Intérieur.

¹⁹⁴ Sur cette période, voir: CARRASCO D., S., "Iniciativas sobre descentralización y regionalización durante el periodo de vigencia de la Constitución política de 1925", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24 n°, pp. 321-335 (1997)

¹⁹⁵ BULNES de G., L., "la regionalización y sus antecedentes jurídicos, in BULNES, L.; ERRÁZURIZ, M.; GODOY, H.; VARAS, J. I. y VILLALOBOS, S.; *La Regionalización*, 1998.

conseil régional était composé des députés et sénateurs élus de la région, de représentants des conseils généraux, des communes de 30.000 habitants et des communautés urbaines.

A cette époque au Chili, la dictature, par les Décrets Lois (Decreto Ley – DL)¹⁹⁶ n° 573 de 1974 n° 1289 de 1976, réorganisa territorialement le pays créant 13 régions et 51 provinces¹⁹⁷. Il est difficile de ne pas voir le parallèle entre les infrastructures régionales chiliennes et françaises de l'époque, surtout en ce qui concerne leur organisation interne et corporatiste¹⁹⁸, avec toutes les nuances nécessaires entre les deux expériences¹⁹⁹. Mais peu à peu, les deux modèles vont diverger (A). Avant qu'ils ne se rejoignent de nouveau avec le retour de la démocratie chilienne (B).

A. L'approfondissement de la décentralisation française à partir de 1982

La loi française du 31 décembre 1970 supprime l'approbation préalable du budget des communes par le préfet et réduit le nombre des délibérations des conseils municipaux

¹⁹⁶ Il convient de signaler dès à présent la différence entre les décrets ayant force de loi (decreto con fuerza de ley) et les décrets lois (decreto ley). Les premiers sont constitutionnels et correspondent aux anciens décrets lois français ou aux ordonnances de l'article 38 de l'actuelle constitution française alors que les seconds correspondent à des textes pris au cours de périodes exceptionnelles (ici dictature) et qui ont été conservé dans l'ordre juridique une fois le régime constitutionnel rétabli.

¹⁹⁷ L'affirmation suivante de VELIZ prend ici tout son sens: "algunos regímenes autoritarios que han decidido promover medidas de descentralización económica en espera de que éstas atraigan a los inversores privados, no tienen otra alternativa sino la ordenar sumariamente que tales medidas han de obedecerse, entregándose de esta manera a la última paradoja de una descentralización bajo severo control central. Los requisitos formales de una economía de libre mercado se satisfacen ordenando a las unidades económicas que actúen libremente siempre que sus decisiones estén de acuerdo con las directrices gubernamentales. El poder central absoluto se ejerce absolutamente en nombre de teorías económicas liberales y de programas cuyos prerrequisitos previos son la diversidad de opciones y la libertad de acción." VÉLIZ, C., *La tradición centralista de América latina*, Barcelona: Ariel, 1984 (1a. ed. En castellano), p. 295.

¹⁹⁸ Sur ce point, on peut consulter une synthèse historique dans FERRADA B., J. C., "El Estado regional chileno: un modelo de descentralización administrativa sin participación política", *RIAP*, ISSN 1139-3750, n° 6, 2001, p. 207. También HERNÁNDEZ O., L., "La Descentralización en el Ordenamiento Constitucional Chileno", *RCD*, Vol. 20, Santiago 1993., p. 542.

¹⁹⁹ Les COREDE (Conseils Régionaux de Développement) et les CODECO (Conseils de Développement Communal) furent conçus comme des structures corporatives, avec une représentation "classiste", forte présence des Forces Armées et une représentation majoritaire du secteur privé. Ils étaient composés de l'intendant régional; des gouverneurs provinciaux; de deux représentants des municipalités de la région, désignés par les maires; d'un représentant du Ministère de la Défense Nationale; du Directeur régional de la Corporación de Fomento de la Producción; de trois représentants du patronat (sector empresarial privado de la región); de trois représentants des travailleurs (sector laboral de la región); de deux représentants de la Confederación de Colegios Profesionales de Chile o de los Colegios Profesionales, au cas ou la Confederación n'eût pas de représentant dans la région; de deux représentants des coopératives de la région; et d'un représentant des banques privées de la région. BOISSIER affirme que "ces Conseils avaient été copiés de leurs homologues français" ("estos Consejos habían sido copiados de los respectivos organismos franceses"). BOISSIER, E., S., "Chile: la experiencia regionalista del gobierno militar", *Estudios Sociales*, 104 (trimestre 2), 2000, CPU P. 60; voir également: FERNÁNDEZ, J., "Análisis de los principios contenidos en el decreto ley N° 575 sobre regionalización del país", *RCD*, Vol. 1, 1974, pp. 675-676.

soumises à ladite approbation. La loi du 31 décembre 1975 définit le statut de la ville de Paris qui devient une commune de plein exercice, avec un maire élu disposant de la majorité des prérogatives des maires des autres communes. La loi du 3 janvier 1979 institue la dotation globale de fonctionnement (DGF) et, enfin, la loi du 10 janvier 1980 aménage la fiscalité directe locale et permet aux conseils municipaux et généraux de voter directement les taux des impôts locaux quand ils ne pouvaient antérieurement décider que sur leurs produits.

Finalement, il se produisit une différenciation politico-administrative du modèle français à partir de 1982. Les grandes lois de décentralisation en France (1982-1983) permirent: une redéfinition des droits et libertés des collectivités territoriales moyennant la transformation du contrôle de leurs actes par l'État; transferts massifs de compétences et de moyens financiers de l'État vers ceux-ci; la reconnaissance de leur rôle économique; l'installation de nouveaux instruments budgétaires, l'application de nouveaux statuts pour les élus et les fonctionnaires locaux. L'importance du processus décentralisateur est indéniable²⁰⁰ après près de deux siècles de centralisation, et il est encore et toujours en révision.

Avec l'«Acte II de la décentralisation» issu de la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, la décentralisation a pris les accents d'une « recherche de l'efficacité ainsi que de la rentabilité » avec l'introduction de nouvelles notions comme l'expérimentation, la subsidiarité et la collectivité chef de file qui « montrent que la norme contractuelle est en passe de devenir la norme de référence dans les rapports des collectivités territoriales entre elles, ainsi qu'avec l'État. »²⁰¹ Quant à la clause générale de compétence, sa suppression

²⁰⁰ « Quatre axes animent cette construction législative et l'inscrivent clairement dans le modèle théorique de la décentralisation et la pratique des autres états « décentralisés » ; la création d'une nouvelle collectivité territoriale, la région. La généralisation de l'élection par les assemblées locales (toutes élues désormais au suffrage universel direct) des exécutifs des collectivités territoriales ; la suppression de la tutelle administrative exercée a priori par l'autorité de l'Etat et portant sur l'opportunité des décisions locales aussi bien que sur leur légalité ; un important transfert de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales ». GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, PH. (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, T. 1, 2011, p. 279.

²⁰¹ BARELLA, X., *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 33. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a validé en grande partie la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales qui conforte ce mouvement. CC, Déc. n° 2010-618 DC. Voir également la loi MAPTAM du 27 janvier 2014.

fait débat en doctrine, même après la décision du Conseil constitutionnel de 2010.²⁰² Il ne faut pas non plus oublier tout le volet relatif à la mutualisation des services et de mise à disposition, pour éviter les enchevêtrements de compétences et le recours aux financements croisés.²⁰³

Au moment où nous écrivons ces lignes, après la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles dite loi MAPTAM²⁰⁴, le nouveau Premier ministre a annoncé en bloc la fusion volontaire ou réduction par la loi du nombre de région par deux à l'horizon 2017, et la suppression des départements. Quant aux errances et contradictions des gouvernements – pourtant de la même majorité - relatives à la clause générale de compétence, elles continuent puisqu'il a annoncé sa suppression pour les régions et départements alors que son prédécesseur l'avait rétabli par ladite loi MAPTAM.

B. Le rattrapage démocratique de la décentralisation chilienne

Le processus contemporain de décentralisation de l'État au Chili commence, comme on l'a vu et selon les rapports de la SUBDERE, en 1974. Les réformes de la période 1973-1989 définissent l'actuelle division politico-administrative du pays et implante une importante innovation en matière d'attention primaire de santé et d'éducation publique primaire et secondaire.²⁰⁵ À partir des années 90, les efforts se concentrent sur la génération d'espaces de décentralisation politique, sur l'injection de nouvelles ressources aux niveaux déconcentrés de l'appareil d'État, et sur la dotation d'institutions et d'attributions adéquates

²⁰² La commune serait dans le futur l'unique échelon territorial à bénéficier de la compétence générale qui serait donc supprimée pour les départements et les régions, sous réserve de la lecture qui peut être faite de la décision 2010-618 DC. Sur l'ensemble de la réforme, on peut consulter: VERPEAUX M., "Les ambiguïtés entretenues du droit constitutionnel des collectivités territoriales", *AJDA*, 2011, n°2, p. 99-106; BOUSTA R., "Les sages choisissent la prudence", *Les petites affiches*, 2011, n°14, p. 5-8 ; MARCOU, G., "Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales", *AJDA*, 2011, n° 3, p. 129; ROUAULT M.-Ch., "La loi de réforme des collectivités territoriales au crible du Conseil constitutionnel", *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2011, n° 2, p. 16-22; PONTIER J.-M., "Requiem pour une clause générale de compétence", *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2011, n° 2, p. 47-55.

²⁰³ L'article 75 de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales (JORF n°0292 du 17 décembre 2010 page 22146 texte n° 1) a créé les schémas d'organisation des compétences et de mutualisation des services entre la région et le département. Cf., BARELLA, X., *op. cit* p. 33.

²⁰⁴ JORF n°0023 du 28 janvier 2014 page 1562 texte n° 3 . Nous n'entrons pas ici dans les détails de cette loi qui est bien sûr étudiée tout au long de ce travail. On peut la consulter sur le site : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028526298&dateTexte=&categorieLi en=id>

²⁰⁵ Decreto Ley n° 573 de 1974 y Decreto Ley n° 1289 de 1976, Ley N° 18.695.

au niveau régional. Les mesures en faveur de l'autonomie des entités territoriales s'inscrivent dans une tentative de tourner la page de la dictature pinochétiste. Il convient de rappeler que les élections municipales avaient été supprimées pour les grandes villes et les maires nommés directement par la junte militaire. Une des avancées les plus importantes est, sans nul doute, le processus de démocratisation qui commença formellement en 1992²⁰⁶, avec l'élection des maires et des conseillers municipaux au suffrage universel.

Postérieurement, est établi un nouveau mécanisme pour les élections municipales, conduisant –pour l'essentiel–, à l'élection directe du maire, avec un système électoral municipal qui prévoit, expressément, des élections séparées pour les postes de maire et conseillers.²⁰⁷ Pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle chilienne, la Municipalité est une Corporation de Droit Public dotée d'autonomie administrative, de la personnalité juridique et d'un patrimoine propre. Son objet est de promouvoir le développement économique, social et culturel de la commune ou regroupement de communes. Les premières élections municipales eurent lieu le 28 juin 1992.

La réforme constitutionnelle de novembre 1991 (Loi n° 19.097) correspond quant à elle à un moment clé en matière de décentralisation régionale. En 2005, à la suite de la réforme constitutionnelle la plus importante depuis le retour de la démocratie, la loi organique constitutionnelle n° 19.175, créa deux conseils, un régional et un provincial. Le premier, présidé par l'intendant et composé d'autres membres élus - à l'époque - par les conseillers de chaque commune²⁰⁸, compose, avec l'intendant, le gouvernement régional et a pour finalité de rendre effective la participation citoyenne, étant pour cela investi de facultés normatives, résolutive, d'inspection et de contrôle²⁰⁹. Le Conseil Provincial, pour sa part, présidé par le Gouverneur et intégré par 24 membres désignés par des organisations sociales de la province, a des attributions essentiellement consultatives. Selon la majorité de la doctrine, la réforme de 2005, “en ce qui concerne l'alternative entre centralisme politique et une vraie régionalisation, entendue comme l'épanouissement des autonomies régionales, reflète en définitive le manque de volonté politique de nos autorités d'ouvrir les espaces de

²⁰⁶ Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

²⁰⁷ On peut peut-être voir en ceci la reproduction du système présidentiel national au niveau municipal. Cf. chap. 3.

²⁰⁸ Arts. 29 y 30. Le système électoral est précisé par la même loi dans ses articles 82 et s. La réforme constitutionnelle de 2009 a instauré l'élection au suffrage universel des conseillers régionaux.

²⁰⁹ Art. 28.

liberté nécessaires.»²¹⁰ Plus encore, «ce qui a triomphé c'est la vision de la région et de la régionalisation comme un processus administratif imprécis sans modèle ou point final auquel il prétendrait parvenir, même avec une emphase essentiellement économique, dans lequel les régions assumerait leur auto administration et leur gouvernement, déterminant leurs propres autorités du Gouvernement Régional au travers d'élections démocratiques, comme cela se passe en France ou au Portugal, sans que cela n'implique aucune dénaturalisation ni affaiblissement de l'État unitaire. Dans le fond, il n'y a pas eu de volonté politique de doter les régions d'autogouvernement ni de séparer les fonctions de gouvernement intérieur de celles d'administration supérieure des régions.»²¹¹

De la même manière qu'en France, le processus se poursuit et la dernière grande réforme constitutionnelle concerne l'élection au suffrage universel des conseillers régionaux (CORE)²¹² et la création d'un Président du Conseil régional élu par ceux-ci (113 al. 5 CPR)²¹³.

La véritable décentralisation régionale chilienne intervient au niveau du "Gouvernement Régional" qui est en charge de l'administration supérieure de la région. A la différence d'autres pays connaissant une décentralisation plus poussée, comme c'est le

²¹⁰ QUINTANA B., A., "Reforma a las bases de la institucionalidad: Entre lo superfluo, el contrabando y la inocencia", *Revista de Derecho Público*, vol. 68, 2006, p. 162.

²¹¹ NOGUEIRA A., H., "El regimen juridico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile", in *La organización política del territorio en América y España : federalismo e integración*; Jorge O. Bercholz Director ; Autores João Alves (Filho) ... [et al.] 1a. ed. : marzo 2008. Congreso Internacional sobre Organización Política del Territorio, Federalismo e Integración (2008 : Buenos Aires, Argentina): [Ciudad de Buenos Aires] : Lajouane, [2008], p. 207. J. TAPIA V. est plus dur encore, puisqu'il parle d'un triomphe du centralisme: "la regionalización, que en esencia es un concepto técnico de orden jurídico-político idealmente coincidente con una determinada realidad territorial, histórica y antropológica cultural, resulta rechazada por una mayoría parlamentaria y por el gobierno, cuyo discurso oficial pro descentralización es desmentido, no en los hechos" TAPIA V., J., "Las reformas constitucionales de 2005, un triunfo del centralismo", en NOGUEIRA A. H., *La Constitución Reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Santiago, Librotecnia, 2005, p. 45

²¹² La difficile et très lente acceptation de l'élection des CORE n'est pas sans rappeler la peur de l' «anarchie généralisée» que susciterait la transposition du principe électif dans l'ordre administratif. DUBOIS, J.-P., « Décentralisation, idée révolutionnaire ? », in MOREAU J. et VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789. Actes du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989*, Paris : Economica, p. 17

²¹³ Ley n° 20.390 -reforma constitucional regional- promulgada el 16/10/2009. Voir le site :www.bcn.cl. Diario oficial de la republica de chile n° 39.497, 28 de Octubre de 2009 (16871) p. 3

cas pour la France, la personnalité juridique correspond au gouvernement régional et non à la région.²¹⁴

Deux projets de lois organiques en matière de décentralisation ont été envoyés le 12 septembre 2011 au Congrès par l'exécutif. Le premier propose le transfert de nouvelles compétences depuis le niveau central et les services déconcentrés régionaux (los *servicios públicos*) aux Gouvernements Régionaux²¹⁵.²¹⁶ Le second a fait l'objet d'une loi promulguée le 14 décembre 2012 qui a permis la première élection au suffrage universel des conseillers régionaux le 17 novembre 2013, alignant ainsi la date sur la dernière élection présidentielle.²¹⁷

Les motifs du premier projet de loi (le message présidentiel) *relatif au renforcement de la régionalisation du pays*²¹⁸ signale que "les deux projets de loi ont pour but d'atteindre et réaliser l'aspiration à une effective et réelle décentralisation, en dotant les régions d'organes représentatifs et d'attributions suffisantes pour qu'elles soient les principaux facteurs du développement et de la planification de leur territoire, répondant ainsi aux réalités et aspirations des habitants des différentes régions du pays". Ce projet cherche à donner plus de compétences aux régions, ce qui, associé à l'élection directe des conseillers régionaux et à l'élection parmi eux du Président du Conseil Régional, signifierait une grande réforme en matière de décentralisation du pays.

Par ailleurs, le 4 février 2011, a été promulguée la loi N° 20.500, sur les Associations et la Participation Citoyenne à la Gestion Publique. La loi introduit le principe de participation citoyenne à la gestion publique dans la loi N° 18.575 organique constitutionnelle de Bases Générales de l'Administration de l'État (LOCBGAE dans la suite du texte) et un titre spécial qui concrétise les formes de participation au sein des organes de l'État. Ensuite, la loi N° 20.527²¹⁹, met en œuvre les mesures liées aux

²¹⁴ Effectivement, ceux-ci sont des "órganos con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, encargados de la administración superior de cada región y cuya finalidad será el desarrollo social, cultural y económico de la misma (art. 111 CPR).

²¹⁵ Boletín 7923-06, voir : <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>

²¹⁶ Sans entrer dans les détails, le système est censé permettre un équilibre proportionnel des territoires et du nombre d'habitants, établissant en principe, les provinces comme division électorale.

²¹⁷ Ley n°. 20.644, article unique.

²¹⁸ Boletín 7963-06: voir : http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8381&prmBL=7963-06 (Junio, 2012)

²¹⁹ Ley núm. 20.527 qui modifie la LOCMU n° 18.695, et régule las Asociaciones Municipales, promulguée le 12. 08. 2011 et publiée le 06. 09.2011.

Associations Municipales modifiant le titre VI de la LOCMU relatif aux corporations, fondations (et désormais associations) municipales en application de l'article 123 de la Constitution²²⁰. Cette loi permet à ces associations municipales d'avoir la personnalité juridique et un patrimoine propre, générer des alliances et former des regroupements qui leurs permettent de gérer et travailler des intérêts et objectifs communs. Postuler à des appels de fonds pour obtenir des ressources pour la santé, l'éducation et des infrastructures sont les principales raisons qui les amèneraient à se regrouper.

Le 1^{er} avril 2014, la LOCMU a été de nouveau modifiée dans le sens de renforcer le rôle d'enquête du conseil municipal, la transparence et la probité au sein des municipalités et autres points d'ordre financier et relatifs au personnel.²²¹

Enfin, le 14 juin 2014, est intervenue la loi n° 20757 qui définit les attributions du Président du conseil régional. Celles-ci²²² consistent à présider les sessions et diriger les débats; exercer le droit de vote décisif en cas d'égalité des suffrages; représenter protocolairement le conseil, maintenir l'ordre des sessions, approuver les actes de sessions du conseil, entre autres. Comme on pourra l'apprécier, les modifications apportées ne lui transfèrent pas les attributions de l'Intendant. En conséquence, celui-ci garde ses compétences en matière d'initiative des plans, programmes et projets qui sont présentés au conseil régional, et particulièrement tout ce qui a trait au Fond de Développement Régional. En définitive, *quid* de cette réforme? On ne sait pas s'il faut considérer le futur Président du conseil régional réellement comme un troisième organe, aux côtés de l'Intendant et du Gouvernement Régional, ou comme un caprice du constituant mis en œuvre par le législateur. En quoi consistera cette nouveauté si les initiatives et l'exécution des actes du Gouvernement Régional restent entre les mains de l'Intendant? Un titre honorifique de plus? Il est vrai que l'idée de disparition de l'Intendant²²³ comme chef du

²²⁰ Celui-ci dispose que "La ley establecerá fórmulas de coordinación para la administración de todos o algunos de los municipios, con respecto a los problemas que les sean comunes, así como entre los municipios y los demás servicios públicos".

²²¹ Ley n° 20742 du 01-04-2014 *que perfecciona el rol fiscalizador del concejo; fortalece la transparencia y probidad en las municipalidades; crea cargos y modifica normas sobre personal y finanzas municipales.*

²²² Nouvel art. 30 ter de la LOCGAR

²²³ Sur la totale inadéquation de l'institution de l'Intendant dans sa forme actuelle, voir par exemple OELCKERS C., O., "Descentralización administrativa y regionalización", *RCD*, Vol. 24 n°, pp. 353-367 (1997), part. p. 356 où l'auteur constate "le paradoxe que, l'intendant, de confiance exclusive du Président de la République et soumis hiérarchiquement à lui soit, en plus, l'organe exécutif du gouvernement régional."

Gouvernement régional pour faire de lui un Préfet à la française continue de faire son chemin, mais combien de temps sera-t-il encore nécessaire?

L'histoire de la décentralisation étant le fruit des conceptions politiques, son évolution trouve ses fondements dans les discours politiques et leur mise en œuvre.

Section 2. Discours et pratiques politiques de la décentralisation

On peut dire avec F. FÉRAL que la décentralisation est un « système d'administration »²²⁴, qui consiste dans l'exercice de compétences propres par des institutions locales ; c'est ensuite le *mouvement* même de transfert de compétences opéré par l'État dans le cadre d'une politique d'administration ; c'est enfin une *aspiration* politique qui se développe en opposition au pouvoir central, et en synergie avec lui »²²⁵
Cette approche a un double mérite.

D'abord, ce système d'administration est un *modèle d'action*, ce qui permet de le distinguer des *types d'administration*, qui sont des modèles d'organisation politique. Ainsi, selon F. FÉRAL il faut compter sur deux types d'administration, le type « sociétal » et le type « étatiste » d'administration, dans lesquels s'inscrivent les grands systèmes d'administration ou modèles d'action que nous connaissons, la décentralisation appartenant au type sociétal.

Ensuite, elle a le mérite de pointer du doigt le fait que la définition de la décentralisation « est souvent complétée, voire confondue, avec une définition politique. La décentralisation et la centralisation sont en effet l'objet d'un débat politique sur les thèmes de la souveraineté, de la démocratie, et de l'unité nationale. Centralisation et décentralisation sont donc à la fois des modèles d'action de l'administration et des modèles politiques d'organisation du pouvoir. »²²⁶

Les discours et pratiques politiques à l'égard de la décentralisation sont le reflet des tensions politiques entre types d'administration : Ils traduisent une double évolution dont certaines caractéristiques se superposent : d'une part, la chute de la toute-puissance de la loi

²²⁴ Pour F. FÉRAL, un *système d'administration* est, « l'ensemble des procédés administratifs constituant un modèle d'action administratif » FÉRAL, F., *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative. L'appareil d'État face à la société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 114 et 115 respectivement.

²²⁵ FÉRAL, p. 237.

²²⁶ FÉRAL, p. 116. C'est moi qui souligne.

et de l'interventionnisme étatique au profit de l'avènement des idées liées au libéralisme politique a progressivement associé décentralisation et démocratie (§ 1). D'autre part, depuis les années 1970, les mutations liées au libéralisme économique – la mondialisation néolibérale– associées au libéralisme politique ont fait surgir de nouvelles logiques d'administration du territoire (§ 2).

§ 1. Décentralisation et Démocratie

En moins de deux siècles, la figure de l'État unitaire symbole de progressisme a été dénigrée au profit celle de l'État décentralisé qui serait à son tour synonyme de liberté, d'égalité et presque même de fraternité.

La décentralisation aujourd'hui est régulièrement associée au système démocratique et aux libertés individuelles²²⁷ et est conçue comme nécessaire, tant pour les États unitaires que pour les États fédéraux. La décentralisation est présentée comme un corolaire de la démocratie²²⁸, car elle représenterait l'application des principes démocratiques dans l'ordre administratif, une "école de la démocratie".²²⁹ Il semble bien cependant qu'historiquement, démocratie et décentralisation ont eu des existences séparées, voire quasi antinomiques. Plus, elles résultent de logiques différentes puisque, en termes de processus, la démocratie se réclame d'une "logique de l'Absolu", alors que la décentralisation peut seulement se décliner sur le "mode du Relatif."²³⁰

La préoccupation pour ce type d'organisation politique, constitutionnelle et administrative n'est pas si récente. Ainsi, après que nombre d'auteurs français aient appuyé doctrinairement, et "exporté" l'État unitaire centralisé vers une grande partie du monde durant le XIX^{ème} siècle, les grands publicistes français du début du XX^{ème} siècle

²²⁷ Il n'en a pas toujours été. Ainsi, POSADA H., entre autres auteurs, a dénoncé le parallélisme supposé entre décentralisation et liberté: "La liberté ne consiste pas tant dans le droit d'élire ou d'être élu aux charges publiques" et la décentralisation "réduisant l'exercice de la liberté à l'acte formel de l'élection, a servi d'instrument à la tyrannie locale" POSADA H. « Administración », en SUÁREZ I., *Diccionario General de Política y Administración*, Madrid, 1968, pp. 113 y 114, cité par ARIÑO O., G., "Principios de descentralización y desconcentración.", op. cit., p. 13, nbp. 3.

²²⁸ Sur la filiation classique qui part de la surévaluation du principe électif comme critère déterminant de la décentralisation et partant de celle-ci comme la démocratie réalisée au niveau local, voir par exemple: MONCONDUIT, F., "Tocqueville: la décentralisation, impératif démocratique", rapport au Colloque dirigé par L. SFEZ, *L'objet local*, 1977, Ed. 10-18, p. 28 et s.

²²⁹ Pour reprendre une expression de ROLLAND qui parle de la "décentralisation-école de la démocratie". ROLLAND, L., « La démocratie et la décentralisation en France », extraits de « La cité moderne et les transformations du droit », *Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, n°4, p. 133.

²³⁰ REGOURD, S. « De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie », op. cit. p. 963.

n'hésitèrent pas à se prononcer en faveur de la décentralisation. Comme l'exprimait Maurice HAURIOU, "tant à cause de ses avantages politiques, qui sont primordiaux, comme en raison des avantages juridiques, la tendance décentralisatrice doit primer sur la tendance centralisatrice."²³¹ Mais le Doyen de Toulouse ne pensait peut-être pas en 1914 qu'il était possible d'aller beaucoup plus loin que ce qui avait été atteint à l'époque, car « une décentralisation plus grande ne pourrait être recherchée sauf à créer des régions territoriales regroupant des départements et reconstituer les provinces²³² de l'Ancien régime avec tous les problèmes inhérents à cette formule. Le futur, non seulement pour la France, mais également pour beaucoup d'autre pays, a démontré le contraire.

Comment expliquer cet apparent revirement politique et doctrinal? Peut-être, en premier lieu, est-il nécessaire de dire que les prétentions locales ne disparaissent jamais vraiment et que seul un Etat totalitaire peut (ou pourrait) maintenir un système absolument centralisé. Ensuite, il convient de rappeler que le premier tiers du XXème siècle a vu en France, la concrétisation d'une jurisprudence favorable au "socialisme municipal" qui, à côté des luttes contre le centralisme, proposa des solutions aux situations d'iniquités sociales, politiques et économiques locales qu'avait induite parfois la centralisation. À la même époque au Chili, eut lieu un mouvement politique et social qui allait donner jour à la *Junta de Reforma Municipal* et bientôt au Conseil Permanent du Gouvernement Local (*Consejo Permanente de Gobierno Local*). En troisième lieu, les deux tendances- centralisation y décentralisation- ont dominé alternativement, selon les époques et les régimes.

Remarquable est la contradiction entre le principe de liberté- toujours affirmé- et la réalité pratique. Pour des raisons politiques, financières, techniques, les libertés locales sont étroitement limitées. HAURIOU signalait déjà que les raisons de la décentralisation territoriale ne sont pas d'ordre administratif, mais d'essence constitutionnelle : "S'il ne s'agissait que du point de vue administratif, la centralisation assurerait au pays une administration plus habile, plus impartiale, plus intègre et plus économe que la

²³¹ HAURIOU, M.. *Précis de droit administratif et de droit public : a l'usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat -es-science politiques*. 8ème. Éd. Paris, Recueil Sirey, 1914, p. 144.

²³² HAURIOU, M.. *Précis de droit administratif et de droit public : a l'usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat -es-science politiques*. 8ème. Éd. Paris, Recueil Sirey, 1914, Idem., p. 145.

décentralisation. Mais les pays modernes n'ont pas besoin seulement d'une bonne administration, ils ont besoin aussi de liberté politique ».²³³

Ainsi, peut-être vaudrait-il mieux voir, derrière les relations entre décentralisation et démocratie, l'influence des écoles libérales du XIX^{ème} siècle. Le courant libéral – selon P. LEGENDRE²³⁴ – aurait connu deux phases principales dans ce domaine. Une première au XVIII^{ème} siècle, partisane de la centralisation et de l'uniformité administrative, et une seconde, à partir du règne de Louis-Philippe (1830) jusqu'au début du XX^{ème} siècle, qui - méfiante envers l'interventionnisme étatique - préconisa à son encontre, pour des raisons tant économiques que politiques ou sociales, des idées favorables à la décentralisation, instrument de limitation du pouvoir étatique et ferment des libertés individuelles. C'est à partir de ce moment, que l'évolution décisive vers la décentralisation se réalise parallèlement au développement des idées libérales.²³⁵

Selon TOCQUEVILLE: «C'est...dans la commune que réside la force des peuples libres. Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science; elles la mettent à la portée du peuple; elles lui en font goûter l'usage paisible et l'habituent à s'en servir. Sans institutions communales, une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n'a pas l'esprit de la liberté»²³⁶. Les écrits et l'influence de TOCQUEVILLE²³⁷ doivent se lire non tant comme un plaidoyer du fédéralisme applicable à la France, mais comme la nécessaire vivification d'une démocratie de proximité et pour cela, il peut être considéré comme un promoteur de la décentralisation administrative. Il ne préconisait pas un fédéralisme tel qu'il existe aux Etats-Unis, mais plutôt la suppression de

²³³ HAURIOU, M., *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 11^o éd., 1927, p. 86. Comme l'a relevé G. GUIHEUX, on peut juger de la réception permanente et renouvelée de la pensée d'HAURIOU à constater que le président de la commission des finances, de l'économie générale et du plan de l'Assemblée Nationale, P. MEHAIGNERIE, avait repris cette citation dans son avis relatif au projet de loi constitutionnelle adopté par le Sénat (n°369) relatif à l'organisation décentralisée de la République, le 13 novembre 2002, AN n° 377. GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et de Science politique de Rennes 18 et 19 novembre 2004, Bruylant Bruxelles – LGDJ Paris, 2006, Introduction, p. 6 note n° 9.

²³⁴ LEGENDRE, P. *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, Thémis 1968.

²³⁵ BODINEAU P. et VERPEAUX M.), *Histoire de la décentralisation*, Paris, PUF, col. Que sais-je?, 2^{ème} éd., 1997.

²³⁶ TOCQUEVILLE, A. (de), *De la démocratie en Amérique*, 1835, 1^{ère} Partie, chap. 5.

²³⁷ Pour une critique, par des recherches récentes, de la méthode historique utilisée par TOCQUEVILLE pour sa démonstration de la continuité de la décentralisation entre l'Ancien Régime et la Révolution, voir SOLEIL, S., « L'organisation de la France est décentralisée, variations autour d'un thème », in GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, op. cit. pp. 107-116, part. pp. 108-110 et la bibliographie citée en note de bas n° 2 de p. 108.

la tutelle du gouvernement central sur la gestion des affaires locales par les municipalités. Son diptyque fondamental²³⁸ s'articule autour de la *centralisation gouvernementale* [ou *politique* si l'on préfère], qu'il approuve pour être indispensable au fonctionnement de l'État, et la *centralisation administrative* qu'il rejette parce qu'elle emporte assistanat et désintérêt des affaires publiques, la perte de la responsabilité citoyenne au profit d'un "despotisme suave".

En 1976, dans le rapport "*Vivre ensemble*", O. GUICHARD, accusait le centralisme d'avoir bloqué le développement des responsabilités locales et décrivait trois facteurs qui avaient joué un rôle dans le sens de la centralisation: le goût du recours hiérarchique qui invite à toujours en appeler à l'autorité supérieure; le goût de l'égalité, qui se traduit en un dévoiement insensible de l'égalité vers l'égalitarisme et l'uniformité; et, enfin, le goût de la sécurité qui pousse à en appeler à l'État, jugé mieux à même que quiconque de l'assurer.

La décentralisation est bien une réaction contre une hyper centralisation du pouvoir menaçant les libertés. L'État unitaire républicain s'est construit sur les principes fondateurs de l'égalité des citoyens devant la loi et de l'indivisibilité du territoire, mais l'idée que ces principes exigeraient que les initiatives locales soient bridées semble appartenir au passé. L'impuissance de l'État a été régulièrement montrée du doigt car la centralisation n'a pas empêché que les inégalités et les disparités territoriales ne croissent. Ainsi, la décentralisation serait selon ses partisans un principe d'organisation administrative qui, sans questionner l'unité de la Nation, enrichirait la vie démocratique et promouvrait une application plus effective et moins abstraite du principe d'égalité, assurant un meilleur équilibre entre celui-ci (moins lié à l'idée d'uniformité) et le respect des libertés locales.

Au Chili, J. BORJA, par exemple, associe décentralisation et démocratisation en considérant la première "...comme le moyen adéquat pour promouvoir les socialisations politiques des classes populaires et le développement des libertés individuelles, ainsi que

²³⁸ GOUIRAND, P. *Tocqueville, une certaine vision de la démocratie*, Paris, L'Harmattan, 2005, p.119. Sur TOCQUEVILLE, on peut consulter également: TAUPIER, M., *La décentralisation dans l'oeuvre d'A. de Tocqueville*, 1977; JARDIN, A., "Tocqueville et la décentralisation", in *La décentralisation*. Colloque d'Aix-en-Provence, 1964, pp. 89 et s.

les transformations socio-économiques de tendance égalitaire²³⁹, à tel point que “la décentralisation, aujourd’hui, apparaît consubstantielle à la démocratie”.²⁴⁰ Il semblerait donc bien que les régimes politiques libéraux favorisent le développement de la décentralisation contrairement aux régimes autoritaires, centralisateurs qui préfèrent la déconcentration²⁴¹.

Il est cependant nécessaire de nuancer une telle assimilation de la décentralisation, de la démocratie et du développement d’une sphère publique plus consistante. Peut-être est-il plus raisonnable de constater ses fluctuations. Ainsi, comme l’a signalé J.-P. DUBOIS, « la Décentralisation, dans la France de la Révolution, fut historiquement une valeur contre-révolutionnaire. Dans celle du XIXe siècle, c’est une valeur libérale et antirépublicaine. Dans les années trente, c’est une valeur maurrassienne et antijacobine. Dans l’Europe de l’après-guerre, c’est, comme le fédéralisme, une valeur démocrate-chrétienne, le système communautaire et fédératif s’opposant en Allemagne fédérale au centralisme bismarckien ou nazi...et s’imposant au Royaume-Uni et, plus récemment, en Belgique, en Espagne et en Italie pour traduire l’éclatement de la « société civile » (éclatement religieux, linguistique, voire ethnique) jusque dans l’organisation administrative. »²⁴²

Comme l’avait affirmé en son temps EISENMANN, “contrairement à ce qu’affirmait Tocqueville, et qu’une cohorte de “suiveurs” politiques ou juristes ne cessent de répéter depuis lors, de manière beaucoup plus banale, il n’existe pas un lien nécessaire entre démocratie et décentralisation”²⁴³. D’une part, la décentralisation n’est pas nécessairement démocratique. Les organes locaux, jouissant d’une certaine indépendance, c’est-à-dire d’autonomie par rapport au “pouvoir central” peuvent, par exemple, être

²³⁹ BORJA, J. “Dimensiones teóricas, problemas y perspectivas de la descentralización del Estado”, in BORJA J. y otros. “Descentralización del Estado, movimientos sociales y gestión local”; ICI-FLACSO-CLACSO, Santiago, 1987, p. 24.

²⁴⁰ Ídem, p. 39.

²⁴¹ Nous pouvons observer que la France a connu une poussée décentralisatrice durant la période révolutionnaire, ensuite avec les lois de 1866 qui ont étendu les pouvoirs des entités territoriales, puis sous les III^a et IV^a Républiques qui élargirent les capacités d’interventions des communes et créèrent la notion de libre administration des collectivités territoriales. La notion fut consacrée par la Constitution de 1958 et constitue une des références fondamentales de la décentralisation française et ce qui caractérise le mieux la pensée libérale de prise en compte des libertés locales.

²⁴² DUBOIS, J.-P., « Décentralisation, idée révolutionnaire ? », en MOREAU, J. Et VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Acte du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris, Economica, 1990, p. 23.

²⁴³ EISENMANN, Ch., Intervention au Colloque dirigé par L. SFEZ, *L’objet local*, 1977, Ed. 10-18, p. 67

désignés par un collège aristocratique ou oligarchique, en tous cas pas au suffrage universel, c'est-à-dire démocratique.²⁴⁴

D'autre part, la démocratie est également compatible avec la centralisation administrative. «Un État pleinement centralisé, c'est-à-dire qui comporterait seulement des autorités et des organes centraux et des autorités et organes locaux (pour une circonscription déterminée) hiérarchiquement subordonnés aux premiers, peut être, nationalement, aussi démocratique qu'un État qui aurait une organisation décentralisée; il le sera si les titres et pouvoirs de ces autorités et organes ont une source démocratique: (...) qu'un pouvoir central démocratique "contrôle" toutes les autorités et tous les organes locaux (...) n'enlève rien au caractère démocratique de l'État considéré.»²⁴⁵

Comment ne pas rappeler que c'est la dictature chilienne elle-même qui a impulsé la décentralisation moderne du Chili et qui l'a développée à l'ombre du concept de « démocratie protégée » institutionnalisée par la Constitution de 1980. Dans le cadre d'un retour négocié à la démocratie, les opposants au régime du général Pinochet durent accepter l'imposition ou le maintien d'institutions autoritaires héritées de la dictature²⁴⁶ pour pouvoir (re)mettre en place et en mouvement des institutions propres à tout système démocratique.²⁴⁷ Ce concept de démocratie protégée fût consacré formellement par l'ancien article 8 de la Constitution qui consacrait une « démocratie » contraire au pluralisme politique²⁴⁸ et, sur le fond, par l'acceptation de deux éléments fondamentaux du régime militaire²⁴⁹: la Constitution octroyée de 1980 et le modèle économique néolibéral.

L'appui des différents gouvernements de la Concertation (1990-2010) à ces dispositions a permis le maintien de certains aspects institutionnels qui se reflètent en une vision plus libérale, managériale, patronale et autoritaire de la décentralisation - dans laquelle les priorités redistributives n'occupent plus le cœur du processus- qu'en une

²⁴⁴ Nous ne savons pas si Ch. EISENMANN connaissait le détail des réformes régionales de la dictature pinochétiste, mais nous voyons bien ici que son affirmation pouvait très bien s'appliquer à la réalité chilienne.

²⁴⁵ *Idem.*, p. 68.

²⁴⁶ Parmi celles-ci, on peut mentionner: (a) la permanence de Pinochet comme commandant en chef des forces armées entre 1990 y 1998 et son passage au statut de sénateur à vie jusqu'à la fin de la même année; (b) les sénateurs désignés; (c) le Consejo de Seguridad Nacional comme contrepoids aux autorités élus composé des quatre commandants en chef des forces armées, deux juges de la Cour Suprême, des ex-ministres et des ex-recteurs d'universités.

²⁴⁷ Liberté (surveillée) d'expression, lois électorales, partis politiques.

²⁴⁸ Et l'inscription également dans la Constitution des institutions citées précédemment.

²⁴⁹ Sur l'"architecte", l'idéologue du régime, on peut utilement consulter : CRISTI, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual*, 2ª edición, Santiago, Chile, LOM Ediciones, 2011.

approche démocratique, participative, égalitaire et finalement représentative des réalités et nécessités locales.

§ 2. L'influence des logiques de la mondialisation sur l'administration du territoire

Aujourd'hui, les concepts politiques de décentralisation et de démocratie libérale sont intimement associés et cette union permettrait de favoriser tous les citoyens grâce à un égal et meilleur accès aux processus de prise de décisions politiques. Mais, le libéralisme politique du XIX^{ème} siècle n'a que peu de choses à voir avec la forme néolibérale du capitalisme qui conduit à une reconnaissance de l'hétérogénéité; pour ne pas dire une atomisation des relations sociales. Les logiques à l'œuvre conduisent d'une part à une décentralisation fonctionnelle et déterritorialisation de l'action des entités territoriales (A), d'autre part à une «privatisation» des entités territoriales (B) et, enfin, à d'inévitables phénomènes de recentralisation (C).

A. Décentralisation fonctionnelle et déterritorialisation de l'action des entités territoriales

La logique décrite ici est celle d'une "déterritorialisation"²⁵⁰ de l'action des entités territoriales, dans le sens que celles-ci sont émancipées de leur cadre classique de communauté locale et de leur gestion de leur "intérêt local" *pour participer fonctionnellement au développement de politiques publiques nationales*²⁵¹. J.-A. MAZERES et S. REGOURD avaient déjà signalé, mais dans un cadre démocratique, qu'«une telle évolution peut, semble-t-il, être matérialisée, de plusieurs points de vue complémentaires ou consécutifs. Les missions mêmes confiées aux collectivités locales, et donc leurs domaines d'intervention, paraissent avoir été au moins partiellement réorientées, en particulier par les lois de décentralisation de 1982. La diversification des instruments juridiques de l'intervention locale s'est corollairement approfondie, entraînant notamment un certain nombre de mutations institutionnelles. Ces dernières ont, en particulier,

²⁵⁰ Voir DELEUZE, G. et GUATTARI, F., *L'Anti-Œdipe (Capitalisme et schizophrénie)*, Ed. Minuit, Coll. Critique, 1972 et *Mille Plateaux (Capitalisme et schizophrénie 2)*, Ed. Minuit, Coll. Critique, 1980.

²⁵¹ Voir pour la France, l'article 2 de la loi du 7 janvier 1983. À propos du Chili, BOISSIER parle du "développement régional comme d'un *by-product* de la stratégie de développement national", marqué par le "triomphe définitif de la fonction sur le territoire". BOISSIER E., S., "Chile: la experiencia regionalista del gobierno militar", op. cit., p. 65 y 67.

correspondu à la mise en œuvre au plan local de divers processus de privatisation des techniques de gestion»²⁵².

La restauration du système démocratique au Chili n'a pas changé les choses, puisque partout le néolibéralisme économique s'impose comme une vérité et produit une interpénétration ou combinaison « rénovée » du territorial et du fonctionnel.²⁵³

Comme l'a écrit T. RIBERA N., à propos de la réforme constitutionnelle de 2005, «il est apparu évident que la proposition de la *Alianza por Chile*²⁵⁴ ne cherchait pas à structurer les régions comme des unités avec des autorités élues et autogouvernées. Bien plus, le processus proposé ne se concentrait pas sur la promotion de la régionalisation par la voie de l'octroi d'attributions, fonctions et recours aux organismes existants, tout ceci devant conduire à un développement harmonique de tout le pays. De l'avis de ses initiateurs, avancer dans le champ politique ne résoudrait pas les problèmes de fond des régions dont le principal est son retard économique par rapport au pouvoir central. La solution adoptée était donc d'approfondir la voie de la décentralisation économique, avec l'objectif d'atteindre l'auto-sustentation de chaque région». ²⁵⁵

L'installation des ARDP²⁵⁶ au Chili participe de cette logique. De manière générale, il s'est établi un principe de responsabilité partagée²⁵⁷ entre les différents niveaux territoriaux pour appliquer les politiques nationales. Les niveaux territoriaux sont donc conçus uniquement en termes d'accueil et d'aide aux entreprises privées, de promotion de

²⁵² MAZERES, J.-A., et REGOURD, S., « Du modèle communautaire et territorial au modèle fonctionnel de l'entreprise », in BOURJOL M. (dir.), *La commune, l'Etat et le droit*, LGDJ, 1990, col. Décentralisation et développement local, pp. 293-294.

²⁵³ Idem, pp.302-314.

²⁵⁴ L'Alliance pour le Chili est l'alliance des partis de droite. Elle est formée de la UDI (Union Démocratique et Indépendante, fondée par l'ex-idéologue de la dictature, Jaime GUZMAN, et est très marquée à droite) et RN (Renovation Nationale), parti de droite libérale-centre droit dont l'ex Président de la République S. PIÑERA est issu.

²⁵⁵ RIBERA N., T., «La regionalización en Chile – Reflexiones sobre un proceso estancado», in *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado / XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público* ; Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Fondo de Publicaciones, [2010], v.1., pp. 315-333.

²⁵⁶ Les Agences Régionales de Développement Productif (Agencias Regionales de Desarrollo Productivo - ARDP) regroupent plusieurs acteurs locaux publics comme privés (autorités régionales, entrepreneurs, institutions d'investigation comme des universités et autres centres de recherche, représentants de la société civile) et ont pour mission de promouvoir un développement productif régional soutenable, qui contribue à l'amélioration de la compétitivité régionale. Pour cela, elles ont également pour fonction de définir des stratégies de développement à moyen et court terme.

²⁵⁷ REGOURD, S., « Fonctionnalisation et déterritorialisation ou les collectivités territoriales à l'heure du marché », *Cahiers du L.E.R.A.S.S.*, n° 20 – mai 1990, p.35.

l'emploi, c'est-à-dire de missions qui vont au-delà de la logique territoriale initiale que suppose la décentralisation.²⁵⁸

Il s'agit d'un phénomène de déterritorialisation qui entend principalement les structures territoriales comme cadre d'action et de mise en œuvre des ressources territoriales pour atteindre des objectifs nationaux. Ce modèle propose une décentralisation à la carte qui emportera de manière inévitable un accroissement des inégalités entre régions. Le dernier exemple de ceci est le projet de loi qui propose de créer et destiner des ressources budgétaires pour le Fond de Développement du Nord et des Communes Minières du Chili.²⁵⁹

Symptomatiques de la politique supposée décentralisatrice du Chili, les problèmes sont au moins au nombre de deux: premièrement, cela va contre toute politique publique nationale solidaire basée sur une logique de péréquation et répond finalement à des exigences locales. Ensuite, les projets ne vont pas dans le sens d'un développement de l'autonomie territoriale, sinon d'une (re)centralisation: non seulement tous les moyens financiers sont attribués par le gouvernement central et selon ses critères²⁶⁰, mais il n'existe pas non plus de pérennité dans l'assignation de ces fonds, ce qui rend illusoire toute forme

²⁵⁸ À propos de l'expérience particulière du Chili, il faut signaler "*El ladrillo*", le livre de chevet de la *Junta Militar*, qui entendit la décentralisation comme "le cadre institutionnel d'un système économique basé sur le marché et un ensemble libre de prix qui, en termes relatifs, configureraient les paramètres de l'assignation optimale des ressources. Il n'y avait pas de référence, ni de près ni de loin, à la dimension *territoriale* de la décentralisation." BOISSIER E., S., "Chile: la experiencia regionalista del gobierno militar", *Estudios Sociales*, 104 (trimestre 2), 2000, CPU, p. 49.

²⁵⁹ Initié par le message présidentiel N° 057- 360 du 30 avril 2012, expose que "le moment est arrivé de faire bénéficier directement les municipalités minières", que "les communes minières de notre pays méritent une reconnaissance spéciale en vertu de l'apport fondamental qu'elles ont réalisé pour le développement économique et social de notre Nation. À cette fin, il faut destiner de nouvelles ressources pour contribuer à ce travail, encourageant la décentralisation communal et impulsant des espaces d'autonomie communale. » Ensuite, le message observe que destiner de nouvelles ressources fiscales aux gouvernements locaux bénéficiera aux régions où se développe 98% de l'activité minière nationale, mesurée selon les données du PIB de l'année 2010.

²⁶⁰ Le projet explique que "pour connaître la [somme] totale qui correspondra à chaque commune minière, il sera appliqué un pondérateur de population communale dont les détails seront contenus dans un ou plusieurs *decretos supremos* émis par le Ministère des finances et contresignés par le Ministère de l'Intérieur et de la Sécurité Publique", que "la Trésorerie Générale de la République et le Service National de Géologie et des Mines, devront donner au Sous secrétaire de Développement Régional et Administratif du Ministère de l'Intérieur et de la Sécurité Publique, l'information relative aux versement qui devront être exécutés au bénéfice des municipalités des régions minières du pays"

d'autonomie fiscale²⁶¹ comme normative²⁶² et établit un contrôle fort sur les municipalités.²⁶³

La France n'est pas en reste. Les politiques de développement économiques et d'aménagement du territoire, qui s'expriment chaque jour un peu plus par la multiplication des différents schémas²⁶⁴ –dessinés d'ailleurs par le législateur comme par l'exécutif – et la contractualisation, sont des politiques de déterritorialisation. Bien sûr, elles se basent sur l'existence d'un territoire, mais ne sont sur celui-ci que des politiques de déterritorialisation qui ont pour effet de diluer les territoires dans de « nouvelles structurations des activités et de l'espace. »²⁶⁵ L'absorption, par fusion, des communes dans les diverses intercommunalités et, parmi elles, la montée en puissance des métropoles, tout comme l'annonce par le Premier ministre M. VALLS de la suppression des départements et la diminution, également par fusion, du nombre des régions, en sont les derniers avatars.

B. La «privatisation» des entités territoriales

Les formes de coopération fonctionnelle et de décentralisation à la carte sont par ailleurs tributaires des logiques de privatisation des actions publiques. Elles induisent une reproduction, de la part des administrations territoriales, du modèle de l'entreprise au nom du « sens de l'histoire ». La notion d'entreprise locale se superpose à la notion de

²⁶¹ Le projet continue en ces termes: “Ces ressources que recevront les municipalités minières...ne seront pas considérées come des revenus propres permanents”, ou l'art. 3 du projet: “La Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, par une resolución, devra assigner et transférer annuellement le montant des ressources qui correspondra à chaque municipalité en vertu de la presente loi.”

²⁶² “Por otra parte, se dispone el tipo de programa o proyectos de inversión que podrán financiarse por parte de los municipios beneficiarios con este Fondo. Se define que serán aquellos que cumplan con las normas sobre evaluación contempladas en el artículo 19 bis del decreto ley N° 1.263, de 1975, sobre Administración Financiera del Estado, así como con los requisitos establecidos en el artículo 75 de la ley N° 19.175 que establece la ley orgánica constitucional sobre gobierno y administración regional.”

²⁶³ Art. 8 du projet : “Las municipalidades beneficiarias deberán entregar anualmente a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública la individualización de los proyectos financiados con estos recursos, así como los montos, plazos y estado de ejecución de los mismos. Asimismo, la mencionada Subsecretaría deberá enviar dentro del primer trimestre de cada año a las comisiones de Hacienda de la Honorable Cámara de Diputados y del Honorable Senado, y a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, un informe sobre el estado del Fondo, señalando los montos transferidos a las respectivas municipalidades y el estado de avance de los proyectos financiados. “

²⁶⁴ Dans ce sens, le PROT (plan régional de ordenamiento territorial), présenté comme un des grands objectifs « décentralisateur » des gouvernements PIÑERA comme BACHELET, constitue bien une mise sous tutelle des communes par les régions, lesquelles ne sont pas considérées comme des cadres territoriaux mais fonctionnels, qui plus est étatiques.

²⁶⁵ PONTIER, J.-M., “Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique », *AJDA*, 20.10.1997, p. 730.

démocratie locale, les services publics locaux passent (quand ce n'est pas déjà entièrement fait) à la gestion déléguée, le contribuable citoyen laisse la place à l'utilisateur ou au client, pendant que la publication des textes à « réelle » portée démocratique attendent. Un tel développement économique local ou régional se pratique souvent par le biais de politiques contractuelles²⁶⁶ entre l'État et les entités territoriales (contre l'attribution de subventions par exemple), qui retirent souvent aux dernières leur base communautaire.

Dans cette logique, la décentralisation est avant tout la mise en concurrence généralisée des territoires sur le modèle de l'entreprise²⁶⁷ avant, ou concurremment, à un mouvement de privatisation des entités territoriales et, surtout, la destruction des cadres de régulation qui sont (ou étaient) des cadres nationaux. Dans ce sens, le rapport de l'OCDE sur le Chili en matière de décentralisation²⁶⁸ signale que « plus récemment, la compétitivité régionale a surgi comme un des principaux objectifs des réformes de décentralisation proposées »²⁶⁹, confirmant la prévalence du modèle entrepreneurial au niveau infra étatique.

Mais quel est le cadre général de cette approche? L'OCDE qui adresse ses recommandations au Chili comme à la France, s'appuie dans ses travaux sur deux principes essentiels, et la décentralisation n'y échappe pas: le principe de la libre concurrence et de priorité de l'économie, mais surtout des marchés financiers, et le principe de subsidiarité.

270

Le premier est un postulat autoproclamé qui considère que c'est l'économie qui dirige le monde, que tout doit passer par elle et lui être subordonnée. Il ne doit pas, ou plus, exister de secteurs protégés, tout doit dépendre de la liberté du commerce. Les États eux-

²⁶⁶ Par exemple, dans le développement des relations contractuelles avec les entreprises, les universités portent, parfois, des projets de constitution d'institutions nouvelles, purement fonctionnelles et qui peu de choses a voir avec les missions propres au découpage territorial traditionnel.

²⁶⁷ REGOURD, S., « Fonctionnalisation et déterritorialisation ou les collectivités territoriales à l'heure du marché », in Cahiers du L.E.R.A.S.S., n° 20 – mai 1990, p.39 et s.

²⁶⁸ Originellement publié par l'OCDE en anglais sous le titre: *OCDE Territorial Review of Chile*, 2009 OCDE. Le texte complet en castillan peut se consulter sur: <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/est.ocdeCh.pdf> Un résumé des recommandations établi par le Ministère de l'Intérieur chilien intitulé *Estudios Territoriales de la OCDE-Chile 2009* peut également être consulté sur : <http://www.ardpvalparaiso.cl/wp-content/uploads/2009/08/Estudio-Territorial-OCDE-Chile.pdf>

²⁶⁹ Rapport OCDE, p. 192.

²⁷⁰ Il est possible de signaler la conjonction des politiques ou idées directrices: 1) l'Union Européenne a le statut d'organisation participante au sein de l'OCDE; 2) La UE a recueilli depuis longtemps le principe de subsidiarité aujourd'hui consacré par le Traité de Lisbonne; 3) Le Parlement français a modifié l'art. 72 de la Constitution relatif aux collectivités territoriales pour prendre en compte le principe de subsidiarité (selon certains. Cf. chap. 4).

mêmes doivent être gérés comme des entreprises, être rentables, et ne pas avoir – ou le moins possible – un budget déséquilibré. D’ailleurs, l’exigence principale pour être membre de l’OCDE est de libéraliser progressivement les mouvements de capitaux et les services. S’agissant des services, tout y est inclus: santé, éducation, équipement, etc. La rentabilité de chaque service, de chaque secteur de l’administration se transforme en un objectif prioritaire. Ils sont mis en concurrence avec le secteur privé et lui sont transférés dès que possible.

Le second principe, qui n’est pas présenté de manière aussi claire, est le fameux principe de subsidiarité. T. RIBERA N.²⁷¹, à propos du Chili, pose l’importante question de savoir, “si le plus grand développement relatif qui existe dans certaines régions du pays peut être attribué à l’action préméditée de l’État, ou si ces avancées sont le produit d’une plus grande liberté qu’a promue notre politique économique. En d’autres termes, si le progrès de certaines régions peut être attribué d’une manière déterminante à la dépense publique (c’est-à-dire les investissements publics) ou répond plus à l’initiative particulière dérivée de la libre initiative privée”. T. RIBERA N. opte pour la seconde solution, parce qu’“on a pu observer que les régions qui ont eu plus grand développement relatif sont celles qui ont su s’insérer de manière satisfaisante dans l’économie mondiale, ceci grâce à l’application avec succès de critères de spécialisation et la mise à profit d’avantages naturels qui eurent lieu au début du processus de régionalisation. Les régions minières dans le nord et celles qui abritent ou accueillent les *clusters* de saumon dans le sud constituent un bon exemple de cette spécialisation. Tous ces succès économiques et sociaux ont eu comme cause la politique d’insertion macroéconomique décidée aux débuts du processus de régionalisation *et non des actions délibérées de l’État pour générer une plus grande équité dans le développement*”²⁷² et “les régions qui ont atteint les plus hauts niveaux de développement sont celles qui ont reçu les investissements étrangers les plus importants.” Ces résultats seraient, selon T. RIBERA N., “compréhensible(s) dans une économie qui

²⁷¹ RIBERA N., T., “La regionalización en Chile – Reflexiones sobre un proceso estancado”, en *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado / XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público* ; Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Fondo de Publicaciones, [2010], v.1., p. 328.

²⁷² Idem. p. 329. Nous soulignons.

confie aux partenaires privés l'adéquate distribution des ressources et à l'État un rôle subsidiaire".²⁷³

Mais ce principe de subsidiarité peut également être un redoutable instrument qui permet d'imposer des décisions impopulaires du gouvernement central. Une grande partie des projets actuels de décentralisation, consiste à décider depuis le sommet sur des questions importantes et de faire appliquer les décisions par des structures intermédiaires. Plusieurs de ces structures intermédiaires n'ont que le choix de la répartition des fonds accordés, sont soumises au contrôle permanent de l'autorité supérieure et, en réalité, distribuent le plus souvent la pénurie. Avec le nouveau projet chilien de décentralisation, ce ne sera plus le conseil régional qui déterminera les projets d'investissement, mais cette responsabilité résidera en la personne de l'intendant. Il incombera au Conseil de déterminer les montants généraux sectoriels, mais le projet spécifique à exécuter sera défini par le représentant de l'exécutif, du Gouvernement central. C'est la méthode des enveloppes globales: il s'agit d'associer à cette distribution tous les citoyens concernés, particulièrement au travers de leurs élus, associations et syndicats chargés de les représenter, et permet d'éviter les contestations sur le montant global des ressources mêmes. Certains appellent également cela la *démocratie participative*.

Pour l'application de ces décisions, l'objectif est de transférer hors de l'État tout ce qui peut l'être, que ce soit directement au secteur privé, entreprises ou associations, ou aux entités décentralisées dans un premier temps et, ensuite, au secteur privé tout ce qui est rentable. Et la décentralisation peut rapidement mener à l'élimination des différentes formes de contre-pouvoirs.

Ainsi, tel qu'il est utilisé par les penseurs économistes néolibéraux, le principe de subsidiarité est redéfini et exige d'autres structures, ou n'a pas besoin de structures nécessairement démocratiques: celles-ci devront entrer en concurrence entre elles, pour obtenir les ressources budgétaires décidées par les structures supérieures. C'est un système à la fois "communautariste" et clientéliste qui se forme et favorise l'éloignement des décisions des citoyens et l'application de mesures impopulaires. Il se crée des relations de

²⁷³ Idem. p. 330.

dépendance, des intérêts qui s'opposent ou s'allient, des féodalismes qui se développent...ou se recréent.

C'est un fait que la décentralisation ne renforce pas toujours la démocratie sinon qu'elle peut renforcer les oligarchies locales, surtout si la société en question souffre de sévères iniquités et inégalités politiques, économiques et sociales.

Où est donc l'aspect démocratique de cette décentralisation? Le rapport déjà cité de l'OCDE donne une réponse: «la majorité de l'évidence empirique et l'expérience des pays de l'OCDE indique que, **sous certaines conditions**, la décentralisation **peut permettre** à la citoyenneté de contrôler les autorités locales au travers des élections, l'action collective et autres moyens démocratiques »²⁷⁴. L'aspect démocratique de la décentralisation est donc passé au second plan.

Le panorama dessiné jusqu'ici peut expliquer une certaine tension entre l'équité incluse dans la proposition démocratique de la décentralisation et les effets inégalitaires que provoque le fonctionnement néolibéral de l'économie; et il n'est pas sûr que le principe d'égalité devant la loi en sorte renforcé. Les citoyens continueraient à être égaux, au moins formellement, vis-à-vis des fonctions souveraines (justice, police, forces armées), mais ils ne le seraient plus dans les domaines des compétences décentralisées. L'État moderne était un État qui assurait également l'égalité de droits dans plusieurs domaines de la vie publique: énergie, transports, éducation, santé, culture. ¿Qu'advient-il des péréquations nationales qui pouvaient être considérées comme des acquis sociaux?....

C. D'inévitables phénomènes de recentralisation?

À propos du libéralisme et de l'approche de la *gouvernementalité*²⁷⁵ développée par M FOUCAULT²⁷⁶, R. EPSTEIN²⁷⁷ évoque trois types successifs d'action de l'État sur les

²⁷⁴ C'est nous qui soulignons. Ces conditions selon le même rapport seraient: 1) des élections locales démocratiques; 2) une participation populaire et des forums pour une prise de décisions concluante; 3) la transparence dans la prise de décision. p. 193.

²⁷⁵ M. FOUCAULT définissait la *gouvernementalité* comme l'ensemble des pratiques grâce auxquelles peuvent se constituer, définir, organiser, et instrumentaliser les stratégies que les individus, dans le cadre de leurs libertés, peuvent avoir les uns para rapport aux autres.

²⁷⁶ Voir FOUCAULT, M., *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*, édition établie (dir. EWALD, F. y FONTANA, A.) par M. SENELLART, Paris, Gallimard/Le Seuil, coll.. « Hautes Études », 2004 et *id.*, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*.

²⁷⁷ EPSTEIN, R., « Gouverner à distance. Quand l'État se retire des territoires. », *Esprit*, n° 319, Novembre 2005, pp. 96-112.

territoires à l'époque contemporaine. Le premier correspond à un type de gestion centralisée du local fondée sur des techniques de normalisation qui sont plus le fait de l'administration centrale que des élus et a fonctionné, pour la France, entre 1945 et 1975²⁷⁸. Le second modèle est celui d'un gouvernement négocié appuyé sur le projet territorial et le contrat global, et le troisième, enfin, que l'auteur qualifie de gouvernement à distance²⁷⁹, s'appuie sur des procédures rénovées qui transposent au sein de la sphère publique, des techniques de gestion privée.

D'autres auteurs²⁸⁰ ont en effet mis en avant le fait que ce "retrait de l'État", que caractériserait le néolibéralisme économique, n'est qu'apparent. Il serait même plus judicieux selon ces auteurs de parler d'une extension de l'activité des gouvernements qui avanceraient en quelque sorte « cachés ». Cette extension se manifesterait par le passage d'un gouvernement direct de la société par l'État, à une forme de gouvernement à distance caractérisé par l'apparition de technologies sociales de responsabilisation individuelle des entités autonomes: entreprises, communautés, organisations professionnelles, individus eux-mêmes. La pratique contractuelle, la définition d'objectifs, la mesure des performances, associées à l'autonomie locale et individuelle, permettraient cette responsabilisation à distance. C'est un nouveau type de centralisme qui se dessine et l'autonomie (particulièrement financière) des entités territoriales particulièrement illusoire.

C'est que, dans cette lutte économique de tous contre tous, le Léviathan ne peut se permettre de laisser ses composantes infra-étatiques faire « n'importe quoi », d'autant que

²⁷⁸ « Le pouvoir local était résiduel, dépendant d'un État qui disposait, outre le pouvoir réglementaire, d'une tutelle juridique sur les collectivités locales, d'un monopole de l'expertise et de la quasi-totalité des ressources financières. (...) l'exercice du pouvoir procédait de l'édiction d'un ensemble de règles à vocation universelle. (...) Le pouvoir s'exerçait donc de manière bureaucratique, au sens où il se fondait sur des règles de portée générale et impersonnelle, faisant l'objet d'une application uniforme à l'échelle nationale. » EPSTEIN, R., «Gouverner à distance. Quand l'État se retire des territoires.», op. cit. p. 99.

²⁷⁹ «Tout se passe comme si l'État n'avait plus besoin d'être présent dans le local pour y agir. Au contraire, il organise son retrait des territoires pour les gouverner à distance. Cette prise de distance permet au pouvoir central de se protéger de l'emprise des pouvoirs locaux, qui restreignent ses marges de manœuvre. Dans un système politique qui demeure marqué par le cumul des mandats, les élus locaux sont aussi des élus nationaux, disposant à ce titre d'un accès privilégié aux ministres et à leurs cabinets. » Idem., p. 109.

²⁸⁰ Par exemple: BARRY, A., OSBORNE, Th. y ROSE, N. (eds), *Foucault and the Political Reason: Liberalism and Rationalities of Government*, University of Chicago Press, 1996; ROSE, N., *Powers of Freedom. Reframing Political Thought*, Cambridge University Press, 1999, cités par DONZELOT, J. et GORDON, C., «Comment gouverner les sociétés libérales ? L'effet Foucault dans le monde anglo-saxon », *Esprit*, n° 319, Novembre 2005, ps. 82-95.

beaucoup n'ont pas la taille critique nécessaire.²⁸¹ On a vu d'ailleurs en Espagne s'afficher clairement la volonté de l'État de reprendre en main certaines autonomies au bord de la faillite.

De cette manière, rien n'empêche en effet d'assimiler les processus de décentralisation avec ceux de la démocratie (locale ou non) si l'on se fixe et se fige seulement sur le critère de la participation: il suffirait de participer à l'élection d'un Président de la République ou d'un maire au suffrage universel, secret et direct, chaque certain laps de temps, pour que se vérifie l'existence de la démocratie et, donc, de la participation citoyenne.

Les récentes réformes menées au Chili et en France peuvent illustrer ce phénomène.

S'agissant du Chili, depuis 2009 les textes votés²⁸² ne sont pas sans importance, mais ils ont peu renforcé, par exemple, les gouvernements régionaux. Ce résultat décevant est bien sûr également lié à un manque de volonté politique et, au premier chef, à la responsabilité du gouvernement central qui se méfie de la capacité technique et humaine des régions d'assumer seules de nouvelles compétences dont elles pourraient faire mauvais usage.²⁸³

L'Intendant régional continue à être le chef de la région et ses pouvoirs se voient même renforcés et ceux des conseillers régionaux affaiblis. La division administrative entre l'Intendant régional et le Président du gouvernement régional s'accompagne d'un changement important dans la gestion et la détermination des fonds soumis à décision régionale. Le gouvernement explique qu'en matière financière, le gouvernement régional sera responsable d'approuver le projet de budget régional et l'avant-projet régional d'investissement. S'il a été signalé que seront augmentées significativement les ressources dont l'affectation se décide au niveau décentralisé, via le Fond National de Développement

²⁸¹ Que l'on songe au poids économique et démographique de régions comme la Catalogne ou certains *Länders* allemands.

²⁸² Cf. *Supra*.

²⁸³ Mais la responsabilité est partagée par le Congrès dont certains membres craignent l'irruption d'acteurs locaux de poids: "con recelo el hecho que ciertos planteamientos regionalizadores conllevan fortalecimiento de las autoridades regionales y principalmente su elección por sufragio regional, lo que incrementaría eventualmente la competencia para ellos." RIBERA N., T., "La regionalización en Chile – Reflexiones sobre un proceso estancado", en *Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado / XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público*; Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Fondo de Publicaciones, [2010], v.1., p. 331.

Régional (FNDR) ou les Fonds Régionaux d'Investissement Local (FRIL), ce ne sera plus le conseil régional qui déterminera les projets d'investissement, mais cette responsabilité retombera sur l'Intendant. Au Conseil correspondra la détermination des montants généraux sectoriels, c'est-à-dire combien sera affecté au revêtement des routes, à l'encouragement productif, aux travaux publics, etc. Mais, le projet spécifique à exécuter sera défini par le représentant de l'Exécutif.

Le problème c'est que les conseillers régionaux verront transférer leur faculté constitutionnelle et légale à un exécutif régional désigné depuis Santiago et qui ne représente personne d'autre que le gouvernement central. On peut donc douter de la volonté de décentraliser démocratiquement le Chili, rappelant que la décentralisation n'implique pas forcément la démocratie. Ce sont deux problèmes parallèles, parfois convergents.

D'autre part, il est question de généraliser la figure de l'Administrateur Régional²⁸⁴ et, conjointement, il est prévu que les postes de directions d'importance seront sélectionnés par le Système de la Haute Direction Publique: c'est-à-dire que ce sera le pouvoir central qui continuera de décider qui doit occuper tel ou tel poste. Si le processus de sélection n'est pas mauvais en soi, il serait peut-être préférable de favoriser un système d'élection ou de sélection par les élus locaux qui garantirait un certain compromis particulier avec la région.

Enfin, le projet qui transfère de nouvelles compétences aux gouvernements régionaux (GORE) cherche, en première instance, à renforcer sa gestion et son autonomie, le plus remarquable étant la définition des différents mécanismes de transfert de compétences, fonctions, attributions et programmes depuis les ministères et/ou services publics à un ou plusieurs gouvernements régionaux. Cependant la majorité des transferts se réalise par décrets présidentiels²⁸⁵, ce qui rend les régions dépendantes du bon vouloir du président et non de la volonté du congrès. Ainsi, rien ne garantit aux régions la pérennité des compétences transférées, puisque ce que donne l'exécutif d'une main, il peut le reprendre de l'autre.²⁸⁶ Ce scénario vient confirmer l'affirmation traditionnelle -ou

²⁸⁴ La figure de l'Administrateur Régional fut créée dans la Région Métropolitaine en 2006 et a comme mission de collaborer directement avec l'Intendant en matière de coordination et de gestion du *Gobierno Regional*, en plus de coopérer à l'élaboration et au suivi de la politique régionale de développement.

²⁸⁵ Les deux autres mécanismes de transferts sont la loi de finances quand il est demandé le transfert de programmes administrés normalement directement par un ministère ou d'un service public ou par une loi spéciale quand est demandée la création d'un service public régional.

²⁸⁶ Cf. Infra chapitre 4.

classique -selon laquelle la déconcentration se réalise principalement par le décret, à l'inverse de la décentralisation qui s'exprimerait plus généralement par la loi.

Le type de décentralisation désirée et la manière de la mettre en application implique que les choix et options politiques aient une traduction juridique adéquate. Il convient donc d'explorer les différents sens juridiques possibles donnés à l'objet "décentralisation", en tant que moyen de l'autonomie territoriale.

Section 3. Discours juridiques sur la décentralisation

La notion même de décentralisation est très floue. A. de TOCQUEVILLE affirmait déjà que « la centralisation est un mot que l'on répète sans cesse et dont personne, en général, ne cherche à préciser le sens »²⁸⁷. Cette imprécision a ses raisons politiques et ses conséquences juridiques:

Du point de vue politique, G. BURDEAU signalait qu'à la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème}, "lorsque associant la droite traditionaliste et la gauche anarchisante, dans une même haine de l'État Jacobin et de l'administration napoléonienne, elle apparaissait aux uns comme un moyen d'abattre la République, aux autres comme la promesse d'un libre gouvernement des hommes par eux-mêmes... Cette ambiguïté qui fit la fortune de l'idée décentralisatrice fût aussi une cause de la minceur de ses réalisations pratiques." ²⁸⁸

La décentralisation est une de ces notions modernes qui évoquent l'idée d'une solution différente des relations entre organes centraux et organes non centraux. Mais, ce n'est pas l'unique modalité pour résoudre la relation centre-périphérie: les concepts de concentration, déconcentration, libre administration ou fédéralisme entrent aussi en jeu. La

²⁸⁷ TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, op. cit. De la même manière, en 1895, un des plus importants thuriféraires de la décentralisation, répondit à la question de savoir que signifiait ce terme: "C'est un terme un peu vague et que l'on doit cependant conserver car il exprime un désir intense, un sentiment général: c'est comme un cri sorti de milliers de poitrines opprimées, mais c'est un mot dont le sens n'est pas défini." MARCERE, "Lettre sur la décentralisation", *Revue politique et parlementaire*, 1895, p. 1. cité par REGOURD, S. « De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie », op. cit., p. 962.

²⁸⁸ BURDEAU, G., *Traité de science politique*. Paris, LGDJ, 1967, Tome 2, p. 409. Dans le même sens, M. ROIG affirme que la revendication décentralisatrice se rencontrait chez les traditionalistes (BONALD) et les conservateurs (TAINÉ), de la même manière que chez les libéraux (TOCQUEVILLE, PREVOST-PARODOL) et les socialistes (PROUDHON). Cette convergence résultait du fait que chacun trouvait ce qu'il voulait dans la décentralisation. ROIG, Ch., "Théorie et réalité de la décentralisation", *R.F.S.P.*, 1966, p. 455 cité par REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982.

seconde conséquence, c'est que la décentralisation doit être entendue comme une adaptation centrifuge de ladite relation. La décentralisation se présente, de manière très générale, comme le problème du transfert d'un pouvoir depuis un centre vers une périphérie, impliquant de la sorte l'antériorité du premier sur la seconde. La décentralisation serait donc principalement une tendance à éloigner le pouvoir du centre et, effectivement, étymologiquement, la "dé-centralisation" n'implique pas l'exclusion du centre, sinon seulement l'éloignement, la distanciation.

Du point de vue juridique, la conception de l'État détermine celle du pouvoir territorial. Les deux pays ne conçoivent qu'une décentralisation de l'Administration et non pas une décentralisation de l'État (ou politique). Cependant, il convient de se demander si, et dans quelle mesure, le concept de décentralisation est bien le même dans les deux pays, étant donné que chacun lie la décentralisation à un autre concept qui a des conséquences fondamentales sur l'autonomie territoriale. La **libre-administration** pour la France (§ 1) et la **régionalisation** du côté chilien (§ 2). Il est donc nécessaire, pour une meilleure compréhension des discours du législateur, qui se traduisent par ses actes normatifs, de connaître comment la doctrine les traduit et les explique. Car, les discussions théoriques sur le droit de la décentralisation informent sur l'identité et les usages politiques du droit.²⁸⁹ Elles sont un exposé de la manière dont le droit et ceux qui en assurent la production, la reproduction et l'interprétation pensent l'État, et donc l'autonomie toujours relative de ses entités territoriales.

§ 1. La distinction entre décentralisation et libre administration en France

La décentralisation est étudiée par la doctrine française depuis le XIX^{ème} siècle, laquelle peut faire l'objet d'une classification en courants (A). Ceux-ci ont dû adapter leurs discours au concept de libre administration inscrit dans la Constitution de 1958 (B).

A. Les grands courants doctrinaux français relatifs à l'étude de la décentralisation

Les approches doctrinales françaises de la décentralisation administrative permettent de distinguer plusieurs grands courants. Les deux premiers restent sur le terrain

²⁸⁹ CAILLOSSE, J., *Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation*, LGDJ, Série politique n° 52, 2009, p. 102.

«strictement» juridique car ils fondent leurs analyses sur et en fonction de notions juridiques²⁹⁰. Le troisième, sans faire l'économie des premiers, essaye de relier les différents discours sur la décentralisation avec le droit.

Le premier, majoritaire, pourrait être qualifié de descriptivo-formaliste ou classico-positiviste. Pour S. REGOURD²⁹¹, la conception floue de la décentralisation et ce qui lui confère un caractère relatif, provient de la méthode empirique et descriptive adoptée depuis l'origine. Elle a plus consisté à commenter la décentralisation qu'à en théoriser le concept. La notion de décentralisation est complexe et ses différents éléments ne coïncident pas exactement d'un auteur à un autre. Un regard non exhaustif des principaux critères utilisés pour essayer de délimiter la notion juridique de décentralisation rapprochera de ceux de l'autonomie territoriale.

Quant à la problématique, pour les "initiateurs" ou "fondateurs", la décentralisation est une «*manière d'être de l'État*» (HAURIOU), c'est-à-dire une forme particulière de l'organisation administrative de celui-ci. Selon DUCROCQ, la notion de décentralisation se confond avec un arrangement particulier de la centralisation. Quant à son contenu, c'est l'idée de *pluralisme* qui est consacré par la doctrine "ancienne"²⁹² (jusqu'aux années 1930) et qui sera recueillie à travers l'idée de personnalité juridique distincte de l'État (cf. infra) ou de celle de répartition de compétences. Il y a décentralisation à partir du moment où toutes les compétences administratives ne sont plus exercées par l'État, mais que certaines sont confiées à des entités secondaires, autonomes de celui-ci.

Pour la doctrine contemporaine²⁹³, la notion de pluralisme continue d'être le cœur de l'explication de la décentralisation²⁹⁴. Cet horizon, pour le moment apparemment insurmontable, se fonde sur le postulat de l'autonomie qui permet ce pluralisme et cherche dans les textes les outils juridiques de celle-ci.

²⁹⁰ Pour cette brève présentation de ces deux premiers courants, nous nous sommes largement inspirés des travaux que S. REGOURD leur a dédiés dans REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982.

²⁹¹ REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982.

²⁹² BERTHELEMY, *Traité Élémentaire de Droit administratif*, Paris, 1901, éd. Rousseau, p. 79; ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 1932, 4^e éd.. Paris Librairie Dalloz.

²⁹³ C'est-à-dire après le second conflit mondial.

²⁹⁴ Par exemple, on parlera de "centres de décision relativement indépendants des organes de l'État » BURDEAU, *Traité de science politique*. Tome 2 Paris, LGDJ, 1967, p. 393 et s., de "processus de répartition des pouvoirs entre les personnes administratives" AUBY, J.-M. et DUCOS-ADER, R., *Institutions administratives*, Dalloz, 1966.

En général, les auteurs énumèrent leurs critères de la décentralisation et ont trouvé, plus ou moins, un consensus sur ses éléments nécessaires et/ou suffisants. Leurs divergences se révèlent quant à l'instrument juridique qu'ils privilégient au détriment des autres. Nous pouvons cependant relever que la majorité de cette doctrine classique²⁹⁵ privilégie l'analyse de la décentralisation, et en général de l'organisation territoriale du pouvoir sous le prisme de la notion de pouvoir hiérarchique. Ainsi, elle va se satisfaire de toute relation qui ne soit pas hiérarchique pour expliquer la décentralisation. C'est le cas des pouvoirs de tutelle et de contrôle. Mais les éléments de la personnalité morale, du pouvoir réglementaire, la notion d "affaires locales" ou d "intérêt local"²⁹⁶ sont également mis en avant.

Cette idée de pluralisme est donc sanctionnée et garantie par des processus juridiques précis qui sont les moyens de la décentralisation: l'élection pour HAURIOU²⁹⁷, la personnalité morale pour MASPETIOL et LAROQUE, pendant que l'ultime limite de tout processus décentralisateur réside dans l'État et son contrôle.²⁹⁸

D'autre part, second courant, il nous faut mentionner les travaux de Ch. EISENMANN²⁹⁹ qui ont provoqué de vives controverses, l'auteur n'hésitant pas à s'opposer à ce qu'il appelé la doctrine classique³⁰⁰ de la décentralisation.³⁰¹ EISENMANN réfute, depuis le droit et partant d'une critique de la tutelle comme critère de la

²⁹⁵ CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tome 1 & 2, Paris, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001 ; DE LAUBADERE, A. *Traité de droit administratif*, 9^{ème} éd. 1984; MODERNE, F., *Principios generales del derecho público* [trad. cast. de A. VERGARA B.], Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005; PACTET, P., *Institutions politiques Droit constitutionnel*. 12^o édité. Paris, Masson, Paris-Milan-Barcelone, 1993; RIVERO J., *Droit administratif*, 9^{ème} éd. DALLOZ 1980 ; VEDEL G et DELVOLLE, P., *Droit administratif*, Tome II, P.U.F. Coll. Thémis, 1990; WALINE, M., *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey 1950

²⁹⁶ Ces différentes notions seront examinées au fur et à mesure du déroulement de la thèse.

²⁹⁷ "Si l'on me demande à quel point précis commence la décentralisation, je serai assez disposé à m'attacher à ce critérium de l'origine élective des autorités locales, il est plus significatif que l'autonomie du pouvoir de décision" HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 7^o éd. Paris, Sirey, 1911, p. 140, n^o 2

²⁹⁸ REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982, p. 77.

²⁹⁹ EISENMANN Ch., *Centralisation - décentralisation, principes d'une théorie juridique*, L.G.D.J. 1948 ; *Cours de droit administratif*. 2 Tomes, LGDJ, 1983).

³⁰⁰ EISENMANN regroupe sous cette dénomination des auteurs comme BONNARD, HAURIOU, JÈZE, MASPETIOL, LAROQUE ou encore WALINE.

³⁰¹ Les principales raisons du divorce entre la doctrine classique et EISENMANN sont d'ordre méthodologique: alors que la première fonde son analyse sur la réalité administrative observée, EISENMANN construit une théorie et, seulement après, la confronte avec le droit positif. Cf REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982, op. cit., p. 29.

décentralisation³⁰², l'opposition centralisation/décentralisation qui est la réponse communément donnée par la doctrine au problème de la structure territoriale de l'État. Il fait apparaître la nécessité d'un troisième modèle explicatif, une troisième réponse juridique aux problèmes d'organisation territoriale de l'administration -la "semi-décentralisation"- qui nie le couple centre-périphérie et combine ou emprunte des traits de chacun des deux éléments sans la réduire à l'un ou l'autre terme. A partir d'une analyse juridique des relations entre administrations de l'État et administrations locales, EISENMANN s'efforce de démontrer l'existence de ce troisième modèle: la semi-décentralisation dont le principe est le consentement. La formule repose sur le principe d'association, de participation de deux autorités au pouvoir de décision.

EISENMANN, après avoir posé que le problème de la décentralisation tourne autour de l'alternative organes centraux-organes non centraux, après avoir signalé qu'il s'agit d'un problème de compétence et que cette compétence doit être entendue comme une compétence personnelle, propose ses solutions. Sans entrer ici dans plus de détails, l'auteur nous dit que le critère sur lequel il convient de fonder la *summa divisio* de ces solutions, est celui de l'organe auquel est attribué le pouvoir suprême de décision relatif à une activité considérée et note qu'il y a trois solutions possibles: soit *centrale* soit *non-centrale*, soit enfin *mi-centrale mi non-centrale*. Celles-ci se déclineront sur une division tripartite suprême qui comprend la *centralisation*, la *décentralisation* et la *semi-décentralisation*.

Il lui a été reproché que si tous les organes non centraux sont absolument distincts et ne dépendent pas d'une collectivité et d'aucun appareil étatique communs, il n'existe donc aucun élément d'unité et il ne peut donc même pas exister d'État centralisé, sinon une multiplicité d'États. La décentralisation ne semble donc pas susceptible de réalisation sans que des pouvoirs effectifs soient attribués à un organe étatique central.³⁰³

L'usage peu actuel de la théorie de Ch. EISENMANN s'expliquerait par le fait que son analyse était pensée à une époque à laquelle la décentralisation ne pouvait être conçue que « sur la base exclusive de la théorie des actes unilatéraux et la hiérarchie des

³⁰² C'est-à-dire la conception de la doctrine classique évoquée ci-dessus.

³⁰³ REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982, op. cit. p. 30.

normes »³⁰⁴, alors que celles-ci semblent être tombées en désuétude depuis un certain temps.

Mais, EISENMANN avait sûrement raison quand il faisait des conditions institutionnelles de production de la décision locale un instrument d'analyse privilégié de l'état de la décentralisation d'un système administratif. Cette lecture "réaliste" du droit n'a pas perdu sa raison d'être. Une telle dénomination pour un juriste aussi positiviste et chercheur de concepts comme lui peut sembler surprenant et mérite des éclaircissements. Il s'agissait pour EISENMANN, "d'aller (...) au plus près de l'expérience juridique, sans se laisser prendre au piège des découpages a priori dont la doctrine classique se sert pour ordonner la matière juridique. Pour lui, la centralisation ou la décentralisation ne doivent pas être caractérisées en bloc, en un système d'administration, une fois pour toutes et dans l'absolu. Aussi insiste-t-il sur la nécessité de procéder à une analyse "microscopique".³⁰⁵

Dans ce sens, pour ne pas trop s'éloigner de la théorie, il serait préférable d'adopter une approche plus sectorielle (par exemple, les activités de police et/ou l'urbanisme offrent une matière, un domaine adéquat). Ainsi, pour chaque domaine matériel d'action des entités territoriales, il est possible d'examiner le mode de production de la norme: l'entité territoriale sera donc alternativement un organe déconcentré ou décentralisé selon le problème étudié. Ce cadre théorique permet, non seulement une approche dogmatique d'une situation de décentralisation donnée, mais également pratique en examinant le pourquoi de certaines situations, ainsi que la possibilité de formuler des propositions. Les thèses de EISENMANN n'ont donc pas perdu toute pertinence³⁰⁶ et méritent d'être considérées au moment d'adopter (ou construire) un outil théorique valide pour l'analyse du pouvoir territorial.

Enfin, aux côtés de ces approches positivistes – qui cherche(raient) dans le droit positif, applicable *hic et nunc*, ce qu'est la décentralisation mais qui ne permet(traient) pas de rendre compte d'autres types de relations qui, envisagées d'un point de vie réel (ou

³⁰⁴ MOREAU, J. cité par CAILLOSSE, Jacques, *Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation*, op. cit. p. 53.

³⁰⁵ CAILLOSSE, J., *Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation*, op. cit. p. 61.

³⁰⁶ Celles-ci n'ont d'ailleurs pas totalement disparues dans la doctrine universitaire. Cf. THALINEAU, J., *Essai sur la centralisation et la décentralisation. Réflexions à partir de la théorie de Ch. EISENMANN*, Thèse, Université F. RABELAIS - Tours.

réaliste), n'en restent pas moins juridiques- nous pouvons ajouter un troisième courant doctrinal.

Celui-ci appelle à une rencontre entre droit, politique et sociologie.³⁰⁷ Depuis les grandes réformes des années 80 en France, le regard sur la décentralisation a changé au bénéfice d'aspects relatifs aux politiques publiques, à la prise de décision au niveau infra-étatique et au rapprochement du pouvoir du citoyen. Jusqu'à la décennie des années 80, le droit est resté relativement absent des politiques publiques; l'époque fut marquée par l'affrontement entre les politologues et les juristes.³⁰⁸ Les sciences politiques et le droit étaient définis comme des systèmes fermés, et leurs relations marquées par des intérêts divergents. Dans ce contexte, la pratique et l'analyse normative et institutionnelle des systèmes juridiques et politiques menaient de manière très limitée à l'interaction des disciplines juridiques et politiques. Une vision ainsi fermée, ne permettait pas de concevoir (ou plutôt s'obstinait à ne pas la voir) la nature politique du Droit et le bras juridique des politiques publiques. Les politiques publiques réservèrent donc au Droit un statut mineur, sans le reconnaître comme un produit des réalités politiques.³⁰⁹ Ainsi, les politologues cherchèrent, avant tout, à soustraire le droit de l'analyse sociale et politique.³¹⁰ Selon J. CAILLOSSE, "c'est toujours la vanité d'un droit considéré comme simple système de règles fermé sur lui-même, qui est stigmatisé"³¹¹.

L'influence kelsenienne n'est pas exempte de critique dans la formation d'une conception du Droit comme une science pure, fermée et rationnelle, sans contact avec la réalité des conjectures sociales, forçant la légitimation des relations de pouvoir sur la norme

³⁰⁷ Après des décennies d'études de la décentralisation sur les modes normatifs kelseniens – nous entendons ici l'approche normativiste et formaliste propre à beaucoup d'auteurs qui se sont limités à décrire plus qu'à expliquer ou comprendre – a émergé tout un courant d'analyse dont les référents appartiennent plus à la science administrative, la science politique et la sociologie administrative. Les auteurs en question ont mis en exergue ce que les textes semblent dire: il ne s'agirait plus tant de pouvoir hiérarchique ou de tutelle que de négociation, collaboration, concours, partenariat, cogestion, co-administration, co-décision, co-responsabilité, voire même de contrat. GAUDIN, J.-P., *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses de Sciences Po, 1999.

³⁰⁸ Sur ce point, voir par exemple les articles de RENARD D., "brèves remarques sur un débat"; CAILLOSE, J., "Le Droit comme méthode ? Réflexions depuis le cas français" en *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, Coll. Droit et Société, MSH, LGDJ, Paris, 2000, n°30, pp.9-23 et 27-68 respectivement et la bibliographie citée dans ces deux articles. Également : CAILLOSSE, J., *Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation*, op. cit. p. 17

³⁰⁹ CAILLOSSE, J., "Le Droit comme méthode ? Réflexions depuis le cas français", in *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, LGDJ, Paris, 2000, p.38.

³¹⁰ Idem, p. 38-46.

³¹¹ Idem, p.38.

écrite.³¹² Ce droit butte sur la réalité, en raison de sa rigidité dans l'analyse de la norme, et par sa faiblesse par rapport à la pratique et à la réalité sociale. Aujourd'hui, il n'est plus possible d'ignorer que «si la politique se définit comme le pouvoir légitime d'introduire de nouvelles significations dans les régulations sociales, l'épistémologie juridique doit prendre cela en compte, pour l'intégrer dans la dimension du Droit, conçu comme un processus permanent de production des normes, et non comme le regroupement fixe de règles générales impératives»³¹³. Le droit revient donc à l'analyse de l'action publique, en tant qu'ordonnancement fondamental de construction et de développement des relations sociales et de reconfiguration des appareils de l'État. Et les analyses politiques font aujourd'hui partie de l'analyse juridique au moment où la dimension juridique au sein des relations sociales se fait plus importante.

Dans cette «mouvance», un auteur comme J. CAILLOSSE demande ainsi si l'on peut « ignorer sans dommages que cette politique territoriale s'énonce inmanquablement dans les termes du droit » et affirme que « tous, partisans comme adversaires de la décentralisation, doivent pour défendre leur cause faire usage du droit. »³¹⁴ Dans un ouvrage plus récent³¹⁵, il envisage «le seul registre de la *représentation*» grâce auquel le droit peut installer son/ses territoires. À partir de la notion de représentation apparaissent deux versants : le premier a trait à la description de l'ordonnancement juridique et à comment le droit donne à voir le territoire, le second prend en compte *l'imaginaire juridique* du territoire.³¹⁶

Cette approche suppose une méthode qui peut rendre compte, depuis le droit, des relations territoire-juridicité et se compose donc de deux mouvements qui se rétroalimentent, pourrait-on dire, et qui privilégie « l'interrogation sur le statut juridique du territoire plutôt que la description méthodique des composantes juridiques de l'objet

³¹² Voir en ce sens par exemple: FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*. Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 200, 1998.

³¹³ MOOR, P., *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, Paris, 2005, p.30.

³¹⁴ CAILLOSSE, J., 'Le Droit comme méthode ? Réflexions depuis le cas français', op. cit. p. 63.

³¹⁵ CAILLOSSE, J., *Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation*, op. cit.

³¹⁶ C'est à dire les « représentations que se forment les acteurs sociaux » participant à l'élaboration de « ces grands récits que prennent en charge les appareils publics, depuis l'attachement de la commune, ou au département, jusqu'à l'amour de la patrie, sans omettre les variations locales sur le thème de l'intérêt général et l'actuel engouement pour la « proximité » CAILLOSSE, J., *Les «mises en scène» juridiques de la décentralisation*, Idem., p. 84.

territorial »³¹⁷ : l'un qui va du droit vers le territoire (*le droit comme mode de lecture du territoire*), l'autre qui « remonte » du territoire au droit (*le territoire comme mode de lecture du droit*).

La démarche de J. CAILLOSSE se démarque du positivisme exacerbé³¹⁸ et privilégie une approche plus proche de la sociologie du droit à partir de laquelle « le juriste peut encore essayer de faire du droit «un mode de lecture de la réalité.»³¹⁹ L'approche positiviste peut s'appliquer, dans un premier temps, à la manière de considérer la représentation juridique du territoire (*le droit comme mode de lecture du territoire*) puisqu'elle décrira, par exemple, comment sont réparties matériellement, fonctionnellement, et organiquement les compétences. Mais, elle devient insuffisante dès lors qu'il s'agit d'expliquer la juridicisation du territoire, c'est à dire «les effets déterminants, *édifiants* au sens propre de ce mot, de la prise en charge juridique d'un territoire»³²⁰, et que l'on retrouve dans des notions d'origine souvent doctrinales telles que les «affaires locales» ou la «clause générale de compétence».

Ces notions ou catégories juridiques viennent dès lors «construire», expliquer et justifier, le pourquoi et le comment de l'ordonnement juridique³²¹.

Le droit décrit et construit à la fois le territoire. Mais « le juriste n'ignore pas que la substance du droit est aussi de plus en plus tributaire de la montée en puissance des territoires infra et/ou supra étatiques. Bref, à la « juridicisation » des territoires répond la « territorialisation » du droit ».³²²

³¹⁷ Idem., p. 87.

³¹⁸ Dans le même sens, J.-B. AUBY privilégie ce qu'il appelle le «positivisme critique», «qui s'efforce de combiner deux préceptes. Le premier, positiviste, imposant de n'émettre aucune proposition qui ne puisse s'appuyer sur la référence à un texte, une décision de justice, une pratique contractuelle..., bref une illustration dans le droit positif : prendre le droit au sérieux pour paraphraser Dworkin. Le second, critique, qui consiste à ne pas prendre pour argent comptant le discours que le droit tient sur lui-même (...) Appliqué à notre système, ce précepte signifie qu'on doit toujours rester circonspect devant la manière dont le législateur « parle » la décentralisation». AUBY, J., *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 10-11.

³¹⁹ CAILLOSSE, J., *Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation*, op. cit. p. 87.

³²⁰ Idem., p. 88. Si l'on préfère, la juridicisation des rapports (mais aussi des faits) sociaux peut être définie comme un recours croissant au droit dans leur définition et leur organisation. C'est-à-dire que le droit les investit.

³²¹ « Il ya donc construction, à partir du territoire vécu et structuré par les échanges sociaux, d'une topographie juridique qui ...est conventionnelle et n'obéit nullement à la « nature des choses ». Le droit ainsi fait fonctionner son propre système territorial...il met le territoire en état d'être lu à la façon d'un texte. » Idem., p. 89.

³²² Idem., p. 88. Sur la territorialisation du droit, v. Egalement : AUBY, J., *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, 2006, op. cit. Chapitre 1, pp.15-30.

B. La portée de la distinction décentralisation-libre administration

Les auteurs contemporains ne sont pas toujours d'accord sur la portée et les limites de la décentralisation, ce qui lui donne son caractère éminemment politique et polémique, selon le type ou la notion que chacun se fait de la décentralisation. Principe d'organisation administrative pour certains, la décentralisation est plus que cela pour d'autres: c'est un principe d'organisation politique qui consiste en le transfert de compétences de l'État vers des assemblées territoriales qui devraient être élues au suffrage universel, ce qui lui conférerait son caractère éminemment politique.

Pour L. FAVOREU³²³, l'État unitaire décentralisé ne comporte, sur son territoire, qu'une seule organisation juridique et politique dotée des attributs de la souveraineté. Les collectivités territoriales (communes, départements, régions...), composantes de l'État, ne constituent rien de plus qu'une modalité de l'organisation administrative de l'État. Ils n'existent que par la seule volonté de l'État et n'apparaissent pas dans l'ordre politique. En particulier, ils ne disposent pas d'un pouvoir législatif, contrairement aux régions italiennes ou aux Communautés autonomes espagnoles. La décentralisation pratiquée en France – le propos est valable pour le Chili, ne conduit donc pas à une véritable division (ou répartition) du pouvoir normatif au sein de l'État. L'autonomie des collectivités locales est de nature administrative, et non politique.

De la même manière, pour P. PACTET, la décentralisation s'inscrit dans le cadre d'un État unitaire et se caractérise par la négation aux collectivités territoriales de tout caractère étatique, qui peuvent bénéficier d'une autonomie plus ou moins étendue, mais qui n'ont pas leur propre constitution, leur propre gouvernement, leur propre système juridictionnel et qui ne participent pas, comme telles, à la prise de décisions étatiques. Sur ces deux points, elle se différencie profondément du fédéralisme. Mais plus loin, le même auteur affirme que "la décentralisation est une des formes les plus efficaces, plus séduisantes de l'autogestion administrative, qui aspire à assurer une meilleure démocratie et c'est pour cela que nous pouvons considérer les collectivités décentralisées comme de véritables contre-pouvoirs. Sa véritable nature est donc politique et pas seulement technique."³²⁴

³²³ FAVOREU, L. (coord.). *Droit constitutionnel*, op. cit. p. 459 y s.

³²⁴ PACTET, Pierre., op. cit. p. 50.

Si son essence contient une aspiration politique, sa pratique en France correspond à une décentralisation administrative. Cependant son association formelle à la notion de libre administration³²⁵ depuis 1958, et surtout les différentes décisions du Conseil constitutionnel à partir de 1979³²⁶, ont provoqué les commentaires les plus variés sur la portée de la décentralisation et de la libre administration à laquelle serait assujettie la première.

Ainsi, L. FAVOREU affirmait que «la **décentralisation** exprime essentiellement une démarche de l'État consentant à réduire ses attributions et à les transférer partiellement à des autorités élues, tout en conservant une tutelle sur l'exercice des attributions ainsi transférées. La **libre administration** n'implique pas un transfert de l'État vers les collectivités territoriales car celles-ci détiennent déjà, en elles-mêmes, ou par elles-mêmes, un certain nombre d'attributions ou de compétences qui leur sont consubstantielles». Et il ajoutait, «**la première relève du législateur**, qui peut lui apporter les aménagements nécessaires, se situe dans l'ordre administratif et dépend essentiellement du juge administratif ; **la seconde relève du constituant**, se situe dans l'ordre constitutionnel et peut être modelée et interprétée par le juge constitutionnel. »³²⁷

La situation paraît enfin résolue – pour le moment - par la constitutionnalisation de la notion de décentralisation en 2003 et l'analyse qu'en a proposée F. PRIET³²⁸. Sa position nous semble la plus claire à propos des relations entre les deux notions et donner un cadre cohérent de travail sur la décentralisation.

F.-P. BENOIT³²⁹ expliquait que la rationalité de la décentralisation tient à deux éléments : un mouvement de transfert d'attributions de l'État vers des collectivités internes

³²⁵ La libre administration des collectivités territoriales est recueillie dans l'article L1111-1 du Code General des Collectivités Territoriales: "Les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus."

³²⁶ C.C, Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État.*

³²⁷ FAVOREU, L., « Les bases constitutionnelles de la décentralisation », in *Révolution et décentralisation*, colloque de Besançon, 1989, pp. 83-88, part. p. 86-87.

³²⁸ PRIET, F., « Sur une notion désormais constitutionnalisée : la décentralisation », in *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, pp. 249-267. Mais également l'article de FERSTENBERT, J., « La libre administration des collectivités territoriales : principe juridique ou notion juridique ? », in *Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot*, PU d'Orléans, 2006, pp. 223-252.

³²⁹ BENOIT, F.-P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges Gustave Peiser*, PUG, 1995, pp.23-38.

et une compétence discrétionnaire de l'État en ce qui concerne la reconnaissance ou la création de telles collectivités.

En revanche, la libre administration reposerait sur trois piliers : une communauté d'habitants ayant une existence réelle, animés d'un esprit local ; une liberté d'administration, c'est-à-dire de détermination de prestation et réglementation locale ; en fin, au-delà de l'égalité des régimes juridiques appliqués, des différences dans les situations de fait. On peut constater les inégalités de fait entre collectivités. En revanche on peine parfois à constater les deux premiers éléments qui ne sont que contingents, quand ils existent...

Quoiqu'il en soit, la rationalité des deux concepts devrait conduire conclure à la prévalence de la libre administration sur la décentralisation. Or, deux éléments empêchent d'arriver à une telle conclusion : d'abord, tant que la libre administration se situe dans le cadre de l'Etat unitaire, elle ne peut s'approcher d'une quelconque autonomie que par décision étatique ; ensuite les termes liberté et administration sont contradictoires et tant que l'administratif prévaut, elle s'inscrit dans la décentralisation.

F. PRIET a montré, à la suite de J. FERSTENBERT que ce pseudo-principe³³⁰ de libre-administration n'est qu'est avatar de quelque chose qui ne peut qu'être la décentralisation. Mais pas son essence, en tous cas.

Montrant toute l'importance du discours doctrinal³³¹ dans « la dépréciation subie par la notion de décentralisation par rapport à celle de libre administration »³³² au nom du caractère purement technique de la première et de la noblesse qu'inspirerait la seconde pour sa référence aux libertés locales, il en démonte également la construction.

D'abord, même chez les auteurs classiques, la décentralisation ne se référerait pas forcément à la liberté de gestion mais pouvait revêtir un simple aspect fonctionnel de gestion des services publics.³³³

Ensuite, il affirme que même « s'il doit y avoir une distinction entre décentralisation et libre administration, celle-ci ne résulte pas d'une différence conceptuelle, mais

³³⁰ FERSTENBERT, J., « La libre administration des collectivités territoriales : principe juridique ou notion juridique ? », op. cit.

³³¹ Principalement de la part de ce qu'il appelle l'école ou la « doctrine aixoise » menée par L. FAVOREU.

³³² PRIET, F., « Sur une notion désormais constitutionnalisée : la décentralisation », op. cit. p. 251.

³³³ HAURIOU, M., art. « Décentralisation », in *Répertoire Béquet du droit administratif*, 1891, t. 9, p. 471.

uniquement d'une différence d'approche des rapports entre l'État et les collectivités territoriales, la libre administration mettant l'accent sur les libertés locales. Le fait que seule la libre administration ait eu une valeur constitutionnelle jusqu'en 2003 a pu laisser croire qu'elle avait un sens substantiellement différent de la notion de décentralisation. »³³⁴

La constitutionnalisation de la décentralisation, dans un ordre lexical³³⁵ supérieur à la libre administration, est donc venue rappeler que « les collectivités locales ne disposent pas d'un pouvoir d'auto-organisation, ni d'un pouvoir normatif autonome, et qu'elles sont assujetties au respect des prérogatives de l'État. »³³⁶ En bref, elles restent « une manière d'être de l'État ». ³³⁷

La décentralisation apparaît donc désormais pour ce qu'elle est : une notion globale qui donne cohérence aux éléments de l'autonomie territoriale énoncés aux articles 72 à 72-2 de la Constitution. La libre administration n'apparaît dès lors que comme l'un d'entre eux.³³⁸ D'ailleurs, un retour au texte de l'article 34 de la Constitution les met en évidence et les distingue bien³³⁹ : « La loi détermine les principes fondamentaux : 1) de la *libre administration* des collectivités territoriales, 2) de leurs *compétences* et 3) de leurs *ressources*. »³⁴⁰ Ce n'est que par la suite, et récemment d'ailleurs, que sont venus se greffer

³³⁴ PRIET, F., « Sur une notion désormais constitutionnalisée : la décentralisation », op. cit. p. 254.

³³⁵ Sur l'utilisation de la notion d'ordre lexical, voir par ex. J. RAWLS qui l'appelle également ordre sériel et dont « le terme correct est « lexicographique » (...). C'est un ordre qui demande que l'on satisfasse d'abord le principe classé premier avant de passer au second, le second avant de considérer le troisième, et ainsi de suite. On ne fait pas entrer en jeu un (nouveau) principe avant que ceux qui le précèdent aient été entièrement satisfaits ou bien reconnus inapplicables. Un ordre lexical évite, donc, d'avoir jamais à mettre en balance des principes. Ceux qui se trouvent placés plus tôt dans la série ont une valeur absolue, pour ainsi dire, par rapport à ceux qui viennent après, et n'admettent pas d'exception. » RAWLS, J., *Théorie de la justice*, Ed. du Seuil, col. Points n° 354, 1997, p.68. Dans ce sens, la libre administration ne peut se référer à une autonomie réelle puisqu'elle s'insère dans les règles *étatiques* de *mise en œuvre* de la décentralisation.

³³⁶ PRIET, F., « Sur une notion désormais constitutionnalisée : la décentralisation », op. cit. p. 254

³³⁷ HAURIOU, M., art. « Décentralisation », op. cit. p. 471. Voir sur ce point FOURNIÉ F., *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, Préface de J.-A. MAZERES, Avant-propos de J. MOREAU, Paris, LGDJ, 2005 T. n° 245, part. p. 87 et s.

³³⁸ C'est-à-dire que c'est la décentralisation qui peut impliquer la libre administration et non pas « le principe de libre administration qui implique la décentralisation » comme l'affirme A. JUSSIAUME, « Droit constitutionnel local », *Jurisclasseur Fasc.* 1442, n° 8, Cote : 04, 2011.

³³⁹ Un retour nécessaire pour revenir sur le « phagocytage » dont ont fait l'objet les compétences et les ressources par la proclamation, d'abord doctrinale puis jurisprudentielle, du « principe de libre administration. Le terme « phagocytage » est de FERSTENBERT, J., « La libre administration des collectivités territoriales : principe juridique ou notion juridique ? », op. cit. p. 230.

³⁴⁰ La numérotation et l'italique sont de mon fait.

les modalités de *démocratie locale participative* qui, d'ailleurs, pourraient être regroupées dans la catégorie relative à la libre administration.

Enfin, cette relation de subordination de la libre administration à la décentralisation est ratifiée au niveau législatif : la notion "Libre administration des collectivités territoriales" fait l'objet d'un titre unique du livre premier relatif aux « Principes généraux de la décentralisation » de la première partie du code général des collectivités territoriales.³⁴¹

Ce qui montre bien, d'une part que la décentralisation est une notion plus englobante que la libre administration et, d'autre part, que n'est pas écartée l'existence d'autres principes généraux relatif à la décentralisation.³⁴²

§ 2. Le binôme décentralisation-régionalisation au Chili

Au Chili, la bibliographie relative à la décentralisation est relativement plus jeune, en développement, et elle a été plus souvent l'objet de travaux de sociologues³⁴³, d'économistes³⁴⁴, d'urbanistes³⁴⁵ ou encore d'historiens³⁴⁶, que de juristes qui se sont souvent limités à un aspect purement formel et descriptif.

Depuis les réformes initiées par la dictature militaire, il faut distinguer la décentralisation des municipalités – associée au terme d'autonomie – (A) de la régionalisation qui est à mi-chemin entre décentralisation et déconcentration (B).

A. L'approche de la décentralisation (municipale) par la doctrine chilienne

³⁴¹ Le CGCT peut être consulté sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr>

³⁴² On remarquera que la rédaction du code n'est pas très heureuse. Si la décentralisation pour l'instant ne comprend qu'un principe général, il serait logique de supprimer une subdivision inutile ou d'intituler le livre 1^{er} : *principe général de la décentralisation* et non *principes généraux*.

³⁴³ Par ex: WAISSBLUTH, M., "La Reforma del Estado en Chile 1990-2005: De la Confrontación al Consenso", p. 65, *Boletín Electrónico de la ESADE*, Barcelona PUBLIC (www.esade.edu/public), Marzo, 2006. O en http://www.mariowaisbluth.com/descargas/reforma_estado_chile_1990_2005.pdf.

³⁴⁴ Par ex: BOISSIER E., S., "Chile: la experiencia regionalista del gobierno militar", *Estudios Sociales*, 104 (trimestre 2), 2000, CPU.

³⁴⁵ Par ex: ABALOS, J., «La descentralización en Chile: antecedentes históricos y reformas actuales», in *La cuestión regional en la transición a la democracia en el caso de Chile*, Instituto de Estudios Urbanos, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1993.

³⁴⁶ Par ex: SALAZAR, G. y BENÍTEZ, J (compil). *Autonomía, espacio y gestión. El municipio cercenado*. Santiago, LOM. Universidad Arcis, 1998; ARIAS Y., K., "Revisión de las estructuras político-administrativas territoriales en el Chile del siglo XIX". *Universum*, vol.25, n.1, 2010, pp. 44-59.

Les développements relatifs à la décentralisation, que l'on retrouve parfois dans les manuels et traités de droit constitutionnels et administratifs, sont en général succincts. Les auteurs donnent des définitions semblables à leurs pairs français dont l'influence n'a pas été négligeable dans la formation du système administratif chilien. L'idée de pluralisme qui caractérise la décentralisation à travers l'idée de personnalité juridique distincte de l'État ou celle de répartition de compétences est présente tout comme celle du contrôle de l'État.

Ainsi, J.C. FERRADA B. affirme que la décentralisation suppose « simplement l'attribution ou le transfert de pouvoirs à un organe administratif personnifié [différent de l'État], auquel on peut imputer, par conséquent, les conséquences juridiques de ses actes”.³⁴⁷

J.L. CEA E., dit qu'il s'agit d'un système d'organismes administrés dotés des six caractéristiques copulatives suivantes: a) la personnalité juridique propre de droit public; b) un statut ou un régime juridique propre; c) un patrimoine propre; d) la soumission aux normes du droit commun; e) un régime de contrôle étatique externe –ou hétéronome- de nature flexible; f) une relation de tutelle ou surveillance.^{348,349}

H. NOGUEIRA A. et F. CUMPLIDO C., pour leur part, définissent la décentralisation comme le transfert de compétences de l'administration centrale de l'État vers de nouvelles personnes morales ou juridiques de droit public, lesquelles sont dotées d'un patrimoine propre et soumises à un contrôle de tutelle sur leurs actes.³⁵⁰

Une partie de la doctrine chilienne, influencée par les doctrines espagnole³⁵¹ et italienne³⁵², fonde la décentralisation administrative sur le principe d'*autarchie*.³⁵³

³⁴⁷ FERRADA B., J. C., “El Estado regional chileno: un modelo de descentralización administrativa sin participación política”, *RIAP*, ISSN 1139-3750, N° 6, 2001, p. 183

³⁴⁸ CEA E., J.L. *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y comparado*. 1a. ed. act. Santiago, Chile, Eds. Universidad Católica de Chile, 2000, p. 150

³⁴⁹ Certains de ces critères nous paraissent redondants ou discutables. Ainsi la soumission aux normes du droit commun n'est pas obligatoire et des pays comme la France soumettent les collectivités majoritairement au droit administratif. Par ailleurs, les point e) et f) peuvent se répéter: la tutelle dans l'État unitaire est un contrôle externe, généralement étatique.

³⁵⁰ NOGUEIRA A., H. y CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, 2 T., Editorial Universidad de Talca, 2001, p. 318.

³⁵¹ LLORENS E. L., *La autonomía regional en la integración política. La autonomía en el Estado moderno. El estatuto de Cataluña. Textos parlamentarios y legales*, Madrid, 1932; FERRANDO B., J., *El Estado Unitario, el Estado federal y el Estado Regional*, Madrid, Tecnos, 1978, pp. 50 et s; GARRIDO F., F., *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950 cit., pág. 14.

³⁵² ZANOBINI, G., *La amministrazione locale*, Padua, 1936; VIRGA, P., *La regione*, Roma, 1948.

Selon H. NOGUEIRA A. et F. CUMPLIDO C., l'utilisation du concept d'*autarchie* est préférable à celui d'autonomie administrative, car juridiquement il est plus précis et univoque quant à sa portée que celui d'autonomie qui se prête à des équivoques du fait de sa connexion directe avec le concept de puissance législative et d'*Imperio* étatique.³⁵⁴ Elle suppose la personnification d'entités sur la base de critères d'ordre territorial ou matériel, qui exercent leurs compétences de forme indépendante par rapport à l'administration centrale, et qui ne sont pas sujets à des liens de dépendance hiérarchique, mais seulement de tutelle ou surveillance. C'est-à-dire la définition traditionnelle de la décentralisation territoriale ou fonctionnelle. Donc, la décentralisation se fonderait sur...la décentralisation !

Il ne s'agit pas de l'autarcie que la RAE³⁵⁵ définit comme l'«état ou la condition de qui se suffit à soi-même.»³⁵⁶ Une collectivité territoriale n'est jamais autarcique. De plus l'autarcie, en termes institutionnel, c'est l'autisme, le repli sur soi. Et il ne s'agit pas non plus d'une notion d'origine espagnole ou italienne.

En fait, comme l'a signalé S. FLOGAITIS, le concept d'*autarchie* «fut lancé par SANTI ROMANO [et] trouve son origine dans la théorie allemande», plus particulièrement chez LABAND. C'est un concept historiquement conditionné. A ce propos, il nous dit qu'«il ne faut pas confondre «autarchie» et «autarcie» qui correspondent respectivement aux termes grecs...d'auto commandement et ...d'autosuffisance. Il faut aussi distinguer autarchie et autogouvernement pour éviter la confusion faite par l'«école politique» qui remonte aux œuvres de GNEIST».³⁵⁷

De plus, «l'autarchie a toujours été une notion très discutée»³⁵⁸ et il y a deux époques du concept. La première correspond à SANTI ROMANO et la contemporaine est marquée du sceau de G. ZANOBINI et S. CASSESE³⁵⁹.

³⁵³ Par exemple, voir NOGUEIRA A., H. y CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, 2 T., Editorial Universidad de Talca, 2001, op cit., p. 319; ou encore ZÚÑIGA U., F., «Jurisprudencia acerca del notable abandono de deberes del alcalde», *Revista de Derecho*, vol. XII, 2001, p. 250.

³⁵⁴ Idem.

³⁵⁵ Sigle pour Real Academia de España et son Dictionnaire.

³⁵⁶ «Estado o condición de quien se basta a sí mismo».

³⁵⁷ FLOGAITIS, S., *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, LGDJ, 1979, p.169.

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ «La contribution de S. CASSESE à son propos, est le travail le plus complet et le plus profond» nous dit FLOGAITIS, S., *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, op. cit p.169

Alors que SANTI ROMANO avait fondé le concept sur la capacité de prendre en charge des intérêts publics et sur l'attribution de la personnalité juridique à une personne non souveraine, l'*autarquia*, d'après ZANOBINI « c'est la capacité reconnue à une personne morale d'exercer une activité administrative ayant la même nature et les mêmes effets qu'une activité de l'administration étatique »³⁶⁰.

D'une part, « il ne s'agit pas d'actes administratifs équivalents aux actes de l'État comme il était dit autrefois; il s'agit d'actes administratifs purement et simplement »³⁶¹ Ceci contrarie l'équivalence de la nature du pouvoir détenu par les entités territoriales et par l'État pour appliquer les lois de l'État, qui d'ailleurs ne se vérifie absolument pas dans la réalité.

D'autre part, si l'on admet que la décentralisation suppose l'attribution de la personnalité juridique mais en même temps que « autarchie et personnalité morale de droit public ne sont pas des notions qui coïncident »³⁶², l'autarchie peut s'appliquer à la décentralisation mais elle ne peut pas la fonder. Ce qui modère les affirmations de H. NOGUEIRA A. et F. CUMPLIDO C.

Enfin, « les formes caractéristiques de l'autarchie sont les pouvoirs statutaire et réglementaire. »³⁶³, ce que n'ont ni les entités territoriales chiliennes ni leurs homologues françaises.

En définitive, « les différences de définition sont dues à la diversité des idéologies politiques. La conception étatiste ne reconnaissait pas l'existence de fins et d'intérêts propres des personnes publiques autarchiques. Au contraire, la conception moderne accepte et reconnaît la diversification des intérêts publics portés par les personnes publiques autarchiques et met ainsi l'accent sur l'indépendance qui doit être assurée à l'encontre de l'État-personne. »³⁶⁴

Plus intéressant encore est l'affirmation du même auteur qui réaffirme que « l'autarchie institutionnelle (*autarchia istituzionale*), [qui] est formée par des institutions

³⁶⁰ Ibid., p. 170.

³⁶¹ Ibid., p. 171.

³⁶² Ibid., p. 171.

³⁶³ Ibid., p. 171.

³⁶⁴ Ibid.

ou plus généralement par des personnes de droit public sans base territoriale, ne concerne nullement la question de la décentralisation.»³⁶⁵

Du coup l'ambiguïté demeure et avoir remplacé autonomie par *autarquía* n'était peut-être pas le plus judicieux.

Les auteurs chiliens précités n'ont peut-être donc pas perçu totalement l'idée originale de cette *autarchie*, ou du moins leurs écrits ne permettent pas de le penser, car ils ne s'épanchent pas beaucoup sur leurs références. On ne perçoit guère *a priori* l'intérêt d'aller chercher des concepts étrangers quand la culture juridique nationale dispose des éléments suffisants. En effet, les arguments précités n'apportent rien de nouveau et de mieux à la réalité et au débat chilien. Il le complique même inutilement³⁶⁶.

La doctrine espagnole, à la suite de l'italienne, a utilisé un temps³⁶⁷ le terme *autarquía* pour différencier la décentralisation administrative de leur système autonome et essayer de créer une théorie de l'État régional³⁶⁸: «les entités autonomes se différencient des entités autarchiques dans la mesure où, en plus de posséder un pouvoir législatif égal à celui de l'État, elles détiennent un pouvoir réglementaire d'application de leurs propres lois. L'entité autarchique jouit seulement du pouvoir administratif et du pouvoir réglementaire d'exécution des lois étatiques.»³⁶⁹ Si l'on peut expliquer l'usage des auteurs espagnols,

³⁶⁵ Ibid., p. 145.

³⁶⁶ Par exemple, la définition donnée par F. ZÚÑIGA U. del Municipio como “una **corporación autónoma y autárquica**, lo que supone autogobierno, autonormación y administración de sus propios recursos materiales y humanos, quedando inserta en los cuadros orgánicos de la Administración del Estado sin reconocer relación jerárquica, sino sometido a los dispositivos de tutela – control jurídico y contable que el ordenamiento jurídico disponga”. ZÚÑIGA U., F., “Jurisprudencia acerca del notable abandono de deberes del alcalde”, *Revista de Derecho*, vol. XII, 2001, p. 250. L'auteur cite des auteurs espagnols comme F. ALBI: “Derecho Municipal Comparado”, Aguilar, Madrid, 1955, en especial pág. 75-79, 277-295; *idem*. PAREJO A., L.: “Derecho Básico de la Administración Local”, Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1988, en especial pp. 97-141.

³⁶⁷ Il semble en effet que son usage soit en désuétude.

³⁶⁸ L'objet de FERRANDO B. est, dit-il, de chercher dans le champ strictement juridique des éléments qui lui permettent de trouver une définition juridique d'autarchie, autonomie et État-membre et s'il existe des différences essentielles entre eux. Si c'est le cas, il sera possible – écrit-il, de s'écarter des théories classiques pour lesquelles il n'existe pas d'autres formes d'État que l'unitaire et la fédérale, et il aura trouvé le point de départ pour une théorie qui affirme que l'État régional jouit d'une entité juridique indépendante et, de plus, nous aurons avancé dans le champ de la typologie de l'État unitaire. » Ce qui semble contradictoire. FERRANDO B., J. “El Estado unitario. Las formas de Estado y formas de gobierno. Distinción entre las formas de gobierno, las formas jurídicas de Estado y las llamadas» formas políticas de estado”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1974, núm. 195-96, pp. 26-27

³⁶⁹ *Idem*, p. 33.

dans la mesure où leur système constitutionnel caractérise par excellence l'État autonome, le recours à cette notion pour expliquer la réalité chilienne paraît incongru.

FERRANDO B. précise par ailleurs «que l'essence des entités autarchiques réside dans un pouvoir réglementaire exercé en nom propre pour l'accomplissement de fins publiques. C'est donc la nature des pouvoirs exercés qui différencie les entités autarchiques – décentralisation administrativo-institutionnelle – d'une part, des autres entités de décentralisation administrativo-hiérarchiques, c'est-à-dire de la déconcentration administrative et, d'autre part, des entités autonomes ou États-membres – décentralisation politique».³⁷⁰

Enfin, l'affirmation selon laquelle la décentralisation administrative se fonde sur le principe *d'autarchia*, est également démentie par FERRANDO B. lui-même qui affirmait que «l'autarchie est une des espèces de décentralisation administrative»³⁷¹ et que pour VIRGA «la décentralisation autarchique est une sous-espèce de décentralisation institutionnelle»³⁷², laquelle s'oppose à la bureaucratique, c'est-à-dire la déconcentration³⁷³. Le genre n'est pas formé d'une espèce, encore moins d'une sous-espèce.

Dès lors, à moins de se trouver dans un système similaire aux systèmes espagnol ou italien dans lesquels on peut comprendre l'utilisation de ce concept, il conviendrait mieux d'utiliser ceux qui existent déjà pour des situations clairement établies.

R. PANTOJA B., en revanche, propose une approche de la décentralisation chilienne intéressante. Selon lui, celle-ci, qui ne concerne que les municipalités³⁷⁴, relève d'une catégorie *sui generis* : l'*acentralisation*.

En se fondant sur l'alinéa 2° de l'article 21³⁷⁵ de la LOCGBAE, il estime que la Constitution chilienne permet d'affirmer «la consécration, face aux systèmes centralisés et

³⁷⁰ Idem, pp. 28-29.

³⁷¹ Idem, p. 28.

³⁷² En P. VIRGA: *La regione*, cit., p. 3, nota 1, citado por FERRANDO B., J., op. cit. note de bas de p. n° 26, p. 26

³⁷³ Preuve supplémentaire de la difficulté de traiter le sujet en droit comparé, FERRANDO B. explique que la doctrine juridique italienne ignore le terme déconcentration. p. 28.

³⁷⁴ Cf. infra.

³⁷⁵ «Les normes du présent Titre ne s'appliqueront pas à la *Contraloría General de la República*, à la Banque Centrale, aux Forces Armées et aux Forces de l'Ordre et de Sécurité Publique, aux Gouvernements Régionaux, aux Municipalités, au Conseil National de Télévision, au Conseil pour la Transparence et aux entreprises publiques créés par la loi, organes qui seront régis par les normes constitutionnelles pertinentes et par leur lois organiques constitutionnelles respectives ou de quorum qualifié, selon le cas.»

décentralisé d'organisation administrative, de la *acentralisation*, au sein du système public³⁷⁶, en tant qu'elle envisage l'existence de services publics qui, tout en appartenant à l'Administration de l'État au sens large, ne dépendent pas –cependant- du Gouvernement ni se rattachent à lui par un lien de surveillance ou de tutelle.³⁷⁷

Cette *acentralisation sui generis* concernerait les municipalités chiliennes qui jouissent – théoriquement- d'une indépendance supérieure, d'une autonomie relative certaine, puisqu'elles ne sont sujettes ni à un quelconque lien hiérarchique ni à la tutelle d'aucun autre pouvoir³⁷⁸, ce qui est renforcé par la Constitution lorsqu'elle signale que «les municipalités jouiront d'autonomie pour l'administration de leurs finances» (art. 122 CPR).³⁷⁹

Excepté ces présentations générales³⁸⁰, il faut se reporter à quelques articles de doctrine pour voir des items particuliers traités avec plus de détails, comme par exemple les fonctions de gouvernement et d'administration au sein des régions³⁸¹.

B. L'objet de la régionalisation chilienne

La Constitution chilienne introduit dans son article 3, à la suite de la décentralisation territoriale de l'administration de l'État, le concept de régionalisation³⁸². Tout comme le texte fondamental français, la Constitution chilienne ne définit pas ce qu'il faut entendre par décentralisation. Ce qui est certain c'est que des principes et des moyens différents de mise en œuvre correspondent à chacun des deux termes. La réflexion des parlementaires et de certains auteurs paraît souffrir d'une certaine confusion à propos de la

³⁷⁶ PANTOJA B., R., *Tratado de Derecho administrativo. Derecho y administración del Estado*. Tomo 1, AbdeledoPerrot –LegalPublishing, 2010, p. 21.

³⁷⁷ PANTOJA B., R., *Tratado de Derecho administrativo*, 2010, op. cit. p. 22.

³⁷⁸ «La Municipalidades gozando de personalidad jurídica, no reconocen vínculo alguno de relación respecto del Presidente de la República, al ser sus autoridades de elección popular, ni de dependencia ni de supervigilancia. Su creación responde más bien al propósito de liberar a este tipo de organizaciones de la sujeción jerárquica del Supremo Administrador del Estado, o de su supervigilancia o tutela», PANTOJA BAUZÁ, R., *Tratado de Derecho administrativo*, 2010, pp. 22-23.

³⁷⁹ Voir cependant l'avis de la CGR 18646 de 1992 qui signale que la «referida "autonomía municipal" constituye un principio de descentralización administrativa».

³⁸⁰ La décentralisation administrative occupe, par exemple, 3 pages chez: NOGUEIRA A., H. y CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*: pp. 318-321.

³⁸¹ FERRADA B., J.C., «Las funciones de gobierno y administración en el ámbito regional: algunos alcances de la distinción y sus problemas actuales», en *Jornadas Chilenas de Derecho Público* (30^a. 1999. Valparaíso): Asociaciones intermedias, Estado y bien común, Universidad de Valparaíso, FAC. de Derecho y Ciencias Sociales, 2000.

³⁸² Art. 3 al. 2: «Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.»

décentralisation et la régionalisation qu'ils entendent promouvoir. Cette dernière n'a rien à voir avec les mouvements régionalistes ou autonomistes : il ne s'agit que d'une déconcentration au niveau régional. Il s'ensuit une incohérence sur les compétences matérielles et normatives des deux niveaux d'entités territoriales.³⁸³

Quand on parle aujourd'hui de processus décentralisateurs, il est de coutume de se référer à la notion ou à la figure de l'État régional. Depuis que l'Italie et l'Espagne initièrent respectivement leur "régionalisation" ou "autonomisation", plusieurs États ont choisi d'entreprendre une forte décentralisation, également appelée "décentralisation politique". C'est-à-dire qu'ils décidèrent d'attribuer, de manière permanente, aux entités décentralisées, entités de droit public dotées de la personnalité juridique et d'un patrimoine propre, non seulement des compétences administratives mais également des compétences "législatives" et parfois même judiciaires.

L'État régional est un modèle intermédiaire, "une modalité de l'État unitaire qui admet un certain degré de décentralisation politique ou un type d'État composé distinct de l'État fédéral [qui] se caractériserait par le fait que les régions qui le composent sont catégorisées comme des entités autonomes, dotées de personnalité juridique non originaire ni souveraine, qui jouissent d'un pouvoir législatif et administratif limité, conditionné et subordonné à la puissance de gouvernement dudit État"³⁸⁴.

Il faut distinguer régionalisation et régionalisme. Les processus espagnol et italien correspondent en fait au second terme, et témoignent d'une organisation politico-administrative imposée par les nécessités d'une unité politique tardive et/ou de réalités territoriales, historiques et culturelles déterminées. Mais on ne peut pas ignorer l'imprécision terminologique et la « confusion entretenue volontairement entre régionalisation et régionalisme. Or il s'agit de deux situations différentes. Le régionalisme, c'est la possession du pouvoir par des communautés culturellement identifiables, caractérisées juridiquement par une reconnaissance constitutionnelle de leur existence et de leur compétence. La régionalisation, c'est l'attribution par l'État de pouvoirs et de compétences à des collectivités qu'il crée et qui ne possèdent aucune identité forte. D'un

³⁸³ On peut cependant relever qu'un pouvoir réglementaire est reconnu aux régions, ce qui questionne la manière de voir qui ne conçoit un tel pouvoir qu'au bénéfice de collectivités décentralisées.

³⁸⁴ FERRADA B., J. C., "El Estado regional chileno: un modelo de descentralización administrativa sin participación política", op. cit. p. 178.

côté, une protection constitutionnelle et un statut élaboré localement, de l'autre une simple loi soumise au bon vouloir du législateur. D'un côté, une communauté caractérisée par sa culture et, en particulier, par sa langue, de l'autre un découpage administratif englobant des individus qui ne s'identifient pas comme appartenant à une communauté régionale. D'un côté, un contrôle de la répartition des compétences entre régions et Etat confié à une cour constitutionnelle, de l'autre un contrôle par des autorités administratives et un juge administratif »³⁸⁵ ou judiciaire.

Bien souvent même, la régionalisation désigne la mise en place au niveau régional de l'action publique décidée au niveau national. La région dès lors n'est qu'un relais du pouvoir central et la régionalisation un procédé d'aménagement de la centralisation. C'est-à-dire que c'est de la déconcentration appliquée à l'échelon régional.

La «régionalisation» chilienne n'a rien à voir, ou alors de très loin, avec le régionalisme pratiqué dans les États emblématiques ou "la régionalisation, qui en essence est un concept technique d'ordre juridico-politique coïncide idéalement avec une réalité territoriale, historique et anthropologique culturelle déterminée".³⁸⁶ Elle correspond bien plus à la dernière solution évoquée et n'est finalement qu'une manière de déguiser une centralisation dans la continuité.³⁸⁷

Cependant, la doctrine chilienne, bien que consciente (parfois) des incohérences du système en place, voit la régionalisation d'une autre manière, c'est-à-dire comme un processus qui pourrait mener, à terme, au fameux État régional.

Sous cet angle, on comprend mieux l'affirmation de T. RIBERA N.³⁸⁸, selon laquelle "la régionalisation correspond au processus de décentralisation et de déconcentration du pouvoir étatique initié depuis 1974".

³⁸⁵ VIGUIER, J., « La décentralisation : d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État », in REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*. IFR – Mutation des Normes Juridiques, IDETCOM (EA 785) Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013, p. 55.

³⁸⁶ TAPIA V., J., "Las reformas constitucionales de 2005, un triunfo del centralismo", en NOGUEIRA A. H., *La Constitución Reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 45.

³⁸⁷ FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 195.

³⁸⁸ RIBERA N., T., "La regionalización en Chile – Reflexiones sobre un proceso estancado"; op. cit. pp. 315-333.

C'est dans ce contexte que s'inscrit l'affirmation d'O. OELCKERS C. selon laquelle la régionalisation -au Chili - serait le concept qui permettrait de faire évoluer l'ancien système ultra centralisateur vers et jusqu'à l'État régional³⁸⁹. Pour sa part, CEA E. affirme, en apparence plus logiquement, que la décentralisation administrative fait partie du processus même de régionalisation de l'État unitaire, mais n'a pas l'importance nécessaire pour inclure ce dernier, par elle-même, dans la forme de l'État régional.³⁹⁰

H. NOGUEIRA A. et F. CUMPLIDO C. précisent qu'en fait la régionalisation peut être analysée de deux manières qui peuvent être considérées également comme des étapes distinctes dans le temps d'un même processus. La première est constituée par l'ensemble des mesures et instruments de déconcentration et décentralisation de l'État dans le domaine particulier des régions. La seconde implique la décentralisation politique territoriale. Dans cette étape, la régionalisation se présente comme un processus plus complet et intégral que celui de la décentralisation administrative puisqu'elle implique la création de personnes juridiques dotées de pouvoirs de décision sur quelques aspects de la politique de l'État.³⁹¹ La régionalisation chilienne est, on l'aura compris, bloquée pour l'instant au premier stade.

En définitive, c'est bien l'explication suivante de J.C. FERRADA qu'il faut retenir : *“En somme, le processus de régionalisation du gouvernement militaire n'a pas été, comme le signalent quelques auteurs et l'affirme le propre préambule du DL 573/1974, une décentralisation et déconcentration administrative territoriale du pouvoir, mais seulement une déconcentration limitée, dont l'apport le plus important a été de faire résider sur tout le territoire national des organes administratifs représentatifs des ministères et des services publics et générer des instruments économiques et financiers qui appuieront le dit processus.”*³⁹²

Tout ceci fut confirmé et élevé au rang constitutionnel avec la Constitution octroyée de 1980 qui inclut de légères modifications avec un mandat pour le législateur pour qu'il déconcentre territorialement dans les régions, les ministères et services, et renvoie au

³⁸⁹ OELCKERS C., O., “Los necesarios avances en el proceso de regionalización a través de los principios jurídicos que la sustentan”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XVII (1996), p. 339

³⁹⁰ CEA E., J.L., *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y comparado*. 1a. ed. act. Santiago, Chile, Eds. Universidad Católica de Chile, 2000, p. 150.

³⁹¹ NOGUEIRA A., H. y CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, T1, Editorial Universidad de Talca, 2001, p. 322.

³⁹² Idem, p. 189.

législateur et aux matières de lois organiques constitutionnelles le développement des normes fondamentales en ces matières³⁹³. En résumé, il s'est agi d'un mécanisme d'instauration national d'un régime dictatorial, avec pour but de soumettre, par la voie administrative, la totalité du territoire au gouvernement de fait, répliquant la figure de Pinochet au niveau régional (intendant), provincial (gouverneur) et communal (maire), tous étant nommés, mutés et démis de leurs fonctions à volonté par le dictateur.

Les critères juridiques qui sous-tendent la régionalisation chilienne, comme système d'organisation administrative décentralisée de l'Etat, sont au nombre de cinq selon OELCKERS C.³⁹⁴ et synthétisent ou correspondent à l'ensemble des attributions et facultés que déploient les collectivités régionales : 1) le *principe de la séparation des fonctions de gouvernement et administration intérieures*, 2) le *principe de l'autonomie décisionnelle des entités décentralisées*, 3) le *principe de la personnalité juridique de droit public du gouvernement régional*³⁹⁵, 4) le *principe d'un patrimoine propre* et, enfin, 5) le *principe du contrôle* auquel il doit être soumis.

Ces critères correspondent dans leur ensemble aux conditions posées par la doctrine française pour que l'on puisse parler de décentralisation. Les différences notoires résident dans les principes n° 1 et 3 et dans la mise en œuvre du cinquième³⁹⁶. C'est sans doute pour cela que certains de ses principes juridiques donnent à la «décentralisation-régionalisation» chilienne son caractère particulier qui la différencie, pour l'instant, de la décentralisation à la française tout comme des États dits régionaux comme l'Italie ou autonome comme l'Espagne, par exemple.

On serait donc tenté de soutenir qu'il existe deux systèmes parallèles de décentralisation au Chili. L'un correspond à ce que les législateurs et certains auteurs considèrent comme la régionalisation et mélange, aujourd'hui³⁹⁷, des éléments de

³⁹³ Idem, pp. 334-335.

³⁹⁴ OELCKERS C., O., "Descentralización administrativa y regionalización", *RCD*, Vol. 24 n°2, 1997, pp. 353-367.

³⁹⁵ On notera que la terminologie "gouvernement régional" renvoie plus à la terminologie fédéraliste qu'à celle de l'Etat unitaire et, par ailleurs, que le gouvernement régional au Chili est chargé de l'administration supérieure de la région et à aucun moment du gouvernement. (art. 111 al. 1 et 2).

³⁹⁶ Celles-ci seront développées dans les chapitres suivants.

³⁹⁷ Principalement depuis l'élection au suffrage universel des conseillers régionaux actée en 2009.

déconcentration et de décentralisation. En fait, comme le signale H. NOGUEIRA A., ce qui est réellement décentralisé c'est la fonction d'administration supérieure de chaque région, pour laquelle a été créée l'institution (et organe) appelée «gouvernement régional».³⁹⁸L'autre type de décentralisation qui s'applique aux municipalités est plus poussée que la première et même, théoriquement, plus approfondie que la décentralisation française de droit commun.

S. BOISSIER est l'un des auteurs qui s'est le plus intéressé à la décentralisation au Chili.³⁹⁹ Il a examiné le processus de régionalisation opéré par la dictature militaire, soulignant le poids du centralisme dans la formation de l'État chilien, et a montré que la junte militaire envisagea la décentralisation comme le cadre institutionnel nécessaire à une ouverture au(x) marché(s), sans référence à la dimension territoriale de ce processus. Il s'agit d'une vision non intégrale et *asystémique* qui n'a pas encore été dépassée. À ce sujet, des auteurs comme H. VON BAER et C. PALMA T.⁴⁰⁰ ont dénoncé l'inexistence d'une politique d'État en la matière.

Dans le même sens, CARRASCO D.⁴⁰¹ a montré les difficultés des essais de réforme de la part des parlementaires et présidents chiliens durant la Constitution de 1925. Difficultés non dépassées par la Constitution de 1980 qui, comme l'a raconté H. POZO⁴⁰², instrumentalisée par le gouvernement dictatorial de A. PINOCHET, poursuivait une régionalisation uniquement orientée vers un contrôle de fer de l'espace et à une participation locale purement 'cérémoniale'.

³⁹⁸ « Lo que realmente se descentraliza es la función de administración superior de cada región, para cuyos efectos se crea la institución y órgano denominado "gobierno regional". NOGUEIRA A., H., "El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile", e BERCHOLC, J. O. (Dir.); *La organización política del territorio en América y España : federalismo e integración*; Congreso Internacional sobre Organización Política del Territorio, Federalismo e Integración. Ciudad de Buenos Aires. Lajouane, 1a. ed. marzo 2008, p. 209.

³⁹⁹ BOISSIER E., S., « Chile: la experiencia regionalista del gobierno militar », *Estudios Sociales*, 104 (trimestre 2), 2000, CPU; « Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en manos de la gente », *Estudios Sociales*, 105 (trimestre 3), 2001, CPU; "Desarrollo (local): ¿De qué estamos hablando?", *Estudios Sociales*, 107 (trimestre 1);, 2003, CPU ; "La doctrina (oculta) de la descentralización chilena", Documento preparado en respuesta a una invitación del Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN) para colaborar al libro: *Desarrollo Regional. Balance de una década de Gobiernos Regionales*.

⁴⁰⁰ BAER, H. von y PALMA T., C., "Hacia una política de Estado en descentralización y desarrollo local y regional: fundamentos para la construcción de una agenda concordada", in *Rompiendo Cadenas del Centralismo en Chile*, Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo, 2008.

⁴⁰¹ CARRASCO D., S., "Iniciativas sobre descentralización y regionalización durante el periodo de vigencia de la Constitución política de 1925", *RCD*, Vol. 24 n°2, 1997, pp. 321-335.

⁴⁰² POZO, H., "La participación en la gestión local para el régimen autoritario chileno". Documento de trabajo FLACSO-Santiago de Chile, N° 287, marzo de 1986.

Il convient de signaler ici quelques différences entre les auteurs. Ainsi, J.L. CEA E.⁴⁰³ et J.C. FERRADA⁴⁰⁴ appellent de leurs vœux à la constitution d'un État décentralisé régionalement. Ce dernier met l'accent sur la faible représentativité des institutions décentralisées chiliennes.

De leur côté, H. NOGUEIRA A.⁴⁰⁵ et F. CUMPLIDO C., considèrent que la Constitution assure (...) une décentralisation adéquate de l'administration de l'État."⁴⁰⁶

Enfin, dans une posture plus radicale, des auteurs comme M. TOBAR⁴⁰⁷ et D. BENAVENTE M.⁴⁰⁸, se réfèrent à la nécessité que le processus de décentralisation assume une sérieuse réforme politique qui le conduise jusqu'à ce qu'ils dénomment l'État Régional, pour le premier, ou démocratie régionaliste, pour le second, qui s'appuierait sur des *leaderships* politiques territoriaux bien enracinés.

Les considérations et conclusions provisoires d'A. VIERA-GALLO⁴⁰⁹ sur le processus chilien de décentralisation sont claires: l'État chilien ne s'inscrit dans aucun modèle connu de décentralisation. Sa forme actuelle a vu le jour après le travail réalisé par le gouvernement militaire sous des impulsions réformistes qui n'ont pas obéi à un objectif clair à atteindre. De plus, du fait du double caractère de l'Intendant et des attributions dysfonctionnelles existantes entre le Conseil Régional et le Parlement, il n'y a pas de cohérence entre le Gouvernement central et le régional. En même temps, par tradition, la

⁴⁰³ CEA E., J. L.. "Hacia el Estado regional en Chile", *RCD*, Vol. 24 n° 2, 1997, pp. 337-351.

⁴⁰⁴ FERRADA B., J.C., "El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado", en *Revista de derecho Valdivia*, 10:115-123; también: "El Estado regional chileno: un modelo de descentralización administrativa sin participación política", en *Revista Iberoamericana de Administración Pública, RIAP*, 6: 183 y ss, 2001; "Las actividades de investigación de las universidades y el fortalecimiento institucional de los GR. España, Francia, Italia, Chile: experiencias de descentralización y desarrollo regional", en *Seminario realizado en Valparaíso, 27 al 29 de Junio de 2001* Este último se puede consultar en línea: http://www.subdere.gov.cl/1510/articles-70196_recurso_1.pdf

⁴⁰⁵ NOGUEIRA A., H., "El gobierno regional en Chile y la experiencia comparativa", *Cuadernos universitarios*. Serie Debates / Universidad Nacional Andrés Bello; 2; "Un modelo de Estado unitario descentralizado administrativa y políticamente para Chile: reflexiones prospectivas de los gobiernos regionales a mediano plazo. Reflexión y análisis sobre el proceso de descentralización en Chile", Santiago, Ministerio de Planificación y Cooperación, Ministerio del Interior-Subdere y PNUD, 1998; "El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile", en BERCHOLC, J.O. (Dir.); *La organización política del territorio en América y España: federalismo e integración*; op. cit.; con CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, 2 T., Editorial Universidad de Talca, 2001

⁴⁰⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y CUMPLIDO CERECEDA, F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, T1, Editorial Universidad de Talca, 2001, p. 335.

⁴⁰⁷ TOBAR, M., "Estado Regional y Democracia Participativa: dos caras de una misma moneda", en *Pensando Chile desde sus Regiones*, Temuco, Ediciones Universidad de la Frontera, 2009.146-164 pp.

⁴⁰⁸ BENAVENTE MILLÁN, D., "Descentralización: la revolución olvidada". Temuco, Editorial UC Temuco, 2010 (2° éd.).

⁴⁰⁹ Entrevue réalisée avec A. VIERA-GALLO.

municipalité est comparativement plus forte que le gouvernement régional (par exemple en matière d'éducation et de santé municipale). Conjointement, il existe une dysfonction entre la conception politique des gouvernements régionaux et leur autonomie effective, spécialement en matière financière où l'on note un rôle prépondérant des ministres des finances et de l'intérieur. Enfin le transfert de compétence est simplement programmatique (art. 114 CPR), et reste à définir ce que seraient des gouvernements des aires métropolitaines.

Comme on l'a vu, les écueils terminologiques et conceptuels ne sont pas l'apanage du Chili. Les contorsions auxquelles la doctrine française a donné lieu à propos de la distinction (ou non) entre décentralisation et libre administration, entre le caractère englobant de l'une ou de l'autre, etc. sont une démonstration de plus de la difficulté du thème traité. En définitive celui de l'autonomie territoriale.

Conclusion du chapitre 1. Les modes d'accès juridique de l'autonomie territoriale au Chili et en France

En résumé, dans les deux systèmes la doctrine est relativement d'accord sur les éléments fondamentaux de la décentralisation. Mais dans les deux systèmes, le constituant et/ou le législateur a instauré des variantes ou nuances pratiques de celle-ci qui doivent être distinguées: «décentralisation-libre administration» pour la France, «acentalisation» municipale et «régionalisation» pour le Chili.

Le terme de décentralisation n'est donc pas facilement invocable pour décrire des situations différentes et il faut remonter au fondement politique proclamé de ces solutions techniques : une certaine autonomie, à terme, des entités territoriales de chaque pays.

Il y a plusieurs façons d'étudier juridiquement la «décentralisation en général»: positiviste, «réaliste», sociojuridique. Elles ne sont pas exclusives les unes des autres. Ainsi que l'a souligné J. CAILLOSSE, il n'existe *a priori* aucune hiérarchie de valeur entre celles-ci et il n'y a donc, dans l'absolu, aucune bonne raison de choisir l'une plutôt que telle ou telle autre, et surtout l'une contre les autres. En revanche les circonstances peuvent informer le choix⁴¹⁰. Et notre choix est d'essayer de combiner ces différentes approches en

⁴¹⁰ CAILLOSSE, J., *Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation*, op. cit. p. 87.

une méthode qui doit tenter d'être, dans la mesure du possible et de nos moyens, que ce qu'elle ne peut être: l'*analyse d'une politique publique par (ou aux prises avec) le droit*.

Il faut prendre en compte ces différents paramètres tout en privilégiant une approche juridique dynamique et non pas seulement descriptive et statique. En effet, la décentralisation, comme système d'administration, est « une forme d'organisation théorisée autour de principes de fonctionnement et d'action, et renvoyant même à des techniques juridiques particulières, utilisées en conformité avec une représentation idéalisée de l'organisation d'État »⁴¹¹.

On peut donc étudier juridiquement la décentralisation au travers d'un ou plusieurs de ses instruments juridiques. Le tableau suivant permet une première comparaison d'une partie desdits instruments pris en compte pour l'étude du pouvoir territorial.⁴¹²

Principales normes constitutionnelles françaises relatives à la décentralisation	Principales normes constitutionnelles chiliennes relatives à la décentralisation
<p>Principes relatifs à la <i>libre administration</i> des collectivités territoriales (72 al. 3)</p> <p>A. autonomie institutionnelle : Désignation des organes des collectivités par l'élection (72, al.3)</p> <p>B. autonomie de gestion : Toute relative Dépend de la jurisprudence constitutionnelle et administrative</p>	<p>Principes relatifs à l'<i>autonomie</i> des entités territoriales (seulement pour les municipalités : art. 118, al. 4)</p> <p>A. autonomie institutionnelle : Désignation des organes des collectivités par l'élection (arts. 113 al. 2 et 5 et 119 al 1)</p> <p>B. autonomie de gestion : Très relative pour les municipalités, inexistante pour les régions. Dépend des jurisprudences constitutionnelles et ordinaires.</p>

⁴¹¹ FÉRAL, F., p. 115.

⁴¹² Une étude exhaustive des différents instruments (par exemple, la personnalité morale, la tutelle, le pouvoir hiérarchique, etc.) paraît impossible mais également au-delà du cadre de cette thèse.

<p>Principes constitutionnels relatifs à la répartition des compétences</p> <p>A. principe de subsidiarité ? (72 al. 2)</p> <p>B. Libre administration dans les conditions prévues par la loi (72 al. 3)</p> <p>C. principe de l'expérimentation-transfert (37 al. 1)</p> <p>D. interdiction de l'exercice d'une tutelle entre collectivité (72 al. 5)</p> <p>E. possibilité du « chef de fila » (72 al.5)</p>	<p>Principes constitutionnels relatifs à la répartition des compétences</p> <p>A. Pour les corps intermédiaires, pas pour les entités territoriales (art. 1, al. 2 et art. 3)</p> <p>B. Exercice de fonctions et attributions définies par la loi. (art. 118 al. 5 et 113, al. 1)</p> <p>C. Pas de principe d'expérimentation-transfert, mais possibilité (controversée) de transférer par décret des compétences aux régions (art. 114 al. 1)</p> <p>D. NON</p> <p>E. Pas mentionné, mais existe en pratique</p>
<p>Titre juridiques de détermination des compétences</p> <p>I. La loi (art. 72, al. 2)</p> <p>II. Le décret (expérimentation-dérogação : art. 37-1)</p> <p>Existence de disposition constitutionnelle relative à une clause générale de compétences : NON</p>	<p>Titres juridiques de détermination des compétences</p> <p>I. La loi (art. 118 al. 5 et art. 113 al. 1)</p> <p>Existence de disposition constitutionnelle relative à une clause générale de compétences : OUI (arts 118 al.3 et 111)</p>

	al. 2)
Conditions de l'autonomie financière A. Autonomie de gestion encadrée par la loi (72-2 al. 1) B. Certaine autonomie fiscale (72-2 al. 3) C. Protection minimal des ressources (72-2 al. 3 à 5)	Conditions de l'autonomie financière A. Autonomie de gestion encadrée par la loi (art. 113 al. 7 et 122) B. Possible autonomie fiscale (art. 115 al. 2) C. Protection minimal des ressources (art. 115 al. 2)
Modalités de démocratie locale participative A. Pétition (72-1 al. 1) B. Référendum (72-2 al. 2) C. Consultation (72-2 al. 3)	Modalités de démocratie locale participative ⁴¹³ a. NON b. Referendum (art. 118 al. 5) c. Consultation (art. 118 al. 5)

Il apparaît dès lors que le pouvoir réglementaire n'est qu'un des instruments de l'autonomie des collectivités territoriales et qu'il entre en relation principalement avec les trois premières séries d'éléments qui traitent non seulement des compétences attribuées (la manière dont elles sont attribuées⁴¹⁴ et leur effectivité⁴¹⁵) mais également de comment elles sont exercées (par des organes représentatifs ou non, totalement librement ou non⁴¹⁶).⁴¹⁷

Ces points sont traités dans les chapitres suivants car, on l'aura compris, s'il n'existe pas de définition uniforme et définitive de la décentralisation et que la distinction de l'État fédéral et de l'État unitaire n'est plus d'un très grand secours, il existe un consensus : « ce qui est commun à tous les systèmes étatiques, même les plus centralisés, c'est que leur

⁴¹³ Seulement pour les municipalités art. 118 al. 2 : « La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales ».

⁴¹⁴ C'est-à-dire si l'on se reporte au tableau : **Principes constitutionnels relatifs à la répartition des compétences.**

⁴¹⁵ De même : « **Principes relatifs à la libre administration des collectivités territoriales (72 al. 3)** autonomie de gestion » et 3.

⁴¹⁶ Respectivement : **Principes relatifs à la libre administration des collectivités territoriales (72 al. 3)** ; (A) autonomie institutionnelle et (B) autonomie de gestion ; et **Conditions de l'autonomie financière, (A)** Autonomie de gestion encadrée par la loi (72-2 al. 1).

⁴¹⁷ Car, « il semble toutefois que la notion de compétences ne justifie pas la totalité du pouvoir réglementaire reconnu aux collectivités territoriales: celle de libre administration peut également fonder un tel pouvoir. » FERSTENBERT, J., « La libre administration des collectivités territoriales: principe juridique ou notion juridique? », op. cit. pp. 244.

appareil public accueille une part et des modalités variables de pluralisme territorial. C'est-à-dire que les institutions territoriales⁴¹⁸ – réalité universelle – jouissent d'une plus ou moins grande autonomie fonctionnelle, y sont plus ou moins foyers de pluralisme juridique⁴¹⁹, s'articulent de façon diverse avec les institutions centrales. »⁴²⁰ L'exercice du pouvoir territorial pose également la question de sa protection et de son contrôle par l'État central.⁴²¹

⁴¹⁸ Cf. Chapitres 2 et 3.

⁴¹⁹ Cf. Partie 2.

⁴²⁰ AUBY, J.-B., préface de GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, op. cit. p. VIII.

⁴²¹ Cf. Partie 3.

Chapitre 2. Nature et caractéristiques des entités territoriales chiliennes et françaises

S'il est difficile de saisir la nature juridique d'une entité territoriale, cela est dû au fait que ce concept fait intervenir des éléments extra juridiques indispensables (section 1). Il semble donc qu'il faille renoncer à une définition définitive et se concentrer sur ses caractéristiques proprement juridiques (section 2).

Section 1. La nature des entités territoriales chiliennes et françaises

Une recherche d'une définition juridique exhaustive de l'entité territoriale semble conduire à l'échec (§ 1) et la doctrine en est venue à consacrer, et se limiter, à son caractère de personne morale de droit public (§ 2).

§ 1. L'introuvable notion juridique d'entité territoriale

Face au laconisme des textes (A), la doctrine est obligée, maintenant dans l'insatisfaction le juriste dogmatique, de faire intervenir des éléments appartenant à d'autres sciences que juridique, et à privilégier un des éléments au détriment des autres (B).

A. Définitions normatives

Les notions utilisées par le constituant ou le législateur reflètent les conceptions respectives liées à la décentralisation et à leurs binômes respectifs⁴²².

Ainsi, les textes français sont laconiques et n'emploient que le terme de collectivités territoriales⁴²³ dont la nature juridique n'est pas précisée. Si l'article 72 ne dit rien quant à la notion même, les autres alinéas de cet article et des suivants permettent d'en dessiner un contour, ce qui a été entrepris par la jurisprudence et la doctrine.⁴²⁴ Et il semble qu'il faille rapprocher la notion de collectivités territoriales de celle de libre administration.

⁴²² Cf. chap. 1.

⁴²³ Si l'usage des termes « territoriales » ou « locales » a fait l'objet de débats doctrinaux en France, il a été clos par le Constituant pour désigner de façon générique toutes les collectivités infra étatiques françaises. Par exemple : BOURDON, J. «Qu'est-ce qu'une collectivité territoriale? ». *Les cahiers français*, janv. Fév. 1989, p. 5 y ss ; BOUDINE, J., «La distinction entre collectivités locale et collectivité territoriale. Variation sémantique ou juridique?», *RDP*, 1992, p. 171. Plus récemment, il a été affirmé que «le passage de l'appellation utilisée de collectivité locale à collectivité territoriales symbolise **le passage d'une manière d'être dans l'État à une possibilité d'évolution vers une manière d'être hors de l'État.**» VIGUIER, J., «La décentralisation: d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État», in REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (*dir.*), *La décentralisation 30 ans après*. IFR – Mutation des Normes Juridiques, IDETCOM (EA 785) Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013, p. 43.

⁴²⁴ Cf. infra.

La Constitution chilienne n'utilise aucun terme générique pour les régions et les municipalités, mais elle donne au premier abord des définitions plus complètes des entités territoriales que ne le fait la Constitution française.

Selon l'article 118 al. 4 CPR, la nature des municipalités chilienne est d'être une corporation autonome de droit public⁴²⁵. Quant à la région, son approche par le texte constitutionnel est aussi délicate que dans le cas français. La Constitution ne dit pas ce qu'est une région et préfère se focaliser sur le gouvernement régional qui est en charge de l'administration supérieure de la région. Mais celui-ci n'est pas défini puisque tous les éléments mentionnés se réfèrent à «son objet», à l'«exercice de ses fonctions», à ses attributs.

B. Définitions doctrinales

La doctrine a essayé d'apporter des éléments de définition plus précis, plus fins que les définitions normatives. Mais, les auteurs ne sont évidemment pas d'accord.

Peut-être est-ce dû au fait que « la notion de collectivité territoriale est juridique en ce sens, et en ce sens seulement, qu'elle est le « produit » de normes juridiques ou d'une doctrine qui se situe dans le champ de l'analyse juridique. Cette notion n'est donc pas juridique en elle-même, intrinsèquement, elle n'est pas un objet de droit, mais un objet auquel s'applique le droit (normes juridiques et propositions de droit pour reprendre la distribution kelsenienne), un objet du droit. »⁴²⁶ L'idée qui prédomine donc est celle de l'incertitude juridique et de l'imprécision. De telle sorte que l'on se sent obligé d'accepter qu'un consensus existe sur l'idée assez vague qu'une collectivité territoriale est un groupement humain uni par un lien territorial et doté d'une organisation lui permettant de participer à la vie juridique ».⁴²⁷

⁴²⁵ L'article 118 al. 4 de la Constitution chilienne dispose que «las municipalidades son *corporaciones autónomas* de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.»

⁴²⁶ MAZERES, J.-A., Préface de l'ouvrage de DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, T. 230, 2003, p. XI.

⁴²⁷ DOUENCE, J.-C., « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1. 1987, p. 63-5, n°27.

On perçoit dans cette approche que les définitions doctrinales amalgament des éléments qui relèvent de catégories différentes: des éléments constitutifs et des conditions juridiques constitutives des entités territoriales, pour reprendre la distinction établie par J. BOURDON, J-M. PONTIER et J-C. RICCI⁴²⁸.

Les éléments constitutifs pour ces auteurs sont une population, un territoire, un nom et l'on perçoit bien que ce ne sont pas vraiment des objets juridiques, mais des objets auxquels s'appliquent des règles de droit. Les conditions juridiques constitutives de la notion de collectivité territoriales sont, pour ces mêmes auteurs, la personnalité morale, les affaires propres, l'autonomie à l'égard du pouvoir central et un pouvoir de décision. De même, pour B. FAURE, la collectivité territoriale se compose de la personnalité morale de droit public, des affaires propres et d'un contrôle de l'État⁴²⁹. Mais on perçoit aussitôt les multiples apories que présentent des conditions juridiques telles que les « affaires propres » ou « l'autonomie à l'égard du pouvoir central ».

Si «la reconnaissance d'une catégorie des affaires locales, distincte des affaires nationales, est la donnée première de toute décentralisation»⁴³⁰, elle apparaît d'abord comme une condition socio-historique et ensuite comme conséquence logique de la personnalité morale.

Outre le caractère peu juridique des affaires propres⁴³¹, que dire de l'autonomie ? Enfin, le contrôle étatique (juridictionnel, financier, normatif, etc.) est par définition extérieur à la notion d'entité territoriale.

Ainsi, ces notions juridiquement introuvables ne participent pas de la nature juridique des entités territoriales mais aident à les caractériser.

La doctrine et la jurisprudence chiliennes n'échappent pas à ce problème s'agissant des municipalités⁴³². BERNASCHINA, sous l'empire de la Constitution de 1925,

⁴²⁸ BOURDON, J., PONTIER, J-M., RICCI, J-C., *Droit des collectivités territoriales*, PUF, col. Thémis, 1^o éd. 1987.

⁴²⁹ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2^e édition, 2011, p. 7. L'auteur précise que « c'est la réunion de ces critères [cumulatifs] qui emporte la qualification de collectivité, le défaut de l'un d'entre eux créant la confusion avec l'Etat (qui n'est pas une personne administrative soumise à une tutelle) ou avec l'établissement public (qui n'a pas la compétence générale). » idem, p. 7. On peut cependant émettre un doute quant à cette distinction, car la collectivité territoriale n'a pas non plus la compétence générale.

⁴³⁰ RIVERO, J. *Droit administratif*. Précis Dalloz, Paris, 1971, p. 286.

⁴³¹ A distinguer des compétences propres qui peuvent être définies limitativement par le législateur. Cf. infra chap. 3.

considérerait que la municipalité était une individualité organique constituée par un territoire, un personnel (maire, conseillers et fonctionnaires municipaux), et des services municipaux.⁴³³

Pour J. FERNÁNDEZ R., les quatre éléments d'une municipalité sont un territoire, une population, des autorités municipales et un patrimoine. Ce dernier – toujours selon FERNÁNDEZ R.- est l'élément déterminant de la municipalité, car, sans lui, il lui serait impossible de mettre en œuvre les actions matérielles nécessaires à la poursuite de ses fins⁴³⁴.

Plus récemment, le Tribunal Constitutionnel a formellement utilisé l'expression «élément constitutif essentiel de la municipalité» - sans lequel elle ne peut exister - pour se référer au territoire et à la population.⁴³⁵

Parmi les éléments fondamentaux ou constitutifs on peut donc isoler la population et le territoire.

Le premier élément ne pose pas de problème tant l'on perçoit intuitivement que sans l'élément humain il n'y a plus de raison de parler de collectivité mais la population n'est pas une notion juridique.

Le «concept de territoire, flou pour les juristes, ne peut se concevoir – selon J.-C NÉMERY- sans un rapport à la représentation démocratique. Un territoire sans expression démocratique est une simple carte. »⁴³⁶ Si cette affirmation est un peu rapide, en ce sens

⁴³² On ne traite pas ici le cas des régions car, on l'a vu, elles ne sont que des institutions déconcentrées et le gouvernement régional ne renvoie qu'à une conception organique des autorités régionales et non à un éventuel substrat collectif.

⁴³³ BERNASCHINA G., M., *Derecho Constitucional Chileno*. Santiago de Chile, Publicaciones de Derecho Público de la Escuela de Ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, 1944, p. 24 n° 10.

⁴³⁴ FERNÁNDEZ R., J., *Derecho Municipal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile Ed. 2003, p. 20.

⁴³⁵ STC 1669-10, "*Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*", cons. 19: "Los municipios **tienen un espacio físico** donde operan y ejercen sus funciones: la comuna. Esta área geográfica es un **elemento constitutivo esencial del municipio, sin el cual éste no existe**. Para los entes no territoriales, en cambio, el territorio es sólo el espacio físico en que desarrollan sus actividades. **De ahí que el poder de los entes territoriales se entienda sobre la totalidad de la población existente en su territorio**; en cambio, los entes no territoriales actúan con sus poderes únicamente en relación con determinados habitantes. Asimismo, casi nada escapa a lo que suceda a los habitantes de la comuna."

⁴³⁶ NÉMERY, J.-C., "Quel avenir pour la relation entre communes et intercommunalités ? », en *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 242

qu'un seigneur féodal pouvait aussi bien représenter un territoire⁴³⁷ qu'aujourd'hui ne le font des élus, c'est bien la représentation de la population, institutionnalisée et organisée par le biais d'autorités territoriales, qui importe.

L'article 113 al. 2⁴³⁸ de la Constitution chilienne, concernant les éléments structurants du conseil régional, se réfère d'abord à la population et non à la notion de collectivité et quand il se réfère au territoire, c'est dans le cadre de l'assise électorale des conseillers régionaux. Quant aux municipalités chiliennes, la Constitution mentionne bien la communauté locale⁴³⁹ et le territoire communal⁴⁴⁰ mais ne les définit pas. La référence au territoire est dans le nom même des collectivités décentralisées françaises mais la Constitution ne va pas au-delà.

Le territoire et la population des entités territoriales sont donc des éléments naturels des entités territoriales mais ils ne sont appréhendés par le droit que dans une perspective de représentativité des élus locaux, c'est-à-dire organisationnelle⁴⁴¹. Par ailleurs, le territoire, s'il permet d'identifier le corps électoral, définit également la compétence *ratione loci* des autorités de l'organisme administratif territorial, c'est-à-dire qu'il joue comme critère fonctionnel.

En définitive, ces éléments, bien que « réels, et effectivement utiles pour saisir la notion de collectivité territoriale », « ont cependant le défaut majeur d'être des éléments non-juridiques mais de simples faits, à caractère sociologique ou géographique, auxquels le droit s'applique, mais qui n'ont pas en eux même une nature juridique. »⁴⁴²

⁴³⁷ Même si, « à l'origine, la société féodale s'est construite moins sur une logique territoriale que sur une logique de la réciprocité, de l'échange », LAVIALLE, Ch., « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'État en France sous l'Ancien régime », *Droits. Revue française de théorie juridique*, Paris, PUF, n° 15, pp.19-31. Mais le territoire ici est pensé dans la logique de la construction du pouvoir royal prélude à l'avènement de l'État et non pas comme parcelle reconnue et concédée par l'État moderne aux collectivités territoriales pour exercer seulement des compétences d'administration qu'il a définies.

⁴³⁸ Art. 113. al. 2: "El consejo regional estará integrado por consejeros elegidos por sufragio universal en votación directa, de conformidad con la ley orgánica constitucional respectiva. Durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos. La misma ley establecerá la organización del consejo regional, determinará el número de consejeros que lo integrarán y su forma de reemplazo, cuidando siempre que tanto la población como el territorio de la región estén equitativamente representados.

⁴³⁹ Art. 118 al. 2: "La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales."

⁴⁴⁰ Art. 118 al. 9: "Los servicios públicos deberán coordinarse con el municipio cuando desarrollen su labor en el territorio comunal respectivo, en conformidad con la ley."

⁴⁴¹ Cf. infra.

⁴⁴² MAZERES, J.-A., Préface de l'ouvrage de DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op. cit. pp. XI-XII.

La notion juridique d'entité territoriale est fuyante et doit composer avec des éléments non juridiques mais saisis par le droit. Cependant des auteurs ont essayé de donner des définitions qui semblent «plus juridiques» que d'autres, c'est-à-dire qui se réfèrent principalement (ou essayent) à des notions strictement juridiques.

Ces conditions juridiques constitutives ainsi que leur importance respective varient suivant les auteurs.

Pour CH. AUTEXIER, "les collectivités locales sont des personnes morales de droit public dont la compétence est définie par référence à une portion du territoire de la République".⁴⁴³

R. CHAPUS, pour sa part, considère que la collectivité territoriale est une personne morale de droit public autre que l'État, organisée en conseil élu et disposant d'une compétence de principe.⁴⁴⁴

Ch. EISENMANN a traité quant à lui la décentralisation certes du point de vue juridique, et principalement de l'étude des actes des différentes autorités – centrales et non centrales-, mais la nature des entités territoriales est passée sous silence.

En définitive, ces approches ne peuvent éviter de recourir à des éléments fonctionnels qui ne sont plus de l'ordre de la nature des choses, et les conditions juridiques constitutives renvoient aux caractéristiques⁴⁴⁵ des entités territoriales et non à leur nature.

§ 2. La nature de personnalité morale de droit public

On l'a vu, «la notion d' [entité territoriale] ne peut se décomposer en deux ou trois éléments indépendants. Elle ne permet pas seulement de décrire un phénomène social encadré par le droit. C'est une notion juridique, qui est une multiplicité»⁴⁴⁶ et il faut ne pas perdre de vue que l'entité territoriale est un « assemblage d'autres notions, distinctes, hétérogènes et pourtant non séparables.»⁴⁴⁷

L'étude de cette multiplicité déborde le cadre de ce travail, mais nous pouvons retenir la personnalité morale comme critère fondamental de la nature juridique, malgré la

⁴⁴³ AUTEXIER, CH, cit. pág. 620.

⁴⁴⁴ CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Col. Domat, 13^eéd., 1999, p. 249.

⁴⁴⁵ Cf. Infra. b).

⁴⁴⁶ DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op. cit. pp. 9-10.

⁴⁴⁷ Idem, p. 10.

diversité des approches et les critiques dont elle peut faire l'objet⁴⁴⁸. En effet, du point de vue de l'analyse juridique, les deux éléments population et territoire informent moins sur l'autonomie des entités territoriales que la personnalité juridique.

Bien conscient que la personnalité morale est une condition principale qui n'est pas propre à ces entités publiques, il faut cependant la garder **car tant historiquement que dogmatiquement, elle reste l'élément déterminant**. En effet, à la question première: «qu'est-ce qu'une collectivité territoriale», il est répondu d'abord unanimement: «c'est une personne de droit public» et ensuite - selon les textes ou les auteurs - «dont les caractéristiques sont...» ou «qui disposent de...».

D'autres auteurs dans le cadre de travaux spécifiques se sont penchés sur la variété des discours relatifs aux entités territoriales⁴⁴⁹. Il faut les garder à l'esprit, tout en retenant l'approche classique qui perçoit l'entité territoriale comme une « institution administrative **personnifiée** qui représente une population sur un territoire défini»⁴⁵⁰.

Les discours sur la personnalité juridique, les règles relatives à sa mise en œuvre et les conséquences qu'elle entraîne, donnent à voir l'organisation du pouvoir au sein et à l'extérieur de l'entité territoriale.

L'histoire et les doctrines de la personnification juridique de l'entité territoriale la montrent tout à la fois **sujet de** et/puis **du** droit, et **objet du** et/ puis **de** droit (A). Cette multiplicité de statuts, diachronique puis synchronique, a conduit -un temps- à faire de la personnalité morale l'alpha et l'oméga de la décentralisation (B).

A. La personnification des entités territoriales et leur assujettissement administratif

Les textes, la jurisprudence et la doctrine ont consacré le rôle primordial de la personnalité juridique dans l'organisation administrative. C'est à partir de la subjectivisation de l'État dans un premier temps que seront déterminés les autres acteurs de

⁴⁴⁸ Cf. *Infra*.

⁴⁴⁹ Par exemple, M. DOAT M qui étudie les discours ontologique, administratif et économique dans *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op. cit.

⁴⁵⁰ *Idem*, p. 15.

droit public⁴⁵¹ (1). De sorte que l'administration territoriale de l'Etat se définit, par le biais des concepts de centralisation et décentralisation, en fonction du critère de la personnalité morale (2).

1. L'origine des entités territoriales : le critère corporatif ou fondatif

La distinction entre institutions corporatives et fondatives est connue⁴⁵². L'histoire des municipalités et régions chiliennes peut être mise en parallèle avec celle de leurs homologues français. L'étude des deux systèmes juridiques permet d'ailleurs d'opérer la même scission s'agissant des communes ou municipalités d'une part (a), et les autres entités territoriales d'autre part (b).

a) Les entités territoriales d'origine corporative

Les communes françaises et les municipalités chiliennes constituent le premier espace institutionnel auquel sont confrontés les citoyens quotidiennement. Les entités territoriales du Moyen Âge sont des corporations ou des associations mais en tout cas elles ne tirent par leur origine d'un acte fondateur du Prince⁴⁵³. Celui-ci les reconnaît à partir du moment où il veut les dominer.⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Par exemple: PANTOJA B., R., *La organización administrativa del Estado*, op. cit p. 159: "[...] la personificación de los organismos administrativos ha demostrado ser el eje rector del cuadro de clasificación de la Administración Pública".

⁴⁵² Cf. MICHOU, L., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 2 Vol., 1906-1909; CONSTANS, L., *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Paris, Dalloz, 1966; THÉRON, J.-P., *Recherche sur la notion d'établissement public*, Paris, LGDJ, 1976. De même en droit comparé, JIMENEZ de CISNEROS CID considère que les corporations sont fondées sur le principe associatif et d'obligatorité pour ses membres, alors que les personnes de droit public, de type institutionnel, sont constituées en fonction du principe *fondatif* et de leur caractère non associatif. JIMÉNEZ de C., F.J., de, *Los organismos autónomos en el Derecho español: Tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987, pp. 45 et s.

⁴⁵³ En ce sens, en dehors de leur approvisionnement par l'Etat, et des approches subjectiviste et objectiviste, la théorie de l'institution de HAURIOU intéresse particulièrement les entités territoriales. Elle s'appuie en effet sur «une approche pluraliste du droit, en mettant au centre de la production normative, non l'Etat mais l'institution. Sans rejeter la personnalité morale, il [HAURIOU] écarte ce concept afin d'apercevoir des éléments juridiques « prépersonnels et subpersonnels » qui expliquent la fondation pluriel de l'Etat. Il évite aussi le piège du jusnaturalisme en cherchant moins l'origine première du droit qu'en essayant de retracer la généalogie de ce phénomène.» DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, T. 230, 2003, p. 106.

⁴⁵⁴ Voir par ex: DUFÉY, P.J.S., *Histoire des communes de France et législation municipale depuis la fin du XI^e siècle jusqu'à nos jours*, Genève, 1976, LUCHAIRE, A., *Les communes françaises à l'époque des capétiens directs*, Paris, Hachette & Cie, 1890 ; PETIT-DUTAILLIS, Ch., *Les Communes françaises, caractères et évolution des origines au XVIII^e siècle*, Paris, A. Michel, 1947.

En France, «la fin de l'empire carolingien avait conduit à l'éclatement territorial du pouvoir qu'aucun ordre national prévalent ne contenait efficacement. En cette absence, la société se structurait en regroupements spontanés et limités autour d'intérêts communs partagés (économiques, professionnels, religieux, politiques, sociaux...). La notion de corporation ou d'association semblait accaparer toute forme de représentation. A cet égard, les villes ne se distinguaient pas des communautés religieuses, des familles, des corps de métiers...: elles avaient toutes vocation à gérer la plénitude de leurs intérêts propres, à prendre en charge leurs objectifs et leurs structures. On comprend de ce fait la consubstantialité historique des notions de commune et d'autonomie.»⁴⁵⁵

En ce qui concerne, les municipalités chiliennes, il est certain qu'elles sont apparues plus tard que les communes françaises et que les plus grandes villes ont fait l'objet d'actes fondateurs au nom du roi d'Espagne. Leur classification parmi les entités d'origine corporative peut donc être critiquée, mais elle peut être également maintenue pour les raisons suivantes.

A l'instar des communes françaises, leur origine est antérieure à la chute de l'Ancien régime ou de l'Empire colonial, ce qui les différencie des régions comme leurs homologues françaises se différencient des départements et des régions.

Par ailleurs, en Amérique latine en général, «l'occupation coloniale s'est faite d'abord à partir des *cabildos*, *aldeas*, *poblaciones*, *municipios*, *municipalidades* et autres entités locales du même type, qui s'étaient dotés d'une autonomie de fait et échappaient pour l'essentiel au contrôle des lointaines métropoles.»⁴⁵⁶

Et si au moment de la découverte de l'Amérique, la municipalité castillane n'est plus que l'ombre de ce qu'elle avait été au Moyen Âge, celle-ci renaît grâce à la fondation des nouvelles villes du nouveau monde.⁴⁵⁷ SOTO A. ajoute que le nouvel environnement géographique, les distances le séparant de la métropole et les nouvelles circonstances sociales, impriment au *Cabildo* une vitalité surprenante. Les créoles trouvèrent en lui l'organisme adéquat pour faire face aux usurpations et privations de la part des espagnols,

⁴⁵⁵ FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 10

⁴⁵⁶ MODERNE, F., «Le *municipio* comme entité politique dans l'organisation territoriale fédérale du Brésil », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 349

⁴⁵⁷ SOTO A., A., *La municipalidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 13.

particulièrement à la fin du XVIIIème siècle et dans la première décennie du XIXème siècle.»⁴⁵⁸

En conséquence, malgré les efforts du nouvel État moderne et rationnel, “dans l’Amérique hispanique, la tradition communale survécut jusqu’au début du XIXème siècle car il ne fût pas facile aux nouvelles souverainetés autoproclamées de retirer aux *cabildos* locales leurs légitimités».⁴⁵⁹ Enfin, il est intéressant de noter que le caractère corporatif des municipalités a perduré jusqu’à aujourd’hui puisque le texte constitutionnel les qualifie expressément de **corporation** autonome de droit public. Cette mention n’a cependant aucune conséquence sur leur autonomie⁴⁶⁰.

b) Le caractère fondatif des entités territoriales postrévolutionnaires

S’agissant des autres collectivités territoriales françaises, leur « émancipation – selon F. FÉRAL - s’est réalisée sur près de deux cents ans, passant par un statut de «collectivités déconcentrées à caractère fondatif » à un statut décentralisé à «caractère corporatif». Pour cet auteur, «ce qui constitue l’essentiel du phénomène décentralisé, c’est que la société civile va investir ce cadre territorial étatique [déconcentré de la construction révolutionnaire] pour le contrôler progressivement.»⁴⁶¹ Cette affirmation mérite d’être nuancée car, dans le système français par exemple, «le niveau régional est à la fois le plus récent -la région n’est devenue une collectivité territoriale que depuis 1982 – et le plus ancien dans son principe, puisque la province constituait sous l’Ancien Régime le territoire de référence.»⁴⁶² Le cas du département passe souvent inaperçu, ou est oublié car il est beaucoup plus ancien, devant l’exemple le plus généralement avancé des régions.

À la Révolution, la création des départements est plus assimilée à un nouvel échelon de l’administration de l’État que la commune qui demeure perçue avant tout comme un

⁴⁵⁸ SOTO A., A., *La municipalidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 13: “el nuevo entorno geográfico, las distancias a la metrópoli y las nuevas circunstancias sociales, imprimen al Cabildo una vitalidad sorprendente. Los criollos encuentran en él un organismo adecuado para hacer frente a los atropellos de los españoles, en especial en los últimos años del siglo XVIII y en la primera década del XIX.”

⁴⁵⁹ SALAZAR, G., “El Municipio Cercenado” (La lucha por la autonomía de la asociación municipal en Chile, 1914-1973) in SALAZAR, G. y BENÍTEZ, J. (Compiladores), *Autonomía, espacio y gestión. El municipio cercenado*. Santiago, LOM. Universidad Arcis, 1998, particularmente pp. 5-16.

⁴⁶⁰ Cf. *Infra*.

⁴⁶¹ FÉRAL, F., *Approche dialectique du droit de l’organisation administrative. L’appareil d’État face à la société civile*, Paris, L’Harmattan, 2000, p. 172.

⁴⁶² GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, PH. (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, T. 1, 2011, p. 285.

ensemble d'habitants ou une communauté de citoyens⁴⁶³. L'évolution postrévolutionnaire a pu modifier la conception d'entités territoriales fondées d'abord sur des origines communautaires. Ainsi, «contrairement à l'idée que l'administration présuppose une collectivité, la formation du département démontre qu'une collectivité peut émerger d'une administration déconcentrée. Aussi, la perspective administrative renverse d'une certaine manière le schéma ontologique de développement de la collectivité.»⁴⁶⁴

Ceci participera de la difficulté d'analyser par la suite juridiquement la décentralisation, la doctrine oubliant de rappeler la différence originelle entre les différentes catégories d'entités territoriales. Ceci s'appliquera au XXème siècle également à la doctrine chilienne dans son analyse de la régionalisation.

C'est que, comme le note J. VIGUIER, «le ver est dans le fruit dès la Révolution. Le département avait vocation à rester non personnalisé, la commune à être décentralisée dès l'origine. Ce qui a entraîné une perturbation, c'est le classement dans la même catégorie de deux entités par nature différentes, l'une relevant de la manière d'être de l'État et l'autre de la manière d'être dans l'État.»⁴⁶⁵

Dans ce sens, la création en France de la catégorie juridique générique de collectivité territoriale a joué un temps un rôle d'effacement du caractère ontologique des communes. De même, la constitutionnalisation de la notion de décentralisation a eu pour effet, selon F. PRIET⁴⁶⁶, de remettre à sa juste place la libre administration et ses partisans qui voyaient en elle un justificatif de l'existence de communautés « naturelles » d'habitants. La libre administration retrouverait son rôle de modalité de mise en œuvre de la décentralisation en tant que notion fonctionnelle. L'argument est convaincant en ce que, à la différence des communes, il explique la création des départements et des régions et non pas leur simple reconnaissance.⁴⁶⁷

⁴⁶³ Comme le note justement J. VIGUIER, là où « la commune se superpose à une **réalité juridique et sociologique** déjà existante...le département est créé de toutes pièces à la Révolution avec **l'intention de briser le découpage** d'Ancien régime, qui n'avait jamais réussi, malgré la volonté royale depuis Philippe le Bel, à supprimer les particularismes locaux. » VIGUIER, J., «La décentralisation: d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État», in REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (*dir.*), *La décentralisation 30 ans après*, op. cit. pp. 35.

⁴⁶⁴ DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op. cit. p. 166.

⁴⁶⁵ VIGUIER, J., «La décentralisation: d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État », op. cit. pp. 36.

⁴⁶⁶ PRIET, F., «Sur une notion désormais constitutionnalisée: la décentralisation», op. cit. p. 259.

⁴⁶⁷ KADA, N., «Déconcentration et décentralisation: une fable contemporaine», in REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (*dir.*), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*. Actes du colloque de

Cependant, force est de constater que les départements puis les régions françaises et les municipalités et régions chiliennes (ces toutes dernières dans une moindre mesure), vont acquérir rapidement les caractères de corporations et non plus de fondations. Il en sera certainement de même avec les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) qui sont en train de redessiner la carte communale française.⁴⁶⁸ Le sentiment de communautés d'habitants et/ou l'attribution de la clause générale de compétence en sont les meilleurs signes.⁴⁶⁹

La création des régions chiliennes est contemporaine de celle des régions françaises.⁴⁷⁰ Son développement institutionnel, bien que beaucoup plus lent, va également dans le sens de l'accession au statut d'entité territoriale à part entière.⁴⁷¹

2. Les « mises en scène » juridiques des entités territoriales⁴⁷²

L'histoire de la personnification des entités territoriales est tributaire de celle de l'Etat mais emprunte des chemins différents. On fait remonter généralement⁴⁷³ la notion de personnalité morale à l'antiquité romaine⁴⁷⁴. Au titre des origines latines, la notion de fisc, qui aura tant d'importance dans la doctrine allemande et dans la doctrine administrative

Toulouse 2010 – IDETCOM (EA 785) Université Toulouse 1 Capitole, L'Harmattan 2012, pp. 239-253, part. 242.

⁴⁶⁸ Cf. Infra. A ce titre J.-M. AUBY soulignait déjà qu'« il existe des organismes d'origine fondative présentant des traits relevant de la corporation ; il en va effectivement ainsi d'institutions telles que le syndicat de communes ou le district urbain qui, placées dans le cadre juridique des établissements publics n'en demeurent pas moins, à bien des titres, très proches des collectivités publiques » CONSTANS, L., *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Paris, Dalloz, 1966, préface J.-M., AUBY p. VII.

⁴⁶⁹ Les départements français en ont d'ailleurs bénéficié avant les communes par la loi de 1871. Cf. Chap. 6.

⁴⁷⁰ Cf. supra.

⁴⁷¹ Voir la dernière réforme de la loi organique régionale de juin 2013 par la loi n°N° 20.678 *establece la elección directa de los consejeros regionales*, D.O. 19-jun-2013.

⁴⁷² Pour reprendre le titre de CAILLOSSE, J., *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation*, LGDJ, Série politique n° 52, 2009.

⁴⁷³ Généralement car, par exemple, M. BOURJOL nous signale que le droit romain « avait [déjà] emprunté aux étrusques l'institution de la *communalia* dotée de la personnalité juridique et d'un patrimoine » BOURJOL, M., *Les biens communaux. Voyage au centre de la propriété collective*, Paris : L.G.D.J., 1989, p. 21.

⁴⁷⁴ D'une manière générale, à Rome, « l'existence d'un être humain (notion inconnue à Rome) n'entraîne pas la reconnaissance automatique de l'existence juridique, comme l'institutionnalisera le christianisme. À Rome, un sujet peut disposer de plusieurs *persona* selon ses domaines d'activité et, inversement, l'ancêtre de la personne morale était une *persona* comprenant plusieurs « sujets ». BIOY, X., « Le droit à la personnalité juridique » *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, catégorie « Théorie des droits fondamentaux », chron. n°12, 7 mai 2012, <http://webu2.upmf-grenoble.fr/rdlf/?p=2145>

chilienne, doit également être rappelée⁴⁷⁵. Celle-ci comme instrument de distinction entre les biens de l'empereur et les ressources publiques⁴⁷⁶ sera à l'origine, plus de quinze siècles plus tard, de la «fiskustheorie» qui postule la soumission au droit d'une partie de l'activité de l'Etat absolutiste⁴⁷⁷, et constitue "l'antécédent immédiat de la personnification de l'Etat"⁴⁷⁸. Le pandectisme – mouvement postérieur à SAVIGNY⁴⁷⁹ - a également contribué à la reconnaissance de l'Etat comme personne publique⁴⁸⁰. La subjectivisation de l'Etat est donc un fait dès avant la Révolution mais elle n'explique pas totalement la nature juridique

⁴⁷⁵ Cependant aujourd'hui en droit chilien, la notion de fisc ne s'identifie plus avec l'idée d'apparition de l'Etat de droit ou d'activité privée de l'Etat soumise au droit commun mais avec l'administration d'Etat. GUTIERREZ S., J. R., "El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público", *RCD*, vol.36, n.2, 2009, pp. 245-279. L'auteur rappelle note n° 47: "Como hemos visto, en el ámbito europeo la palabra "Fisco" se emplea en su sentido más genuino, para referir en un contexto histórico determinado, a la creación técnica que se utilizó como instrumento de sometimiento del gobernante al Derecho. Esta denominación pasó a nuestra realidad normativa y dogmática para referir al Estado mismo y de manera más precisa **al Estado en cuanto administración**. Dans le même sens voir CLARO S., L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago, Imprenta Cervantes, V. 5, 1927, p. 449. De même AYLWIN, P. et AZÓCAR, E., *Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1996, p. 179; SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, 1995 p. 138.

⁴⁷⁶ SOTO K. rappelle qu'à l'origine l'expression *fiscus* décrivait "recipients o cestos de mimbre, donde posteriormente se guardarían monedas o dineros, sirviendo de arcas", SOTO K., E., *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, v. 1, p. 175 et s.

⁴⁷⁷ "La doctrina del Fisco fue una construcción de los juristas del tiempo del Estado-policía, que hizo posible el sometimiento al derecho de parte de la actividad Estatal. Su fundamento fue la consideración de que en ciertas ocasiones los actos del Estado no se diferenciaban en absoluto de los que hubiera podido realizar un particular. Como consecuencia, se distinguió una actividad privada estatal junto a los actos de poder, estimándose que no había ninguna razón para que aquella no fuese sometida al mismo régimen de los actos particulares. Se arbitró entonces el procedimiento técnico de referir todos esos actos estatales de carácter privado a una persona jurídica, El Fisco, que para responder de ellos, podía incluso ser llevado a los Tribunales". GARRIDO F., F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 12ª edición, v. 1, 1994, p. 78. C'est donc déjà son caractère technique, utilitaire qui apparaît.

⁴⁷⁸ GUTIERREZ S., J. R., "El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público", *RCD*, vol.36, n.2, 2009, pp. 245-279.

⁴⁷⁹ Comme le souligne, O. JOUANJAN, «le pandectisme peut être considéré d'un côté comme l'accomplissement du programme de SAVIGNY. PUCHTA est le premier disciple de SAVIGNY, et WINDSCHEID en fut l'étudiant à Berlin. Toutefois, le pandectisme est aussi, d'un autre côté, l'expression de l'échec du concept épistémologique savignicien» dans la mesure où le droit romain est universel, «ne semble plus un droit quelconque, mais l'incarnation même du droit, un *ersatz* positif au droit naturel». JOUANJAN, O., art. «Ecole historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX^e siècle)» in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2007, p. 576.

⁴⁸⁰ "Hacia mediados del siglo XIX, los esfuerzos dirigidos a garantizar la autonomía del nuevo Derecho Público, con la necesidad de abandonar las explicaciones personalistas y místicas del feudalismo y el absolutismo, cristalizan en Alemania con una aportación capital, sin duda tomada en préstamo del pandectismo iusprivatista: el reconocimiento del Estado como persona jurídica. El Estado sería, ante todo, una persona jurídica, y esta constatación elemental permite iniciar, justificar y sostener la magna construcción de su comportamiento ante el derecho. La personificación jurídica del Estado se erige así -dice GEBER- en el presupuesto de toda construcción jurídica del derecho público" GARCÍA de ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 6ª edición, v. 1, 1993, p. 26.

de l'Etat, comme les différentes théories de la personnalité juridique le feront en ce qui concerne les autres groupements, et particulièrement les entités territoriales.

D'une part, la fiction de la personnalité juridique – post révolutionnaire - n'a pas été reçue et utilisée de façon homogène au Chili et en France.

D'autre part, il y eût plusieurs courants doctrinaux qui se positionnèrent en référence à la théorie de la fiction, mais il faut éviter de les opposer de manière simpliste. Il est préférable de rechercher les ponts qui ont permis de passer des uns aux autres.

a) Des interprétations a priori divergentes de la théorie de la fiction

Les entités territoriales comme les autres groupements ont été saisies par le droit. Privés ou publics, ces derniers ont été appréhendés moyennant la fiction de la personnalité juridique. La théorie de la personnalité a fait l'objet d'une longue évolution depuis le Moyen Âge⁴⁸¹. Par ailleurs, il est de coutume de se focaliser, pour la compréhension de notre conception contemporaine, sur son renouveau ou sa réactualisation à partir du XIX^e siècle par l'école historique de SAVIGNY.

L'entité territoriale du Moyen-âge est dispersée et sa personnification à la fin du XIII^e siècle n'est qu'un masque posé par l'État naissant pour les contrôler. C'est à partir du XIV^e siècle, que le mot «commune» «entre dans le droit français... elle devient une notion juridique»⁴⁸², «une personne juridique du droit romain née de la volonté du prince, dont une suite ininterrompue d'édits et d'ordonnances organise la domestication.»⁴⁸³ La qualification juridique la fait entrer dans le droit.

Au Chili, ancienne colonie de l'empire espagnol, les communes n'ont pas la même ancienneté que les communes françaises, mais elles sont tributaires, à leur naissance au XVI^e siècle, de la tradition juridique espagnole et de nouveaux paramètres liés à leur éloignement géographique.

⁴⁸¹ « Le langage atteste cette conception dès le milieu du XIII^e siècle, puisqu'à partir de l'enseignement d'Innocent IV qui –en 1245, devait proscrire l'excommunication des personnes morales au motif « qu'il s'agit de noms de droit et non pas de noms de personnes»- les juristes multiplient les références aux notions de personne «fictive», «imaginaire», «représentative». PAYNOT-ROUVILLOIS, A., art. « Personne morale » in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2007, p. 1154.

⁴⁸² PETIT-DUTAILLIS, Ch., op. cit. p.112.

⁴⁸³ BOURJOL, M. *Les biens communaux. Voyage au centre de la propriété collective*, Paris : L.G.D.J., 1989, p. 28, n°29.

S'agissant de la première, «le *cabildo* indien est la transplantation fidèle de la vieille municipalité ou conseil communal castillan »⁴⁸⁴ et, en Espagne comme en France, l'importance stratégique que signifiait le contrôle des communautés pour le souverain naissant avait conduit les juristes royaux, redécouvrant le droit romain, à forger le concept d'*universitas*⁴⁸⁵, qui devait scinder la personnalité juridique du groupe des membres constituants celui-ci.

On assiste dès lors en Europe à l'élaboration par les canonistes de la théorie de la personnalité fictive : en tant que personne séparée de ses membres, elle impliquait des organes représentatifs. Les municipalités chiliennes ont cependant acquis des caractères particuliers du fait de leur éloignement géographique.⁴⁸⁶

Au détour de la Révolution française, le grand débat du XIX^{ème} siècle sur la personnalité morale prend corps avec l'opposition de SAVIGNY aux mouvements révolutionnaires et de codification qui ont notamment mis fin au 1^{er} Empire allemand en 1806. De manière plus générale, « Savigny se rattache au mouvement des idées contre-révolutionnaires et c'est une politique des communautés traditionnelles et la légitimité historique qui la supporte qu'il défend contre l'*hybris* de l'acte révolutionnaire de reconstruction individualiste de l'ordre social qui, au mépris de l'organisme social, ne peut donner naissance qu'à ces formes «sans vie» qu'il abhorre»⁴⁸⁷.

Ainsi, la fiction de la personnalité telle qu'envisagée par l'école historique est une défense des groupements et de la collectivité historique. Et plus particulièrement des

⁴⁸⁴ SOTO A., A., *La municipalidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 13.

⁴⁸⁵ NIETO, A., *Bienes comunales*, Madrid, EDERSA, 1964, p. 192. Dans le même sens pour la France: MESTRE, J.L. «Historique des collectivités locales: L'apogée de la centralisation et sa remise en cause (1800-1870)», *Encyclopédie Dalloz des collectivités locales*, n°18.3 fasc. p. 18.9.

⁴⁸⁶ Le «nouveau monde» ne jouissait pas d'une autonomie totale par rapport à la Castille comme il n'était pas non plus entièrement soumis à ses autorités. Dans ce sens, l'établissement d'organes centraux, déconnectés en partie de l'administration castillane, exclusivement destinés à régir les relations de la péninsule avec les territoires d'outre-mer (la *Casa de la Contratación*), et la création d'un gouvernement distincte de celui de Castille (le *Conseil des Indes*), favorisèrent l'apparition d'un système «décentralisé» avant l'heure.

⁴⁸⁷ JOUANJAN, O., A. art. « Ecole historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX^e siècle)» in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2007, p. 572

groupements qui ont besoin de protection. C'est-à-dire, d'une manière générale, presque tous les groupements sauf l'Etat.⁴⁸⁸ Deux éléments doivent être mentionnés.

S'agissant du Chili, GUTIERREZ S.⁴⁸⁹ rappelle, citant HANISCH⁴⁹⁰ et CLARO S.⁴⁹¹, l'influence de SAVIGNY sur A. BELLO en matière de personnes juridiques. Celui-ci recueilli l'idée, d'une part, selon laquelle les personnes physiques⁴⁹² s'imposent au droit pour le seul fait d'être le fondement du système juridique et, d'autre part, qu'il existe des personnes juridiques dont l'existence est naturelle et nécessaire et qui n'ont pas besoin de l'approbation d'une autorité ou d'une consécration légale expresse. Parmi celles-ci figurent celles de droit public.

À l'Etat dont la question de la personnalité juridique constitue «l'aporie fondamentale de toute théorie juridique de l'Etat de laquelle les plus grands théoriciens du droit public ne sont pas parvenus à s'évader»⁴⁹³, s'ajoutent la nation, le fisc, les villes, et les municipalités qui sont qualifiées de personnes juridiques (morales⁴⁹⁴ dirait-on en français) «naturelles» ou par nature.

Mais, s'agissant des autres personnes publiques que l'État -qualifiées de naturelles ou même fictives - le droit chilien les envisage en termes de reconnaissance pour les encadrer par le droit objectif. Car BELLO, par exemple, signalait bien que les groupements

⁴⁸⁸ Cf. Infra. D'une part, lorsque sera évoquée la personnalité de l'Etat ce ne sera pas dans un sens protecteur de celui-ci mais plutôt des particuliers qui pourront l'assigner en justice (fiskustheorie), d'autre part, d'autres collectivités que l'Etat sont considérées comme «naturelles».

⁴⁸⁹ GUTIERREZ S., J. R., "El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público", *RCD*, vol.36, n.2, 2009, pp. 245-279.

⁴⁹⁰ HANISCH E., H. "La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Tomo V., 1980, p. 174.

⁴⁹¹ CLARO S., L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago, Imprenta Cervantes, V. 5, 1927, p. 447.

⁴⁹² Ainsi pour HANISCH, dans la conception de SAVIGNY, "la persona jurídica se opone a la persona natural, es decir, al individuo humano, en el sentido que ella, la jurídica, existe sólo para fines jurídicos." HANISCH E., H. "La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas", op. cit. p. 171.

⁴⁹³ MAZERES, J.-A., Préface de l'ouvrage de LINDITCH, F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 176, 1997, p. XXII. Qu'il s'agisse de JELLINEK, KELSEN ou HAURIUO pour n'en citer que quelques uns. On pourrait dire qu'il est vain de chercher la personnalité juridique du créateur.

⁴⁹⁴ HANISCH précise que "Savigny rechaza el término persona moral, porque ella no toca a la esencia de la persona jurídica, que no tiene nada de común con las relaciones morales y porque la moralidad se opone a la inmoralidad que es un orden de ideas diferente" HANISCH E., H. "La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas", op. cit. p. 171-172.

(publics) non visés par les dispositions du Code civil, sont régis par des lois et règlements spéciaux.⁴⁹⁵

Par ailleurs, la question de la nature de la personnalité juridique de l'Etat – partie privée et/ou partie publique - est aujourd'hui résolue en doctrine en faveur de l'unité de la personnalité de droit public.

Quant aux entités territoriales, même si BELLO a pu les considérer parfois publiques⁴⁹⁶, parfois mixtes⁴⁹⁷ -laissant le lecteur quelque peu perplexe -, la Constitution en vigueur est claire aujourd'hui sur ce point. Elles ont la personnalité juridique de droit public.

Le système français post révolutionnaire basé sur les principes du droit naturel rationnel et de l'individualisme du siècle des lumières (autonomie de la volonté, liberté individuelle, universalisme de l'homme-personne juridique) va récupérer la figure de la personnalité morale (ou juridique en termes savigniens et chiliens). Si l'usage qui en sera fait par les auteurs français apparaît au départ différent des auteurs allemands ou chiliens, le résultat final sera le même.

L'expérience municipale postérieure à la Nuit du 4 août 1789 et à la Constitution du 24 juin 1793, provoqua d'abord la réaction jacobine qui inséra les communes dans l'appareil administratif d'Etat ; laquelle fut confirmée par le Consulat et l'Empire. La méfiance envers les entités territoriales ne s'estompa que vers 1830 lorsque leur furent reconnu la personnalité morale de droit public⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ Art. 667, del Proyecto del Código Civil de 1853.

⁴⁹⁶ Ainsi dans l'art. 667 del Proyecto del Código Civil de 1853, les municipalités sont des "corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco". HANISCH E., H. "La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas", op. cit. p. 174.

⁴⁹⁷ Dans son appendice, des *Principes du droit Romain* de Savigny, il note : Unas son meramente políticas, o pertenecientes al derecho público, v.gr., el Senado; otras pertenecen al derecho privado, en que figuran como verdaderos propietarios, o usufructuarios, contratan, suceden por causa de muerte, demandan y son demandadas (...). Algunas pueden considerarse como mixtas, v.gr., la república, las curias o municipalidades; y serán sólo miradas desde el aspecto de derecho privado." HANISCH E., H. "La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas", Idem, p. 173.

⁴⁹⁸ Jusqu'à cette date, elles furent considérées comme de simples personnes privées. Ainsi que le signale HAURIUO cité par ARIÑO O., G., "La Administración Institucional: origen y personalidad", *RAP.*, n°63, p. 97.

Mais celle-ci, s'appuyant sur les théories contractualistes, les principes individualistes et la négation des particularismes territoriaux, les enferme dans le droit de l'Etat. Pour la doctrine française de l'époque, il n'existe pas de personne juridique naturelle autre que celle des individus.

Dès lors, s'il doit exister une personnalité juridique pour les groupements, elle doit être définie par les seuls titulaires de droit et créateurs du droit, c'est-à-dire les citoyens. Il n'y a pas de place pour une personnalité collective immanente. Ainsi, «le débat ouvert par la doctrine classique acquiert une portée très pratique, et même politique : si les personnes morales sont des réalités ...l'Etat n'est pas libre de les créer ou de les supprimer, elles s'imposent à lui. Si au contraire elles sont de pures fictions, l'Etat en est le maître».⁴⁹⁹

Certes l'attribution de la personnalité juridique aux entités territoriales semble leur faire quitter la sphère stricte d'objet du droit pour une sphère d'autonomie qui leur permet d'exister et de s'accomplir. Mais, il s'est plus agi d'une entreprise d'assujettissement au droit administratif de l'Etat que de légitimation.

Les errements auxquels a pu conduire l'application de la personnalité fictive (négation du groupe, domination légale totale, etc.) ont provoqué des réactions, principalement en Allemagne et en France.

b) Les théories alternatives et la consécration de la réalité technique

Les adaptations, ou la contestation de la théorie établissant l'alternative réalité/fiction, sont apparues en Allemagne et en France pour des raisons différentes. Alors que l'origine du courant allemand de la personnalité réelle s'inscrit plus dans une logique « nationaliste » ou « identitaire », la doctrine française a des prétentions plus explicatives et sociologiques.

GIERKE⁵⁰⁰, sur la base d'une étude des assemblées et communautés allemandes du Moyen-âge, élabore le concept de "*Genossenschaft*" dont l'équivalent est celui de la

⁴⁹⁹ RIVERO, J., *Droit administratif*, Précis Dalloz, 1980, p. 40.

⁵⁰⁰ O. v. GIERKE (1841-1921) fut l'un des principaux représentants de l'école « historique ». « Germaniste tardif », selon les mots d'O. JOUANJAN, il fit de la redécouverte du droit germanique l'une des sources majeures des principes juridiques qu'adopta la Confédération germanique. Ses travaux contribuèrent à déclencher outre-Rhin la querelle entre « germanistes » et « romanistes ».

corporation ou communauté : la *Corporación* o *Genossenschaft* se caractérisait par l'unité de la volonté surgie de l'union d'une pluralité de volontés individuelles.

L'auteur allemand partait d'une conception **réelle** des personnes juridiques qu'il considérait formées par des êtres humains réunis et organisés par des intérêts qui dépassent la sphère des intérêts individuels, et agissant avec une force de volonté et d'action commune et unique. Ainsi, de même que la personne physique agit grâce à ses membres ou organes, la personne collective agit grâce à ses représentants.

De Corporation o *Genossenschaft*, GIERKE fait entrer les municipalités prussiennes dans la catégorie de corporations de droit public⁵⁰¹, du fait de l'attribution de fonctions ou compétences sur un ensemble d'activités qui ne correspondent pas à l'Etat sans être pour autant de la sphère privée.

L'œuvre de GIERKE a contribué à présenter l'attribution du terme Corporations de Droit Public aux municipalités prussiennes comme une garantie de défense des intérêts de ses membres face à l'État en (re)construction⁵⁰², le tout dans une perspective dialectique hégélienne de tension entre l'Etat et la société civile⁵⁰³. Cette dernière se manifesterait ici par l'existence des municipalités, de leurs membres et de leurs droits respectifs. L'évolution du droit espagnol, influencé par la doctrine allemande, se traduit, un temps, en l'adoption de la **théorie de la réalité** de la personnalité morale développée par GIERKE.⁵⁰⁴ Il ne semble pas que le droit chilien ait suivi l'exemple espagnol et adopté la signification mentionnée

⁵⁰¹ ALBERTIN, L., "Les rapports entre les Lander et les communes en Allemagne Fédérale", in *Les pouvoirs locaux à l'épreuve de la décentralisation*, A. Pedone, Paris, 1983.

⁵⁰² Il faut en effet y voir une reconstruction des municipalités et de l'Etat après la bataille d'Iéna : Comme le rappelle L. DELBEZ: "les Hohenzollern y avaient à peu près complètement détruit les libertés locales, survivance des institutions féodales. Les bourgmestres étaient devenus des fonctionnaires royaux, la police municipale était devenue seul compétent en matière de finances locales. C'est dans ces conditions qu'intervinrent après la catastrophe d'Iéna les réformes de Stein". DELBEZ, L., "Le régime municipal allemand", *RDP.*, n° 47, 1930. L'ordonnance du baron Von Stein du 19 novembre 1808 qui confère aux villes l'autonomie administrative s'inscrit donc dans le projet de régénération de l'État prussien après les défaites de Iéna et Auerstaedt. Cf. FROMONT, M., "Les compétences du pouvoir local en République Fédérale d'Allemagne", in *La décentralisation en Europe*, C.N.R.S., Paris, 1981, p. 15.

⁵⁰³ Comme le rapportait S. FLOGAÏTIS, « cette différence entre État et associations infra étatiques a été entièrement fondée par GIERKE sur les idées de HEGEL à propos de l'éminence suprême et la nature universelle de l'État ; mais cela n'explique pas pourquoi une structure complètement communautaire est impossible. Le fait que le pouvoir de commandement suprême de l'État doit être respecté comme préexistant montre plutôt la force limitée de l'idée des communautés (*Genossenschaftsidee*) soutenue par le mouvement bourgeois, dont le compromis politique avec le traditionnel État monarchique trouve son idéale justification dans le modèle historique-constitutionnel développé de GIERKE.», FLOGAÏTIS, S., *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, L.G.D.J., Paris, 1979, pp. 76-77.

⁵⁰⁴ Voir par exemple GINER de los RÍOS, F., "Teoría de la persona social. . . " , *cit.*, pp. 5 à 31 et 144 à 164, reconnaissant envers HINOJOSA pour "el conocimiento de (...) los libros de GIERKE", p. 30, vid. nota n° 2.

du terme de corporation de droit public, puisqu'il fait des municipalités des créations de l'État, alors que pour GIERKE l'État « est lui aussi une association de personnes qui a comme membre les autres associations de personnes infra étatique »⁵⁰⁵.

En France, la théorie de la réalité trouvera en MICHOU⁵⁰⁶ son plus ardent défenseur. Abandonnant l'analogie avec la personne humaine, JELLINEK et MICHOU opèrent, à la suite d'HERING⁵⁰⁷, un changement en plaçant désormais au centre l'intérêt collectif propre au groupe, distinct des intérêts individuels de ses membres.

Le droit vient reconnaître une réalité sociologique pour lui donner une existence juridique nécessaire à l'organisation de l'État moderne. Ces collectivités deviennent certes des personnes morales de droit public distinctes de l'État, mais restent soumises à son autorité dans la mesure où il va les déterminer, c'est-à-dire, leur permettre d'avoir une existence «autonome ».

Enfin, au début du XX^e siècle, la personnification juridique est niée par des auteurs comme DUGUIT⁵⁰⁸, JEZE⁵⁰⁹ ou VAREILLES-SOMMIERES⁵¹⁰. Garder les principes de la *Willenstheorie* qui fait du droit subjectif un « pouvoir de volonté », les oblige effectivement

⁵⁰⁵ FLOGAÏTIS, S., *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, L.G.D.J., Paris, 1979, p. 76. L'autre grand auteur de l'école historique germanique des institutions, aussi appelée théorie des communautés, H. PREUSS n'acceptait même « pas la différence de nature entre État et communautés infra étatiques soutenue par GIERKE ». Si « l'État est, d'après lui aussi, le produit d'une construction par étapes dans laquelle plusieurs associations de personnes se rassemblent pour en créer d'autre superposées », l'État reste « de nature purement communautaire et aucun monopole de pouvoir de commandement suprême ne lui est réservé ». Idem, p. 78.

⁵⁰⁶ MICHOU, L., *La Théorie de la personnalité morale et son application au Droit français*, L.G.D.J., Paris, 1906, fondamentalement les pages 235 à 241.

⁵⁰⁷ IHERING avait défini le droit subjectif comme un « intérêt juridiquement protégé » et avait donc écarté la volonté comme fondement de la personnalité juridique. IHERING, *L'Esprit du droit romain*, T. IV, pp. 323-326. Cité par O. JOUANJAN, p. 1156.

⁵⁰⁸ Pour L. DUGUIT, il s'agit d'une référence métaphysique et n'a pas sa place en droit positif. B. DELCROS explique pour sa part que le refus de DUGUIT de doter l'État de la personnalité juridique s'explique par le fait que l'État est une personne souveraine, produit historique "d'une différenciation sociale entre les forts et les faibles dans une société donnée". DELCROS, B., *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat. (Etude sur les services non personnalisés de l'Etat)*, L.G.D.J., Paris, 1976, p. 2.

⁵⁰⁹ Et sa célèbre expression: "Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale".

⁵¹⁰ « La personne fictive n'est pas une personne, puisqu'elle est fictive et ce qui est fictif n'est rien » VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, thèse Paris, 1902, p. 10, cité par DOAT, p. 79, nbp. n°3.

à rejeter totalement la notion de personnalité morale et à expliquer les phénomènes collectifs par d'autres instruments juridiques.⁵¹¹

La doctrine chilienne ne semble pas non plus avoir été traversée par les désaccords constatés en France et a adopté dès le XIX^o siècle la théorie de la fiction. On peut cependant signaler un auteur comme BERNASCHINA qui niait la personnalité juridique de l'Etat en général et des municipalités chiliennes en particulier⁵¹². Pour lui, la municipalité est un organe de l'État, il est donc inutile, voire illogique de lui accorder la personnalité juridique. Il nie l'application de l'institution de la personnalité juridique à des démembrements organiques de l'administration d'Etat. Ainsi:

“Para nosotros, la Municipalidad no es persona jurídica – de derecho público ni de privado- sino que es un órgano del Estado; es una autoridad u organismo creado por la Constitución Política del estado, al cual ella misma ha dotado de ciertas atribuciones, derechos y obligaciones, que su Ley de Organización y Atribuciones se ha encargado de reglamenta.

No es necesario recurrir a ficciones para inferir la competencia de los Municipios, ni para buscarles una voluntad distinta de la voluntad de las personas naturales, de los seres humanos que los componen, y que son los únicos capaces de querer...las órdenes que una Corporación imparta en algunas de esas materias no derivan

⁵¹¹ La propriété collective pour PLANIOL et BERTHELEMY, le contrat d'association pour VAREILLES-SOMMIERES et VAN den HEUVEL.

⁵¹² « la personificación del ente comunal es un derivado de las teorías sobre personalidad del Estado, que tratan de atribuir al ordenamiento jurídico los atributos de los seres humanos, del hombre –personas, como dicen los autores que defienden esa teoría- y entre ellos colocan el patrimonio, la voluntad, el domicilio, la nacionalidad y otros propios...del hombre, que es el único ser capaz de querer desde el punto de vista de la realidad psicológica.

Agregan que este querer es meramente jurídico, que es sólo ficción del legislador –teoría aceptada por el Código Civil chileno- y por tanto las personas jurídicas son personas ficticias; o sea, se les supone la calidad de personas, lo que demuestra que no lo son.

Pues bien, la Municipalidad no ha escapado a ese intento de crear ficciones jurídicas, y con ello atribuye también el carácter de persona jurídica, y con ello se le supone capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones (concepto relativo del Derecho Civil).

Como deriva su competencia del Estado, se dice que la Municipalidad es una persona jurídica de derecho público, porque coopera a la actividad estatal realizando la función administrativa local. El gran argumento de estos autores en apoyo de su doctrina lo encuentran en el inc. 2^o del art. 547 del Código Civil chileno, en el que dan algunos ejemplos de personas jurídicas de derecho público, y se incluyen las Municipalidades.

Pero, no satisfechos con buscar una fingida personalidad al Municipio, los mismos autores que entienden del derecho privado, sostienen que las Municipalidades pueden actuar también como personas privadas. Dicen que las Municipalidades pueden contratar una obra pública, por ejemplo, comprar forraje para caballos, etc.” BERNASCHINA, op. cit. p. 25-26, n^o12.

de su calidad de persona pública, sino del hecho de haber sido investida de esa competencia por la Ley Fundamental del Estado. Igualmente, no es preciso atribuirles calidad de personas para que puedan realizar sus atribuciones, desde el momento que la misma Constitución dispone que las Municipalidades estarán compuestas de un Alcalde y de varios Regidores, cuyas voluntades particulares decidirán la forme de resolver los asuntos colocados bajo la esfera de poder de la Municipalidad. ...

En síntesis, la Municipalidad es sólo un órgano estatal, con competencia derivada de la Constitución y de las leyes, sin que se precise buscar ficciones, como la de la personalidad publica del municipio, que no tiene fundamento real alguno, y que los modernos autores entendidos en los problemas y estudios del Estado desechan por inútil y artificial.»⁵¹³

Aujourd'hui, les positions contemporaines se retrouvent sur une idée simple: les deux théories s'emboîtent ou mènent au même résultat et «opposer de façon simpliste les réalistes contre les tenants de la fiction n'a pas grand sens. En raisonnant à partir de la personnalité morale, le cadre juridique est posé, l'architecture dessinée. Qu'importe dès lors de savoir si le groupe existe indépendamment de ses membres.»⁵¹⁴ Le Tribunal Constitutionnel chilien a même eu l'occasion de préciser, s'agissant des municipalités, qu'elles possèdent la personnalité juridique de droit public car elles sont créées par l'ordonnancement juridique et non par la volonté de leurs membres, qu'elles exercent des prérogatives de droit public et que leur statut juridique est défini par la norme qui les créé.⁵¹⁵ Le caractère corporatif et auto-organisationnel comme fondement d'une quelconque autonomie est donc relégué aux oubliettes de l'histoire.

D'une manière générale, au Chili comme en France, la polémique semble dépassée et le débat apaisé : l'idée première de la fiction retrouve toute sa vigueur comme moyen

⁵¹³ Idem, pp. 26-27, n°13.

⁵¹⁴ DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op.cit. p. 80.

⁵¹⁵ STC 1669-10, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 19: "al tener personalidad jurídica de derecho público, **son creadas por el ordenamiento jurídico, no por voluntad de sus integrantes**; ejercen potestades públicas y **su estatuto jurídico lo define la norma que lo crea.**"

technique. ⁵¹⁶De sorte que le primat du positivisme n'empêche pas la permanence de courants ou d'approches à tendance sociologiques. ⁵¹⁷

CARRE de MALBERG, KELSEN puis EISENMANN partageront l'idée que la querelle doctrinale traditionnelle opposant la personne physique à la personne morale doit être dépassée car « (...) une analyse plus approfondie fait apparaître que c'est en réalité la « personne physique » qui est elle aussi, une construction artificielle de la science du droit, qu'elle n'est elle aussi qu'une personne « juridique »⁵¹⁸.

Le dépassement de la polémique ne doit cependant pas masquer les différences. Aujourd'hui plus qu'hier, l'attribution de la personnalité physique relève d'une « question de principe, éthique ou morale car cela consiste à faire exister juridiquement l'individu [alors que] pour la personnalité morale, il s'agit au contraire de donner le moyen d'un objectif différent, lié à l'action collective, publique ou privée. La personnalité physique, en ce sens, relève de **l'ontologie juridique**, la forme morale relève du **fonctionnalisme**. »⁵¹⁹

Ce qui explique que si la personnalité juridique implique l'existence de mécanismes qui permettent d'imputer des droits et des obligations, la protection des droits des entités territoriales n'est pas la même que celle des personnes physiques. Car, « fictive, la personnalité morale est une création arbitraire du législateur et, par conséquent, il peut la subordonner aux conditions qui lui plaisent, limiter ses droits, la supprimer éventuellement. »⁵²⁰ Ce qu'il ne peut faire impunément avec les personnes physiques. Ainsi, l'insertion de l'entité territoriale dans l'organisation administrative par le biais de sa personnification (et réification) n'a épargné ni le Chili ni la France.

⁵¹⁶ Pour M. VARGAS S., « il n'y a pas l'ombre d'un doute que la municipalité, bien qu'étant une entité de droit public, n'existe qu'en vertu de la loi à la différence de l'Etat qui existe par lui-même, qu'elle ne dispose d'aucun des caractères de la souveraineté qui distingue l'Etat et qui lui permette parfois de se situer au-dessus du droit. » VARGAS S., M., *Derecho administrativo*, obra póstuma, Imprenta Universitaria, Santiago, 1922, pp. 108-110, cité par HUIDOBRO S., R., « La potestad normativa municipal, estudio histórico-doctrinario para la reconstrucción del derecho municipal chileno », en PANTOJA B., R. (Coord.), *Derecho administrativo : 150 años de doctrina*, 1a. ed., Santiago : Jurídica de Chile, 2009., p. 202.

⁵¹⁷ Ainsi, pour J.-C. DOUENCE, la Constitution de 1946 fait procéder l'existence des collectivités territoriales des droits et libertés de l'homme et du citoyen à nouer des relations locales. Et de manière générale, « les collectivités préexistent à la Constitution qui ne les crée pas mais reconnaît, et donc garantit, leur existence », DOUENCE, J.-C., « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1, 1987, p. 63-4, n°17 et . Ce qui est contredit par les exemples récents de création ex-nihilo de catégories de collectivités, du mouvement intercommunal et des fusions de collectivités.

⁵¹⁸ KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, préc., p. 229.

⁵¹⁹ BIOY, X., « Le droit à la personnalité juridique », *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, catégorie « Théorie des droits fondamentaux », chron. n°12, 7 mai 2012, <http://webu2.upmf-grenoble.fr/rdlf/?p=2145>

⁵²⁰ BURDEAU, G., *Traité de science politique*. Paris, LGDJ, 1980, T. II, p. 400.

B. Une notion juridique totalisante

Comme l'a synthétisé J.-M. PONTIER, l'entité territoriale est « une personne publique territoriale ». La *Contraloría General de la República* définit également l'administration, centralisée ou décentralisée, par référence à la personnalité juridique⁵²¹.

La personnalité juridique est totalisante : ou elle comprend en son sein d'autres conditions juridiques constitutives⁵²² des entités territoriales (généralement présentés à part d'elle) ou elle y renvoie. C'est le cas des notions de patrimoine, responsabilité, représentation et organe⁵²³ ou encore de compétence(s).

HAURIUO soulignait déjà que « la théorie de la personnalité juridique, avec ses annexes du patrimoine et de la responsabilité, est le régulateur par excellence des relations juridiques. Elle repose sur cette idée que chacun exerce son droit par sa propre décision, sous sa propre responsabilité »⁵²⁴

En fait, « conférer la personnalité, c'est admettre par avance que l'on va instituer une situation d'autonomie juridique car un nouveau sujet de droits et d'obligations, doté d'une volonté et/ou d'un intérêt propre accédera ainsi à la vie juridique. »⁵²⁵ C'est-à-dire que la personnalité implique la capacité juridique.⁵²⁶ Parmi les attributs juridiques liés à la capacité – laquelle découle de la personnalité juridique – figurent le droit de contracter, de recourir à un juge, l'existence d'un patrimoine propre, d'une responsabilité

⁵²¹CGR, Dictamen n° 64.792 de 1970: “los servicios públicos se encuadran dentro del sector fiscal o de la Administración central o del sector autónomo o de la Administración descentralizada, según la personalidad jurídica que posean y atendiendo a la naturaleza de sus recursos”. - “Son servicios fiscales o de Administración central los que actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco, del Estado en sentido restringido” - “Son entes autónomos o de Administración descentralizada, los servicios públicos que tienen personalidad jurídica distinta del Fisco y manejan su propio patrimonio, pudiendo distinguirse entre ellos, como especies, a las instituciones y a las empresas públicas.” Cité par PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, N° 58, p. 219.

⁵²² Cf. Supra.

⁵²³ Cf. Infra ce chapitre.

⁵²⁴ HAURIUO, M., *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3e années) et en doctorat-ès-sciences politiques*, Sirey, Paris, 1910, p. 3.

⁵²⁵ LINDITCH, F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 176, 1997, p. 181.

⁵²⁶ Comme le relève F. LINDITCH, « leur définition et leur fonction respective en font des concepts situés à des stades chronologiquement – et logiquement – distinct dans le raisonnement juridique. Car loin d'être interchangeables, les deux notions entretiennent entre elles un lien de causalité qui ne peut être inversé. L'acte qui octroie la personnalité juridique déclenche en effet la condition juridique que l'on désigne ici par l'expression capacité juridique. » LINDITCH, F., op. cit. p. 180.

individualisée.⁵²⁷ Du coup, le fait de préciser que les régions ou municipalités chiliennes disposent de la personnalité juridique *et* d'un patrimoine propre est redondant⁵²⁸, mais traduit bien l'ambiguïté dans laquelle est maintenue l'entité territoriale.

Avec le XIX^e siècle, « le sujet de droit n'est sujet que tant qu'il peut être considéré comme propriétaire. S'il cesse d'être propriétaire, il cesse d'exister. Le sujet de droit ne prend consistance qu'avec son patrimoine, qu'en s'attribuant une chose. Il n'est connaissable que par ses droits subjectifs, ses attributs. »⁵²⁹ Le patrimoine, présenté par exemple au côté de la personnalité juridique dans les textes chiliens, est en fait une de ses manifestations. En France, à la fin du XIX^e siècle, « non seulement le patrimoine devient une manifestation de son individualité [de la collectivité territoriale], mais il est, en tant qu'universalité, un tout qui se confond avec le sujet. »⁵³⁰

Comme le rappelle M. DOAT, « en ce qui concerne le département, la question de la reconnaissance comme sujet de droit fut posée en même temps que la question de savoir s'il disposait d'un patrimoine propre. »⁵³¹ Mais il s'agit ici d'entités publiques secondaires différentes de l'Etat, et cette question dépend donc de sa volonté de reconnaître ou non l'existence d'un patrimoine propre. D'une manière inverse, ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC semblent postuler le patrimoine avant la personnalité juridique, puisqu'ils affirment que la question de savoir si l'Etat dispose de la seconde découle du fait qu'il détient le premier.⁵³²

⁵²⁷ Par exemple: " STC 1669-10, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 19: al tener personalidad jurídica, son sujetos de derecho. Por lo mismo, pueden adquirir derechos y contraer obligaciones, y ejercer las atribuciones que se les confieren. Cada municipalidad actúa en la vida del derecho con esta personalidad, no con la del Fisco, teniendo su propio representante judicial y extrajudicial."

⁵²⁸ Le propre Tribunal constitutionnel chilien a noté que « la Constitución señala que los municipios tienen personalidad jurídica de derecho público. Ello **significa**... [que] tienen patrimonio propio. Por lo mismo, pueden tener bienes corporales e incorporales, ingresos, activos, pasivos." STC 1669-10, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 19.

⁵²⁹ DOAT M., op. cit. p. 73.

⁵³⁰ Idem, p. 76.

⁵³¹ Comme le rappelle M. DOAT, le Conseil d'État le consacre en 1834 (27 juin 1834, Préfet du Rhin). Cette solution fut consacrée par la loi du 10 mai 1838 organisant la gestion de ses biens d'une manière autonome puis par l'art. L. 1 du code du domaine de l'État. » Idem, p. 77, nb n° 3.

⁵³² ALESSANDRI R., A.; SOMARRIVA U., M. et VODANOVIC H., A., *Tratado de derecho Civil. Partes preliminar y general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 7^e edición, 2005, v. 1. cité par GUTIERREZ SILVA, J. R., "El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público", *RCD*, 2009, vol.36, n.2 pp. 245-279.

S'agissant de la responsabilité, J.C. FERRADA, par exemple, affirme que la décentralisation suppose simplement l'attribution ou le transfert de puissances à un organe administratif personnifié, auquel on peut imputer, par conséquent, les conséquences juridiques de ses actes.⁵³³

Enfin, et surtout, la capacité juridique a pris en droit public le nom de compétence. Il faut comprendre ici le terme de compétence comme l'adaptation au droit public de la notion de capacité juridique et non de compétences matérielles.⁵³⁴ Il n'en reste pas moins qu'il faut garder à l'esprit ces droits subjectifs (droit de contracter, d'ester en justice, droit de détenir un patrimoine) induits par la capacité juridique et reconnus aux entités territoriales - personnes juridiques de droit public - sans faire l'impasse sur les compétences qui leur sont reconnues au nom du principe de spécialité des personnes publiques.

Les compétences, comme obligations, devront être contrôlées⁵³⁵. Mais également quand elles se manifestent comme l'usage de droits subjectifs, tout comme les personnes physiques d'ailleurs. Mais ces droits doivent également être défendus. Le patrimoine renvoie à l'autonomie financière et le recours au juge à la possibilité de défendre ses intérêts et...ses compétences, bref aux garanties de l'autonomie juridique des entités territoriales.⁵³⁶

Section 2. Les caractéristiques des entités territoriales, personnes morales de droit public

Si la personnalité juridique a pu apparaître comme englobant d'autres grandes notions juridiques liées à la nature de l'entité territoriale, elle n'est plus par elle-même suffisante pour expliquer la décentralisation territoriale (§ 2). Il faut donc prendre en compte d'autres caractéristiques liées non plus à une quelconque autonomie vis à vis de l'Etat mais au statut d'organes au service de l'administration territoriale de l'Etat (§ 1).

⁵³³ FERRADA B., J. C., "El Estado regional chileno: un modelo de descentralización administrativa sin participación política", en *Revista Iberoamericana de Administración Pública, RIAP*, ISSN 1139-3750, N° 6, 2001, p. 183.

⁵³⁴ Cf. infra.

⁵³⁵ Cf. chap. 8.

⁵³⁶ Cf. chap. 7.

§ 1. Les caractéristiques liées au statut des entités territoriales, organes administratifs de l'Etat

La fonction administrative de l'entité territoriale (A), implique des compétences définies par l'État (B) qui exerce un contrôle sur leur exercice (C).

A. L'administration du territoire: première caractéristique déterminante et raison d'être négatrice de l'autonomie

J.-C. NÉMERY, affirme que « depuis 1789 la France, contrairement aux autres États européens, a toujours été rétive à une conception utilitariste de ses institutions territoriales de base. Cette conception de notre organisation territoriale et des principes qui la fondent, privilégie l'aspect politique du pouvoir local, dont la légitimité est la première raison d'être. »⁵³⁷

Cette position semble démentie historiquement, au niveau des principes et du droit positif.

Comme le souligne M. BOURJOL⁵³⁸, les postulats jacobins de l'unité et de l'indivisibilité de l'Etat contribuèrent à l'identification des fonctions exercées par les entités territoriales à des fonctions exclusivement "administratives". L'expression d'«administration intérieure», utilisée aujourd'hui par les textes chiliens, est à rapprocher de celle de la Révolution française qui avait qualifié dès 1791⁵³⁹, le département comme une « administration intérieure ».

Ainsi, la fonction d'administration territoriale pour le compte de l'État est la première négation de l'autonomie territoriale, et il n'est pas certain que «l'essence même du système territorial français place comme toute première valeur le concept de légitimité rejetant au loin l'utilitarisme de l'optimum dimensionnel»⁵⁴⁰ des politiques de développement de l'Etat. Cette vision est donc en partie biaisée.

Les systèmes constitutionnels chilien et français distinguent la fonction de gouvernement de celle d'administration au niveau central. De même que -signe du régime

⁵³⁷ NÉMERY, J.-C., «Quel avenir pour la relation entre communes et intercommunalités ? », in *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 242.

⁵³⁸ BOURJOL, M., *La réforme municipale. Bilan et perspectives*, Ed. Bergenn-Levrault, Paris, 1975, p. 107.

⁵³⁹ Art. 1 du chapitre IV, section 2 de la Constitution de 1791.

⁵⁴⁰ NÉMERY, J.-C., «Quel avenir pour la relation entre communes et intercommunalités ? », op. cit. p. 243

présidentiel- le Président chilien gouverne et administre⁵⁴¹, en France, c'est le « Gouvernement [qui] détermine et conduit la politique de la nation »⁵⁴², et qui « dispose de l'administration et de la force armée »⁵⁴³. En son sein, c'est « le Premier ministre [qui] dirige l'action du Gouvernement »⁵⁴⁴, même si l'on connaît la réalité du pouvoir de direction et orientation générale que les différents présidents de la V^o République ont su développer en leur faveur.

Le distinguo entre gouvernement et administration n'est pas une classification juridique mais politique.⁵⁴⁵ On peut définir la fonction de gouvernement comme celle consistant en la prise de décision politique et celle d'administration comme l'exécution de cette dernière. La subordination de la seconde au premier apparaît logique dans la mesure où celui-ci caractérise la raison première de l'organisation politique et celle-là n'en est que la modalité : la première mission régaliennne des organisations politiques est bien le maintien de l'existence et la cohésion de la communauté avant le bien-être généralisé de ses membres.

La fonction politique se caractérise par son autonomie, sa liberté d'action, son caractère discrétionnaire⁵⁴⁶ et n'est pas (ou très peu) l'objet d'un contrôle juridictionnel. Sa seule limite est le control politique exercé par les représentants du peuple, au plus près de l'instant même de l'action politique, ou, postérieurement, par le peuple directement lors des élections. En revanche, l'action administrative est limitée par la Constitution et la loi, et soumis aux différents types de contrôles juridictionnels, particulièrement le contentieux administratif.

En ce qui concerne le Chili, les régions et municipalités existent d'abord pour le gouvernement et l'administration intérieure de l'Etat. Le chapitre XIV -« Gobierno y Administracion interior del Estado »- signale ensuite que le gouvernement intérieur ne

⁵⁴¹ Art. 24 CPR: «El gobierno CPR Art. 24° y la administración del stado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.

⁵⁴² Art. 20 alinéa 1 Constitution française

⁵⁴³ Art. 20 alinéa 2 Constitution française

⁵⁴⁴ Art. 21, alinéa 1 Constitution française

⁵⁴⁵ AYLWIN A., P., *Derecho Administrativo*, T. 1, Editorial Universitaria S. A., 1959, p. 15.

⁵⁴⁶ «La distinción entre la función de gobierno y de administración proviene del constitucionalismo clásico del 1800. Constituyó la fórmula de otorgar al jefe de Estado un ámbito de libre decisión paralelo a su poder ejecutivo», PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit. n° 41, p. 151.

concerne que les régions, les municipalités apparaissant sous le titre « Administración Comunal».

Pour ce qui concerne les régions, la fonction de gouvernement est du ressort de l'intendant régional, agent de confiance du pouvoir central⁵⁴⁷. Le gouvernement intérieur concerne l'ordre, la tranquillité et la sécurité publique.⁵⁴⁸ Il a été souligné que l'activité de gouvernement, dans une optique militaire ou managériale semble-t-il, devait de préférence être centralisée pour des motifs d'efficacité, de réactivité dans la prise de décision, alors que l'administration, elle, ne répond pas forcément à une telle nécessité et peut donc être centralisée, déconcentrée ou décentralisée.

La fonction administrative régionale se réfère au développement économique, social et culturel et relève du Gouvernement Régional.⁵⁴⁹ Ce dernier cependant est constitué par l'intendant régional et un conseil régional⁵⁵⁰ présidé par...l'Intendant régional⁵⁵¹ !

Il existe donc deux systèmes d'administration régionale selon OELCKERS C.: un déconcentré pour l'exercice des compétences de gouvernement et un décentralisée pour les compétences propres de l'Intendant (en tant qu'exécutif du gouvernement régional) et du conseil régional qu'il préside. Si on ajoute le fait que l'Intendant est le supérieur hiérarchique des services régionaux et donc le destinataire des recours gracieux contre les actes du conseil régional, on perçoit comment l'autonomie proclamée est douteuse.

S'agissant des collectivités territoriales françaises et des municipalités chiliennes, leurs domaines d'intervention est formellement et matériellement administratif.⁵⁵²

⁵⁴⁷ Art. 111 CPR: L'Intendant Régional, « aura la confiance exclusive du Président de la République...[et] ... exercera ses fonctions conformément aux lois et aux ordres et instructions du Président de la République, de qui il est le représentant naturel et immédiat sur le territoire de sa juridiction ».

⁵⁴⁸ “Los Títulos I y II de la LOCGAR, diferenciaron el gobierno de lo que llamaron administración superior, concibiendo al gobierno al estilo del Estado gendarme, la antigua impronta del Estado liberal individualista de derecho: poder ejecutivo custodio y garante del orden público y de la seguridad de las personas, y por administración, la labor de análisis, formulación, aprobación, ejecución y seguimiento de los planes de desarrollo humano, cultural, físico, social y económico de la región y la provincia” PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit. n° 41, p. 160.

⁵⁴⁹ Art. 111 al. 3 CPR: “La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.”

⁵⁵⁰ Art. 111 CPR

⁵⁵¹ Art. 112 CPR.

⁵⁵² Exception faite des interventions dans le domaine de la loi prévues au bénéfice des collectivités d'outre-mer françaises, cf. infra chap. 8.

La Constitution française consacre la libre administration des collectivités territoriales, pas leur libre gouvernement. Les communes chiliennes constituent, énonce le Dictionnaire de l'Administration Publique Chilienne, l'unité territoriale de l'administration locale qui permet d'assurer que l'action gouvernementale parvienne à tous les recoins du pays et dans tous les domaines afin de satisfaire les nécessités publiques. La commune est la plus petite unité au sein de la division territoriale administrative du pays.⁵⁵³

Peut-on soutenir l'existence d'autres fonctions qu'administratives justifiant une certaine autonomie ? Si l'on considère que l'administration de l'Etat, se présente institutionnellement et fonctionnellement au niveau régional et communal comme une activité de service orientée vers le développement physique, social, culturel et économique de la région et de la commune⁵⁵⁴, il est difficile de trouver d'autres fonctions, voire des compétences propres, qui ne soient pas comprises dans cette énumération. On peut simplement dire que «globalement, cette structure est chargée de missions administratives pour le compte de l'État et peut accessoirement développer ses propres compétences.»⁵⁵⁵

De la sorte BERNASCHINA affirmait que la restriction légale des matières à des domaines propres à l'administration locale et à une portion limitée du territoire, ne faisait pas obstacle à ce que l'exercice de ces compétences propres puisse conduire à une véritable administration générale.⁵⁵⁶ R. NÚÑEZ M., affirme pour sa part que les municipalités ne sont pas, comme le dit la loi, de simples «organes d'administration communal» mais de vrais pouvoirs locaux que la Constitution devra un jour reconnaître.⁵⁵⁷ Cette déclaration

⁵⁵³ *Diccionario de Administración Pública Chilena*, Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2ª Edición, octubre 2002: **Comuna (adm.loc.):** Unidad territorial de administración local que permite asegurar que la acción gubernamental llegue a todos los ámbitos del país con el fin de satisfacer necesidades públicas, además de lograr la organización de la comunidad, la ordenación y equipamiento territorial, y el desarrollo integral de los habitantes de ese territorio. - En Chile, la comuna es la unidad territorial más desagregada dentro de la división territorial para la administración del país.

⁵⁵⁴ PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit. n°44, p. 186.

⁵⁵⁵ DOAT, M., op. cit. p. 134.

⁵⁵⁶ BERNASCHINA G., M., *Derecho Municipal Chileno*, Col. Estudios Jurídicos y Sociales, n° XXVI, Editorial Jurídica de Chile, 1952, p. 17: « a las corporaciones comunales sólo se entrega la administración local ; es decir, la resolución de aquellos asuntos que tienen relación con los intereses de una porción limitada de nuestro territorio, aun cuando al resolver sus materias propias los esfuerzos de todas ellas se transformen en una verdadera administración general; por ejemplo, el conocimiento de la justicia local, la concesión de patentes y otros”.

⁵⁵⁷ NÚÑEZ M., R., “Realidad y desafíos del municipio chileno”, Universidad Autónoma de Chile, Marzo, 2006, p. 18, http://www.munitel.cl/file_admin/archivos_munitel/estudios/estudios2.pdf:

n'est pas évidente et, avec les processus de régionalisation en cours, c'est plutôt vers une mise sous tutelle des municipalités que se dirigent les ordres juridiques étudiés.

Ce sont donc, en définitive, les compétences et le degré de liberté dans leur mise en œuvre qui importent pour déterminer l'«autonomie administrative» des entités territoriales.

B. Des compétences

Déjà évoqué, le terme de compétence, comme celui d'ailleurs d'entité territoriale, est multiple. Il peut s'entendre comme domaine d'intervention ou compétence matérielle⁵⁵⁸, mais également comme titre de compétence à intervenir dans ces mêmes domaines. Ce dernier sens, «plus juridique», renvoie à la notion de pouvoir normatif en général, et réglementaire en particulier⁵⁵⁹. Cependant, les deux sens sont indissociables l'un de l'autre : pour qu'elle soit exercée avec indépendance, la compétence matérielle implique la compétence normative, et la seconde suppose la première.

Comme notion liée et induite par celle de personnalité juridique, la notion de compétence renvoie à la capacité juridique du droit privé dont elle est une adaptation. Ainsi, on peut penser avec F. LINDITCH que l'«opposition classique entre les deux notions doit en fait pouvoir être dépassée... [sa] thèse étant que la compétence peut alors être comprise comme la notion qui permet à la capacité juridique de s'insérer dans la légalité administrative.»⁵⁶⁰

Par la suite, la notion de compétence, dans le sens de la doctrine administrativiste majoritaire⁵⁶¹, a été déclinée sous plusieurs aspects qui caractérisent d'abord les personnes publiques en général et ensuite, plus particulièrement, les entités territoriales par rapport aux autres sujets de droit. Les principaux axes de différenciation sont liés aux domaines

⁵⁵⁸ Cf. supra introduction et infra Partie 2.

⁵⁵⁹ Cf. supra introduction et infra chap. 5 et 6.

⁵⁶⁰ LINDITCH, F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, op. cit. p. 186.

⁵⁶¹ Selon la doctrine administrativiste, «la compétence ne se comprendrait que dans le cadre de la légalité.» Du coup, l'absence de la notion de capacité en droit administratif, et particulièrement de son usage pour établir le principe général de l'autonomie juridique induit par la personnalisation, «tient en définitive à la tendance des auteurs à considérer la personnalité morale davantage comme une technique d'organisation de l'Administration ou un critérium de l'indépendance dont jouissent certains services que comme un acte par lequel est institué un nouveau sujet de droits et d'obligations.» «La capacité et les droits subjectifs qu'elle implique seraient par essence affranchis de toute soumission au principe de légalité», et il ne resterait dès lors à disposition du législateur que la notion de compétence pour «donner vie» aux collectivités territoriales. Ver LINDITCH, F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, op. cit. pp. 185 et 187/188.

d'intervention (principe de spécialité), et au domaine de validité territoriale ou personnelle.⁵⁶²

Le principe de détermination des compétences est donc le principe juridique qui met en œuvre la soumission des entités territoriales à leur mission administrative et qui limite leur autonomie. Dans le cas chilien, le principe de *judicialidad* inscrit en 1980 dans la Constitution restreint considérablement l'autonomie territoriale puisque toutes les compétences doivent être définies. Ce qui est impossible, la jurisprudence ayant eu l'occasion de reconnaître qu'il reste une marge de manœuvre aux municipalités.⁵⁶³ Dans le cas français, s'il est «admis que la libre administration affirmée par l'article 72 n'inclut pas la libre réglementation»⁵⁶⁴, la clause générale de compétence joue comme un rôle de soupape pour les collectivités territoriales.

C. Un contrôle de l'État

En droit comparé, la tutelle est un élément inhérent à la notion d'entité territoriale⁵⁶⁵. Certes, «la décentralisation implique le principe de l'autonomie des personnes morales. Cela signifie, qu'à moins de règles expresses en sens contraire, les personnes morales décentralisées sont libres d'agir à leur guise»⁵⁶⁶. Mais leurs compétences sont déterminées par la loi et le contrôle de l'Etat unitaire sur les entités territoriales est aussi évident que leur absence d'autonomie réelle.⁵⁶⁷

Cependant, le contrôle est un terme multiple qui, suivant ses modalités, peut laisser une certaine autonomie. Ainsi, il n'annihile pas forcément l'autonomie propositionnelle ou l'initiative des actes.⁵⁶⁸ Ce critère du contrôle montre de nouveau les adaptations dont peut faire l'objet une institution juridique selon le cadre juridique général dans lequel elle est utilisée.

⁵⁶² On sait qu'EISENMANN réfuta l'expression kelsenienne de la validité territoriale au profit de celle de compétence personnelle.

⁵⁶³ Cf. infra chap. 6.

⁵⁶⁴ PONTIER, J.-M., «De l'extension (à venir) du pouvoir réglementaire des régions », *JCP, La Semaine Juridique*, n°5, 3 février 2014.

⁵⁶⁵ FLOGAITIS, op cit. p. 116.

⁵⁶⁶ MASPETIOL et LAROQUE, *La tutelle administrative*, Sirey, Paris, 1930

⁵⁶⁷ Par exemple BERNASCHINA, op. cit. n° 22 «no gozan de plena autonomía, en el sentido estricto de este vocablo, pues dependen de otras autoridades centrales, ya sea directa o indirectamente»

⁵⁶⁸ Sur ce point voir la thèse de REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1982.

Ainsi, sans préjudice des développements ultérieurs⁵⁶⁹, on peut signaler qu'en France le contrôle sera *a posteriori* mais exercé par le représentant de l'Etat, la libre administration devant se combiner avec l'Etat unitaire (art. 72-5 Constitution).

Au Chili, du fait de l'autonomie - ou de l'a-centralisation- des municipalités, celles-ci sont théoriquement dispensées d'un contrôle de légalité centralisé du type français pour être laissé à l'initiative des citoyens comme dans le cas italien par exemple.

Enfin, l'article 111⁵⁷⁰ de la Constitution chilienne relatif au gouvernement régional précise expressément qu'il est sujet à la tutelle du Président de la République à travers ses ministres. Dans ce dernier cas, on constate que le mélange de mesures de déconcentration et de décentralisation n'aboutit pas à plus d'autonomie mais tourne à l'avantage de la déconcentration.

§ 2. Les aménagements contemporains de la personnalité juridique des entités territoriales

Si la personnalité juridique permet d'accéder à une certaine autonomie, il est important (*a priori*) de savoir qui la détient au sein de l'entité territoriale (A). A moins que la personnalité juridique ne soit qu'un leurre de l'autonomie qui maintient l'entité territoriale dans un rapport de soumission à l'Etat (B).

A. La détermination des titulaires de la personnalité juridique

Deux autres questions doivent être soulevées : le titulaire de la compétence est-il la collectivité locale, en tant que personne juridique corporative, ou les organes définis par la loi ? Et dans le second cas, ceux-ci disposent-ils de la personnalité morale ?

Le système français ne rentre pas dans le cadre d'un système de catégorisation des entités territoriales selon le degré de leur personnalité juridique. Le terme de personnalité morale ou juridique n'apparaît pas dans le texte constitutionnel français mais il serait

⁵⁶⁹ Cf. Chap. 8.

⁵⁷⁰ Art 111 al. 1 CPR: "El gobierno de cada región reside en un intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de la República. El intendente ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente, de quien es su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción."

consacré selon J. BOUDINE⁵⁷¹ par la nécessité, car l'article 34 prévoit de doter les collectivités territoriales des compétences et moyens nécessaires à garantir leur libre administration. La personnalité juridique est attribuée à la collectivité territoriale puisque le maire est chargé, par exemple, de la représenter en justice. Par ailleurs, si les collectivités territoriales s'administrent librement c'est par des conseils élus, organes administratifs chargés d'exprimer la volonté de la personne « collectivité territoriale ». Le titulaire de la compétence est donc la collectivité, en tant que personne juridique corporative, qui l'exerce par des organes définis par la Constitution et la loi.

La Constitution chilienne distingue les corporations autonomes de droit public que sont les municipalités et les régions.

Les municipalités sont des corporations autonomes de droit public dotées de la personnalité juridique (ou morale). C'est donc l'organe «municipalité» - constituée du maire, qui est son autorité supérieure, et du conseil municipal⁵⁷² - qui est doté de la personnalité juridique et non la collectivité ou communauté des habitants.

Là encore, l'influence des législations espagnole et allemande du XIX siècle semble claire: la Constitution de Cadix de 1812 utilisa l'ancien terme de corporation pour se référer aux «*Ayuntamientos*» (c'est-à-dire dans la terminologie actuelle chilienne, les municipalités) mais pas aux «municipios» qui renvoient à la notion de communauté ou collectivité de l'ancien régime, aux *universitas*. Il y a donc un déplacement de la communauté, se représentant et agissant en tant que communauté au travers d'organes représentatifs, vers des représentants séparés d'elle.⁵⁷³ De la sorte, le terme traditionnel de "corporation" associé au "corpus" originel voit sa personnalité morale passer de l'entité locale à ses organes d'administration.

⁵⁷¹ BOUDINE, J., «La distinction entre collectivités locale et collectivité territoriale. Variation sémantique ou juridique?», *RDP*, 1992, p. 175.

⁵⁷² Artículo 2: "Las municipalidades estarán constituidas por el alcalde, que será su máxima autoridad, y por el concejo."

⁵⁷³ MORELL OCAÑA et LOPEZ-FONT MARQUEZ remarquent, avec déception semble-t-il, que durant la première moitié du XIX^e siècle en Espagne, "le thème de la personnification n'a pas été posé en ce qui concerne les entités locales. La collectivité en tant que telle est le point de référence de toute la problématique juridique, et la collectivité n'est pas personnifiée." MORELL O., L., et LOPEZ-FONT M., J.F., "Las Juntas Municipales en el Régimen local del siglo XIX", *Revista de Administración Pública.*, n° 100-102, Enero/Diciembre, 1983, pp. 2203- 2237, part. p. 2205.

S'agissant des régions, O. OELCKERS C. affirme que l'attribution de la personnalité juridique à l'organe gouvernement régional, et non à l'espace territorial qu'est la région, est correcte⁵⁷⁴. Si l'auteur n'explique pas son point de vue, un retour sur les débats parlementaires peut nous éclairer. Il en ressort effectivement que le législateur avance la crainte d'une partition du territoire⁵⁷⁵ mais d'autres raisons d'ordre strictement matériel ou financier sont possibles.⁵⁷⁶

Pour la Constitution chilienne, la personnalité juridique n'est pas de l'ordre de la nature du gouvernement régional, mais un instrument juridique qui lui a été donné – et non pas reconnu- pour qu'il puisse exercer ses fonctions.

En fait, les deux systèmes consacrent au travers de la personnalité fictive, une césure entre l'organe et les membres de l'entité. Contrairement à l'affirmation de JELLINEK - propre de la théorie de la réalité - selon qui, « le groupe et l'organe sont et restent une même personne »⁵⁷⁷, la personne morale est construite grâce au mécanisme de la « représentation », non pas organiciste où les parties se résument dans le tout, mais où les individus sont premiers et « rendus collectivement présents » par la personne.⁵⁷⁸ L'investiture de l'organe a dépossédé totalement les habitants puisque c'est lui qui est chargé d'assurer la participation de la communauté, comme si celle-ci n'était admise à se prononcer sur ses besoins que de façon incidente. Dépourvue de capacité juridique tel le mineur, la communauté a besoin d'un représentant légal pour formuler ses aspirations et d'un animateur pour organiser sa participation au débat public.

Cependant, devant le désamour des citoyens envers les représentants politiques, il a fallu instaurer aux cours des dernières années des mécanismes de démocratie territoriale – parfois qualifiée en plus de «participative»- pour que la communauté puisse prendre part un peu plus aux affaires que par le biais d'élections. C'est le cas des référendums et des plébiscites locaux.

⁵⁷⁴ OELCKERS C, O., “Los necesarios avances en el proceso de regionalización a través de los principios jurídicos que la sustentan”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XVII (1996).

⁵⁷⁵ V. Historia de la Ley N° 19.097 Modifica la Constitución Política de la República en materia de Gobiernos Regionales y Administración Comunal, 12 de noviembre, 1991, BCN.

⁵⁷⁶ Ainsi, reconnaître la qualité d'entité territoriale impliquerait un corps de fonctionnaires, des bâtiments, donc des dépenses supplémentaires, et peut-être même des ressources propres et une liberté de gestion.

⁵⁷⁷ JELLINEK, G., *L'État moderne et son droit*, T. 2, p. 249, cité par M: DOAT, op. cit. p. 200.

⁵⁷⁸ BIOY, X., « Le droit à la personnalité juridique » op. cit.

B. La personnification : une notion nécessaire mais non suffisante

L'attribution de la personnalité morale permet d'individualiser les collectivités non étatiques et, en ce sens, elle a souvent été associée à la décentralisation car elle conditionnerait l'autonomie organique et fonctionnelle des structures infra-étatiques. Ainsi, O. OELCKERS C. signale que "le fait que la Constitution politique ait octroyé la personnalité juridique au gouvernement régional détermine que celui-ci est un organisme de l'Administration de l'État distinct... de la personnalité du Fisc (Fisco) qui comprend les administrations centralisées et/ou déconcentrées. Cette attribution de la personnalité juridique est catégorique pour affirmer que nous sommes en présence d'une entité décentralisée"⁵⁷⁹.

Il faut reconnaître avec F. FERAL, que la décentralisation a été en quelque sorte « cannibalisée » par la notion de personnalité juridique qui n'est qu'un procédé de pure technique juridique et l'accessoire du phénomène sociologique des groupements une fois reconnus, ou personnifiés: «Ici donc encore –écrit-il-, l'ombre de la personnalité plane sur la conception de la doctrine: le seul fait de posséder la personnalité juridique est devenu le critère de l'autonomie, celle-ci définissant elle-même la décentralisation. Ici encore le vice rédhibitoire tient à ce fétichisme personnaliste qui fait de la personnalité le fondement même de l'autonomie et partant de la décentralisation»⁵⁸⁰. Or, c'est attribuer un caractère fondamental à la personnalité quand elle n'est qu'instrumentale et fonctionnelle.

Si l'attribution de la personnalité morale a suffi, un temps, pour affirmer la décentralisation, elle n'apparaît plus comme le critère suffisant et nécessaire sur la voie de l'autonomie territoriale.

D'une part, la personnalité juridique ne garantit pas aux entités territoriales les moyens matériels de leur action. Sûrement, la personnalité juridique implique-t-elle la notion de patrimoine propre, mais si celui-ci est limité au strict nécessaire pour seulement

⁵⁷⁹ OELCKERS C., O., "Descentralización administrativa y regionalización", *RCD*, Vol. 24 n°2, 1997, p. 364.

⁵⁸⁰ Pour un résumé de la «dispute » sur le dualisme (sociologique-naturaliste *versus* positiviste-fictif) des fondements de la personnalité juridique et ses conséquences sur la conception de la décentralisation, on peut consulter FÉRAL, F., *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative. L'appareil d'État face à la société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 209-214 et 236-249. La citation est particulièrement aux pp. 240-241.

pouvoir fonctionner et que son usage est limité par des directives du pouvoir central, l'autonomie est illusoire.

De plus, pour atteindre ou parvenir à une décentralisation effective, il est admis de façon générale, que l'autonomie organique est assurée quand les organes dirigeants des entités territoriales ne relèvent pas du pouvoir hiérarchique et disciplinaire du pouvoir central.

Enfin, on constate qu'il peut y avoir personnalité morale sans autonomie et inversement que l'autonomie n'implique pas une personnalisation juridique.

La première manifestation correspond au mouvement de la «décentralisation par service». Celui-ci «a été intéressant pour dépouiller la personnalité morale de son hypocrite couverture d'autonomie, puisque la personnalité morale dans le cadre de cette décentralisation par services n'a fait obstacle ni à la subordination personnelle des organes, ni à la maîtrise de la faculté de statuer de ces organes non centraux par des organes centraux»⁵⁸¹.

Par ailleurs, et comme prolongement, la *Contraloría General de la República* est l'exemple même de l'existence d'«organe autonome de l'administration [centrale] ⁵⁸² non personnifié»⁵⁸³

Conclusion du chapitre 2

D'une part, la notion même d'entité territoriale ne se prête pas aux définitions claires et nettes comme aux élaborations doctrinales définitives⁵⁸⁴.

D'autre part, la théorie de la personnalité morale qui permet la pluralité au sein de l'État, n'implique pas l'autonomie car celle-ci suppose l'altérité à l'État.

En effet, «la théorie de la personnalité morale montre combien les notions d'autonomie et de décentralisation peuvent obéir à des logiques distinctes...Elle (l'autonomie) s'«analyse comme l'aspect positif de l'indépendance», comme le droit à

⁵⁸¹ THALINEAU, J. , *Essai sur la centralisation et la décentralisation réflexions à partir de la théorie de Ch. EISENMANN*, Thèse, Université François Rabelais – Tours, 1994, p. 278.

⁵⁸² GUTIERREZ parle de «organismos de la administración centralizada del Estado como la Contraloría General de la República», GUTIERREZ S., J. R., “El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público”, *RCD*, vol.36, n.2, 2009, pp. 245-279.

⁵⁸³ Idem.

⁵⁸⁴ LINDITCH, F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, op. cit. p. 122.

disposer de soi-même. L'autonomie correspond finalement à une problématique mono-institutionnelle telle que l'avait décrite HAURIOU (c'est-à-dire d'une institution qui trouve en son sein tous ses éléments constitutifs: son objet – « idée d'œuvre ou d'entreprise» - ses membres, son pouvoir). A l'inverse, la décentralisation répond à une logique de rapports entre institutions dont EISENMANN soulignait le caractère négatif: la présence d'organes « non centraux », bénéficiant de droits reconnus et soumis à tutelle.»⁵⁸⁵

L'entité territoriale est en définitive une personne morale particulière qui est à la fois constitutive de l'ordre juridique et d'une autre personne morale singulière: l'Etat.

Après avoir entrevu certaines caractéristiques liées à l'«objet social», en quelque sorte, de l'institution «entité territoriale», on peut se pencher sur les éléments statutaires liés à son organisation et à son fonctionnement. Il est un fait que «les affaires locales ne sont pas seulement une question de compétences, mais aussi une question d'autorités...car seraient vides de sens des autorités sans compétences ou des compétences sans autorités pour les exercer.»⁵⁸⁶

La réunion de l'ensemble de ces critères peut permettre d'avancer dans la détermination du degré d'autonomie des entités territoriales chiliennes et françaises.

⁵⁸⁵ FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 15-16.

⁵⁸⁶ BÉNOIT, F.-P., « L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 24.

Chapitre 3. L'organisation des entités territoriales chiliennes et françaises

Si la nature et les caractéristiques des entités territoriales sont définies par les organes centraux, disposent-elles –à l'intérieur de ces limites- d'une liberté d'auto-organisation (section 1) et de la liberté de décider de leur fonctionnement (section 2) ? En effet, le fait que leurs compétences d'action soient définies, limitées et contrôlées n'entraîne pas logiquement, en soi, une interdiction de définir leur organisation et leur fonctionnement interne.

Section 1. L'entité territoriale, comme manière d'être de l'Etat

L'État, lorsqu'il reconnaît et/ou constitue des institutions secondaires, limite non seulement leurs fins mais pose également les règles fondamentales de leur organisation.⁵⁸⁷ Dans l'État unitaire où les entités décentralisées n'ont pas de compétence de principe pour organiser leur administration intérieure, le législateur a posé des principes d'organisation (§ 1), reflets souvent de l'histoire constitutionnelle, dont la mise en œuvre (§ 2) devient parfois difficile, voire impossible, du fait du législateur et des faits eux-mêmes.

§ 1. Les principes d'uniformité et de l'élection

A la différence des États fédéraux, les Constitutions des États unitaires chilien et français renvoient au législateur la définition des règles statutaires des entités territoriales. Fruit de l'histoire postrévolutionnaire, celui-ci a imposé une typologie et une structure uniforme à l'ensemble des entités étatiques (A). La (ré) introduction du principe électif des autorités territoriales (B) essaiera dans un premier temps d'atténuer la pesanteur de l'uniformité et du dirigisme étatique qui s'y déploie, sans pour autant éliminer le contrôle de l'Etat.

A. L'affirmation du principe d'uniformité

Comme l'avait souligné TOCQUEVILLE, la centralisation – et avec elle l'uniformité- est une œuvre de l'Ancien Régime (1), perfectionnée par la Révolution (2).

⁵⁸⁷ MOURGEON, J., *La répression administrative*, LGDJ, 1967, p. 45.

1. La construction de l'Etat unitaire

Historiquement, l'imposition d'une organisation identique à toutes les villes de France date du XVIII^{ème} siècle⁵⁸⁸ et a commencé à se manifester par le biais des Intendants⁵⁸⁹. De fait, s'« il faut que l'État se dote d'une administration efficace...il faut (donc) mettre en place des structures uniformes qui permettent de prolonger l'État. »⁵⁹⁰

L'instauration de l'institution des *Intendentes* par la dynastie bourbonne qui arrive au pouvoir en Espagne au XVIII^{ème} siècle imposera la même logique dans le nouveau monde⁵⁹¹, même si l'uniformité a présidé également à l'architecture des nouvelles villes au moment de la conquête espagnole. Celles-ci devaient être construites selon un schéma clairement et strictement établi par des instructions royales : c'est la fameuse construction en échiquier formalisée par les ordonnances de 1573 de Philippe II⁵⁹², même si cette logique existait déjà dans les instructions antérieures.⁵⁹³ Il est notable également que le représentant en région du président de la République au Chili continue de s'appeler l'Intendant.

C'est cependant avec la Révolution française qu'est affirmé le principe d'unité qui «découle du principe d'égalité. L'État, c'est la Nation, et la Nation est indivisible. Cette indivisibilité implique que tout particularisme local est considéré comme néfaste par rapport au principe d'unité. C'est la concrétisation de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen... (...) La nécessité d'homogénéité et d'uniformité ne sont que les applications pratiques du principe d'unité.»⁵⁹⁴

⁵⁸⁸ Même si l'attribution de la personnalité morale aux groupements communautaires dès le XIII^e siècle en constitue les prémisses.

⁵⁸⁹ Sur ce point, voir par exemple: BODINEAU P. et VERPEAUX M., *Histoire de la décentralisation*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., collection *Que sais-je?*, 1997; REGOURD, S., «De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie. Genèse d'une problématique», *RDP*, 1990, pp. 961-987.

⁵⁹⁰ DOAT, M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, op. cit p. 125.

⁵⁹¹ V. La "Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de intendentes de exercito y provincia en el virreinato de Buenos Aires" (Madrid, 1782) que fut mise en oeuvre au Chili en 1786. Cfr. BRAVO LIRA, B., "Judicatura e institucionalidad en Chile (1776-1876): Del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1976, p. 76 nota 50.

⁵⁹² Voir par ex: MILAGROS DEL VAS MINGO, M., "Las Ordenanzas de 1573, sus antecedentes y consecuencias", *Quinto centenario*, N° 8, 1985, pp. 83-102; WYROBISZ, A., "La ordenanza de Felipe II del año 1573 y la construcción de ciudades coloniales españolas en la América", *Estudios Latinoamericanos*, n° 7, 1980, pp. 11-34.

⁵⁹³ Particulièrement la fondation de Panama suivit les indications des instructions royales de 1513. Sur les différentes influences du Moyen-âge tardif espagnol et de la Renaissance italienne : WYROBISZ, A., op. cit. pp. 15-16.

⁵⁹⁴ VIGUIER, J., «La décentralisation : d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État», op. cit. pp. 34-35.

2. Le principe révolutionnaire d'égalité

Il est de coutume d'affirmer que la logique d'uniformité est héritée de l'application du principe révolutionnaire d'égalité. C'est que, «dès que la Constituante prend la mesure de la société qu'elle commence à construire, dès qu'elle tire les conséquences administratives du principe d'égalité posé par la Déclaration...le Nouveau Régime met l'accent sur le droit commun et ne peut donc que renouer avec le « trend » centralisateur.»⁵⁹⁵

On se rappellera les pages mémorables de TOCQUEVILLE affirmant que si la centralisation avait commencé avec l'*Ancien régime*, elle n'en restait pas moins l'héritage le plus lourd de la Révolution. Celle-ci relégua les libertés communautaires⁵⁹⁶, mais également la nouvelle liberté individuelle proclamée par la Déclaration de 1789, derrière la soif d'égalité, « instrument et symbole de l'abstraction centralisatrice en rupture avec les fondements même de l'ancien Régime. »⁵⁹⁷.

Dès lors, la maîtrise de l'espace devient une des conditions de l'unité sociale et «l'apport essentiel de la Révolution à la construction du système administratif français contemporain, le « principe révolutionnaire » essentiel en la matière, fut l'affirmation et la construction de l'uniformité territoriale.»⁵⁹⁸

Mais cette gestion ou maîtrise de l'espace ne profite pas qu'à l'Etat perçu comme puissance omniprésente (et opprimante) mais également aux citoyens. M. DOAT a montré la fonction de normalisation de l'autorité publique que joue le principe d'uniformité par le biais de la standardisation des collectivités territoriales. Ainsi, «quelque soit le lieu où il se trouve, le citoyen est en présence d'une même administration, avec de mêmes autorités et un même fonctionnement»⁵⁹⁹. Le citoyen n'entre donc pas dans l'inconnu des structures comme s'il s'agissait d'un autre pays ou État. A cette tranquillité face à l'administration,

⁵⁹⁵ DUBOIS, J.-P., «Décentralisation, idée révolutionnaire?», in MOREAU, J. Et VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Acte du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris, Economica, 1990, p. 18.

⁵⁹⁶ «Désormais, au nom du principe d'égalité, tout élément de différenciation doit être exclu. L'idée de membre de la collectivité disparaît. Il n'y a plus d'habitant de la ville ou de la campagne, il n'y a que le citoyen...qui bénéficie d'un statut juridique uniforme». DOAT, M., op. cit p. 135.

⁵⁹⁷ DUBOIS, J.-P., «Décentralisation, idée révolutionnaire?», op. cit. p. 18.

⁵⁹⁸ Ibid.

⁵⁹⁹ DOAT M., op. cit. p. 170.

s'ajoute la garantie d'une administration neutre qui répond à des règles valables pour tout le territoire. Les dérives «autonomistes», et potentiellement arbitraires envers le citoyen, sont donc contenues.

Ici encore, les différences de conceptions se reflètent sur le pouvoir d'organisation interne des différentes entités territoriales.

En France, les collectivités territoriales ont une certaine marge de manœuvre. D'ailleurs, le pouvoir réglementaire territorial se manifeste en premier lieu par la possibilité d'élaborer leur règlement intérieur. Ainsi le législateur ne peut pas aller jusqu'à imposer la publicité des débats de la commission permanente d'une collectivité territoriale et doit laisser la détermination du règlement intérieur de ladite collectivité à celle-ci.⁶⁰⁰

De même, «la municipalité [chilienne] a toujours eu un degré d'autonomie pour pouvoir administrer efficacement les intérêts locaux qui lui ont été confiés. Cette autonomie peut se définir comme la faculté que possède la municipalité de se doter de la structure interne qu'elle estime adéquate et pour exercer les fonctions qui lui sont propres».⁶⁰¹ Cette autonomie relative dans son organisation suppose qu'elle ne peut être soumise, de près ou de loin, au pouvoir exécutif en ce qui concerne son organisation, mais seulement à la loi organique.⁶⁰²

Pour les régions chiliennes, le Tribunal Constitutionnel a clairement établi que le gouvernement régional n'a aucune liberté en ce qui concerne son organisation interne⁶⁰³. Plus, si la répartition de compétences est «logiquement» une affaire du législateur

⁶⁰⁰ CC., Déc. n° 98-407 DC, 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, Recueil, p. 21, cons. 26

⁶⁰¹ FERNÁNDEZ R., J., *Derecho Municipal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 28: ““el municipio siempre ha tenido un grado de autonomía, para poder administrar con eficacia los intereses locales que le han sido confiados. Esta autonomía puede definirse como la facultad que posee el municipio para darse la estructura interna que estime adecuada y para ejercer las funciones que le son propias”.

⁶⁰² Ainsi: “esta Magistratura ya se ha pronunciado, en diversas oportunidades -como en la sentencia de 22 de septiembre de 1989, Rol N° 80-, sobre la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado..., autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.” STC Rol 1501- 2008, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública*, cons. 37 y 41; également STC Rol 1669-2010, “*Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 18.

⁶⁰³ Les termes du Chapitre XIV de la Constitution, réitérés dans la LOCGAR, semblent particulièrement clairs.

organique – exception faite des compétences attribuées directement par le Constituant – l’ordonnancement de la structure institutionnelle régionale ne peut être confié à l’exécutif national.⁶⁰⁴

Le Tribunal Constitutionnel a établi que l’organisation interne des gouvernements régionaux peut uniquement être fixée par la loi. Ceci concerne également leur structure administrative qui se compose de trois divisions⁶⁰⁵. En raison de l’augmentation possible des compétences des gouvernements régionaux, il est prévu⁶⁰⁶ une certaine flexibilité pour leur organisation mais la création de nouveaux services administratifs devra faire l’objet d’une sollicitude auprès de l’État. La liberté de gestion et d’administration restera donc limitée.

B. L’enjeu de l’élection comme principe d’organisation

La première moitié du XIX^{ème} siècle n’a pas été vécue de la même manière par les entités territoriales chiliennes et françaises. Alors qu’au Chili, la permanence des *cabildos* ouverts confirme la participation des citoyens du nouvel Etat aux affaires locales, il faudra attendre en France les années 1830 pour voir la réintroduction du principe électif au niveau des communes puis des départements.

Le principe électif peut être perçu comme un moyen technique mais également comme le premier pas vers une décentralisation politique.

Pour R. CHAPUS, par exemple, l’élection n’est qu’un procédé utile car « comme une autorité élue a plus de chance d’être indépendante de l’Etat qu’une personne nommée, il est conforme à cet esprit que les autorités décentralisées soient élues »⁶⁰⁷. Comme instrument juridique, on notera qu’aujourd’hui c’est (presque) toujours le dispositif de l’élection et du système représentatif « qui est utilisé pour relancer la décentralisation, sans

⁶⁰⁴ STC 155-92 de 21.09.1992, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre Gobierno y Administración Regional*, cons. 14: “El hecho de delegar a un reglamento la organización interna del gobierno regional es inconstitucional, pues el artículo 102 (actual 113) de la Constitución entrega la regulación de esta materia a una ley orgánica constitucional”.

⁶⁰⁵ La future Division de Planification et de développement régional, la Division d’analyse et de contrôle de gestion, la Division de l’administration et des finances.

⁶⁰⁶ Proyecto de Ley N° 115-359, de 12 de septiembre de 2011.

⁶⁰⁷ CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 13^{ème} ed., n° 557, p. 384.

opérer de fracture dans l'unité »⁶⁰⁸. La réforme Constitutionnelle chilienne de 2009 relative à l'élection directe des conseillers régionaux⁶⁰⁹ en est l'illustration.

Depuis longtemps, la doctrine puis la jurisprudence ont considéré l'élection comme une des conditions et un des moyens de la décentralisation, voire de l'autonomie des entités territoriales. Ainsi, pour HAURIOU, il y a décentralisation à partir du moment où les autorités locales sont élues.⁶¹⁰ Or l'élection est le moyen démocratique de la représentation.

Il semble d'ailleurs assez juste, si l'on écarte le moyen juridique que constitue - selon la doctrine majoritaire⁶¹¹ - la personnalité juridique, que l'idée de représentation, qui sous-tend celle de l'élection, prime sur les autres : le fait de pouvoir se doter de ses propres autorités, selon ses propres critères est la première manifestation de l'autonomie, dans son sens originel : se donner ses propres normes commence par délibérer et décider souverainement de l'organisation de la cité. Comme l'avait déjà signalait J.-A. MAZÈRES, "l'existence – constatée ou reconnue – d'une capacité à la représentation est bien le premier élément, la donnée nécessaire pour la Constitution et la définition du groupe. Celui qui a un rapport « actif » à la représentation, c'est-à-dire qui se représente quelque chose, ou qui représente quelque chose, se trouve par-là en position de sujet, et cette position est la source de son autonomie. »⁶¹²

Historiquement, les représentants des communes du haut Moyen-âge n'avaient pas besoin de la personnalité juridique de celles-ci, mais seulement de l'autorisation de l'ensemble des membres de la corporation de les représenter. Si le XIX^{ème} siècle voit la consécration du principe démocratique de l'élection par diverses lois décentralisatrices d'inspiration libérale⁶¹³, il ne faut pas oublier que le principe de l'élection d'une assemblée

⁶⁰⁸ DOAT, M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, T. 230, 2003, p. 135.

⁶⁰⁹ Reforma Constitucional en Materia de Gobierno y Administración Regional, Ley 20390, art. Único, N° 5, D.O. 28.10.2009.

⁶¹⁰ ALONSO Ch., *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, Thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, p. 38, Nbp. 1399.

⁶¹¹ Cf. supra.

⁶¹² MAZÈRES, J.-A., "Les collectivités locales et la représentation. Essai de problématique élémentaire", en *RDP*, 1990, p. 625.

⁶¹³ Particulièrement les lois qui instituent l'élection des conseillers municipaux (1831), des conseillers généraux (1833), rétablissement de l'élection du maire en 1882.

représentative et en son sein d'un organe exécutif existait avant que les rois ne commencent leur œuvre centralisatrice.⁶¹⁴

Ce n'est certainement pas un hasard si la consécration du principe électif correspond dans la seconde moitié du XIX^e siècle avec l'avènement d'un concept clé de la société libérale: la personnalité juridique. Tout le droit est désormais pensé sur le modèle "naturel" des relations interindividuelles et la communauté n'y a pas échappée. À ce titre, un des éléments essentiels et nécessaires d'"existence" des entités territoriales est certes l'attribution de la *personnalité morale (ou juridique)*, mais celle-ci requiert des représentants à la différence d'une personne physique.

L'élection des représentants leur confère indéniablement une légitimité qui, si elle ne les situe pas au niveau des députés et sénateurs, a les atours du politique. D'ailleurs, pour certains auteurs - des systèmes comme l'espagnol ou le chilien, par exemple - l'élection est le commencement de la décentralisation politique alors qu'en France, le concept de décentralisation politique ne commence qu'avec l'exercice du pouvoir législatif. On rappellera cependant que le tribunal Constitutionnel espagnol considère bien que l'existence d'un pouvoir législatif est le critère distinctif de l'autonomie des Communautés qui est de nature politique⁶¹⁵ et non pas administrative comme celle des entités locales (dans le sens espagnol, c'est-à-dire infra communautaire). On peut douter d'autre part que les élus locaux des municipalités espagnoles exercent une autonomie politique, dans la mesure où ils sont totalement assujettis aux communautés autonomiques (CCAA).

Il y a cependant une part de vérité dans cette appréhension de la décentralisation. L'exigence de conseils territoriaux élus était, pour HAURIOU, une exigence de liberté politique dans un État unitaire décentralisé.⁶¹⁶ D'ailleurs, ne remarquait-il pas déjà que «le procédé par lequel la décentralisation administrative est réalisée montre bien qu'elle est au

⁶¹⁴ V. LUCHAIRE, A., *Les communes françaises à l'époque des capétiens directs*. Paris, Hachette & Cie, 1890.

⁶¹⁵ Voir par exemple la décision du tribunal constitutionnel espagnol STC 4/1981, *cons. 10* : "Es la Ley, en definitiva, la que concreta la autonomía de cada tipo de entes de acuerdo con la Constitución; *cons.11*: La Constitución contempla la necesidad de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la nación, tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como entes dotados de autonomía cualitativamente superior a la administrativa, como respecto de los entes locales".

⁶¹⁶ "La liberté politique résulte d'un certain équilibre, entre les organes du gouvernement et l'ensemble de la nation, par rapport à la souveraineté, et en réalité, d'une certaine décentralisation de la souveraineté. » HAURIOU, M., *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 2^e éd. 1916, p. 602.

fond une décentralisation de la souveraineté. On sait que la réforme essentielle consiste à faire élire par le corps électoral de la circonscription les assemblées administratives locales, or le corps électoral est le corps souverain.»⁶¹⁷

C'est bien d'ailleurs ce risque de « décentralisation de souveraineté » qui inquiète toujours les esprits les plus jacobins. Une partie de la doctrine française s'était émue de la décision n° 82-146 DC du 18 nov. 1982 du Conseil constitutionnel qualifiant l'élection des conseillers municipaux d'élection politique. A l'occasion de sa décision *Maastricht I* du 9 avril 1992, le Conseil constitutionnel a jugé incompatible la clause du traité déféré octroyant le droit de vote et d'éligibilité aux citoyens de l'Union européenne aux élections municipales. Ainsi, « dans la décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, le Conseil constitutionnel avait qualifié, à la lumière du seul article 3 de la Constitution, l'élection des conseillers municipaux d'élection politique. S'il avait voulu rester fidèle à cette interprétation de l'article 3 de la Constitution, le juge constitutionnel aurait alors dû se borner à déclarer la clause du traité contraire à cette seule disposition. En retenant une contrariété au regard des dispositions combinées des articles 3, 24 et 72 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a condamné, en catimini, sa jurisprudence de 1982 qui assimilait les élections locales à des élections politiques. »⁶¹⁸

Si les élus locaux sont bien les représentants de leur communauté, ils n'ont pas la qualité de représentants du peuple français au même titre que les députés ou les sénateurs dont la représentation est fondée sur l'article 3 de la Constitution. Cela tient au fait, selon P. BRUNET, que la qualité de représentants du peuple est une notion qui permet d'assurer l'unité de l'État et une hiérarchisation des fonctions normatives de l'État et doit donc être refusée aux autorités locales⁶¹⁹ si on ne veut pas mettre en péril la suprématie de la loi. Dans le cadre de la doctrine de la souveraineté nationale, celle-ci implique des parlementaires qui ne représentent pas leur circonscription mais la nation dans son ensemble. Reconnaître aux élus locaux un caractère politique, c'est-à-dire un pouvoir de

⁶¹⁷ HAURIOU, M., *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 2^e éd. 1916, p. 610.

⁶¹⁸ DI MANNO, T., « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 20* (Dossier : Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel) - juin 2006, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-20/les-revirements-de-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-francais.50637.html>, et GENEVOIS, B., « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution », *RFD adm.*, 1992, spéc. p. 389-390; FAVOREU, L., in *GDCC*, 12^e éd., n° 45 et in *RFD const.*, 10-1992, p. 341.

⁶¹⁹ BRUNET, P., *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, LGDJ-Bruylant- PUR, col. Pensée juridique, 2004.

même nature que celui de voter la Loi, pourrait amener à considérer que la souveraineté s'exerce en considération d'intérêts locaux et non...nationaux.

C'est pourquoi, « la logique de l'élection n'est pas menée à son terme. Si la collectivité disposait d'un véritable statut représentatif, elle pourrait à son niveau légiférer. L'acte local risquerait de devenir trop puissant par rapport à la loi. Afin d'éviter un tel débordement, l'élection locale reste une élection administrative ». ⁶²⁰ De plus, le régime de l'élection est toujours fixé par l'État, ce qui relativise l'autonomie en question. ⁶²¹

On notera enfin, avec B. FAURE, que l'élection se fait souvent par étape, celle de l'exécutif venant en dernier. C'est que, « le principe électif fut une conquête tardive de la démocratisation des institutions décentralisées où l'association entre une assemblée élue et un exécutif nommé par le pouvoir d'Etat a longtemps été pratiquée dans l'intérêt de modérer l'autonomie des assemblées délibérantes » ⁶²². Le parallèle avec la situation du gouvernement régional chilien est criant. La proposition d'E. FREI - "*La constitución del bicentenario*" - prévoyait de maintenir l'intendant comme exécutif régional d'une assemblée régionale qu'il aurait toujours présidée; mais qui aurait pu être sujet à révocation populaire par plébiscite; ce qui aurait obligé le Président de la République à en désigner un autre. ⁶²³

On voit mal les avancées: d'abord, seul le nom de l'assemblée changerait et ensuite, il est curieux de ne penser qu'à une révocation populaire par plébiscite et non pas d'abord au système de la motion de censure exercée par l'Assemblée. La solution existant déjà d'une certaine manière pour les municipalités, elle pourrait être adaptée au cadre régional.

⁶²⁰ DOAT M., op. cit., p. 180.

⁶²¹ Cf. Infra. Chap. 4.

⁶²² FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 289, p. 227.

⁶²³ La proposition "*La constitución del bicentenario*": prévoit dans son point 3.2) Gobierno regional/ 3.2.1) Elección de Asamblea Regional y revocación del mandato del Intendente: Se propone que el Intendente y los gobernadores sigan siendo cargos de confianza del Presidente. Sin embargo, se agrega la idea que el Intendente presidirá el gobierno regional, que tendrá como órgano colegiado una Asamblea Regional de delegados elegidos en votación directa con un sistema proporcional semejante al de los Concejales comunales y de acuerdo a la población y el número de provincias o comunas de cada región. El Intendente quedará sujeto a una forma de revocación popular que pueda obligar al Presidente que los designa a su destitución si luego de reunido un número de ciudadanos de la región se pide un plebiscito y en él triunfa la opción favorable a la revocación del cargo. El Presidente podrá designar al reemplazante discrecionalmente. Lo anterior implica introducir una causal de destitución adicional a la pérdida de confianza del Presidente de la República. Este sistema se ha usado respecto de algunos gobernadores estatales en EE.UU. y en otros países y puede ser útil para Chile. Lo importante es democratizar y responsabilizar a los gobiernos regionales / 3.2.2) Transferencia de potestades políticas y recursos: que El gobierno regional formado por la Asamblea Regional, que preside el Intendente, .."

Cette proposition n'aurait certainement pas fortifié, démocratisé et responsabilisé les gouvernements régionaux, comme elle le prétendait.

C. La combinaison des principes : une reproduction et une représentation du modèle étatique

Un des éléments du régime constitutionnel des entités territoriales chiliennes et françaises, tant organiquement que fonctionnellement, est leur caractère électif et représentatif, à l'image des organes de l'État. L'élection, qui est mise en avant par l'Etat, ne met pas forcément en œuvre la représentation dans son sens démocratique. Les entités territoriales sont une production de l'Etat qui en a fait une représentation de lui-même: "sans doute ce principe n'est-il pas, dans les institutions positives, appliqué dans sa rigueur absolue. Il ne constitue, en outre, qu'un aspect de la décentralisation et du statut des collectivités locales. Mais il est incontestablement l'une des données élémentaires de ce statut et de la situation de ces collectivités. Et les collectivités locales sont à l'image de l'État sous plusieurs aspects essentiels.»⁶²⁴

Les entités territoriales ont été construites par la combinaison de l'uniformité et de l'élection. La force du principe d'uniformité «est qu'il ne s'applique pas seulement au sein d'une catégorie de collectivité. Il doit jouer entre les différentes institutions territoriales créées par l'État. C'est pourquoi le modèle sera reporté en cascade chaque fois qu'il est décidé de créer une nouvelle collectivité. L'unité est ainsi réalisée, car il y a une régularité dans les administrations locales et une continuité sur l'ensemble du territoire de l'action de l'État. »⁶²⁵

Le schéma institutionnel de la décentralisation française est donc (a priori)⁶²⁶ relativement simple et homogène puisqu'il se caractérise par une copie du même modèle de la base communale à l'échelon départemental et régional. C'est avec la loi du 2 mars 1982 que le modèle communal- d'un conseil délibérant élu qui élit à son tour son organe exécutif- a été étendu aux autres catégories d'entités territoriales. Même si le modèle est

⁶²⁴ MAZÈRES, J.-A.. "Les collectivités locales et la représentation. Essai de problématique élémentaire", op. cit. p. 617.

⁶²⁵ DOAT M., op. cit. p. 168.

⁶²⁶ Cf. infra.

quelque peu altéré dans les différentes intercommunalités⁶²⁷, l'élection reste la règle fondamentale.

Les entités chiliennes se fondent sur le même principe d'uniformité au sein d'une même catégorie⁶²⁸ et d'une certaine manière entre les municipalités et les régions puisque le gouvernement régional comprend également une assemblée et un exécutif.

Il faut bien voir que derrière cette reproduction de l'unité se cache encore la maîtrise de l'espace par l'Etat. Ainsi que l'a remarquablement synthétisé J.-A. MAZÈRES, « l'espace représenté est bien celui du pouvoir du sujet qui y inscrit sa puissance, l'espace du pouvoir qui y garantit son unité. Or cette réduction à l'unité ou cette démultiplication de l'unité constitue l'essence même de la hiérarchie. La notion de subordination sérielle correspond à cet objectif: la série exprime bien le pluralisme, que la subordination de chaque élément à celui qui lui est supérieur finit par ramener à l'unité. Ou plutôt, par la série, l'unité se démultiplie sans altérer sa puissance: chaque élément sériel n'existe que par et dans la relation qu'il a avec les autres éléments sériels, et cette relation a pour essence l'unité. La série n'est pas le pluralisme réel et concret, elle est l'unité qui, fallacieusement, et par l'artifice de la perspective-hiérarchie, s'étend dans l'espace tout en demeurant un point. Elle donne au point, ce dont rêve le Pouvoir : l'ubiquité.»⁶²⁹

Par ailleurs, «au moment de la Révolution, il est clair que l'uniformité a pour fonction de rendre plus effectif le principe d'égalité. Elle permet un égal accès aux services publics et fixe dans l'espace les principes de l'État rationnel. Un siècle plus tard, l'uniformité sert le renforcement d'un mode d'élaboration des décisions publiques. Ainsi en remettant en place des conseils élus, l'État de la IIIème république fixe sur le territoire le principe parlementaire. Ce type d'élaboration du droit par des assemblées élues ne devient plus exceptionnel. Au contraire, il devient «naturel» que la règle publique soit le produit d'une délibération.»⁶³⁰

⁶²⁷ Cf Infra.

⁶²⁸ BERNASCHINA, p. 22: «las Municipalidades son uniformes, porque todas ellas están regidas por las mismas normas, tanto en lo que se refiere a su organización, como a sus atribuciones.»

⁶²⁹ MAZÈRES, J.-A., "Espace et hiérarchie", *Psychologie et science administrative*, Actes du colloque organisé par le Centre univ. de rech. adm et pol de Picardie (CURAPP) le 10/05/1985, PUF, 1985, p. 179.

⁶³⁰ DOAT M., op. cit p. 170.

En effet, le caractère électif sert également de justificatif à l'exercice d'un pouvoir normatif exercé par d'autres organes que le Parlement. Il faut pour cela relier le régime représentatif à la théorie de la séparation des pouvoirs. L'acceptation d'un pouvoir réglementaire au profit de l'exécutif qui détient «la compétence intuitive de la décision exécutoire»⁶³¹ doit être mise en relation avec le fait que le caractère élitiste du gouvernement est validé par les représentants du peuple. Solution validée dès 1791 par les révolutionnaires: s'il n'est pas possible d'empêcher l'existence d'un pouvoir d'exécution rapide et efficace des lois, il faut alors qu'il soit légitimé et contrôlé par des représentants élus. C'est pourquoi, transposé au niveau infra-étatique et dans un contexte de démocratisation des institutions, l'exécutif doit être légitimé ou contrôlé d'une certaine façon par les élus territoriaux⁶³². Là encore, la figure de l'Intendant régional chilien pose problème tant il semble anachronique.

Enfin, la reproduction uniforme de la structure organisationnelle interne des entités territoriales sur le modèle de l'Etat confirme l'unification du droit administratif, à commencer par l'élaboration des actes administratifs et des recours les concernant.

En fait, «l'élection n'est pas forcément ce procédé qui marque une rupture dans l'organisation administrative. Elle contribue à sa manière à un assujettissement de la collectivité. En faisant découler l'autorité locale d'un acte juridique de nature étatique qui lui donne compétence pour représenter, la collectivité n'est plus comprise que d'une manière instrumentale. L'élection présente le caractère d'une désignation, elle place l'autorité locale dans une situation légale et réglementaire fixée par l'Etat. Même si le système local tend vers une parlementarisation, il participe à ce mouvement « d'administrativisation » des institutions locales»⁶³³, contraire à l' « idéal » d'autonomie organique et, *a fortiori*, fonctionnelle.

Une des raisons peu souvent évoquée pour laquelle l'Etat impose une telle reproduction et représentation du modèle étatique, est que “tout groupe autonome tend à secréter des relations qui sont loin d'être spontanément démocratiques, relèvent de la

⁶³¹ BARELLA, X., *Les collectivités et la loi*, Thèse, UT1, 2010, p. 222.

⁶³² V. Infra, ce chap., section 2, §2, B., «1. Mesures de transparence de la vie politique territoriale et de contrôle de l'exécutif».

⁶³³ DOAT M., op. cit. p. 170.

logique du commandement et de la sujétion⁶³⁴. L'autonomie des entités territoriales n'est pas génératrice de démocratie par sa seule dynamique. «C'est de cette manière que doit aussi se lire l'article 72 de la Constitution⁶³⁵: l'affirmation de l'autonomie des entités territoriales pourrait fort bien permettre à ces dernières de se prémunir contre les exigences de la démocratie! C'est bien pour prévenir pareil risque institutionnel que l'État, à travers son droit politique, les soumet à ses modèles représentatifs.»⁶³⁶

Enfin, il faut bien être conscient que l'uniformité de l'État n'a toujours été qu'un souhait au nom de l'unité de la nation et contre la désagrégation de son territoire: Et, «paradoxalement, la France, qui se pose en État unitaire, n'en finit jamais de la réaliser. Parler en fait d'unité, c'est toujours parler d'unification. C'est un objectif et non une réalité.»⁶³⁷ La variété des évolutions statutaires contemporaines montre un infléchissement du principe d'uniformité et le renforcement de celui de l'élection.

§2. La mise en œuvre des principes

La mise en œuvre des principes s'est plutôt traduite, comme souvent, par une mise à l'épreuve de ceux-ci. L'uniformité n'a pas résisté à l'épreuve des faits (A) et l'organisation par l'élection, inspirée originellement du régime de gouvernement national, a dû prendre en compte une diversité territoriale chaque jour un peu plus reconnue (B).

A. L'institutionnalisation d'une décentralisation asymétrique : atténuation ou abandon du principe d'uniformité?

La première donnée d'importance à prendre ici en compte tient au nombre de niveaux d'entités territoriales et à leur place dans l'ordonnancement juridique, puisque la Constitution chilienne ne prévoit que les régions et les municipalités⁶³⁸ alors qu'en France «les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les

⁶³⁴ MAZÈRES, J.-A., «Intercommunalité et démocratie» (avec L.ORTIZ), in BOURJOL, M. (dir.), *Intercommunalité et développement du territoire*, LGDJ, 1995, p. 172.

⁶³⁵ Les dispositions constitutionnelles chiliennes équivalentes relèvent de la même logique.

⁶³⁶ CAILLOSSE, J., «Jean-Arnaud Mazères: contribution à une théorie juridique du «local», in *Études en l'honneur du Professeur Jean-Arnaud Mazères*, LexisNexis - Litec, 2009, p. 72.

⁶³⁷ DOAT, M., op. cit. p. 125.

⁶³⁸ Art. 110 al 1 CPR: «Para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias. Para los efectos de la administración local, las provincias se dividirán en comunas.»

régions⁶³⁹, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa" (art. 72 al. 1)⁶⁴⁰.

Comme le souligne J.-C. DOUENCE, «l'uniformité statutaire des collectivités territoriales [françaises] était dogmatiquement considérée comme inhérente au principe d'égalité. Elle n'a cessé de s'effriter pour s'effacer à peu près totalement avec la révision de 2003»⁶⁴¹. Si la notion même de catégorie n'apparaît pas dans le texte constitutionnel français, il est régulièrement mentionné par le Conseil constitutionnel. La révision constitutionnelle de 2003 a consacré et insisté sur la diversité des catégories de collectivités territoriales. L'article 72 al 1 reconnaît surtout, à côté des trois catégories de collectivités de droit commun, des « collectivités à statut particulier » et des « collectivités d'outre-mer ». Le système chilien compte également, au côté des entités territoriales de droit commun -les régions et les municipalités-, les territoires spéciaux de l'île de Pâques et l'archipel Juan Fernandez et des projets pour les grandes villes (1).

Par ailleurs, les deux systèmes consacrent des formules de coopération et/ou de fusion interinstitutionnelle (2) dont les conséquences, souhaitées ou non, sont à même de changer la carte territoriale de chacun des pays.

Une comparaison chronologique de ces trois grands domaines dérogatoires du droit commun est possible et nécessaire.

⁶³⁹ La révision de mars 2003 a donc d'abord élevé la région au rang constitutionnel.

⁶⁴⁰ N'est pas considérée ici la Nouvelle-Calédonie qui jouit d'un statut si particulier qu'il fait l'objet du titre XIII de la CPR et qui d'ailleurs n'est pas une collectivité territoriale. Cf. CE 13 décembre 2006, N° 279323 : « Considérant, en second lieu, que la Nouvelle-Calédonie n'est pas régie par le titre XII de la Constitution relatif aux collectivités territoriales de la République mais par son titre XIII, qui lui est spécifiquement consacré et que son organisation et ses compétences sont déterminées, dans le respect de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, par la loi organique du 19 mars 1999, laquelle ne la qualifie pas de collectivité territoriale ». Pour plus de détails sur l'organisation administrative du territoire de Nouvelle-Calédonie, voir J.Y FABERON, "L'Accord de Nouméa du 21 avril 1998 : la Nouvelle-Calédonie, pays à souveraineté partagée", *Regards sur l'actualité*, La Documentation française, n° 241, mai 1998, p. 19-31. ou encore la thèse de PAGE, J., *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux « pays d'outre-mer »*, PUAM 2001.

⁶⁴¹ DOUENCE, J.-C., « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1., juin 2005, Éd. 2013, n° 203.

1. Les outre-mer français et chilien et les statuts particuliers continentaux

En France, historiquement parlant, la première infraction au principe d'égalité est celui des asymétries institutionnelles⁶⁴², au premier des rangs desquelles apparaît la « grandiose mosaïque » de l'outre-mer⁶⁴³.

Les départements et régions d'outre-mer (DROM) régies par l'article 73 de la Constitution sont la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et la Réunion et, depuis mars 2011, le département de Mayotte.⁶⁴⁴

Ils peuvent faire l'objet de dispositions spécifiques quant à leur organisation (institution d'une assemblée délibérante unique pour un département et une région d'outre-mer ou remplacement de ces deux collectivités par une collectivité unique⁶⁴⁵). Elles peuvent également être transformées ou fusionnées en collectivités d'outre-mer relevant de l'article 74 de la Constitution. Dans tous les cas, ces modifications sont soumises au consentement des électeurs. Mais c'est bien le législateur qui en décide en dernier ressort⁶⁴⁶ même si l'on imagine mal le législateur ne pas suivre le résultat d'une consultation que l'Etat aurait lui-même lancé.

L'article 74 de la Constitution établit le statut des collectivités territoriales d'outre-mer (COM)⁶⁴⁷. La notion générique de « *collectivités d'outre-mer* » permet la prise en compte de la diversité de leurs situations et d'élaborer des statuts sur mesure.

D'une manière générale, l'article 74 al. 1 dispose que « les collectivités d'outre-mer régies par [cet article 74] ont un statut [et donc une organisation] qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République. »

⁶⁴² Voir PORTELLI, H., « La fin du principe d'uniformité. Approche comparative », in *Mélanges Ardant*, LGDJ, 1999

⁶⁴³ AUBY, J.-B., « Réflexion sur la territorialisation du droit », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 1-15

⁶⁴⁴ Art. L.O. 3511-1 C.G.C.T.

⁶⁴⁵ La loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique acte, sur le fondement des articles 72-4 et 73 al. 7 de la Constitution, la création pour chacun de ces territoires, d'une collectivité territoriale unique qui exercera à la fois les compétences jusqu'alors dévolues au département et à la région d'outre-mer.

⁶⁴⁶ S'agissant des entités territoriales hors continent européen, l'art. 73 al. 7 prévoit que « la création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités.

⁶⁴⁷ Il s'agit des collectivités d'outre-mer de Saint-Pierre-et-Miquelon, des îles Wallis et Futuna, de la Polynésie française et, depuis 2007, de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin.

Ce statut, selon le second alinéa du même article 74, est défini par une loi organique qui fixe, entre autres, les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la collectivité et le régime électoral de son assemblée délibérante. Comme on le voit, le législateur organique peut décider de règles d'organisation dérogatoires à la loi et aux principes généraux du droit et donc à l'uniformité de l'organisation des collectivités territoriales.

Par ailleurs, l'article 74 al. 4 dispose que «les autres modalités de l'organisation particulière des collectivités relevant du présent article sont définies et modifiées par la loi après consultation de leur assemblée délibérante.»

Le cadre constitutionnel de l'article 74 concerne en fait deux types de collectivités d'outre-mer : celles dotées de l'autonomie, c'est-à-dire aujourd'hui la Polynésie française, Saint-Barthélemy et Saint-Martin⁶⁴⁸, et les autres.⁶⁴⁹

Toutes ces dispositions font du statut des collectivités d'outre-mer le plus dérogatoire par rapport au droit commun, mais encore une fois il est arrêté par le législateur.

S'agissant du Chili, les dernières réformes constitutionnelles concernant l'outre-mer ont été opérées par les lois n° 20.193 de 2007 et n° 20.573 de 2012.

La première a introduit un nouvel article 126 bis qui signale que l'île de Pâques et l'archipel Juan Fernández sont des territoires spéciaux dont le gouvernement et l'administration seront régis par des statuts spéciaux établis par leur loi organique respective.

La seconde a ajouté un nouvel alinéa à cet article limitant la liberté de circulation sur cette portion du territoire⁶⁵⁰ dans le sens où ces deux territoires constituent des écosystèmes fragiles et très vulnérables, qu'ils ont été déclarés patrimoine de l'humanité (île de Pâques) et réserve mondiale de la biosphère (archipel Juan Fernández) et que l'augmentation de résidents ou l'afflux incontrôlé de touristes affectent la conservation de

⁶⁴⁸ Loi organique n°2007-223 du 21 février 2007 *portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer.*

⁶⁴⁹ Cf. note précédente et B. de ce paragraphe.

⁶⁵⁰ "Los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde cualquier lugar de la República, garantizados en el numeral 7° del artículo 19, se ejercerán en dichos territorios en la forma que determinen las leyes especiales que regulen su ejercicio, las que deberán ser de quórum calificado."

leurs richesses naturelles, archéologiques, la survie de la culture Rapa Nui, et le développement soutenable, etc.⁶⁵¹

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a admis que la loi puisse créer aussi bien un ensemble de collectivités de même statut⁶⁵² qu'une collectivité territoriale unique dotée d'un statut particulier⁶⁵³. Les principales collectivités à statut particuliers de métropole, ou continentales, sont pour la France, Paris⁶⁵⁴-Marseille-Lyon et la Corse⁶⁵⁵. Cette dernière bénéficie d'un régime institutionnel sans équivalent en métropole.

Les projets et propositions législatives visant à modifier l'organisation administrative des plus grandes villes chiliennes, à commencer par le Grand Santiago, n'est pas sans rappeler les administrations communales à deux niveaux des trois plus grandes villes françaises. Ainsi, l'ex-Président, le sénateur E. FREI avait proposé la création de un *alcalde mayor*, l'équivalent des maires de grandes agglomérations telles que Paris, Lyon ou Marseille.⁶⁵⁶

⁶⁵¹ Historia de la Ley N° 20.573, Message présidentiel du 28 octobre 2009, p. 6 .

⁶⁵² A la première catégorie a correspondu, avant leur constitutionnalisation, la création des régions.

⁶⁵³ CC, Décisions n°82-138 DC du 25 février 1982 et n° 91-290 DC du 9 mai 1991. La collectivité territoriale de Corse (érigée d'abord en région à statut particulier par la *Loi n°82-214 du 2 mars 1982 portant statut particulier pour la Corse* puis transformée en «collectivité territoriale» par la *Loi n°91-428 du 13 mai 1991 portant statut de la collectivité territoriale de Corse*) tout comme la Ville de Paris (*Loi n°75-1331 du 31 décembre 1975 portant réforme du régime administratif de la ville de Paris, modifiée par la loi n°82-1169 du 31 décembre 1982 relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*, Mayotte (*Lois n° 76- 1212 du 24 décembre 1976 relative à l'organisation de Mayotte et n° 2001-616 du 11 novembre 2001 relative à Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon (Loi n° 85-595 du 11 juin 1985 relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon)*) relèvent de cette seconde catégorie

⁶⁵⁴ Paris est à ce jour la seule commune à être également un département : le maire de Paris est ainsi président du conseil général, et le Conseil de Paris est à la fois conseil municipal et conseil général, disposant des deux séries de compétences

⁶⁵⁵ Dans sa décision n°82-138 DC du 25 février 1982, le Conseil constitutionnel a posé que la Constitution n'exclut nullement la création de catégories de collectivités territoriales qui ne comprendraient qu'une unité.

⁶⁵⁶ C'est le point 3.2.1) de la proposition "*La constitución del bicentenario*": 3.2.1) Elección de Alcalde Mayor: Introducir la figura de un Alcalde Mayor electo en votación directa, con atribuciones amplias para que ejerza sus funciones en grandes zonas urbanas, tales como Santiago, Valparaíso y Concepción. El Alcalde Mayor deberá tener un Concejo Metropolitano que se forma con los alcaldes de las comunas que forman su zona y con atribuciones de veto a las decisiones de dicho cuerpo colegiado radicadas en el alcalde mayor; 3.2.2) Transferencia de potestades y relaciones con otras autoridades: El alcalde mayor se propone como una autoridad metropolitana para coordinar transporte, urbanismo, educación, salud y medio ambiente, la seguridad ciudadana etc. La relación entre esta autoridad metropolitana y la Asamblea Regional y los demás alcaldes con los que debe coordinarse debe ser también objeto de la reforma constitucional al régimen de gobierno.

2. Les entités de droit commun: entre «droit à» l'évolution statutaire et «obligation d'évoluer» statutairement

On assiste à une multiplication des possibilités d'évolutions statutaires «à la carte», caractérisées par la montée en puissance de l'intercommunalité et des coopérations interinstitutionnelles en général (a), et les possibilités de fusions de collectivités territoriales (b).

a) La coopération interinstitutionnelle en France et au Chili

D'une manière générale, l'intercommunalité désigne en France⁶⁵⁷, les différentes formes de coopération existant entre communes qui leur permettent de se regrouper au sein d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI), et est devenue un des phénomènes les plus transformateurs du paysage institutionnel français (1). Un tel mouvement se fait jour au Chili depuis 2009 (2)

(1) La transformation du paysage institutionnel territorial français

L'ensemble des dispositions relatives à *la coopération intercommunale* ou plutôt aux types d'intercommunalités françaises présente une complexité qui dépasse le cadre de ce travail. Son importance croissante est liée à l'émiettement communal⁶⁵⁸, à la taille des communes françaises, et à l'échec des différentes lois prônant la fusion de communes.⁶⁵⁹

L'intercommunalité s'inscrit dans la ligne du « droit d'association des collectivités locales » prévu par l'article 10 de la Charte européenne de l'autonomie locale⁶⁶⁰. Il ne s'agit

⁶⁵⁷ Pour un regard étranger sur l'intercommunalité française, voir par exemple NETTLE C., P., "Disposiciones constitucionales y legales que regulan la facultad de los municipios para emprender iniciativas propias o asociadas con otros, en la Unión Europea y en la legislación de Finlandia y Francia", *Serie de informes* N° 18/2008, Biblioteca de Congreso Nacional de Chile, Santiago, pp.10; OJEDA G., R., "Las Políticas de articulación municipal en Francia: los establecimientos públicos de cooperación intercomunal", *Revista de Estudios Regionales*, N° 82, mayo-agosto 2008, pp 13-41, Málaga, España.

⁶⁵⁸ La France compte plus de 36700 communes.

⁶⁵⁹ Cf. infra.

⁶⁶⁰ Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985, article 10: « 1) Les collectivités locales ont le droit, dans l'exercice de leurs compétences, de coopérer et, dans le cadre de la loi, de s'associer avec d'autres collectivités locales pour la réalisation de tâches d'intérêt commun. 2) Le droit des collectivités locales d'adhérer à une association pour la protection et la promotion de leurs intérêts communs et celui d'adhérer à une association internationale de collectivités locales doivent être reconnus dans chaque Etat. 3) Les collectivités locales peuvent, dans des conditions éventuellement prévues par la loi, coopérer avec les collectivités d'autres Etats. »

pas d'un phénomène nouveau⁶⁶¹ puisque les premiers syndicats de communes (à vocation unique) sont apparus avec la loi du 22 mars 1890⁶⁶². Mais, les intercommunalités contemporaines⁶⁶³ datent surtout de la loi d'orientation relative à l'administration territoriale de la république du 6 février 1992 «à l'origine de l'une des mutations les plus considérables du paysage décentralisé»⁶⁶⁴ français. Le dispositif sera renforcé par les lois VOYNET⁶⁶⁵ et CHEVENEMENT de 1999⁶⁶⁶, la loi SRU de 2000⁶⁶⁷, la loi du 13 août 2004 et enfin, la réforme territoriale du 16 décembre 2010 qui annonçait l'objectif de simplifier et d'achever la carte de l'intercommunalité, en obligeant les dernières communes isolées à se rattacher à une structure existante. Cette stratégie de « contournement, consistant à créer des structures de coopération se superposant aux communes, connu plus de succès»⁶⁶⁸ que celle des fusions (cf. infra).

En fait, «il n'existe pas une intercommunalité, mais des intercommunalités. Chaque intercommunalité est unique. L'intensité de la relation intercommunale nouée sur le territoire par les communes membres varie en effet selon différents paramètres aussi bien politiques (la tradition et l'histoire intercommunales, la stratégie des acteurs, en termes de

⁶⁶¹ JEGOUZO, Y., «L'intercommunalité de 1958 à 1982, généalogie d'un échec», in CAILLOSSE, J. (dir.), *Intercommunalités*, Presses universitaire de Rennes, 1994.

⁶⁶² « A vrai dire, la nécessité d'organiser une coopération entre les communes et, éventuellement, les autres niveaux de collectivités territoriales, est apparue dès le XIXe siècle : la loi du 22 mars 1890 SIVU qui montra rapidement ses limites car ne concernait qu'une seule compétence » GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, T. 1, 2011, p. 277.

⁶⁶³ «L'obstacle que représentait la fragmentation territoriale fut particulièrement mis en évidence sous la Ve république, période qui vit se conjuguer un pouvoir politique plus fort, des politiques de modernisation ambitieuses et la volonté de l'État d'en transférer une part croissante de la charge sur les collectivités territoriales» GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, T. 1, 2011, p. 277.

⁶⁶⁴ REGOURD, S., «Intercommunalité : continuité des politiques publiques pour une révolution tranquille», in REGOURD, S.; CARLES, J.; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après. IFR – Mutation des Normes Juridiques*, IDETCOM (EA 785) Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013, pp. 187.

⁶⁶⁵ Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

⁶⁶⁶ Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale.

⁶⁶⁷ Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la Solidarité et au Renouvellement Urbains, dite aussi loi GAYSSOT-BESSON-BARTOLONE.

⁶⁶⁸ GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit. p. 277.

rapport de forces politiques, ou de personnalité du maire de la ville centre) que juridiques ». ⁶⁶⁹

Les intercommunalités françaises disposent de la personnalité de droit public et d'organes délibérant et exécutif qui fonctionnent pour l'essentiel comme le conseil municipal (Art. L5211-1 CGCT). Les EPCI peuvent être distingués selon qu'ils disposent de ressources fiscales propres, ou non. Dans ce dernier cas, l'établissement public dépend des contributions des communes membres dont la quote-part est en principe fixée par les statuts de l'établissement. ⁶⁷⁰

L'intercommunalité s'inscrit par ailleurs dans un mouvement institutionnel qui tendrait à prendre en compte le principe de subsidiarité. Il est en effet notable que la loi de 1992 est antérieure d'un jour à l'adoption du Traité de Maastricht qui consacre formellement le principe de subsidiarité comme référence du cadre fonctionnel de l'Union européenne. Cependant, la parenté avec l'UE n'est pas tant avec ce principe qu'avec « la préoccupation pour la France de prendre en compte les impératifs économiques et politiques qui découlent du Traité, qu'il s'agisse de la rationalisation de la dépense publique ou du rapprochement avec l'identification démographique de la collectivité de base dans les autres pays membres de l'Union » ⁶⁷¹. De fait, le législateur a repris en main les formules de coopération jugées trop permissives pour imposer, d'abord l'intégration des communes, puis, aujourd'hui, prévoir celle de différents niveaux de collectivités territoriales au sein des métropoles. Cette « logique intégrative » s'exprime sous la triple forme d'une intégration fiscale, d'une intégration des compétences et par l'« aménagement du territoire de l'intercommunalité, au sens où celle-ci est désormais conçue de manière globale, l'échelle du territoire, dans le cadre d'un schéma départemental de la coopération communale, dont la configuration est pilotée par le préfet ». ⁶⁷²

L'intercommunalité apparaît comme « l'épine dorsale » des projets français de décentralisation qui se fondent, chaque jour, plus sur la compétence et l'efficacité gestionnaire, que sur la réalisation de la démocratie locale. La loi du 16 décembre 2010

⁶⁶⁹ LAVAL-MADER, N., « Le couple communes/communauté : vers un nouvel équilibre des pouvoirs ? », en *Revue de Droit administratif*, n° 10, octobre 2007, Étude 15.

⁶⁷⁰ Les formules chiliennes de coopération se rapprochent de ce dernier modèle. Cf. infra.

⁶⁷¹ REGOURD, S., « Intercommunalité : continuité des politiques publiques pour une révolution tranquille », op. cit. p. 187.

⁶⁷² Idem, p. 188.

prétend remédier à ce problème par l'élection au suffrage universel des conseillers municipaux et communautaires et, surtout, rend obligatoire l'intégration des communes au sein d'un EPCI à fiscalité propre, laissant présager une véritable reconfiguration du paysage institutionnel territorial français. A ce titre, il semble bien que «le droit commun de l'organisation municipale française sera la commune dans sa communauté».⁶⁷³

Parmi la diversité des formules⁶⁷⁴, se détachent ces dernières années les métropoles instituées par la réforme des collectivités territoriales de 2010. La loi du 27 janvier 2014 de *modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*, dite loi MAPTAM, confirme la création des métropoles qui ont vocation à se substituer sur leur territoire aux collectivités préexistantes et aux EPCI intégralement inclus dans leur périmètre. Il s'agit donc d'un phénomène de coopération interinstitutionnelle qui dépasse le cadre intercommunal.

La métropole exerce de plein droit, dans le périmètre métropolitain, un certain nombre de compétences, en lieu et place des communes, du département et de la région. D'autre part, comme les autres EPCI, elle peut recevoir des compétences optionnelles, ainsi que des compétences supplémentaires que les communes lui transfèrent.

La métropole percevra la totalité de la fiscalité locale et des dotations de l'État sur son territoire. Le rôle primordial des métropoles se situe en matière de développement économique, d'innovation, de transition énergétique, de politique de la ville. Mais il faut distinguer Paris-Lyon-Marseille⁶⁷⁵ et les autres métropoles⁶⁷⁶.

⁶⁷³ PORTIER, N., « la coopération intercommunale dans la réforme des collectivités », *AJDA*, 2011, p 80.

⁶⁷⁴ Aujourd'hui, les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) sont les suivants (art. L5210-1-1 CGCT): les syndicats de communes (créés par la loi du 22 mars 1890) ; les communautés de communes (créées par la loi du 6 février 1992) ; les communautés urbaines (créées par la loi du 31 décembre 1966) ; les communautés d'agglomération (créées par la loi du 12 juillet 1999) ; les syndicats d'agglomération nouvelle (créés par la loi du 13 juillet 1983) ; les métropoles (créées par la loi du 16 décembre 2010).

⁶⁷⁵ La création au 1er janvier 2015 de la métropole de Lyon est le symbole de la diversité et de la complexité des nouveaux schémas. Cette métropole sera une nouvelle collectivité territoriale de plein exercice qui résultera de la fusion de la communauté urbaine de Lyon et de la portion du département du Rhône située sur le périmètre urbain. Elle sera dotée de compétences très étendues reprenant celles du département, principalement l'action sociale, mais aussi certaines compétences régionales, avec les financements afférents. La métropole pourra également reprendre des politiques exercées par les communes membres, mais aussi leur en déléguer, par exemple en matière d'action sociale. L'Etat pourra déléguer à la métropole des compétences en matière de logement.

⁶⁷⁶ Le nouveau statut des métropoles pourra bénéficier à huit grandes villes : Bordeaux, Rouen, Toulouse, Lille, Strasbourg, Montpellier, Grenoble et Rennes. Nice était déjà métropole, puisqu'elle avait été la seule à demander à bénéficier de ce statut dans le cadre de la loi de décembre 2010.

Le schéma organisationnel de la métropole comprend trois organes : une assemblée délibérante (le conseil de la métropole), des conférences consultatives locales des maires et une conférence métropolitaine des maires chargée d'élaborer un pacte de cohérence entre métropole et communes.

La loi de 2014 vient confirmer la loi de 2010 et s'inscrit dans un «processus consubstantiel au changement de paradigme découlant des logiques fonctionnelles et managériales, assurant elles-mêmes la prévalence de l'aire urbaine.»⁶⁷⁷

(2)Les balbutiements chiliens

La réforme constitutionnelle chilienne de 2009⁶⁷⁸ relative aux corporations, fondations et associations municipales (titre VI LOCMU) s'inscrit dans ce mouvement de la coopération intercommunal. Cependant, alors que l'intercommunalité française était à l'origine conçue comme une gestion commune de services de base et qu'elle est devenue une coopération intercommunale de projet - son caractère «fédératif» justifiant un régime de fiscalité propre-, les dispositions chiliennes restent, pour l'instant, de l'ordre de cette première forme de coopération qualifiée en France d'intercommunalité associative, c'est-à-dire sans fiscalité propre.

Ainsi, deux dispositions constitutionnelles doivent être prises en compte.

D'une part, l'article 118 al 6 de la Constitution prévoit que les municipalités pourront s'associer entre elles, conformément à la loi organique, et jouir de la personnalité juridique de droit privé. De la même manière, elles pourront constituer ou intégrer des corporations ou fondations de droit privé sans but lucratif dont l'objet est la promotion et la diffusion de l'art, la culture et le sport, ou l'appui à des œuvres de développement communal et productif. D'autre part, l'article 123 de la Constitution prévoit que la loi établira des formules de coordination des municipalités, mais également entre ces dernières et les autres services publics (déconcentrés), pour la prise en charge de problèmes qui leur sont communs.

Le dernier alinéa de l'article 5 de la LOCMU reprend cette modification constitutionnelle et renvoie sa mise en œuvre aux règles établies dans le paragraphe 2 du

⁶⁷⁷ REGOURD, S., «Intercommunalité : continuité des politiques publiques pour une révolution tranquille», op. cit. p. 196.

⁶⁷⁸ Ley n° 20.346, *Reforma constitucional en materia de asociacionismo municipal*, D.O. 14.05.2009.

titre VI de la même loi. Il faut noter que l'article 5 LOCMU mentionne que les municipalités s'associeront entre elles pour l'accomplissement de leurs fins propres. Ce but déclaré inconstitutionnel en 1988⁶⁷⁹, est devenu constitutionnel 20 ans plus tard. N'ayant pas trouvé d'explication claire de la part du juge constitutionnel, il semble qu'il faille attribuer ce changement de perspective à l'influence d'un contexte politique et social rénové.

Le 1^{er} paragraphe du titre VI de la loi organique⁶⁸⁰ se réfère aux **corporations et fondations municipales** (art. 129 à 136). Celles-ci, dont la création ou la participation doit être approuvée par le conseil municipal⁶⁸¹, sont régies par le droit privé⁶⁸² et peuvent être constituées par une ou plusieurs municipalités, avec des entités privées ou d'autres entités du secteur public⁶⁸³. Elles ont pour objet la promotion et la diffusion de l'art, la culture et le sport⁶⁸⁴, ou l'appui à des œuvres de développement communal et productif.

En dehors, des contrôles administratifs et financiers «internes» exercés par les municipalités⁶⁸⁵ et les possibles recours juridictionnels⁶⁸⁶, ces structures de coopération intercommunale font également l'objet d'un contrôle de légalité *a posteriori* de la part de la *Contraloría General de la República*, qui porte sur l'utilisation et la destination de leurs

⁶⁷⁹ Cf. La décision du TC de 29 de febrero de 1988, rol n° 50 relative au projet de LOCMU qui déclara inconstitutionnel l'art. 5 °, lettre h) parce qu' «il n'est pas constitutionnellement acceptable» d'autoriser les municipalités à créer des corporations ou fondations de droit privé pour développer des fonctions que la municipalité peut exercer directement ou avec d'autres organes de l'Etat, dans la mesure ou la « Charte fondamentale confie aux « municipalités » la réalisation de ces fonctions publiques ». L'article, «en facilitant la constitution de personnes privées sans but lucratif » permettait donc un « transfert [injustifié] de fonctions et d'attributions » propres aux municipalités à un tiers, procédé en l'occurrence inconstitutionnel.». PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, n° 40, p. 149.

⁶⁸⁰ La loi N° 20.527, met en œuvre les mesures liées aux Associations et Corporations Municipales introduisant un nouveau titre: Título VI *De las corporaciones, fundaciones y asociaciones municipales*.

⁶⁸¹ Art. 130 al 2 LOCMU.

⁶⁸² Art.129 LOCMU.

⁶⁸³ Art. 130 al 1 LOCMU.

⁶⁸⁴ Sur ce point, l'art. 131 al. 3 précise qu'en aucun cas, les fins artistiques et culturelles des corporations et fondations municipales ne pourront avoir pour objet l'administration et la gestion d'établissements d'éducation ou d'attention de mineurs.

⁶⁸⁵ Art. 135: "La fiscalización de estas entidades será efectuada por la unidad de control de la municipalidad, en lo referente a los aportes municipales que les sean entregados." et art. 136 al. 2: "La unidad de control municipal respectiva tendrá, en los mismos términos, la facultad fiscalizadora respecto de estas entidades."

⁶⁸⁶ Son personnel est soumis aux règles du code civil (art. 134 LOCMU).

ressources.⁶⁸⁷ Il s'agit donc d'organes de coopération à compétences déterminées et très limitées.

Les associations de municipalités (articles 137 à 150 LOCMU) peuvent être constituées par au moins deux municipalités, appartenant ou non à une même province ou région. Elles ont un champ de compétences beaucoup plus vaste que la précédente formule, puisque leur but général est de «faciliter la solution de problèmes communs, ou de parvenir à un meilleur profit ou usage des ressources disponibles».

Dotée ou non de la personnalité juridique⁶⁸⁸, ces associations peuvent être nationales, régionales, et thématiques et sont également contrôlées par la *Contraloria General de la República*.

Un système de coopération est également prévu par la loi de n° 19.865 sur le financement Urbain partagé (Financiamiento Urbano Compartido) en vertu de laquelle les municipalités, entre autres organismes, peuvent passer des contrats avec des partenaires privés dans le but d'acquérir des biens ou d'exécuter, de gérer ou maintenir des marchés de travaux urbains, contre une prestation qui peut consister en l'octroi de droit sur des biens meubles ou immeubles, l'exploitation d'un ou plusieurs immeubles ou travaux publics.

Mais cette forme de coopération a plus les caractéristiques d'une concession que d'une association, corporation ou fondation. Ceci apparaît clairement à la lecture des articles 2 et 7 de la loi qui prévoient un appel d'offres⁶⁸⁹. De plus, l'entité privée peut recevoir l'exploitation totale ou partielle d'un ou plusieurs biens ou constructions pour une période déterminée et percevoir les bénéfices de l'exploitation; mais également le droit à l'usage et la jouissance d'un ou plusieurs biens meubles ou immeubles pour une période

⁶⁸⁷ Art. 136: "Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 6° y 25 de la Ley N° 10.336, la Contraloría General de la República fiscalizará las corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales, cualquiera sea su naturaleza y aquellas constituidas en conformidad a este título, con arreglo al Decreto con Fuerza de Ley N° 1-3.063, del año 1980, del Ministerio del Interior, o de acuerdo a cualquiera otra disposición legal, respecto del uso y destino de sus recursos, pudiendo disponer de toda la información que requiera para este efecto."

⁶⁸⁸ Art. 138 LOCMU.

⁶⁸⁹ Voir par exemple, l'art. 2°: "Para celebrar el contrato de participación regulado en la presente ley, los Serviu o las Municipalidades, según corresponda, llamarán a licitación pública conforme a las normas del Título II de esta ley."

déterminée ; ou encore la remise en propriété d'un ou plusieurs biens meubles ou immeubles⁶⁹⁰.

Enfin, on mentionnera l' «**associativisme régional**» traité par le chapitre VII de la loi organique régional⁶⁹¹. Elles répondent en grande partie aux conditions des corporations et fondations municipales. Leur création, ou la participation d'une région, doit être approuvée par le conseil régional sur proposition de l'intendant et elles sont régies par le droit privé⁶⁹². A la différence des corporations et fondations municipales, la loi régionale ne précise pas que ces corporations et fondations régionales peuvent être formées entre régions ou avec d'autres entités du secteur public, mais seulement avec d'autres personnes juridiques, pour contribuer au développement régional dans les domaines social, économique et culturel de la région.⁶⁹³ Ceci ne semble donc empêcher des associations inter-régionales, bien que la vocation intra régionale soit évidente. Quoiqu'il en soit, il s'agira d'entités de droit privé, contrôlées par la *Contraloria General de la República* du fait de l'utilisation de fonds publics.

b) La fusion d'entités territoriales

Les fusions des collectivités territoriales peuvent s'effectuer au niveau des communes, mais également entre collectivités de catégories différentes.

La réforme de 2010 a prévu que des communes nouvelles⁶⁹⁴ puissent être créés à la demande d'au moins les deux tiers des conseils municipaux des communes d'un même

⁶⁹⁰ a) La explotación total o parcial de uno o más bienes u obras por un período determinado, pudiendo percibir los beneficios de la explotación; b) El derecho al uso o goce de uno o más bienes muebles o inmuebles por un período determinado, y c) La entrega en propiedad de uno o más bienes muebles o inmuebles.

⁶⁹¹ LOCGAR, CAPITULO VII Del Asociativismo Regional, arts 100 à 104.

⁶⁹² LOCGAR, arts. 100 et 101.

⁶⁹³ LOCGAR, art.100: "Los gobiernos regionales podrán asociarse con otras personas jurídicas, para constituir con ellas corporaciones o fundaciones de derecho privado destinadas a propiciar actividades o iniciativas sin fines de lucro, que contribuyan al desarrollo regional en los ámbitos social, económico y cultural de la región."

⁶⁹⁴ Le phénomène n'est pas nouveau puisque la loi du 16 juillet 1971 projetait déjà une politique de fusion de communes. Cette modalité a été remplacée par la « commune nouvelle » mais les deux opérations sont de même nature.

établissement public de coopération intercommunale ou de communes contiguës, à la condition qu'ils représentent plus des deux tiers de la population totale.⁶⁹⁵

Par ailleurs, les regroupements de départements et de régions concernent des entités territoriales françaises du continent européen comme de l'outre-mer.⁶⁹⁶

S'agissant des collectivités territoriales françaises du continent européen, le législateur a décidé lui-même d'abandonner ses compétences au profit des collectivités territoriales de métropole, alors que pour l'outre-mer des conditions minimales sont déterminées par le constituant et le législateur organique.

La réforme de 2010 prévoit la possibilité de fusionner une région et des départements qui la composent. Ce ne sera cependant possible qu'avec l'accord de toutes les assemblées concernées et de la population locale consultée par référendum et devra être acté par la loi.⁶⁹⁷ Ainsi, au nom d'un principe d'expérimentation régionale que la loi permet d'appliquer depuis 2010, les électeurs doivent se prononcer sur les projets de fusion de collectivités territoriales de même catégorie ou de catégories différentes.⁶⁹⁸ Il s'agit d'une donnée nouvelle qui peut renforcer la territorialisation du droit et mener, selon ses détracteurs, vers une autonomisation normative qui tôt ou tard permettrait une adaptation régionale du droit (encore) national. Un tel droit à l'expérimentation de fusion de collectivités territoriales peut conduire des portions administratives territoriales à s'engager, sans concertation avec les citoyens des autres régions, dans des réformes mettant en échec l'égale application de la loi.

⁶⁹⁵ Art. L2113-2 CGCT. Par ailleurs, comme cela a été remarqué, par le biais de l'article L2113-10 CGCT, « habilement, la loi prévoit que les communes regroupées demeurent en tant que communes déléguées avec un conseil et un maire, formule quelque peu inspirée de celle adoptée par la loi PLM du 31 décembre 1982 ». GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, op. cit. p. 291 :

⁶⁹⁶ Cf. supra les départements et régions d'outre-mer et particulièrement l'art. 73 al. 7 de la constitution.

⁶⁹⁷ Art. L4124-1 CGCT : I. — Une région et les départements qui la composent peuvent, par délibérations concordantes de leurs assemblées délibérantes, demander à fusionner en une unique collectivité territoriale exerçant leurs compétences respectives. (...) II. — Le Gouvernement ne peut donner suite à la demande que si ce projet de fusion recueille, dans chacun des départements concernés, l'accord de la majorité absolue des suffrages exprimés, correspondant à un nombre de voix au moins égal au quart des électeurs inscrits. - Cette consultation des électeurs est organisée selon les modalités définies à l'article LO 1112-3, au second alinéa de l'article LO 1112-4, aux articles LO 1112-5 et LO 1112-6, au second alinéa de l'article LO 1112-7 et aux articles LO 1112-8 à LO 1112-14. Un arrêté du ministre chargé des collectivités territoriales fixe la date du scrutin, qui ne peut intervenir moins de deux mois après la transmission de la dernière délibération prévue au I du présent article. - III. — La fusion de la région et des départements qui la composent en une unique collectivité territoriale est décidée par la loi, qui détermine son organisation et les conditions de son administration

⁶⁹⁸ Voir par exemple, le référendum régional, négatif, du 7 avril 2013 sur la fusion immédiate de deux départements et d'une région en une seule entité : la collectivité territoriale d'Alsace.

J. VIGUIER avait déjà remarqué que le rapprochement des articles 72 al. 1 et 72-1 de la Constitution permettrait «à terme de remplacer les régions actuelles par une dizaine de grandes régions dotées d'une assise culturelle, de regrouper plusieurs départements au sein d'une nouvelle entité qui les englobe, de reprendre les pays pour leur donner une autre place, de transformer les établissements publics territoriaux en véritables collectivités territoriales. La porte est largement ouverte aux réformes.»⁶⁹⁹

L'annonce du Premier ministre, M. VALLS, lors de son discours de politique générale du 8 avril 2014, d'inciter les régions à fusionner pour arriver à la moitié du nombre actuel au 1^{er} janvier 2017 et, en cas de refus, de procéder par la loi⁷⁰⁰ va plus loin et affirme la volonté de l'Etat de diriger le processus de réorganisation territoriale. Enfin, plus qu'une fusion, est également proposé la suppression des départements pour 2021⁷⁰¹.

Sans aller aussi loin, la LOCMU prévoit la possibilité pour les communes de partager les services d'une municipalité dans un but de rationalisation et de rentabilité dans la gestion des ressources humaines disponibles.⁷⁰²

On peut signaler que la proposition d'E. FREIRE prévoyait la possibilité pour les régions de créer ou fusionner des municipalités sur le territoire régional.⁷⁰³ Ce qui revient à instaurer une centralisation régionale (en fait nationale du fait de la prépondérance de l'intendant régional sur le gouvernement régional dont il reste l'exécutif) et nier l'autonomie constitutionnelle des municipalités.

⁶⁹⁹ VIGUIER, J., «La décentralisation: d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État», op. cit. p. 56

⁷⁰⁰ Projet de loi *clarifiant l'organisation territoriale de la République* NOR : RDX1409402L, p. 3.

⁷⁰¹ Idem.

⁷⁰² Art.18 LOCMU: "Dos o más municipalidades, de aquéllas a que alude el inciso primero del artículo anterior, podrán, mediante convenio celebrado al efecto y cuyo eventual desahucio unilateral no producirá consecuencias sino hasta el subsiguiente año presupuestario, compartir entre sí una misma unidad, excluidas la secretaría municipal, el administrador municipal y la unidad de control, con el objeto de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos disponibles."

⁷⁰³ La proposition de E. FREIRE, "*La constitución del bicentenario*" prévoyait dans son 3.2.2) Transferencia de potestades políticas y recursos: que El gobierno regional formado por la Asamblea Regional, que preside el Intendente, tendrá atribuciones políticas para resolver sus materias propias,..., crear o fusionar municipalidades en su región.

3. Leçons provisoires

Excepté le point commun principal que présentent les formules d'intercommunalités françaises et les associations de municipalités au Chili - qui est qu'elles résultent toutes d'une décision de l'État-, la première leçon est qu'associer les unes aux autres serait une erreur.

D'abord, parce que les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) sont des institutions de droit public alors que les associations de municipalités chiliennes ou les formules associatives régionales sont des personnes de droit privé.

Ensuite, si les différentes formes de l'intercommunalité française ne sont pas encore des collectivités territoriales, elles accéderont certainement prochainement à ce statut⁷⁰⁴, ce qui semble difficile pour une association de droit privé.

En troisième lieu, seules des municipalités peuvent s'associer, les régions semblant exclues de cette possibilité. De son côté, le système français prévoit presque toutes les combinaisons possibles, ce qui rend d'ailleurs le panorama institutionnel souvent illisible pour le citoyen. Au «mille-feuilles» administratif si souvent dénoncé, s'ajoute un enchevêtrement des compétences et donc des collectivités territoriales. A tel point, que certains auteurs évoquent la nécessité de simplifier et rationaliser l'intercommunalité.⁷⁰⁵

Enfin, et surtout, les compétences normatives et financières des intercommunalités françaises sont sans commune mesure avec les formules chiliennes de corporations, fondations ou association. La même réflexion vaut pour la comparaison entre outre-mer chilien et français.

La deuxième conclusion est qu'au-delà des différences, des questions et/ou inquiétudes similaires apparaissent, car on perçoit d'emblée -par exemple- les risques de tutelle d'une entité sur les autres et donc la fin de l'autonomie de certaines.

En France, c'est la croissance de l'intercommunalité qui interroge et inquiète à la fois. On peut considérer avec R. HERTZOG, que les établissements publics de coopération

⁷⁰⁴ L'élection des élus métropolitains au suffrage universel est d'ailleurs prévue pour 2020.

⁷⁰⁵ Cf. SEMPE, F., "La fusion des établissements publics de coopération intercommunale dans la loi du 13 août 2004 », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp.429-446.

intercommunale (EPCI) constituent un « nouvel échelon territorial à pouvoir politique »⁷⁰⁶. Effectivement, selon cet auteur, «la vraie nature de l'intercommunalité va au-delà de la coopération et est déjà une forme de fusion. Bien que consacré par le droit et les habitudes de langage, le terme de coopération ne rend pas compte de la nature juridique et financière des EPCI, qui sont des personnes publiques autonomes et de nouveaux centres politiques de décision et non des instances de coopération. Les compétences qui leur sont transférées n'appartiennent plus aux communes mais à ces derniers, qui ont leurs propres pouvoirs, organes, biens et ressources.»⁷⁰⁷

Ainsi, le « principe d'uniformité qui n'a jamais eu ni substance ni expression juridique mais qui tirait sa force mythique de ses liens avec le principe d'indivisibilité de la République [se dissipe et les réformes récentes] légitime(nt) et encourage(nt) une évolution vers une diversité accrue de l'organisation territoriale au risque d'un certain éparpillement.»⁷⁰⁸ À ce titre, il conviendra certainement à l'avenir de parler et de mettre l'accent sur des niveaux, et non plus des collectivités ou catégories de collectivités. De la sorte, on peut dénombrer en France six niveaux pour la mise en œuvre des politiques publiques territoriales: la commune, les structures intercommunales, le département, la région, l'État et l'Union européenne.

Comme le souligne J. MONTAIN-DOMENACH, les réformes liées à l'intercommunalité (aménagement du territoire, urbanisme, fiscalité locale, etc.) entraînent «une recomposition territoriale sans précédent; elles ont des incidences directes sur la nature du pouvoir communal tel qu'il s'est affirmé historiquement, tant du point de vue politique, qu'institutionnel et juridique»⁷⁰⁹. De fait, selon l'auteur, «le processus en cours aboutit, empiriquement, à substituer au pouvoir des communes, celui de nouvelles structures, dont la configuration est encore incertaine, mais qui annonce la mise en œuvre

⁷⁰⁶ HERTZOG, R., «Réforme des collectivités territoriales: de pressantes causes économiques, d'incertains résultats financiers», in *Réformes et mutations des collectivités territoriales* (dir. REGOURD, S, CARLES, J., GUIGNARD, D.), L'HARMATTAN, col. GRALE, 2012, p. 61

⁷⁰⁷ Ibid.

⁷⁰⁸ DOUENCE, J.-C., « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales, Vol. 1, Chapitre 1, 1987, p. 63-11, n° 88.

⁷⁰⁹ MONTAIN-DOMENACH J., « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12 (Dossier : Le droit constitutionnel des collectivités territoriales) mai 2002, disponible sur: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-12/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-12.52091.html>

d'une dynamique de " supracommunalité"»⁷¹⁰ et donc d'un pouvoir supracommunal. On assiste non seulement à une atteinte réelle et définitive à la libre administration des communes, mais aussi à la nature de la démocratie locale⁷¹¹.

Ce qui implique surtout une redéfinition de la carte administrativo-territoriale française puisque, d'une part, le « déplacement » ou « transfert » de l'application du principe de libre administration vers les structures intercommunales implique la question de la légitimité politique et inéluctablement l'élection au suffrage universel direct des organes communautaires et, d'autre part, elles « remplacent déjà en pratique [les collectivités territoriales] dans un certain nombre de domaines, et auxquelles elles pourraient même être complètement substituées au cours du XXIème siècle. »⁷¹²

Pour le Chili, il n'est pas impossible d'imaginer, au-delà des cas prévus par la Constitution, d'autres asymétries institutionnelles de type régional sur le territoire continental. Ainsi, l'Araucanie, pour la force des revendications mapuches, n'est pas sans rappeler le cas de la Nouvelle-Calédonie. Mais d'autres régions, de par leur isolement (Aysén) ou l'existence déjà avérée d'un noyau propre de développement (Magallanes) posent également la question de leur adaptation institutionnelle.

Cette reconnaissance de la diversité des catégories de collectivités particulières, de la coopération entre entités territoriales et même de leur fusion, introduit *de facto* des tempéraments dans le droit commun des processus de prise de décision territoriale, mais également dans les rapports qu'elles entretiennent avec l'État et les autres collectivités territoriales⁷¹³, et donc avec la hiérarchie des normes.

Enfin, le mouvement révèle doublement la territorialisation du droit : « d'abord en ce qu'elles recèlent bien une différenciation territoriale du droit national de l'organisation administrative, ensuite, en ce que, plaçant des territoires analogues sous l'égide d'autorités locales organisées différemment, dotées de compétences différentes....,

⁷¹⁰ Idem.

⁷¹¹ Comme le remarquent FRIER et PETIT, « le centre du pouvoir se déplace comme commencent à le montrer les choix fait par certains élus locaux de privilégier la conquête de la présidence de l'établissement public territorial, sans qu'on en tire, à l'heure actuelle, toutes les conséquences en matière de démocratie locale notamment » FRIER, P.-L. et PETIT, J., *Droit administratif*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 8e éd., 2013, p. 204.

⁷¹² VIGUIER, J., « La décentralisation : d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État », op. cit. p. 50.

⁷¹³ TESOKA, L., *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, PUAM, 2004.

elles ne font qu'accentuer potentiellement la variabilité du droit concrètement produit par ces autorités et des effets concrets provoqués par leur intervention. »⁷¹⁴ Mais dans le cas des associations de municipalités chiliennes ne se dirige-t-on pas vers une privatisation de la territorialisation du droit ou une territorialisation privatiste du droit ?

On comprend dès lors qu'en France, l'unité « est en grande partie une abstraction dont l'État mais aussi la doctrine se servent encore aujourd'hui pour se légitimer »⁷¹⁵ et la seule uniformité qui semble concerner les collectivités françaises est celle d'un contrôle formel de légalité.

Au Chili, le discours n'est pas tant fondé sur de grands principes comme ceux de l'unité et de l'égalité, mais sur l'efficacité de gestion d'un territoire à la géographie folle. L'ambition avérée d'une décentralisation à la carte n'a pas encore trop touché l'organisation des institutions administratives territoriales, le tout étant fermement contrôlé par l'Etat. Celui-ci en revanche procède par des interventions financières au cas par cas, ce qui introduit des distorsions entre régions et facilite l'éclosion de revendications.

La France et le Chili, reprenant les mots de T. MICHALON, ne sont certainement pas (encore) des fédérations qui s'ignorent⁷¹⁶, mais on ne peut ignorer la territorialisation du droit que le législateur pratique ou autorise.

B. Des désignations des autorités territoriales conformes à la diversification des institutions territoriales

HAURIUOU remarquait, qu' « une administration locale comme la commune possède une organisation représentative complète, analogue à celle de l'État, avec la même séparation des pouvoirs et les mêmes organes, un corps électoral, une assemblée délibérante, un organe exécutif ; les pouvoirs de ces trois organes sont des démembrements des pouvoirs analogues de l'État et autrement que seraient-ils? »⁷¹⁷ Cette analogie entre les modes de représentation des organes territoriaux et nationaux peut être étendue à l'ensemble des entités territoriales chiliennes et françaises.

⁷¹⁴ AUBY, J.-B., « Réflexion sur la territorialisation du droit », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de J.-C. DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 8.

⁷¹⁵ DOAT, M., op. cit. p. 125.

⁷¹⁶ MICHALON, T., « La République française, une fédération qui s'ignore? », *RDP*, 1982, p. 623.

⁷¹⁷ HAURIUOU, M., *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 2^e éd. 1916, p. 610.

Avec l'affirmation que les entités territoriales sont des institutions démocratiques, au sein d'États démocratiques, leurs autorités ne peuvent aujourd'hui que procéder de l'élection. Cependant, cela ne signifie pas que toutes les autorités doivent être élues.

En droit comparé, d'une manière générale, le principe est celui de l'élection de l'assemblée délibérante, le mode de désignation des exécutifs pouvant varier selon les systèmes juridiques. Principe constitutionnalisé en France pour toutes les collectivités territoriales, l'élection au suffrage universel des assemblées concerne les municipalités chiliennes depuis le retour à la démocratie et les régions depuis 2013.

En revanche, les solutions diffèrent quant au mode de désignation de l'exécutif. Si elles ont eu tendance par le passé à traduire la reproduction au niveau territorial de la structure du régime de gouvernement en vigueur au niveau national, chaque nouvelle loi de décentralisation semble introduire des exceptions. Ceci ne signifie pas plus d'autonomie, ces règles restant définies par le pouvoir central.

1. De la structure «parlementaire» originaire des collectivités territoriales françaises à leur diversification

Si la loi du 28 pluviôse an VIII abandonna les principes de collégialité et d'élection établis depuis le début de la Révolution en matière d'administration du territoire, et si J. RIVERO pouvait écrire en 1937 qu'« il n'existe pas de régime parlementaire municipal, et, s'il fallait demander au droit constitutionnel un point de comparaison, c'est au régime présidentiel que l'on songerait »⁷¹⁸, le principe constitutionnel de l'élection ne concerne, dans la Constitution de 1958, que l'assemblée délibérante qui doit disposer d'attributions effectives.

Cela ne fait pas obstacle à l'existence d'une autorité exécutive non élue⁷¹⁹, ou qu'un conseil exécutif soit doté de pouvoir propre du moment qu'il est élu.⁷²⁰ Finalement, le principe est qu'il ne peut y avoir de pouvoir sans élection, ou d'attribution de compétences à des représentants non élus.

⁷¹⁸ RIVERO, J. «Le maire exécuteur des délibérations du conseil municipal », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1937, p. 569.

⁷¹⁹ CC, Déc. n° 85-196 DC, du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, AJDA 1985, p. 605, note L. HAMON ; R.D.P. 1986 Chronique constitutionnelle de L. FAVOREU p. 462.

⁷²⁰ CC, Déc. n° 87-241 DC du 19 janvier 1988, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie* ou CC, Décision n° 91-290 DC, du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse* Rec. p. 50, , cons. 32, GDCC n° 44.

Les lois de décentralisation de 1982/1983 sont venues confirmer et affiner un dispositif institutionnel qui présente les caractéristiques suivantes: le conseil municipal est élu au suffrage universel direct; le pouvoir exécutif de la commune est élu au sein du conseil municipal⁷²¹. L'exécutif est donc élu au suffrage universel, mais indirect, rappelant le principe parlementaire traditionnel.⁷²² Ce faisant, c'est la primauté de l'assemblée sur l'exécutif qui est affirmée. Les dispositions relatives aux communes sont applicables aux départements, aux régions, et même aux EPCI qui ne sont pas juridiquement des collectivités territoriales.⁷²³ Le parallèle avec le régime de gouvernement central ne fonctionne plus depuis 1958, la France étant passé du régime parlementaire au régime semi-présidentiel.

De plus, nonobstant la terminologie, on ne peut pas parler, selon certains auteurs, d'une séparation des pouvoirs au sein des collectivités territoriales : « les relations entre ces organes ne peuvent s'apparenter à celles qui existent entre un Parlement et un gouvernement dans un régime parlementaire. Ce ne sont pas deux pouvoirs distincts (...), et il n'existe aucun mécanisme régissant les rapports entre les organes. Si les organes exécutifs sont élus par et parmi les organes délibérants, ils le sont aussi pour la même durée et il n'existe pas de procédures ni de mécanismes de contrôle, procédure de renversement ou moyen de dissoudre l'organe collégial »⁷²⁴. Ces dernières années cependant, de telles procédures, inspirées des régimes parlementaires, ont été introduites⁷²⁵.

Il faut également signaler les régimes dérogatoires applicables aux statuts particuliers de la Polynésie française⁷²⁶ et de la Corse⁷²⁷ qui définissent une organisation proche d'un parlementarisme d'assemblée.

⁷²¹ Art. L2122-4 al. 1 CGCT.

⁷²² Cf. infra.

⁷²³ Respectivement: art. L. 3122-1 ; L. 4133-1 et L. 5211-2 CGCT.

⁷²⁴ GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, PH. (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit. p. 325.

⁷²⁵ Cf infra, section 2, § 2, B, 1 b).

⁷²⁶ Statut fixé par la loi n°2004-192 du 27 février 2004. Le statut a créé le poste de « président de la Polynésie » qui a une fonction de représentant, il dirige l'action du gouvernement et de l'administration et promulgue les « lois du pays ». Le gouvernement de Polynésie, constitué de 7 à 10 ministres, est chargé de conduire la politique de la collectivité. L'organe délibérant est l'Assemblée de Polynésie élue au suffrage universel direct tous les cinq ans.

⁷²⁷ L'art. L4422-1 CGCT prévoit que « les organes de la collectivité territoriale de Corse comprennent l'Assemblée de Corse et son président, le conseil exécutif de Corse et son président assistés du conseil économique, social et culturel de Corse. »

2. La structure «parlementaire» des régions et «présidentielle» des municipalités chiliennes

Conformément aux conceptions chiliennes relatives à la «régionalisation» et à la «a-centralisation» des municipalités, la structure des régions reflète la part de déconcentration de la première et celle des municipalités une sorte d'adaptation du système présidentiel au niveau local. On constate dans les deux cas une primauté de l'exécutif sur les conseils. Si dans les faits (cf. infra), les systèmes chilien et français mènent à ce même résultat, celui-ci est prévu expressément par les textes chiliens.

L'évolution du mode de désignation ou d'élection des autorités communales traduit un changement de structure du type «parlementaire» vers un présidentialisme institutionnel local. En effet, sous le régime de la Constitution de 1925, le système parlementaire dominait, puisque le maire était «en général»⁷²⁸ - nous dit BERNASCHINA – élu parmi les régisseurs (*regidores*)⁷²⁹.

Après avoir subi le système des désignations dictatoriales à partir de 1973, la réforme de 1992 de la loi municipale avait prévu dans un premier temps que le maire serait celui des conseillers municipaux élus sur la liste ayant obtenu le plus de votes et ayant obtenu la première majorité avec au moins 35 %. Il s'agissait donc d'une élection directe, palliée-en cas d'absence de ces conditions- par une élection indirecte, par les conseillers, de l'un d'entre eux au poste de maire. Après deux élections sous ce régime, la solution actuelle qui établit une élection directe des maires de manière séparée de celle des conseillers vit le jour⁷³⁰ et fonctionne depuis les élections municipales d'octobre 2004.

Aujourd'hui, le maire est élu au suffrage universel direct pour quatre ans en même temps que les conseillers municipaux mais il postule directement à ce poste et non pas à la fonction de conseiller. Il tire dès lors sa légitimité directement des électeurs et peut l'opposer à celle des conseillers. Si l'on ne peut affirmer une relation directe entre l'expérience de la dictature et celle d'asseoir l'idée d'un homme (ou d'une femme) fort à

⁷²⁸ Car les maires des villes de plus de 100 000 habitants étaient nommés par le pouvoir central.

⁷²⁹ Ainsi, «los Regidores, de entre los cuales, por regla general, se elige el Alcalde» BERNASCHINA G., M., *Derecho Municipal Chileno*, Col. Estudios Jurídicos y Sociales, n° XXVI, Editorial Jurídica de Chile, 1952, p.21.

⁷³⁰ La loi n° 19.737 de 6 de julio de 2001 modifie la loi organique et introduisit l'art. 57 LOCMU.

tous les échelons du pouvoir, on peut certainement y voir la reproduction du système présidentiel national au niveau municipal.

Les régions semblent aller dans le sens inverse des municipalités. La situation actuelle des régions ressemble fortement à l'état des départements français d'avant 1982 lorsque le Préfet était l'exécutif du conseil général. Les récentes réformes constitutionnelles qui ont instauré l'élection des conseillers régionaux au suffrage universel direct et celle d'un président du conseil régional élu par ses pairs, mettaient la région sur la voie d'un «régime parlementaire régional» pour reprendre l'expression de J. RIVERO⁷³¹. Il n'est pas sûr cependant que le nouveau système électoral⁷³² élimine le rôle prépondérant des partis politiques dans la désignation de candidats de faible représentativité au niveau régional, liés aux directions nationales par des liens de dépendance étroits. Il est possible, au contraire, que la concrétisation de l'autre grande réforme sur de nouveaux transferts de compétences n'attise la convoitise de celles-ci et des parlementaires de la région.

En l'absence de vote des dispositions relatives à l'élection du Président, la *Contraloría General de la República*⁷³³ a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'attendre la loi qui définit les fonctions du président, puisque l'article 113 al. 5 de la Constitution dispose que le conseil régional élit à la majorité de ses membres un président parmi ceux-ci.

Malgré la promulgation récente de ladite loi relative aux fonctions et attributions du Président du gouvernement régional⁷³⁴, et quelques modifications de celles de l'intendant, la situation chilienne risque de rester encore similaire à celle de la France d'avant les lois Defferre. En effet, alors que l'élection au suffrage universel direct du Président de région

⁷³¹ Il sera certainement nécessaire d'actualiser ce point afin de prendre en compte les résultats des discussions relatives au projet de réforme constitutionnelle, qui prévoit l'élection populaire et direct de l'exécutif du gouvernement régional (Boletín N° 9.834-06, Mensaje N° 1053-362, enregistré au Sénat le 05.01.2015). Dans ce cas, le modèle "présidentiel" se répèterait désormais au niveau régional, corroborant d'une certaine manière les réflexions sur le phénomène de reproduction de la structure étatique.

⁷³² Avant la réforme de 2013, les conseillers régionaux étaient élus par les conseillers municipaux de chaque région et bénéficiaient d'une légitimité démocratique indirecte.

⁷³³ CGR, Dictamen n°21666 du 26.03.2014 *Secretario Ejecutivo del Consejo Regional de los Ríos* : "procede que los miembros del Consejo Regional de Los Ríos, luego de su instalación, elijan a su Presidente, tal como lo ordena el indicado artículo 113 de la Constitución Política de la República.

⁷³⁴ L'art. 1 de la Ley 20.757 del 10.06.2014 que *modifica la LOCGAR, disponiendo funciones y atribuciones, para presidente del consejo regional*, modifie les fonctions de l'Intendente et introduit un article 30 bis relatif à l'élection du président du CORE et un 30 ter relatif à ses fonctions et attributions.

est vue par certains comme la panacée aux problèmes territoriaux chiliens⁷³⁵, il faut rappeler que si le conseil général français élitait depuis 1871⁷³⁶ son président, celui-ci n'avait que pour fonction la présidence du conseil, l'exécutif départemental restant aux mains du préfet, représentant de l'État dans le département. La « vraie » décentralisation ne s'est produite qu'avec l'octroi de compétences réelles et la coupure du lien hiérarchique directe entre le préfet et le conseil régional.

En définitive, le schéma du système présidentiel persiste avec ceci que l'exécutif est (encore) nommé par le pouvoir central. L'Intendant remplit trois missions principales. Les deux premières sont similaires à celles du représentant de l'Etat en France puisqu'il est le représentant direct du Président de la République dans la Région⁷³⁷ et comme organe administratif déconcentré, il dispose des services régionaux ministériels (Secretarios Regionales Ministeriales- SEREMI) et d'un cabinet régional.

En revanche, sa dernière attribution rend problématique l'indépendance du gouvernement régional à l'égard du gouvernement central, puisqu'il en reste l'exécutif⁷³⁸. En définitive, à l'image du Président au niveau national, l'Intendant contrôle tous les pouvoirs dans la région. Les dispositions de l'art. 110⁷³⁹ de la Constitution signifient que la fonction de gouvernement, c'est-à-dire la direction politique des affaires publiques, ne concerne que les régions et les provinces et non pas les communes qui ne peuvent et ne pourront donc que rester cantonnées dans le domaine administratif. On comprend dès lors pourquoi le gouvernement central rebute à confier le gouvernement de la région à une autorité élue qui jouirait de la légitimité du suffrage.

⁷³⁵ Certains surnomment l'élection populaire du Président du Conseil régional, la « mère de toutes les réformes de décentralisation » (*la madre de todas las reformas de descentralización*). Cf. *Chile descentralizado...desarrollado. Fundamentos y propuestas para construir una política de Estado (2014-2030) y un nuevo programa de gobierno (2014-2018) en descentralización y desarrollo territorial*, BAER, H. von (edit.gen.), junio 2013, p. 7, 51. Cette approche, sans être erronée, est insuffisante car le plus important réside plutôt dans les compétences du conseil régional et son degré d'autonomie pour les mettre en œuvre. Que l'exécutif soit élu directement par les électeurs ou par les conseillers est secondaire quant à son indépendance vis-à-vis du pouvoir central. Même s'il n'était que le simple exécutif des délibérations du conseil et non pas l'exécutif, son mandat lui suffirait pour pouvoir faire face au représentant de l'Etat.

⁷³⁶ Loi du 10 août 1871 sur l'organisation et les attributions des conseils généraux et des commissions départementales.

⁷³⁷ Art. 111 al. 1 CPR.

⁷³⁸ Art111 al. 2 et 3 CPR.

⁷³⁹ L'article 110 CPR dispose que « pour le gouvernement et l'administration intérieure de l'État, le territoire de la République se divise en régions et celles-ci en provinces. À effet de l'administration locale, les provinces se diviseront en communes. »

Section 2. La répartition des compétences entre organes de l'entité territoriale

Les incertitudes liées au fonctionnement des entités territoriales sont les mêmes que dans toute institution. Deux questions au moins se posent : qui décide et comment ? C'est-à-dire: comment s'exerce le pouvoir?

En premier lieu, les normes ou actes qu'adoptent ou accomplissent les entités territoriales doivent l'être par l'autorité compétente car sans détermination préalable d'un titulaire (§1), il y a insécurité juridique et risque d'arbitraire. Ensuite, il faut définir la place respective - pour reprendre la terminologie de MONTESQUIEU- des facultés d'initiative, de statuer, et d'empêcher des autorités respectives mais également les mécanismes de contrôle afférents, c'est-à-dire non plus seulement les règles d'exercice mais également l'exercice lui-même des compétences (§2).

D'une manière générale, le droit communal, en France, constitue un modèle de fonctionnement qui peut s'appliquer aux autres collectivités territoriales et dans une certaine mesure aux EPCI. En l'absence de textes, il peut même servir à combler les lacunes du droit départemental ou régional. Dans le système chilien, la situation semble plus complexe bien que ne disposant pas d'autant de catégorie d'entités territoriales car même une généralisation – par définition approximative – n'est pas possible du fait des différences déjà amplement soulignées entre municipalités et gouvernements régionaux.

§1. La détermination des titulaires de la compétence normative au sein de l'entité territoriale

Le pouvoir territorial au Chili, comme en France, est partagé entre l'assemblée délibérante et l'organe exécutif (A) et traduirait un rôle second de l'exécutif (B). Son caractère résiduel varie cependant selon le modèle de gouvernement dont il s'inspire et selon les conceptions liées à l'administration territoriale.

A. L'aménagement de la primauté des compétences des conseils élus

Les dispositions constitutionnelles et légales chiliennes comme françaises ne remettent pas en question la diversité des autorités réglementaires au sein d'une collectivité. Elles confirment la compétence législative pour délimiter ces attributions qui établit une

compétence de principe en faveur de l'organe collégial et délibératif (1), et un rôle second de l'exécutif (2), conformément à la reproduction du schéma étatique moderne⁷⁴⁰.

1. Les adaptations du principe d'un pouvoir normatif général aux mains de l'assemblée

La compétence pleine et générale de l'assemblée délibérante est d'abord due en France à sa représentativité conformément à la transposition des principes constitutionnels libéraux. Effectivement, la relation établie entre la libre administration des collectivités territoriales - « dont la fonction est de transposer au niveau administratif l'idéologie politique de la démocratie représentative »⁷⁴¹ - et les assemblées territoriales confirme que le texte fondamental entérine le schéma d'administration locale à dominante collégiale, l'exécutif n'étant pas même mentionné. Ainsi, « l'examen des fondements constitutionnels de la décentralisation confirme [que] les principes de 1884 sont scellés dans la Constitution de 1958 où l'investiture de l'article 72 alinéa 2 ne bénéficie qu'aux seuls « *conseils élus* ». »⁷⁴²

Par ailleurs, la formule de l'article 61 de la loi de 1884, aujourd'hui codifiée⁷⁴³, permet aux conseils territoriaux d'agir en l'absence de textes, la clause générale de compétence relayant au niveau législatif la notion constitutionnelle *et* législative de libre administration. Il s'agit même, pour B. FAURE, du fondement juridique de la compétence première et supérieure de l'assemblée délibérante qui « vaut aussi règle de délimitation du pouvoir dans la collectivité en attribuant à l'organe délibérant la compétence de droit commun pour administrer la collectivité »⁷⁴⁴. De telle sorte que, « de façon générale, toute autre autorité dans la collectivité est d'interprétation stricte »⁷⁴⁵, les jurisprudences administrative et constitutionnelle ayant estimé que les conseils élus disposent de « pouvoir généraux »⁷⁴⁶ et « d'attributions effectives »⁷⁴⁷.

⁷⁴⁰ Cf. supra.

⁷⁴¹ TROPER, M., « Libre administration et théorie générale du droit. Le concept de libre administration », in MOREAU (J.), DARCY (G.) (dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*, Paris, Economica – P.U.A.M., 1984, p. 62.

⁷⁴² FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 81

⁷⁴³ Art. L1111-1 CGCT : « Les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus. »

⁷⁴⁴ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 359, p. 270.

⁷⁴⁵ Idem, p. 271.

⁷⁴⁶ TC, 7 juillet 1975, *Cne Ponts-de-Cé c. Poisson*, Rec. 798

La Constitution chilienne ne s’embarrasse pas d’un «terme vague et vide (privé de référence)»⁷⁴⁸ comme celui de libre administration – quoique celui d’autonomie n’est pas en reste-, et ne proclame pas la supériorité de l’assemblée sur l’exécutif. Au contraire, le système est organisé de telle sorte qu’il contourne le principe du pouvoir normatif général de l’assemblée au profit de celui-là.

Ainsi, en principe, la compétence normative au niveau régional n’appartient qu’au conseil régional pour l’exercice de ses compétences administratives⁷⁴⁹. De même, les ordonnances municipales requièrent l’accord du conseil municipal, «c’est-à-dire d’un organe collégial, élu directement par les citoyens. La loi établit que le quorum d’approbation est la majorité absolue des conseillers assistants à la session. Il s’agit donc d’une résolution dotée d’une haute légitimité», selon les termes du Tribunal constitutionnel.⁷⁵⁰

Cependant, si le conseil municipal exerce des fonctions normatives (art. 119 CPR al. 2), la loi organique est chargée de déterminer les matières sur lesquelles le maire est obligé de consulter le conseil municipal et celles sur lesquelles il est obligé d’obtenir son accord, postulant *a contrario* l’existence de matières réservées à la compétence du maire. La loi organique ne peut en aucun cas éliminer l’accord du conseil pour ce qui concerne l’approbation du plan communal de développement, du budget et des projets d’investissements afférents (art. 119 CPR al. 3)⁷⁵¹. Mais l’on voit que la situation déjà se complique. Excepté les précautions mentionnées qui ne font référence qu’à l’accord donné, le système chilien consacre bien en fait le pouvoir d’initiative des actes normatifs au profit de l’exécutif. (cf. infra).

⁷⁴⁷ CC. Décision n° 85-196 DC, du 8 août 1985; CC. Décision n° 91-290 DC, du 9 mai 1991, Rec. Cons. const. 1991, p. 50, *GDCC* n° 44, op. cit.

⁷⁴⁸ TROPER, M., « Libre administration et théorie générale du droit. Le concept de libre administration », op. cit. p. 62

⁷⁴⁹ Art. 113 CPR: El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende.

⁷⁵⁰ STC 1669-10, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 58.

⁷⁵¹ Art. 119 CPR al. 3: “La ley orgánica de municipalidades determinará las normas sobre organización y funcionamiento del concejo y las materias en que la consulta del alcalde al concejo será obligatoria y aquellas en que necesariamente se requerirá el acuerdo de éste. En todo caso, será necesario dicho acuerdo para la aprobación del plan comunal de desarrollo, del presupuesto municipal y de los proyectos de inversión respectivos.”

Ceci permet d'affirmer que la Constitution chilienne prévoit expressément une répartition des compétences normatives entre l'assemblée et l'exécutif, que le législateur organique doit mettre en œuvre. Si la Constitution française ne prend pas cette précaution, le résultat est similaire puisque le législateur attribue directement des compétences à l'exécutif. Par ailleurs, l'exercice même des compétences⁷⁵² se traduit par une dérive au profit de l'exécutif qui n'est plus, dès lors, simple exécutant ou exécuteur.⁷⁵³

2. L'existence d'un pouvoir normatif direct de l'exécutif par détermination de la loi

Le maire français est titulaire de pouvoirs propres en matière de police administrative⁷⁵⁴, qu'elle soit générale⁷⁵⁵ ou spéciale⁷⁵⁶. Bien qu'il tire sa compétence de textes précis, la police est pour le maire non seulement une compétence naturelle mais encore sa principale fonction. F. MOREAU estimait, au début du XX^e siècle, que si le conseil municipal est l'autorité principale, « *toutefois, ses pouvoirs sont diminués de tous ceux que la loi attribue au maire, notamment, la police communale..., et cette exception dépasse en importance pratique la règle elle-même, les matières de police étant celles sur lesquelles la commune a les droits les plus considérables* ». ⁷⁵⁷ Cette compétence majeure du maire, qui constitue pour lui une obligation légale⁷⁵⁸, est protégée par le juge contre les empiètements⁷⁵⁹ ou pressions⁷⁶⁰ du conseil municipal. Il bénéficie donc d'une autonomie

⁷⁵² Cf. § 2.

⁷⁵³ Cf. la distinction entre la fonction d'exécuteur et la fonction exécutive in VEDEL, G., *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, Economica/PUAM, 1986

⁷⁵⁴ Le droit administratif français distingue entre la police administrative et la police judiciaire. La distinction est importante car dans le premier cas les mesures de police relèvent du juge administratif et dans le second du juge judiciaire. Tous les traités de droit administratif français exposent la distinction. Nous y renvoyons donc le lecteur chilien.

⁷⁵⁵ Art. L. 2212-2 CGCT : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment :... »

⁷⁵⁶ Police de la circulation et du stationnement (art. L2213-1 à L2213-6-1) ; police des funérailles et des lieux de sépulture (art. L2213-7 à L2213-15) ; police dans les campagnes (art. L2213-17 à L2213-21) ; autres polices (art. L2213-23 à L2213-32)

⁷⁵⁷ Cité par FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 107.

⁷⁵⁸ Art. L2212-1 CGCT : « Le maire est chargé, sous le contrôle administratif du représentant de l'Etat dans le département, de la police municipale, de la police rurale et de l'exécution des actes de l'Etat qui y sont relatifs.

⁷⁵⁹ A ainsi été déclarée nulle la délibération d'un conseil qui adopte des mesures de police. CE, 16 juillet 1915, *Abbé Couvenhes*, Rec., p. 239.

⁷⁶⁰ De même, est déclarée nulle la délibération qui invite de manière insistante le maire à prendre une mesure de police déterminée CE, 9 juin 1924, *Abbé de Boissieu*.

d'action seulement limitée par les interventions éventuelles des autorités de police nationales.⁷⁶¹

Si le système chilien ne prévoit pas des pouvoirs généraux de police au profit du maire⁷⁶², l'article 63 de la loi municipale chilienne décline également les compétences dont jouit le maire sans délégation du conseil municipal mais par détermination de la loi. Parmi celles-ci, figure celle d'édicter des résolutions obligatoires à caractère général ou particulier⁷⁶³. Cependant, celles-ci sont des mesures de concrétion et concrétisation d'accords donnés par le conseil municipal (cf. infra). Ainsi, contrairement au régime en vigueur sous la Constitution de 1925, le maire chilien ne semble pas jouir de compétences normatives exclusives.⁷⁶⁴

En revanche, à l'image du Président de la République au niveau national, l'article 24 o) de la loi organique régionale dispose qu'il correspondra à l'intendant d'édicter les résolutions qu'il estime nécessaire à l'exercice de ses attributions en tant qu'organe exécutif du gouvernement régional.⁷⁶⁵ Et l'article 24 h) de la même loi se réfère aux actes et contrats de sa compétence qu'il peut exécuter ou passer.

⁷⁶¹ Il faut cependant noter que l'article L5211-9-2 CGCT prévoit que « les maires des communes membres (d'un EPCI) transfèrent au président de cet établissement leurs prérogatives en matière de police » dans un certain nombre de matières. La loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales a simplifié la procédure de transfert de polices spéciales; transformé l'exercice conjoint des pouvoirs de police entre le maire et le président de l'EPCI en un véritable transfert au président d'EPCI ; mais a en même temps prévu que un ou plusieurs maires peuvent s'opposer à ce transfert, tout comme le président de l'EPCI peut refuser que les pouvoirs de police spéciale de l'ensemble des maires des communes membres lui soient transférés.

⁷⁶² Selon E. CORDERO Q., d'une manière générale, "en la actualiza la defensa de tales cláusulas [cláusula o poder general de policía] es jurídicamente insostenible, en cuanto a que toda posibilidad de limitación de la esfera privada por parte de la Administración debe ser expresamente realizada por la Ley, aun en el caso de las facultades de policía." CORDERO Q, E., *La potestad reglamentaria en el Derecho Público Chileno*, Valparaíso, -Universidad Católica de Valparaíso, 1995, p. 25.

⁷⁶³ Art. 63 LOCMU: "El alcalde tendrá las siguientes atribuciones: g) Otorgar, renovar y poner término a permisos municipales; i) Dictar resoluciones obligatorias de carácter general [c'est-à-dire "Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad"] o particular [Los decretos alcaldicos serán resoluciones que versen sobre casos particulares]".

⁷⁶⁴ Cf. pour la Constitution de 1925, BERNASCHINA G., M., *Derecho Municipal Chileno*, Col. Estudios Jurídicos y Sociales, n° XXVI, Editorial Jurídica de Chile, 1952, n° 102, p. 207: "Cuando actúa el Alcalde interviene un órgano complejo en ciertos casos -al ejecutar los acuerdos municipales- o simple, si el Alcalde asume facultades privativas que derivan de la ley y no de un acuerdo de la Corporación"

⁷⁶⁵ LOCGAR, art. 24: "Corresponderá al intendente, en su calidad de órgano ejecutivo del gobierno regional: o) Dictar las resoluciones e instrucciones que estime necesarias para el ejercicio de sus atribuciones".

B. Le pouvoir normatif secondaire des exécutifs territoriaux

Le maire français a une double casquette: d'une part, il est agent de l'État et, d'autre part, il est l'agent exécutif de la commune et le chef de son administration. Comme agent de l'État, il intervient "sous l'autorité du représentant de l'État" (L. 2122-27 CGCT), et remplit des fonctions d'ordre administratif comme l'exécution des mesures de sécurité générale, la publication des lois et des règlements, l'organisation des élections et des recensements, la légalisation des signatures, etc. Il est également officier d'état civil et officier de police judiciaire.

Le maire chilien, même s'il est fonctionnaire municipal, n'est pas dans la même situation que son homologue français, et seules certaines dispositions du statut administratif des fonctionnaires municipaux lui sont applicables⁷⁶⁶. L'application du principe hiérarchique serait en effet contraire à l'autonomie institutionnelle proclamée des municipalités.

En ce qui concerne leurs compétences normatives en tant qu'autorité décentralisée, l'exécutif territorial intervient soit comme exécuteur des décisions du conseil (1) soit comme exécutif.⁷⁶⁷ Cependant, le système des délégations de l'assemblée délibérante (2) amplifie son champ d'action en lui donnant une certaine marge de manœuvre.

1. Un devoir ou un pouvoir d'exécution des décisions de l'assemblée délibérante?

Au moment où le légicentrisme faiblit, le positivisme normatif de la première moitié du XX^{ème} siècle pris le relais pour expliquer le rôle "délibératif" et premier de l'assemblée du même nom à laquelle est assujéti le rôle d'exécuteur de ses décisions. Comme le rappelle B. FAURE, "l'existence d'une rupture dans la finalité entre une norme de base (*délibération*) et une norme de développement (*exécution*) a été mise en lumière par Ch. EISENMANN dans la distinction entre «*normes créatrices de réglementation*» et «*normes d'application*», distinction largement inspirée des conceptions de l'école de Vienne. Les

⁷⁶⁶ LOCMU, art. 40 al. 2: « son funcionarios municipales el alcalde, las demás personas que integren la planta de personal de las municipalidades y los personales a contrata que se consideren en la dotación de las mismas, fijadas anualmente en el presupuesto municipal. No obstante, al alcalde sólo le serán aplicables las normas relativas a los deberes y derechos y la responsabilidad administrativa.»

⁷⁶⁷ Cf. infra : § 2, A .*La dérive «présidentielle» des entités territoriales françaises et chiliennes*. Si, comme on vient de le voir, le maire chilien n'est pas titulaire de pouvoirs de police, en revanche il dispose bien en tant que chef de l'administration communale de pouvoirs de chef de service sur l'administration locale.

premières définissent une «conduite» générale et abstraite, un contenu objectif en référence duquel les secondes interviennent.»⁷⁶⁸

Comme agent exécutif de la commune, le maire français est chargé de l'exécution des décisions du conseil municipal et il agit sous son contrôle et celui du préfet.⁷⁶⁹ Cette règle, qui s'applique aux autres collectivités territoriales, est pour l'exécutif «une obligation positive qui découle du principe de légalité», lequel «exige l'application des délibérations régulièrement adoptées»⁷⁷⁰, et ne tolère aucune discrétionnalité.

Le système chilien est également influencé par les travaux kelsenien, en ce sens que les actes du maire chilien doivent mettre en œuvre les politiques, normes et délibérations adoptées par le Conseil qui est chargé de les contrôler⁷⁷¹. Parmi les attributions propres du maire, par détermination de la loi organique, figure celle d'édicter les actes normatifs à caractère général comme particulier⁷⁷², remplissant en ceci son rôle d'exécuteur des décisions du conseil. Le maire requiert obligatoirement l'accord du conseil municipal pour l'édiction, la modification ou la dérogation d'un acte à caractère réglementaire.⁷⁷³ Mais, les matières pour lesquelles est requis l'accord du conseil municipal sont de l'initiative du maire⁷⁷⁴ et il s'agit des actes les plus importants puisqu'une partie est visée directement par la Constitution⁷⁷⁵ et reprise par la loi organique qui, par ailleurs, en ajoute d'autres.⁷⁷⁶

Cette exigence de l'expression, partagée entre organes municipaux, de la volonté de la municipalité sert de protection contre l'arbitraire individuel et se voit protégée à

⁷⁶⁸ FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 88.

⁷⁶⁹ Art. L. 2122-21 CGCT.

⁷⁷⁰ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 365, p. 274.

⁷⁷¹ LOCMU, artículo 80 al. 1: "La fiscalización que le corresponde ejercer al concejo comprenderá también la facultad de evaluar la gestión del alcalde, especialmente para verificar que los actos municipales se hayan ajustado a las políticas, normas y acuerdos adoptados por el concejo, en el ejercicio de sus facultades propias."

⁷⁷² LOCMU, art. 63.- El alcalde tendrá las siguientes atribuciones: i) Dictar resoluciones obligatorias de carácter general o particular".

⁷⁷³ LOCMU, art. 65: "El alcalde requerirá el acuerdo del concejo para: k) Dictar ordenanzas municipales y el reglamento a que se refiere el artículo 31."

⁷⁷⁴ Art. 65 al. 2 LOCMU: "Las materias que requieren el acuerdo del concejo serán de iniciativa del alcalde."

⁷⁷⁵ L'approbation du plan communal de développement, du budget et des projets d'investissements afférents (art. 119 CPR al. 3).

⁷⁷⁶ LOCMU, artículo 56 al. 2: "En la condición antedicha, el alcalde deberá presentar, oportunamente y en forma fundada, a la aprobación del concejo, el plan comunal de desarrollo, el presupuesto municipal, el plan regulador, las políticas de la unidad de servicios de salud y educación y demás incorporados a su gestión, y las políticas y normas generales sobre licitaciones, adquisiciones, concesiones y permisos."

l'extérieur par le fait qu'aucune autre autorité administrative ne peut abroger un règlement municipal, pas même le Président de la République car la Municipalité est un organe constitutionnel autonome.⁷⁷⁷ De plus, ils ne font pas l'objet du contrôle préalable de légalité qu'est la "toma de razón", comme c'est le cas des règlements régionaux.

S'agissant de l'Intendant, on a vu que la loi lui confère un pouvoir d'exécution discrétionnaire pour mettre en œuvre ses attributions et qu'il «peut exécuter les actes et conclure les contrats (de sa compétence ou ceux) dont le charge le conseil».⁷⁷⁸

Deux réflexions s'imposent: d'abord, l'utilisation du verbe *pouvoir* amène à s'interroger sur le fait de savoir s'il s'agit de la part du conseil d'une délégation. Il ne nous semble pas car lorsqu'il en est ainsi, pour les délégations de pouvoir par exemple, la loi organique utilise le terme expressément (cf. point suivant).

Ensuite, rien n'est dit quant à un éventuel *devoir d'exécuter les délibérations du conseil régional*, exception faite de la promulgation des plans régionaux de développement urbains, des plans régulateurs métropolitains, intercommunaux, communaux et «sectionaux»⁷⁷⁹, établissant ainsi sa tutelle sur des municipalités soi-disant autonomes.

La référence à cette estimation du nécessaire est la même que celle de l'article 38 de la Constitution et consacre bien le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif régional qui pose de lourds problèmes. L'intendant peut-il bloquer un acte voté par le conseil ou celui-ci entre-t-il de lui-même en vigueur? L'analyse des dispositions normatives, des discussions parlementaires et de la doctrine donne à penser que, en dehors des cas où la promulgation est expressément mentionnée, l'accord du conseil régional suffit à donner vie juridique au projet d'acte et déclencher le contrôle de légalité préalable de la *Contraloría General de la República*.⁷⁸⁰

⁷⁷⁷ AYLWIN A., P. y AZÓCAR B., E., *Derecho Administrativo*, Universidad Andrés Bello, 1996, p. 85.

⁷⁷⁸ LOCGAR, art. 24 h): "Representar judicial y extrajudicialmente al gobierno regional, pudiendo ejecutar los actos y celebrar los contratos de su competencia o los que le encomiende el consejo"

⁷⁷⁹ LOCGAR, art. 24 p): "Promulgar, previo acuerdo del consejo regional, los planes regionales de desarrollo urbano, los planes reguladores metropolitanos, intercomunales, comunales y seccionales conforme a las normas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones."

⁷⁸⁰ De plus, le principe de juridicité des articles 6 et 7 de la Constitution militerait en ce sens, étant donné qu'il n'existe pas de compétences qui n'aient été attribuées préalablement. L'intendant ne disposant pas, selon la loi organique, du pouvoir de promulguer les règlements régionaux, ceux-ci entrent en vigueur dès leur approbation par la CGR. Cf. CORDERO Q., E., "La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 6, 1999, p. 123.

2. Par délégation de l'assemblée délibérante

Aux pouvoirs propres que l'exécutif territorial français peut tenir de textes explicites, s'ajoutent ceux que le conseil peut lui déléguer expressément, mais là encore par autorisation de la loi pour des matières qu'elle a prévues.⁷⁸¹ Il reste le premier bénéficiaire de tout transfert de compétence ou activité, l'exécutif étant ici autorisé à agir seulement s'il détient une autorisation formelle résultant d'une délibération du conseil. Cette délégation est révocable et le maire doit rendre compte au conseil des actes qu'il prend sur ce fondement.

Mais, «parce qu'elle bouleverse l'ordre des compétences et écarte la primauté de l'assemblée délibérante, la délégation doit être conçue de façon limitée»⁷⁸², le juge administratif veillant au respect des matières qui peuvent être déléguées ainsi qu'à la spécialité des délégations.

Les textes limitent et encadrent donc fortement le pouvoir normatif des maires. En définitive, «dans l'exercice de sa fonction d'exécution, le maire est appelé à prendre des actes normateurs s'intégrant à l'ordre juridique, mais à quel niveau de l'échelle? La Constitution, la loi, le règlement d'exécution national et la délibération de l'assemblée locale le précéderont si bien que la règle reçue par lui risque fort d'être suffisamment précise pour l'empêcher de l'appliquer par une nouvelle disposition de principe».⁷⁸³

Le système chilien ne prévoit pas de délégation de compétence au bénéfice de l'exécutif de la part de l'assemblée territoriale, ceci en vertu du principe de la détermination stricte des compétences par la Constitution et la loi.

Par contre, le maire peut déléguer partie de ses attributions à un fonctionnaire, voire à un citoyen de la commune, à la condition que la délégation soit partielle et sur des matières spécifiques qui doivent être précisées dans l'acte de délégation ainsi que leur limite temporelle et le domaine de validité territoriale des actes du délégataire.⁷⁸⁴ Il s'agit

⁷⁸¹ Art. L2122-22 CGCT.

⁷⁸² FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 370, p. 277.

⁷⁸³ FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 81.

⁷⁸⁴ LOCMU art. 63.j) et art. 68 : "El alcalde podrá designar delegados en localidades distantes de la sede municipal o en cualquier parte de la comuna, cuando las circunstancias así lo justifiquen. Tal designación podrá recaer en un funcionario de la municipalidad o en ciudadanos que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 73 y no estén en la situación prevista por el inciso tercero del artículo 59...La delegación deberá ser parcial y recaer sobre materias específicas. En la resolución respectiva el alcalde determinará las facultades que confiere, el plazo y el ámbito territorial de competencia del delegado.- La designación de los delegados deberá ser comunicada por el alcalde al gobernador respectivo."

ici de délégation de pouvoir au sein de l'exécutif que l'on retrouve en droit français et qui n'appelle pas ici de plus amples développements.

Il faut cependant aller au-delà des textes et considérer la pratique des différents acteurs, car c'est une donnée de l'expérience que les entités décentralisées n'échappent pas plus que l'État central à la domination des exécutifs.

§ 2. L'exercice des compétences

C'est un fait que dans tous les régimes de gouvernement, le pouvoir exécutif tend à prendre la première place. Les raisons en ont été depuis longtemps soulignées et les structures infra-étatiques n'y échappent pas, à tel point que l'affirmation selon laquelle, en France, "le pouvoir politique à l'échelon local ressemble à un système présidentiel fort"⁷⁸⁵ peut s'appliquer aux régions et municipalités chiliennes (A). Au-delà des mécanismes de représentation propres à chaque système, tout semble confirmer que « décentraliser c'est avant tout renforcer la capacité d'agir d'exécutifs politiques locaux qui constituent autant de segments de la puissance publique mais ne relèvent pas en propre de la sphère étatique »⁷⁸⁶. Valable pour les collectivités territoriales françaises et les municipalités chiliennes, l'affirmation l'est d'autant plus pour les régions chiliennes étant donné le lien politique et hiérarchique existant entre l'Intendant régional et le pouvoir central (art. 111 al. 1 CPR).

Pour éviter les dérives autoritaires, féodales et donc la corruption tout en satisfaisant les demandes de démocratie locale et de participation, les mesures tenant à la transparence de la vie politique locale en général, et au contrôle de l'exécutif en particulier, ont été instaurées ou renforcées au cours des deux dernières décennies (B).

A. La dérive «présidentielle» des entités territoriales françaises et chiliennes

D'une manière générale, le rôle prépondérant de l'exécutif tient tant aux fonctions administratives qui lui sont confiées, qu'aux textes qui organisent les procédures d'adoption des actes normatifs. L'exécutif est partout: de l'initiative à l'élaboration puis de l'adoption

⁷⁸⁵ THOENIG, J.-C., "Pouvoir et contre-pouvoir locaux: rendre la démocratie aux citoyens", *La décentralisation en France*, Paris, Institut de la décentralisation, La Découverte, 1996, pp. 131-142.

⁷⁸⁶ PALARD, J., "Décentralisation et démocratie locale", *Problèmes politiques et sociaux*, La documentation française, n° 708, 30 juillet 1993.

à l'édition des actes normatifs d'une part (1), et de leur exécution au contrôle des fonctionnaires territoriaux (2), d'autre part.

1. Le rôle prépondérant de l'exécutif dans l'élaboration et l'adoption des actes normatifs

Dans sa présentation des organes des collectivités territoriales, le système français (CGCT) aborde les conseils avant les exécutifs alors que les lois organiques municipales et régionales chiliennes donnent la primauté à l'exécutif⁷⁸⁷. Ce dernier point semble logique, puisque dans le cas de la région c'est bien la fonction de gouvernement qui domine⁷⁸⁸ et les municipalités, dont la plus haute autorité est le maire⁷⁸⁹, fonctionnent sur le modèle présidentiel national⁷⁹⁰

Au-delà du principe d'un pouvoir général au profit de l'assemblée, les exécutifs territoriaux disposent de moyens techniques juridiques permanents qui le placent en fait dans un rôle prévalent. Cette primauté «naturelle» dans l'initiative des processus normatifs peut parfois être consacrée par les textes. Ainsi, les municipalités chiliennes sont constituées par l'organe délibérant et l'exécutif, de telle sorte que lorsqu'elles exercent leurs attributions essentielles (dont certaines normatives), celles-ci sont en fait partagées⁷⁹¹ entre le maire et le conseil⁷⁹² et il s'établit une dialectique entre les deux pouvoirs qui

⁷⁸⁷ Ainsi, la LOCMU : Título II DEL ALCALDE, Título III DEL CONCEJO; et la LOCGAR: Título I DEL GOBIERNO DE LA REGIÓN: Capítulo I Del Intendente, Capítulo II Del Gobernador Título II: DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA REGIÓN.

⁷⁸⁸ L'article 2 LOCGAR se réfère aux fonctions de l'intendant en tant que représentant du Président de la République dans la région, lesquelles dépassent celles des préfets français.

⁷⁸⁹ Art. 2 LOCMU: "Las municipalidades estarán constituidas por el alcalde, que será su máxima autoridad, y por el concejo."

⁷⁹⁰ Ce qui a été renforcé par l'élection directe du maire par les électeurs. Cf. supra.

⁷⁹¹ Par exemple, rappelé dans STC 1669-10, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 49. "las ordenanzas están sujetas a un procedimiento de dictación. Dicho procedimiento tiene dos etapas. De un lado, corresponde a una facultad compartida del alcalde con el Concejo dictar ordenanzas municipales. En tal sentido, toca al alcalde la iniciativa en la materia. Pero toca al Concejo Municipal su aprobación (artículo 65, letra k), artículo 79, letra b), LOCM).No obstante, la Ordenanza Municipal de Participación puede establecer mecanismos adicionales de participación en su adopción (artículos 93 y 97 de la LOCM).

⁷⁹² LOCMU art. 5: "Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: a) Ejecutar el plan comunal de desarrollo y los programas necesarios para su cumplimiento; b) Elaborar, aprobar, modificar y ejecutar el presupuesto municipal; d) Dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular". L'art. 12 LOCMU réitère ce partage: "Las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones."

tourne en faveur du premier. La loi organique municipale chilienne traite d'ailleurs, en premier lieu des attributions du maire, puis de celles du conseil municipal.

La collaboration obligatoire entre les organes tourne souvent à l'avantage de l'exécutif parce qu'il préside l'assemblée délibérante et peut maîtriser l'ordre du jour. Enfin, c'est par sa signature que l'organe exécutif fait passer la délibération au statut d'acte normatif⁷⁹³. Cette responsabilité⁷⁹⁴ entraîne pour lui, et cela semble naturel, certes des devoirs mais également des droits ou, en terme de droit public, des prérogatives.

On peut rechercher l'origine de ce « détournement de pouvoir démocratique » dans « l'invention géniale »⁷⁹⁵, de la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) - et de BONAPARTE - de conférer le monopole de l'initiative législative à l'exécutif et qui a bouleversé la théorie constitutionnelle sur deux points.

Le premier a été de réinventer le pouvoir exécutif en le sortant de son rôle de simple exécutant ou il était cantonné pour en faire le pouvoir le plus important, et même plus important que le pouvoir-roi de l'époque, le pouvoir législatif.

Ensuite, elle a obligé à reconcevoir la théorie de la séparation des pouvoirs dans la mesure où elle débouche sur un système qui, en apparence, est une application de celle-ci (il y a un pouvoir législatif et un pouvoir exécutif bien séparés), mais qui, en réalité, en est une véritable dénaturalisation, parce que le pouvoir n'arrête plus le pouvoir et que l'un devient le serviteur de l'autre.

Il s'agit incontestablement d'un « chef d'œuvre » selon les mots de Benjamin CONSTANT⁷⁹⁶. Ceci, car il parvient à priver d'initiative les représentants du peuple sans avoir à l'écrire. Le mécanisme a ceci d'admirable qu'il consacre la démocratie en la vidant de son contenu. En apparence, le gouvernement du peuple est le fondement du régime ; les représentants du peuple sont là ; ils peuvent délibérer, débattre, critiquer, converser,

⁷⁹³ Sauf que, comme rappelé ci-dessus, il semble que pour les règlements régionaux, c'est l'absence d'observation de la CGR dans son contrôle de légalité préalable qui permet leur entrée en vigueur, l'Intendant ne pouvant s'y opposer. Mais comme c'est lui qui en a l'initiative... cf. *Infra*.

⁷⁹⁴ Art. L2131-1 al. 3 CGCT : « le maire certifie, sous sa responsabilité, le caractère exécutoire » des actes réglementaires et individuels ».

⁷⁹⁵ ZOLLER, E., « Une Constitution pour les Etats européens, pas pour le peuple », *Commentaire*, N 108, Hiver 2004-2005, pp. 965-969.

⁷⁹⁶ ZOLLER, op. cit.

discuter et même décider ; mais l'essentiel leur échappe car ils ne gouvernent pas. Ils ne conduisent pas, ils sont conduits.

Le mécanisme imaginé par BONAPARTE est si ingénieux qu'il a été récupéré presque partout, ne serait-ce que par la maîtrise de l'ordre du jour des débats des assemblées au profit de l'exécutif. Il est même renforcé quand l'initiative normative lui est expressément réservée.

Ainsi, l'article 65 de la LOCMU prévoit expressément que les matières pour lesquelles est requis l'accord du conseil municipal sont de l'initiative du maire⁷⁹⁷. En ce sens, la loi du 1^{er} avril 2014 modificatrice de la loi organique ne change rien puisque, si elle prévoit que les conseillers municipaux peuvent désormais soumettre à la considération du conseil les matières dont normalement le maire a l'initiative, ils ne peuvent le faire qu'à condition que leur proposition n'ait pas d'incidence financière sur la situation de la municipalité.⁷⁹⁸

S'agissant du gouvernement régional, le conseil régional est seulement chargé d'approuver, de décider sur proposition de l'intendant, de donner son accord, son opinion, de résoudre sur la base d'une proposition de l'intendant, etc.⁷⁹⁹. Quant à ce dernier, il lui correspondra (futur indicatif) « formuler les politiques de développement de la région, ...soumettre au conseil régional les projets de plans et stratégies régionales de développement et leur modifications,... soumettre au conseil régional le projet de budget du gouvernement régional, ...proposer au conseil régional la distribution des ressources du fond national de développement régional, ...proposer au conseil régional les projets de règlements régionaux propres aux compétences du gouvernement régional. »⁸⁰⁰

⁷⁹⁷ Art. 65 al. 2 LOCMU: "Las materias que requieren el acuerdo del concejo serán de iniciativa del alcalde."

⁷⁹⁸ Ley 20742 Art. 1 N° 10 (D.O. 01.04.2014): "No obstante lo expresado precedentemente, los concejales podrán someter a consideración del concejo las materias señaladas anteriormente, siempre que éstas no incidan en la administración financiera del municipio.

⁷⁹⁹ V. l'art. 36 LOCGAR.

⁸⁰⁰ LOCGAR, art. 24.- Corresponderá al intendente, en su calidad de órgano ejecutivo del gobierno regional:

- a) Formular políticas de desarrollo de la región, considerando las políticas y planes comunales respectivos, en armonía con las políticas y planes nacionales;
- b) Someter al consejo regional los proyectos de planes y las estrategias regionales de desarrollo y sus modificaciones, así como proveer a su ejecución;
- c) Presidir el consejo regional, con derecho a voz. En caso de empate, tendrá derecho a voto dirimente.

Mais, comme le signalait également E. ZOLLER⁸⁰¹, le plus choquant n'est pas tant dans le monopole de l'initiative normative que dans l'indépendance de l'exécutif ou, dit autrement, dans l'absence de responsabilité politique.

A ce titre, la situation de l'Intendant régional au Chili est l'exemple le plus parfait de l'absence de démocratie régionale. Car il n'y a pas (ou plus) de démocratie quand le peuple est gouverné par des autorités indépendantes, quand il est dirigé « par ceux qui parlent pour une majorité, par ceux qui, sans le représenter, savent quel est son bien le plus grand.⁸⁰² ». De même, la situation des exécutifs territoriaux français – sauf le maire quand il agit au nom de l'État – est problématique, les possibilités de motions de censure étant très limitées jusqu'à présent.

2. Les fonctions d'administration et de contrôle des fonctionnaires

Aux prérogatives normatives, s'ajoutent les pouvoirs sur l'administration et, « à l'image du régime présidentiel, l'unicité de l'exécutif, « seul chargé de l'administration », est un trait propre du régime d'organisation locale. »⁸⁰³

Le maire chilien gouverne la commune et il est en charge de la direction et de l'administration supérieure de la commune ainsi que du contrôle de son fonctionnement.⁸⁰⁴ A ce titre, le maire est chargé d'exécuter les actes et passer les contrats nécessaires à

d) Someter al consejo regional el proyecto de presupuesto del gobierno regional y sus modificaciones, ajustados a las orientaciones y límites que establezcan la política nacional de desarrollo, la Ley de Presupuestos de la Nación y demás normas legales sobre la administración financiera del Estado;

e) Proponer al consejo regional la distribución de los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional que correspondan a la región, así como de las inversiones sectoriales de asignación regional, y de los recursos propios que el gobierno regional obtenga en aplicación de lo dispuesto por el artículo 19, N° 20°, de la Constitución Política de la República. Esta propuesta del intendente al consejo regional deberá basarse en variables e indicadores objetivos de distribución intrarregional;

f) Proponer al consejo regional la celebración de los convenios de programación a que se refiere el artículo 81;

g) Proponer al consejo regional los proyectos de reglamentos regionales que regulen materias propias de la competencia del gobierno regional, en conformidad a las leyes y a los reglamentos supremos correspondientes”.

⁸⁰¹ Certes à propos de la commission européenne mais ceci est applicable ici.

⁸⁰² TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, 2^{ème} Partie.

⁸⁰³ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit n° 324, p. 248.

⁸⁰⁴ LOCMU, art. 56 al. 1: “El alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad y en tal calidad le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento.”

l'accomplissement des fonctions de la municipalité.⁸⁰⁵ Il en est de même pour le maire français.⁸⁰⁶

Le maire français, comme chilien, dispose aussi d'un pouvoir de contrôle des établissements communaux et de mesures d'instructions - en tant que supérieur hiérarchique- envers les fonctionnaires municipaux qui jouissent chacun d'une protection statutaire.⁸⁰⁷ Il dispose à ce titre d'un pouvoir général d'organisation des services⁸⁰⁸.

Quant à l'intendant régional, on ne s'étonnera pas de l'étendue de ses prérogatives qui en font le chef tout puissant de la région, la réplique du préfet napoléonien. Non seulement, il est le chef des services administratifs du gouvernement régional mais il coordonne, surveille et contrôle également les services publics déconcentrés dans la région.⁸⁰⁹

En définitive, les dérogations apportées par le législateur lui-même (existence d'un pouvoir normatif direct de l'exécutif par détermination de la loi ou par délégation de l'assemblée délibérante) ou les atténuations par le pouvoir d'exécution des décisions de l'assemblée délibérante inhérent à la fonction administrative, font de la primauté normative des conseils élus un principe tout relatif. Ceci a poussé le législateur à essayer de rétablir l'équilibre que la pratique a(vait) perturbé.

⁸⁰⁵ LOCMU, art. 63: "El alcalde tendrá las siguientes atribuciones: II) Ejecutar los actos y celebrar los contratos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones de la municipalidad y de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley N° 18.575"

⁸⁰⁶ Art. L2122-18 CGCT.

⁸⁰⁷ LOCMU, art. 63.- El alcalde tendrá las siguientes atribuciones: c) Nombrar y remover a los funcionarios de su dependencia de acuerdo con las normas estatutarias que los rijan; d) Velar por la observancia del principio de la probidad administrativa dentro del municipio y aplicar medidas disciplinarias al personal de su dependencia, en conformidad con las normas estatutarias que lo rijan"

⁸⁰⁸ CE, 7 février 1936, *Jamart*, Rec. Rec. p. 172.

⁸⁰⁹ LOCGAR, art. 24 i): "Nombrar y remover a los funcionarios que la ley determine como de su confianza;j) Velar por el cumplimiento de las normas sobre probidad administrativa contenidas en la Ley N° 18.575, en lo que corresponda; k) Ejercer la administración de los bienes y recursos propios del gobierno regional, con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables y a las normas que el consejo regional pueda adoptar sobre la materia; l) Administrar, en los casos que determine la ley, los bienes nacionales de uso público; m) Coordinar, supervigilar o fiscalizar, según corresponda, a los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región, directamente o a través de las respectivas secretarías regionales ministeriales, para la debida ejecución de las políticas, planes y proyectos de desarrollo regional, así como de los que sean propios de la competencia del gobierno regional; n) Resolver los recursos administrativos que se entablen en contra de las resoluciones de los secretarios regionales ministeriales y de los jefes de los servicios públicos que operen en la región, en materias propias del gobierno regional, según lo establezcan las leyes respectivas".

B. La transparence de la vie politique et l'instauration de mesures « parlementaires » au niveau territorial

Celles-ci sont dirigées contre les excès de l'exécutif (1) mais également contre les éventuelles dérives majoritaires (2).

1. Mesures de transparence de la vie politique territoriale et de contrôle de l'exécutif

a) Droit à l'information

Le droit à l'information des élus et des citoyens en France est un principe «à connotation» constitutionnelle et de valeur légale dans la mesure où «le droit des habitants de la commune à être informés des affaires de celle-ci et à être consultés sur les décisions qui les concernent, indissociable de la libre administration des collectivités territoriales, est un principe essentiel de la démocratie locale»⁸¹⁰. De même, les lois organiques chiliennes prévoient des dispositions tendant à la transparence des débats menant à l'adoption des délibérations locales au terme d'une procédure démocratique.⁸¹¹

Le droit à l'information peut prendre la forme d'une obligation pour l'exécutif d'informer les membres des assemblées lors de leur réunion⁸¹². En ce qui concerne les obligations du maire, les deux systèmes prévoient de rendre compte annuellement de leur gestion⁸¹³. Mais, seul le système chilien prévoit en outre une obligation de diffusion vers l'ensemble de la communauté⁸¹⁴, et seul le système français semble obliger les exécutifs à

⁸¹⁰ Art. L2141-1 CGCT qui poursuit : «Il s'exerce sans préjudice des dispositions en vigueur relatives notamment à la publicité des actes des autorités territoriales ainsi qu'à la liberté d'accès aux documents administratifs.

⁸¹¹ Art. 87 LOCMU par ex: "Todo concejal tiene derecho a ser informado plenamente por el alcalde o quien haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha y funcionamiento de la corporación. Este derecho debe ejercerse de manera de no entorpecer la gestión municipal. El alcalde deberá dar respuesta en el plazo máximo de quince días, salvo en casos calificados en que aquél podrá prorrogarse por un tiempo razonable a criterio del concejo."

⁸¹² Art. L2121-7 CGCT.

⁸¹³ Art. L2121-31CGCT: «Le conseil municipal arrête le compte administratif qui lui est annuellement présenté par le maire. Il entend, débat et arrête les comptes de gestion des receveurs sauf règlement définitif.»

⁸¹⁴ Art. 67 LOCMU: "El alcalde deberá dar cuenta pública al concejo y al consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil, a más tardar en el mes de abril de cada año, de su gestión anual y de la marcha general de la municipalidad. Un extracto de la cuenta pública del alcalde deberá ser difundido a la comunidad. Sin perjuicio de lo anterior, la cuenta íntegra efectuada por el alcalde deberá estar a disposición de los ciudadanos para su consulta.

rendre compte à chaque réunion du conseil du fait du système des délégations⁸¹⁵; même si les modifications de la LOCMU par la loi du 1^{er} avril 2014⁸¹⁶ et de la LOCGAR par la loi du 10 juin 2014⁸¹⁷ renforcent l'information des conseils territoriaux.

L'article 67 de la loi municipale chilienne détaille particulièrement les *items* que le rapport doit contenir et le non accomplissement de cette formalité est une cause de manquement à ses devoirs qui peut donner lieu à une procédure d'accusation et jugement politique.⁸¹⁸

Mais le droit à être informé peut être exercé également, de manière active ou positive, non seulement par les élus⁸¹⁹ mais également par les administrés.⁸²⁰ Le droit à l'information et les possibilités de contrôle commencent par une information adéquate des élus. Ceci implique, plus simplement, le respect de formalités procédurales telles que l'envoi avec la convocation de l'ordre du jour de la prochaine réunion de l'assemblée⁸²¹, et l'absence ou l'insuffisance de la mention de l'ordre du jour dans la convocation peut conduire à l'annulation des délibérations.⁸²²

b) Les mesures de contrôle de l'exécutif

Les élus n'ont pas seulement un droit à l'information, ils ont également une mission de contrôle de l'exécutif. Ainsi les conseils municipaux chiliens doivent contrôler, d'une manière générale, la réalisation des plans et programmes d'investissement municipaux,

⁸¹⁵ En vertu de l'art. L2122-23 al. 3 CGCT, « le maire doit rendre compte à chacune des réunions obligatoires du conseil municipal » des décisions prises en vertu d'une délégation du conseil municipal, lequel « peut toujours [y] mettre fin » (al. 4).

⁸¹⁶ L'art. 1 N° 11 de la Ley 20742 introduit des modifications à l'article artículo 67 de la LOCMU.

⁸¹⁷ L'art. 1 N° 3 de la Ley 20.757 del 10.06.2014 que *modifica la LOCGAR, disponiendo funciones y atribuciones, para presidente del consejo regional*, introduit un article 30 ter dans ce sens.

⁸¹⁸ Art. 67 LOCMU dernier al.: “El no cumplimiento de lo establecido en este artículo será considerado causal de notable abandono de sus deberes por parte del alcalde.” Cf. infra.

⁸¹⁹ Art. L2121-13 CGCT : “Tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération. »

⁸²⁰ Art. L2121-26 al. 1 CGCT: « Toute personne physique ou morale a le droit de demander communication des procès-verbaux du conseil municipal, des budgets et des comptes de la commune et des arrêtés municipaux. »

⁸²¹ Art. L. 2121-10 du CGCT, et implicitement, art. L. 3121-19 et L. 4132-18 du CGCT.

⁸²² Par ex. CE 27 mars 1991, *Cne d'Anneville c. M. Lopparelli*, req. n°76036 cité par JANICOT, L., « Les décisions des autorités locales », *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 1 (folio n°4510) – F.-P. BÉNOIT - Refonte par JANICOT, L, juin 2011, n° 31.

l'exécution du budget, et les agissements en général du maire.⁸²³ L'article 80 de la LOCMU vise particulièrement un contrôle et une évaluation du conseil sur l'adéquation des actes du maire avec les politiques, normes et délibérations adoptées par le Conseil.⁸²⁴ L'audit externe en matière d'exécution du plan de développement communal est obligatoire durant chaque mandature⁸²⁵.

Le CGCT prévoit également, par exemple, la création obligatoire d'une commission consultative des services publics locaux pour l'ensemble des services publics confiés à un tiers par convention de délégation de service public ou qu'ils exploitent en régie dotée de l'autonomie financière (art. L1413-1 CGCT)⁸²⁶. Dans le même ordre d'idée, les conseils municipaux chiliens doivent solliciter des rapports d'information sur la gestion des fonds municipaux reçus par les entreprises, corporations, fondations, associations municipales ou toute autre entité bénéficiaire.⁸²⁷

⁸²³ Art. 79.- Al concejo le corresponderá: c) Fiscalizar el cumplimiento de los planes y programas de inversión municipales y la ejecución del presupuesto municipal, analizar el registro público mensual de gastos detallados que lleva la Dirección de Administración y Finanzas, como asimismo, la información, y la entrega de la misma, establecida en las letras c) y d) del artículo 27; l) Fiscalizar las unidades y servicios municipales; m) Supervisar el cumplimiento del plan comunal de desarrollo;

⁸²⁴ Art. 80 al. 1 LOCMU: "La fiscalización que le corresponde ejercer al concejo comprenderá también la facultad de evaluar la gestión del alcalde, especialmente para verificar que los actos municipales se hayan ajustado a las políticas, normas y acuerdos adoptados por el concejo, en el ejercicio de sus facultades propias."

⁸²⁵ Art. 80 al. 4 LOCMU: "Sin perjuicio de lo anterior, el concejo dispondrá la contratación de una auditoría externa que evalúe la ejecución del plan de desarrollo, la que deberá practicarse cada tres o cuatro años, respectivamente, según la clasificación de los municipios por ingresos señalada en el inciso precedente. En todo caso las auditorías de que trata este artículo se contratarán por intermedio del alcalde y con cargo al presupuesto municipal. Los informes finales recaídos en ellas serán de conocimiento público."

⁸²⁶ Cette commission concerne les régions, les départements, les communes de plus de 10 000 habitants, les établissements publics de coopération intercommunale de plus de 50 000 habitants et les syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants. - Présidée par l'exécutif et comprenant les membres de l'assemblée délibérante ou de l'organe délibérant, désignés dans le respect du principe de la représentation proportionnelle, et des représentants d'associations locales, nommés par l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant, la commission examine, entre autres, chaque année sur le rapport de son président, un bilan d'activité des services exploités en régie dotée de l'autonomie financière et est consultée pour avis par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant sur : 1° Tout projet de délégation de service public, avant que l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant se prononce dans les conditions prévues par l'article L. 1411-4 ; 2° Tout projet de création d'une régie dotée de l'autonomie financière, avant la décision portant création de la régie.

⁸²⁷ LOCMU, art 79: "Al concejo le corresponderá: j) Solicitar informe a las empresas, corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales, y a las entidades que reciban aportes o subvenciones de la municipalidad. En este último caso, la materia del informe sólo podrá consistir en el destino dado a los aportes o subvenciones municipales percibidas. Los informes requeridos deberán ser remitidos por escrito dentro del plazo de quince días"

Dans l'exercice de ce devoir de contrôle, les élus locaux bénéficient, par ailleurs, de mesures directement inspirées du droit parlementaire.

Ainsi, la procédure des questions orales au gouvernement en droit français a été transposée au niveau territorial⁸²⁸ et une proposition suggérant d'"instaurer la procédure des questions écrites dans les collectivités locales" a été déposée le 6 juin 2013 au Sénat⁸²⁹.

Le maire chilien doit déjà répondre par écrit dans un délai de 15 jours aux remarques du conseil (art. 79 d) LOCMU). Cette faculté est également ouverte à n'importe quel conseiller agissant à titre particulier (79 h) LOCMU).

En outre, les conseils municipaux français peuvent décider de la création de mission d'information et d'évaluation.⁸³⁰ De même, le conseil municipal chilien peut décider à la majorité de ses membres, mais aussi à la demande de n'importe quel conseiller⁸³¹, de procéder à un audit externe sur l'exécution budgétaire et l'état financier de la municipalité que ce soit pour évaluer la gestion précédente au début de chaque nouvelle mandature ou en cours de mandat.⁸³²

Le dernier projet de loi envoyé au Congrès le 22 août 2013 prévoit le renforcement des moyens d'enquête et de contrôle des conseils régionaux sur la gestion de l'intendant.

⁸²⁸ Art. L2121-19 CGCT : "Les conseillers municipaux ont le droit d'exposer en séance du conseil des questions orales ayant trait aux affaires de la commune. »

⁸²⁹ Présentée par P. BERNARD-REYMOND, elle affirme que "l'exigence de contrôle des exécutifs territoriaux appelle la consécration par la loi d'un pouvoir d'interrogation écrite des élus à l'égard du responsable de l'exécutif, sur l'ensemble du territoire national". Ainsi, tout conseiller municipal (sauf ceux des communes de moins de 5.000 habitants), tout conseiller général et tout conseiller régional, ainsi que tout délégué titulaire d'un syndicat de communes, tout conseiller communautaire d'une communauté de communes, urbaine ou d'agglomération, pourrait "poser des questions écrites au chef de l'exécutif territorial sur un sujet relevant du champ de responsabilité de l'assemblée à laquelle il appartient". Le chef de l'exécutif devra y répondre dans les deux mois "sous peine de voir la question inscrite de droit à l'ordre du jour de la séance de l'assemblée concernée qui suit l'expiration de ce délai". Toutes les questions ainsi que les réponses seront publiées en annexe au registre des délibérations. Toutefois, "pour éviter tout éventuel harcèlement politico-administratif, il est prévu que le nombre de questions soit limité à six par année civile pour chaque conseiller".

⁸³⁰ Art. L2121-22-1 al. 1 CGCT.

⁸³¹ Art. 80 al. 2 LOCMU: "Las diferentes acciones de fiscalización deberán ser acordadas dentro de una sesión ordinaria del concejo y a requerimiento de cualquier concejal."

⁸³² Nouvel al. 3 de l'art. 80 LOCMU introduit par l'art. 1 N° 18 de la Ley 20742 (D.O. 01.04.2014): El concejo, por la mayoría de sus miembros, podrá disponer la contratación de una auditoría externa que evalúe la ejecución presupuestaria y el estado de situación financiera del municipio. Esta facultad podrá ejercerse sólo una vez al año en los municipios cuyos ingresos anuales superen las 6.250 unidades tributarias anuales, y cada dos años en los restantes municipios. No obstante lo anteriormente señalado, el concejo podrá disponer de la contratación de una auditoría externa que evalúe el estado de situación financiera del municipio, cada vez que se inicie un período alcaldicio. Aquella deberá acordarse dentro de los ciento veinte días siguientes a la instalación del concejo, a que se refiere el inciso primero del artículo 83, y el alcalde requerirá, también, el acuerdo del concejo para adjudicar dicha auditoría."

Enfin, au-delà de ces commissions d'enquête ou de suivi ordinaires ou extraordinaires, il peut exister des procédures, comme au Chili, de destitution de l'exécutif pour raisons politiques. Comme souligné plus haut, l'article 60 de la loi municipale envisage les figures des incompatibilités et inhabilités (art. 60 b) d'une part et, d'autre part, les cas de destitution ou jugement politique (art. 60 c) du maire qui peut entraîner l'interdiction d'exercer une charge publique pour 5 ans. La responsabilité politique est engagée devant le tribunal électoral régional à la demande d'un tiers des conseillers municipaux, du conseil⁸³³ ou de la *Contraloría General de la República* selon le cas. Ces cas sont : un grave empêchement, contravention grave aux normes de probité administrative ou pour manquement à ses devoirs («*notable abandono de sus deberes*») ⁸³⁴.

⁸³³ LOCMU, Art. 60: "El alcalde cesará en su cargo en los siguientes casos: c) Remoción por impedimento grave, por contravención de igual carácter a las normas sobre probidad administrativa, o notable abandono de sus deberes;

Les nouveaux alinéas 4 à 7 de l'art. 60 issus de la loi n° 20742 Art. 1 N° 8 a) (*D.O. 01.04.2014*) précise que "La causal establecida en la letra c) será declarada por el tribunal electoral regional respectivo, a requerimiento de, a lo menos, un tercio de los concejales en ejercicio, observándose el procedimiento establecido en los artículos 17 y siguientes de la ley N° 18.593, de los Tribunales Electorales Regionales, para lo cual no se requerirá patrocinio de abogado. En el requerimiento, los concejales podrán pedir al tribunal electoral regional respectivo la cesación en el cargo o, en subsidio, la aplicación de alguna de las medidas disciplinarias dispuestas en las letras a), b) y c) del artículo 120 de la ley N° 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

El tribunal electoral regional competente adoptará las medidas necesarias para acumular los respectivos antecedentes, a fin de evitar un doble pronunciamiento sobre una misma materia. El mismo procedimiento descrito en los incisos anteriores se utilizará cuando el Tribunal Electoral Regional estime que uno o más concejales han incurrido en una contravención grave de las normas sobre probidad administrativa o en notable abandono de deberes, lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 77 de esta ley."

Art. 65 inc. 2do: "Las materias que requieren el acuerdo del concejo serán de iniciativa del alcalde. Sin perjuicio de lo anterior, si el alcalde incurriere en incumplimiento reiterado y negligente de las obligaciones señaladas en el inciso segundo del artículo 56 ["el alcalde deberá presentar, oportunamente y en forma fundada, a la aprobación del concejo, el plan comunal de desarrollo, el presupuesto municipal, el plan regulador, las políticas de la unidad de servicios de salud y educación y demás incorporados a su gestión, y las políticas y normas generales sobre licitaciones, adquisiciones, concesiones y permisos], podrá ser requerido por el concejo para que presente el o los proyectos que correspondan dentro de un tiempo prudencial. En caso de que el alcalde persista en la omisión, su conducta podrá ser considerada como causal de notable abandono de deberes, para los efectos de lo previsto en la letra c) del artículo 60."

⁸³⁴ Ce dernier, selon A. SILVA, "se genera cuando se producen circunstancias de suma gravedad que demuestran, por actos u omisiones, la torcida intención, el inexplicable descuido o la sorprendente ineptitud con que la autoridad abandona sus deberes, olvidando o infringiendo los inherentes a la función pública." SILVA B., A., *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 Vols., Edit Jurídica, Santiago, 1963, Tomo III, pp. 104-08. La loi du 1er avril 2014 est venue préciser la notion de *abandono de deberes*. En effet, les derniers alinéas de l'article 60 (Ley 20742 Art. 1 N° 8 b) *D.O. 01.04.2014*) précise désormais que: "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 51, se considerará que existe notable abandono de deberes cuando el alcalde o concejal transgrediere, inexcusablemente y de manera manifiesta o reiterada, las obligaciones que le imponen la Constitución y las demás normas que regulan el funcionamiento municipal; así como en aquellos casos en que una acción u omisión, que le sea imputable, cause grave detrimento al patrimonio de la municipalidad y

On peut y voir l'adaptation au niveau local des procédures de jugement politique ou accusation constitutionnelle prévues pour les autorités exécutives nationales et les juges de la Cour suprême.⁸³⁵ Sur le plan juridique, la destitution pour «manquement à ses devoirs», selon F. ZUÑIGA U., est cohérente avec la rationalisation (droits de la défense) et la judiciarisation puisque le maire ne reconnaît pas de supérieur hiérarchique, mais est tout de même responsable pour manquement à ses devoirs fondés, sur les principes d'égalité, d'impartialité et d'efficacité.⁸³⁶

Il faut enfin mentionner le nouvel article 51 bis et les modifications apportées aux articles 51 bis et 60 de la LOCMU, introduits par la loi n°20742 du 01.04.2014 relatif à la probité et transparence administrative, qui renforcent les contrôles sur le maire de la part de la *Contraloría General de la República* et à qui peuvent être appliquées des sanctions administratives en sus des procédures de destitution.⁸³⁷

afecte gravemente la actividad municipal destinada a dar satisfacción a las necesidades básicas de la comunidad local. Se entenderá, asimismo, que se configura un notable abandono de deberes cuando el alcalde, en forma reiterada, no pague íntegra y oportunamente las cotizaciones previsionales correspondientes a sus funcionarios o a trabajadores de los servicios traspasados en virtud de lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, de 1979, del Ministerio del Interior, y de aquellos servicios incorporados a la gestión municipal. El alcalde siempre deberá velar por el cabal y oportuno pago de las cotizaciones previsionales de los funcionarios y trabajadores señalados precedentemente, y trimestralmente deberá rendir cuenta al concejo municipal del estado en que se encuentra el cumplimiento de dicha obligación. Con todo, cuando un alcalde pagare deudas previsionales originadas en un período alcaldicio anterior en el que no haya ejercido funciones como titular de ese cargo, él y los demás funcionarios que intervinieren en el pago estarán exentos de responsabilidad civil por las multas e intereses que dichas deudas hubieren ocasionado.”

⁸³⁵ Qui n'est pas sans rappeler l'art. 68 de la Constitution française: «Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour.»

⁸³⁶ ZUÑIGA U., F., “Jurisprudencia acerca del notable abandono de deberes del alcalde”, *Revista de Derecho*, vol. XII, 2001, p. 250-251. “La remoción por notable abandono de deberes, atribuida a órganos de Justicia Electoral es coherente con la racionalización (debido proceso) y judicialización, ya que el alcalde no reconoce jerarca o superior; pero al mismo tiempo si es responsable por incumplimiento de sus deberes fundados en los principios de igualdad, imparcialidad y eficacia.”

⁸³⁷ Sur ce point le message présidentiel est instructif: «Segun lo dispuesto en los artículos 40 de la Ley N° 18.695, Organica Constitucional de Municipalidades, y 1° de la ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, los alcaldes tienen la calidad de funcionarios municipales. Por tanto, en esa condición les son aplicables las normas relativas a los deberes y derechos y la responsabilidad administrativa. Sin embargo, la jurisprudencia administrativa (Dictamen N° 12.282/2000), ha precisado que el ordenamiento jurídico no le ha otorgado a ninguna autoridad la potestad de aplicarle al alcalde alguna de las medidas contempladas en el aludido Estatuto y (...) En función de ello, el presente proyecto de ley consagra la responsabilidad administrativa del alcalde, en términos que los Tribunales Regionales Electorales, a petición de un tercio de los concejales puedan remover al alcalde por notable abandono de sus deberes o contravención grave al principio de probidad administrativa. En caso que los hechos no reúnan la entidad suficiente para proceder a la remoción, se faculta al Tribunal Electoral Regional para que, respetando las reglas del debido proceso, pueda aplicar las sanciones administrativas, que hoy en día establece el Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales, a excepción de la remoción, a saber, censura, multa o suspensión.

Dans le système institutionnel territorial français, «parfois proche de la séparation stricte des pouvoirs, un contrôle de destitution sur l'exécutif en cours de mandat par sa majorité ou par les électeurs est [généralement] exclu»⁸³⁸. Ce qui fait dire à certains auteurs que l'on est donc dans un régime «présidentiel» et non pas parlementaire, et que la perte de la majorité risque de déboucher sur des situations de blocage.⁸³⁹

Le Conseil d'État, sollicité sur l'adhésion de la France à la Charte européenne de l'autonomie locale, s'est prononcé par un avis négatif de 2004 sur la question de la responsabilité des exécutifs devant les assemblées locales. Il s'en suit que, pour le gouvernement, les dispositions de la Charte relative à la responsabilité «doivent être interprétées comme réservant aux États la faculté d'instituer la responsabilité devant l'organe délibérant d'une collectivité territoriale, de l'organe exécutif dont elle est dotée». Il semble effectivement que cet avis négatif doive être interprété comme une absence d'obligation pour l'État français d'instaurer une telle responsabilité. Cependant, la loi du 13 mars 1991, par exemple, a introduit pour l'Assemblée de Corse la possibilité de «mettre en cause la responsabilité du conseil exécutif par le vote d'une motion de défiance» qui, si elle est adoptée, entraîne la démission et le remplacement immédiats du président et des conseillers exécutifs.⁸⁴⁰ Cette procédure a été étendue à la Nouvelle-Calédonie⁸⁴¹, à la Polynésie française⁸⁴², à la Martinique⁸⁴³

Por su parte, se precisa el concepto de notable abandono de deberes, en términos de definir que **este se configurara cada vez que se presente una trasgresión reiterada de las obligaciones que imponen las leyes y demás normas que regulan el funcionamiento municipal, así como también en que los actos u omisiones que le sean imputables, signifiquen un grave detrimento al patrimonio municipal y afectare las actividades destinadas a dar satisfacción a las necesidades básicas de la comunidad.** (...) Adicionalmente, se extiende la responsabilidad del alcalde que ha sido reelegido, por posibles irregularidades acaecidas en el periodo anterior.

Además, y para el solo efecto de hacer efectivas las inhabilidades pertinentes, se permite perseguir la responsabilidad de alcaldes y concejales que han cesado en sus cargos, hasta seis meses después del término de su periodo edilicio. *Historia de la Ley N° 20.742 Perfecciona el rol fiscalizador del concejo; fortalece la transparencia y probidad en las municipalidades; crea cargos y modifica normas sobre personal y finanzas municipales*, BCN, pp. 8-9 Voir également, chap. 8.

⁸³⁸ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 323, p. 247.

⁸³⁹ FRIER, P.-L. et PETIT, J., *Droit administratif*, Paris, LGDJ, Lextenso éd., 8e éd., 2013, p. 183.

⁸⁴⁰ Art. L4422-31 CGCT.

⁸⁴¹ L'art. 95 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie instaure la procédure de la motion de censure.

⁸⁴² Art. 156 de la Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

⁸⁴³ Art. L 7225-2 CGCT.

L'indépendance de l'exécutif par rapport à son assemblée délibérante revendiquée par les systèmes de «type présidentiel» semble donc mieux assurée dans le système territorial français que dans le système «présidentiel» municipal chilien.

Cependant, «le maire et les adjoints ... (ne) peuvent être révoqués (que) par décret motivé pris en conseil des ministres», «la révocation emport(ant) de plein droit l'inéligibilité aux fonctions de maire et à celles d'adjoint pendant une durée d'un an à compter du décret de révocation à moins qu'il ne soit procédé auparavant au renouvellement général des conseils municipaux» (art. L2122-16 CGCT). Cette dépendance à l'égard de l'exécutif central et non d'une décision de justice plaide en faveur d'une meilleure protection de l'exécutif municipal chilien à l'égard du pouvoir central.

2. Le statut de l'opposition politique

L'opposition politique est-elle ignorée ou protégée? Si en France, pendant un temps, la question n'a été traitée que par la jurisprudence⁸⁴⁴, certaines mesures ont été adoptées, notamment par la loi du 27 février 2002 *relative à la démocratie de proximité*⁸⁴⁵, comme celles de réserver un espace d'information dans les bulletins d'information des communes⁸⁴⁶, de faciliter le travail des différents groupes d'élus matériellement, ou des moyens en ressources humaines.⁸⁴⁷ D'une manière plus générale, «des locaux communaux peuvent être utilisés par les associations, syndicats ou partis politiques qui en font la demande.»⁸⁴⁸

⁸⁴⁴ Parmi les décisions jurisprudentielles qui sont venues renforcer le rôle de l'opposition politique dans les assemblées locales, voir la fameuse décision : CE, 22 mai 1987, *Tête c./ Commune de Caluire et Cuire*, Rec. p. 179, *AJDA* 1987, p. 664, concl. C. VIGOUROUX, dans laquelle le juge reconnaît un « droit d'expression » des élus locaux.

⁸⁴⁵ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 *relative à la démocratie de proximité*, part. les chap. II : « Droits des élus au sein des assemblées locales » et III : « Fonctionnement des groupes d'élus ».

⁸⁴⁶ Art. L2121-27-1 : « Dans les communes de 3 500 habitants et plus, lorsque la commune diffuse, sous quelque forme que ce soit, un bulletin d'information générale sur les réalisations et la gestion du conseil municipal, un espace est réservé à l'expression des conseillers n'appartenant pas à la majorité municipale. Les modalités d'application de cette disposition sont définies par le règlement intérieur. »

⁸⁴⁷ Art. L2121-28 - II. al 2 et 3 CGCT : « Dans les conditions qu'il définit, le conseil municipal peut affecter aux groupes d'élus, pour leur usage propre ou pour un usage commun, un local administratif, du matériel de bureau et prendre en charge leurs frais de documentation, de courrier et de télécommunications. »

Le maire peut, dans les conditions fixées par le conseil municipal et sur proposition des représentants de chaque groupe, affecter aux groupes d'élus une ou plusieurs personnes. Le conseil municipal ouvre au budget de la commune, sur un chapitre spécialement créé à cet effet, les crédits nécessaires à ces dépenses, sans qu'ils puissent excéder 30 % du montant total des indemnités versées chaque année aux membres du conseil municipal. » Disposition étendue aux départements et aux régions par les arts. L3121-24 et L4132-23

⁸⁴⁸ Art. L2144-3 CGCT.

Plus particulièrement, le juge administratif a admis l'intérêt à agir des membres d'une assemblée locale contre les décisions de cette assemblée.⁸⁴⁹

La législation chilienne ne semble que prévoir le paiement de forfaits pour assistance aux sessions ou viatiques pour les membres élus, quelle que soit leur affiliation politique.⁸⁵⁰

Conclusion du Chapitre 3

Comme l'a rappelé F. MODERNE, «l'autonomie dite organique d'une entité (...) compte pour l'essentiel deux volets: l'auto-organisation et l'auto-administration (auto-gestion).»⁸⁵¹

S'agissant de l'auto-organisation, les entités territoriales chiliennes et françaises n'ont pas la compétence de décider, par une délibération de leurs assemblées, de leur organisation. Tout au plus, peuvent-elles créer un service administratif ou adopter un règlement intérieur, mais en aucun cas elles ne peuvent se constituer elles-mêmes. La logique française -comme chilienne- de la décentralisation est une logique négative: on décentre, on sort ou on s'éloigne du centre mais avec sa permission: il n'est pas question d'autonomie au sens d'auto-organisation.

La logique autonomie/hétéronomie fonde les relations État-entités territoriales. On distingue traditionnellement deux modalités de ces relations. La première consiste en l'attribution de compétences du centre vers la périphérie. Il s'agit de compétences d'attribution qui peuvent donc être reprises à tout moment. La seconde est l'autonomie

⁸⁴⁹ CE, 24 mai 1995, *Ville de Meudon*, Rec. p. 208.

⁸⁵⁰ V. par ex: LOCGAR, art. 39: «Los consejeros regionales tendrán derecho a una dieta mensual de diez unidades tributarias mensuales, la que se percibirá por la asistencia a la totalidad de las sesiones del consejo celebradas en el mes respectivo, disminuyéndose proporcionalmente según el número de inasistencias del consejero.(...) Tendrán también derecho a pasajes y reembolso de gastos por concepto de alimentación y alojamiento para asistir a las sesiones del consejo y de las comisiones, cuando ello les signifique trasladarse fuera de su lugar de residencia habitual. El reembolso de gastos no podrá superar, en ningún caso, el valor del viático que le corresponda al intendente en las mismas condiciones. Sin perjuicio de lo señalado, cada consejero tendrá derecho anualmente a una dieta adicional, a pagarse en el mes de enero, correspondiente a cinco unidades tributarias mensuales, siempre que durante el año calendario anterior el consejero haya asistido formalmente, a lo menos, al setenta y cinco por ciento de las sesiones celebradas por el consejo en dicho período.»

⁸⁵¹ MODERNE, F., «Le *municipio* comme entité politique dans l'organisation territoriale fédérale du Brésil », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 355 Nbp. N° 24.

originaires grâce à laquelle les collectivités territoriales sont dans un rapport d'auto-organisation. Laisser une capacité d'auto-organisation aux entités territoriales chiliennes et françaises reviendrait à les rapprocher du principe de subsidiarité car celui-ci implique la reconnaissance de la capacité et la spécificité à gérer ses propres affaires, ce qui n'est pas le cas.

En ce qui concerne, l'auto-administration, les textes constitutionnels et légaux prévoient quelles sont les autorités en charge de la gestion des affaires courantes et, dans une certaine mesure, comment elles interagissent. Excepté l'intendant régional, il s'agit d'organes élus dont les fonctions sont réparties entre organe délibératif et exécutif.

Conclusion de la partie 1

Les conceptions de la décentralisation des deux systèmes étudiés (chapitre 1) confirment que les entités décentralisées n'ont pas de pouvoir d'auto-identification, ni de pouvoirs d'autodénomination et/ou d'auto délimitation⁸⁵² (chapitre 2) car elles sont instituées et personnalisées par l'Etat.

Par ailleurs, l'absence de pouvoir d'autonomie organique (chapitre 3) se répercute sur l'autonomie fonctionnelle, en ce sens que les entités territoriales ne décident pas de leurs compétences matérielles, et encore moins de la valeur juridique des actes adoptés pour les mettre en œuvre (Partie 2).

⁸⁵² Idem: «On désigne par «séquence autonome», selon les théoriciens du fédéralisme, les diverses étapes d'un processus complet d'autonomie, depuis le pouvoir d'auto-identification jusqu'au pouvoir d'autodétermination, en passant par les pouvoirs d'autodénomination, d'autodélimitation, d'auto-organisation et d'autogestion.»

Partie II. Les éléments d'ordre fonctionnel du pouvoir territorial

Le pouvoir territorial se manifeste principalement par le pouvoir réglementaire territorial. C'est pourquoi, après les données liées aux organes qui vont exercer le pouvoir territorial, il convient de se pencher sur ses éléments fonctionnels, c'est-à-dire les données qui permettent son fonctionnement, sa mise en œuvre.

Pour cela, les entités territoriales doivent bénéficier de compétences dont les modes détermination et de répartition sont fondamentaux (chapitre 4).

Mais, disposer de compétences sans pouvoir décider comment les mettre en œuvre revient à nier un quelconque degré d'autonomie territoriale et ne justifierait même pas, à la rigueur, l'existence d'entités territoriales dotées de la personnalité morale – donc distinctes de l'Etat-, et d'organes élus et représentatifs de la communauté humaine vivant sur leurs territoires. C'est pourquoi l'attribution d'un pouvoir d'édicter des normes pour gérer ces compétences est primordiale.

Ce qui est moins évident, ce sont la nature et les caractéristiques de ce pouvoir qualifié de réglementaire (Chapitre 5), car le pouvoir réglementaire est peut-être, en tant que loi matérielle, une des notions les plus équivoques qui soit et qui, lorsqu'il s'exerce au niveau territorial, remet toujours en question l'égalité des citoyens devant la loi.

A ce titre, les débats récurrents relatifs à l'approfondissement de la décentralisation et le regard tourné vers les exemples étrangers – principalement Etats régionaux ou autonomiques – alimentent ceux liés à l'extension de sa portée normative (Chapitre 6).

Chapitre 4. Détermination et répartition des compétences des entités territoriales

La décentralisation est avant tout une affaire de répartition et d'exercice des compétences. Plus exactement, «quelque soit la forme de l'État, une réponse doit être donnée à une question qui se pose inévitablement, parce qu'elle est liée à la pluralité de personnes publiques au sein de cet État»⁸⁵³, c'est celle de la répartition des compétences entre lui et elles.

Mais surtout, «la question des compétences locales est toujours et partout en chantier. Elle l'est par obligation dans les systèmes fédéraux et les États régionaux où la distribution verticale des pouvoirs doit être expressément réglée par la Constitution. Elle se pose désormais aussi en France où l'articulation de la clause générale de compétences et des transferts décidés par voie législative ne cesse de faire l'objet d'interrogations récurrentes.»⁸⁵⁴ L'affirmation vaut également pour le Chili où un des derniers projets de lois relatifs à la décentralisation concerne les transferts de compétences⁸⁵⁵ qu'il conviendrait d'effectuer pour approfondir la décentralisation.

Pour R. DRAGO, la réforme constitutionnelle française de 2003 s'inscrit dans la continuité des réformes antérieures en ce qui concerne la définition des principes de répartition des compétences, même s'il reconnaît que des tempéraments y ont été apportés.⁸⁵⁶ C'est donc qu'ils ne sont plus exactement les mêmes. On peut même penser avec G. CHAVRIER que des micro-processeurs⁸⁵⁷ ont été introduits dans le processus français de décentralisation en matière de répartition des compétences en général,

⁸⁵³ PONTIER, J.-M., «Nouvelles observations sur la clause générale de compétence», en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 368.

⁸⁵⁴ BRISSON, J.-F., «Présentation», in BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*. Actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen, L'Harmattan, 2009, p. 9.

⁸⁵⁵ *Projet de loi relatif au renforcement de la régionalisation du pays (Boletín 7963-06)* Disponible en: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8381&prmBL=7963-06 (Junio, 2012).

⁸⁵⁶ DRAGO, G., «Les principes de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales après la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 : clarification ou continuité ? », en GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et de Science politique de Rennes 18 et 19 novembre 2004, Bruylant Bruxelles – LGDJ Paris, 2006, p. 32.

⁸⁵⁷ Qui reprend l'expression du Premier ministre de l'époque et expliquée par M.-P. DAUBRESSE : « (...) Oui, mettre des microprocesseurs dans la Constitution, c'est-à-dire injecter de nouveaux concepts, qui vont lancer un processus. (...) vous le savez bien, un processus qui sera long, mais irréversible en matière de décentralisation » JOAN, débats, 3^e séance du mardi 24 février 2004. Cité par CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, Paris, LGDJ, Lextenso, éd. 2011, p. 27.

d'exercice du pouvoir réglementaire territorial et d'autonomie financière⁸⁵⁸. Il faut se demander comme s'opère la répartition des compétences. D'abord au nom de quels principes constitutionnels (s'il y en a) et titres juridiques (Section 1), ensuite selon quelle(s) modalité(s) sont-elles réparties et exercées en pratique (Section 2) ?

Section 1. Principes constitutionnels et titres juridiques de détermination des compétences

Le problème de la répartition des compétences entre État et entités territoriales implique la question de savoir qui est compétent pour décentraliser, et sur la base de quel titre juridique sont déterminées les compétences des collectivités territoriales (§ 2). Le titre juridique peut être la Constitution, la loi et même, parfois, le règlement, voire la convention. Dans l'État unitaire, c'est traditionnellement la loi, par mandat constitutionnel. Cependant des principes constitutionnels peuvent guider (ou encadrer) le législateur (§ 1). Dans le cas français, on peut déceler depuis la réforme constitutionnelle de 2003 une nouvelle architecture en gestation dont les implications apparaîtront à l'aune des prochaines réformes et décisions du juge constitutionnel. Certains de ces principes ou dispositions constitutionnelles peuvent se retrouver dans la Constitution chilienne.

A la différence de la délégation de compétence, il devrait s'agir d'attributions définitives (ou conçues comme telles) de compétences à une personne publique ou à une catégorie de personnes publiques par suppression corrélative de la compétence d'une autre personne publique. Sur ce point les apparences sont trompeuses. En effet, dans les deux États les transferts ne sont jamais définitifs, le législateur restant toujours celui qui décide en dernier ressort au nom du maintien de l'unité de l'État.

§ 1. La question de l'existence de principes constitutionnels de répartition des compétences

La réforme constitutionnelle française de 2003 a inscrit dans le « marbre constitutionnel » certains principes. Dix ans après, il semble que la théorie des micro-

⁸⁵⁸C'est que l'attribution d'un pouvoir normatif ne va pas de soi en termes de décentralisation. On peut même concevoir l'exercice de compétences par de simples actes matériels, sans que leur soit attribuée une valeur normative particulière. La contestation de ces actes se ferait auprès du représentant de l'État. C'est pourquoi la question du pouvoir réglementaire territorial sera étudiée dans le chapitre suivant comme un moyen d'exercice des compétences décentralisées.

processeurs, évoquée ci-dessus, n'est pas valide et que les profondes transformations espérées du modèle territorial français n'ont pas eu lieu. Parmi les nouveautés apportées figurerait, selon la majorité de la doctrine, comme principe de répartition des compétences la notion de subsidiarité inspirée de la construction européenne⁸⁵⁹. Mais ce n'est pas le seul: le droit à l'expérimentation-transfert reconnu au législateur, l'interdiction de l'exercice d'une tutelle entre collectivités, la notion de collectivité chef de file, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire territorial, la reconnaissance de l'autonomie financière des collectivités, principalement des régions⁸⁶⁰, apparaissent aux yeux d'une partie de la doctrine comme d'autres moyens de répartition des compétences. Cependant le pouvoir réglementaire est un moyen, et l'autonomie financière à la fois un moyen et une garantie d'exercice des compétences. Seules donc les premières constituent des modes de détermination de celles-ci.

En effet, d'une part l'article 34 de la Constitution française distingue les compétences matérielles des ressources puisque « la loi détermine les principes fondamentaux : (...) de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». D'autre part, l'article 72 al. 3 de la Constitution énonce que les « collectivités (...) disposent d'un pouvoir réglementaire *pour l'exercice* de leurs compétences ». Pour cette raison, ces deux composantes de l'autonomie territoriale seront étudiées dans les chapitres suivants.

La doctrine chilienne ne s'étant pas – à notre connaissance - intéressée à cette question, nous utiliserons le tableau proposé en fin du chapitre 1. L'étude des dispositions constitutionnelles chiliennes peut permettre également de proposer pour ce pays des clés ou principes constitutionnels de répartition des compétences⁸⁶¹ qui autorisent la création de « foyers de pluralisme juridique ».⁸⁶²

A. Les apories du principe de subsidiarité comme principe de répartition des compétences dans l'Etat unitaire

⁸⁵⁹ CONSTANTINESCO, V., «Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union européenne ? », *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 35 ss.

⁸⁶⁰ Voir : loi de révision constitutionnelle du 28 mars 2003.

⁸⁶¹ En référence au titre de l'article de BRISSON, J.-F., « Les nouvelles clés constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », en *AJDA*, n° 11, 2003.

⁸⁶² AUBY, J.-B., préface de GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, op. cit. p. VIII.

La notion de compétences dans les théories de l'État est indissociable d'une réflexion sur le principe de subsidiarité, tant à la mode aujourd'hui.⁸⁶³ Une première précision s'impose : la subsidiarité concerne la distribution des compétences et n'a rien à voir avec une forme particulière de régime politique. En ce sens, elle peut très bien se concevoir dans le cadre d'un régime parlementaire comme semi-présidentiel ou présidentiel. Principe plus philosophique et politique que juridique (1), il semble difficile qu'il puisse constituer un principe constitutionnel de répartition des compétences (2). Il faut donc en tirer les conséquences (3).

1. Un principe difficilement saisissable en termes juridiques

Principe philosophique⁸⁶⁴ d'organisation sociale associé à la pensée catholique⁸⁶⁵, le principe de subsidiarité est insaisissable politiquement et juridiquement car « *il entraîne deux implications assez différentes, voire opposées, qui se retrouvent d'ailleurs dans son étymologie latine* »⁸⁶⁶, et qui tiennent à voir, d'une part, avec *l'idée de suppléance*, de secondaire, de moins important et, d'autre part, avec celle de *secours* (subside) et implique l'idée d'*intervention*. « Il s'agit de mesurer non pas si l'autorité a le droit d'intervenir mais surtout si elle en a le devoir »⁸⁶⁷.

Le principe de subsidiarité, principe présenté généralement comme principe nucléaire des systèmes fédéraux⁸⁶⁸, plus qu'une norme juridique, est un *principe organisationnel*⁸⁶⁹

⁸⁶³ MILLION-DELSOL, Ch., *L'État subsidiaire*, PUF, Coll. Léviathan, Paris, 1992.

⁸⁶⁴ Son origine serait à rechercher chez Althusius, voire Aristote.

⁸⁶⁵ Dans l'Encyclique « Quadragesimo anno » de 1931, le Pape Pie XI écrivit qu'il est nécessaire « que l'autorité publique abandonne [...] aux groupements de rang inférieur le soin des affaires de moindre importance où se disperserait à l'excès son effort ; elle pourra dès lors assurer plus librement, plus puissamment, plus efficacement les fonctions qui n'appartiennent qu'à elle, parce qu'elle seule peut les remplir ; diriger, surveiller, stimuler, contenir, selon que le comportent les circonstances ou l'exige la nécessité ».

⁸⁶⁶ DELCAMP, A. « Principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC* 1995, n° 23, p. 614.

⁸⁶⁷ Idem, n° 23, p. 615.

⁸⁶⁸ Appliquée au domaine des *compétences concurrentes*, la subsidiarité *permet une actualisation des interventions de la Fédération* ou de *l'État fédéral* lorsqu'elle peut agir dans le but d'obtenir un meilleur résultat que chaque État pris isolément.

⁸⁶⁹ Mais pas seulement. Fondé sur le couple liberté-solidarité, c'est aussi un *principe d'éthique politique* qui exprime une vision communautaire de la société. Ainsi, « en posant la question du respect de l'autonomie individuelle et collective comme celle du maintien de la cohésion sociale, la subsidiarité soulève le problème de la constitution du corps politique à laquelle toute nation cherche à répondre en accordant plus ou moins d'importance à l'État, selon qu'elle privilégie le respect de l'égalité des citoyens ou le respect de leur liberté. Le principe de subsidiarité est étroitement corrélé à la question fondamentale de la philosophie politique qui concerne la détermination du rôle du pouvoir politique: le pouvoir politique n'est-il que l'effet de la collectivité à laquelle on reconnaît une consistance propre (la manifestation des lois immanentes de la société

qui stipule que chaque niveau de pouvoir ne doit se voir attribuer que les compétences qu'il est le mieux à même d'exercer.

Or, si «le principe de subsidiarité peut être utile dans l'élaboration d'une construction fédérale ou agir comme une contrainte dans la répartition et l'exercice des compétences (...) dans certains cas, la répartition des pouvoirs entre les gouvernements au sein d'un Etat fédéral résulte non pas tant du principe de subsidiarité que d'un compromis historique (...) [il] pourrait en principe être employé dans un État unitaire décentralisé: il n'est donc pas nécessairement lié aux seuls systèmes fédéraux.»⁸⁷⁰ Cependant, pour une partie de la doctrine, le principe de subsidiarité est antinomique de la décentralisation. Pour J. RIVERO, « dans le cas de la subsidiarité, les compétences s'exercent à la base, à l'exception de celles qui sont retenues au niveau supérieur. Dans (la décentralisation), les compétences globales sont au sommet et c'est seulement celles qui sont confiées à l'échelon inférieur que celui-ci va assumer».

Dans le même sens, H. WOLLMANN⁸⁷¹ se demande s'il n'existe pas une contradiction entre le principe de subsidiarité (et celui de solidarité) et le principe des transferts de compétences. Le fait de transférer de façon unilatérale et autoritaire des compétences aux entités territoriales (et moins souvent à la demande) ne rentre-t-il en conflit avec une application souple du principe qui supposerait une liberté de choix de la part desdites entités ? C'est que « la subsidiarité tend donc à concilier ces deux idées indispensables à la survie de toute société : la liberté et l'autorité. Elle entend associer l'une à l'autre. Cette idée de non intervention des autorités supérieures, ou d'une intervention

satisfait chacun de ses membres et maintient une cohésion sociale) ou bien est-il la cause du corps politique en ce qu'il fonde la collectivité (le droit naturel ne peut obtenir de positivité que par l'intervention d'un pouvoir politique)? Selon le type de bien public que l'on entend défendre, on limite ainsi l'autorité de l'État en octroyant aux individus des droits-libertés, qui leur garantissent une certaine autonomie d'action et favorisent une citoyenneté active, ou l'on autorise un certain degré d'ingérence étatique pour assurer aux individus des droits-créances, qui comblent certes les inégalités mais induisent plutôt une forme de citoyenneté passive. Dans les faits, ces droits ne sont néanmoins jamais posés dans un jeu d'opposition et font toujours l'objet d'un certain équilibre, dont la variation révèle la particularité du bien commun propre à chaque société. La subsidiarité fait ainsi prévaloir une certaine conception de l'individu et du collectif qui va dans le sens d'une émancipation de la société civile par rapport à l'État et suggère un mode de gouvernance qui va du bas vers le haut." FABRY, E., *Qui a peur de la citoyenneté européenne? La démocratie à l'heure de la Constitution*, P.U.F., Paris, 2005, p. 59 Nous soulignons

⁸⁷⁰ JACKSON C., V., «Fédéralisme – Normes et territoires», in TROPER M. et CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, T. 1 *Formes d'État*, chap. I du Titre II, Dalloz 2012, p. 8.

⁸⁷¹ WOLLMANN, H., «La décentralisation française vue d'ailleurs», in *La décentralisation en mouvement*, Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, les travaux du centre d'études et prospective, La Documentation française, Paris, 2006, p. 129

seulement en cas de nécessité, laisse entendre que la liberté d'agir des individus et des groupes concernés est prioritaire par rapport à l'autorité des instances supérieures. Ainsi, et contrairement à l'idée communément répandue, c'est la communauté, la collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé qui est subsidiaire par rapport aux particuliers et groupements d'ordre inférieur.»⁸⁷² Or, le législateur ne laisse pas les entités territoriales libres de déterminer elles-mêmes ce qu'elles peuvent faire ou ne pas faire. D'autant que la répartition des compétences relève toujours du domaine de la loi, au Chili comme en France.

Il ne faut pas confondre, d'ailleurs, la compétence générale (ou de principe) avec la clause générale de compétence des entités territoriales⁸⁷³ qui signifie que celles-ci ne peuvent intervenir que lorsque l'Etat ne l'a pas déjà fait ou prévu. Ce qui est très différent de dire que l'Etat n'interviendra qu'en cas de défaillance.

a) Les exemples supranationaux et étrangers

Historiquement, la première application du principe de subsidiarité s'est inscrite dans le cadre du droit de l'union européenne. Il fait l'objet depuis le Traité de Lisbonne d'un aménagement normatif et technique mais comme le rappelle A. DELCAMP, il ne s'agit que d'une version dudit principe⁸⁷⁴. Le Traité de Lisbonne reconnaît expressément pour la première fois que le principe de subsidiarité s'applique au niveau européen, national, régional et local, et même individuel. En tant que principe politique et juridique, la subsidiarité est conçue par le Comité des régions (CdR) dans son rapport 2013 comme « un moteur décisif de la décentralisation en ce sens qu'elle peut inciter les gouvernements centraux à allouer les pouvoirs et les ressources au niveau auquel la prise de décision permettrait d'obtenir un résultat optimal »⁸⁷⁵.

⁸⁷² BAUDIN-CULLIERE, F., *Principe de subsidiarité et administration locale*, U. Paris II, L.G.D.J., E.J.A. Paris, 1995, p. 9.

⁸⁷³ Comme semble le faire par exemple DEROSIER J.-P., «La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*. 1-2007, p. 127.

⁸⁷⁴ Cet auteur signale qu' «un auteur allemand a pu en recenser plus de vingt définitions différentes: H: K. KALLBRENNE, *Die Rechtliche Verbuidlich. Keit des Subsidiaritäts prinzip*, p. 518», DELCAMP, A. « Principe de subsidiarité et décentralisation », op. cit. n° 23, p. 614.

⁸⁷⁵ Rappelons que le CdR est mise en place par le Traité de Maastricht qui consacre également le principe de subsidiarité, qu'il est parfois obligatoirement consulté et que ses membres doivent être titulaires d'un mandat électoral régional ou local, ou politiquement responsables devant une assemblée élue.

Depuis lors, plusieurs Etats ont inscrit le principe de subsidiarité dans leurs Constitutions⁸⁷⁶, mais sa mise en œuvre se traduit généralement par une recentralisation des compétences⁸⁷⁷ des entités territoriales (les époques de crise économique favorisant ce phénomène) qui ne sont d'ailleurs le plus souvent que des compétences administratives⁸⁷⁸ et d'attribution.

C'est pourquoi le parallèle ou la référence au principe de subsidiarité tel qu'inscrit dans le Traité de Lisbonne est erroné: en effet, dans ce dernier cas le principe ne s'applique que parce que ce sont les Etats qui ont la compétence (législative) de principe et l'Union des compétences d'attributions. Le principe ne s'applique qu'aux «compétences partagées» avec l'Union qui doit démontrer, lorsqu'elle entend légiférer, que les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.⁸⁷⁹ Enfin, même dans le droit de l'Union européenne l'application du principe est incomplète, car «il n'est nulle part mentionné que l'Union a un devoir d'intervention. Cette absence ne sera jamais comblée par le droit communautaire et c'est elle, précisément, qui fait perdre de sa portée au principe de subsidiarité, qui n'a jamais bénéficié d'une application dans toutes ses dimensions par le droit communautaire»⁸⁸⁰.

⁸⁷⁶ Par ex, Italie (art. 118), Bolivie (art. 270), Equateur (art. 268)-

⁸⁷⁷ En Italie « désormais, les fonctions sont d'abord reconnues aux communes, sauf si, sur la base des principes «de subsidiarité, de différenciation et d'adéquation», elles sont attribuées aux provinces, aux métropoles, aux régions ou à l'État. **C'est la loi de l'État qui, en général, effectue cette répartition** dans les matières de sa compétence et la loi régionale dans les autres, dans un cadre où – comme nous l'avons évoqué – la définition des «fonctions fondamentales» des communes, des provinces et des métropoles est réservée à l'État.» VANDELLI, L., «Du régionalisme au fédéralisme», *Pouvoirs*, n° 103, 2002/4

⁸⁷⁸ En Italie, le décret législatif n° 112/1998 introduisit pour la première fois le principe de subsidiarité dans la répartition des compétences. Aujourd'hui l'art. 118 al. 1 de la constitution prévoit que «les [compétences] administratives sont attribuées aux communes, à l'exception des fonctions qui, afin d'en assurer l'exercice unitaire, sont attribuées aux provinces, aux villes métropolitaines, aux régions et à l'État, sur la base des principes de subsidiarité, de différenciation et d'adéquation». POGGI A., «Les compétences administratives et réglementaires des régions italiennes», *Revue française d'administration publique* 1/ 2007 (n° 121-122), p. 99.

⁸⁷⁹ Art. 5-3 TUE. Par ailleurs, « les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole [n°2] sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole.»

⁸⁸⁰ DEROSIER, J.-P., op. cit. p. 130.

b) Les conditions de la normativité du principe de subsidiarité

Pour que le principe de subsidiarité puisse être considéré comme normatif, et pas seulement incantatoire, il faut que certaines conditions minimales soient réunies: d'abord qu'il soit nommément inscrit dans la Constitution; ensuite que cette dernière consacre une répartition des compétences concurrentes entre les entités territoriales et l'Etat; puis que le principe puisse être invoqué devant une ou des juridictions; et enfin qu'une jurisprudence existe afin d'en cerner les contours.

On peut ajouter que le principe peut ou pourrait même s'exercer avec une répartition de compétences exclusives ou d'une compétence de principe (ou générale) au profit des entités territoriales. En effet, l'Etat ou d'autres entités territoriales supérieures n'interviendraient que lorsque les entités territoriales titulaires de telles compétences ne pourraient résoudre seules leurs affaires.⁸⁸¹

2. Les obstacles à l'application du principe de subsidiarité au Chili et en France au bénéfice des entités territoriales

Le principe de subsidiarité semble consacré par les deux Constitutions, à l'article 72 al 2 du texte français, et à l'article 1er⁸⁸² de la Constitution chilienne mais uniquement en relation avec les corps intermédiaires dans le domaine économique⁸⁸³. Un réexamen de ces affirmations (a et b) permet de montrer les difficultés de l'application du principe politique de subsidiarité en droit.

On peut distinguer des obstacles communs et des obstacles propres à chaque système juridique. On résumera ici les premiers et développera les seconds (a et b).

En premier lieu, aucune des deux Constitutions ne consacre une répartition des compétences qui soient exclusives et/ou concurrentes.

Ensuite, son application sur le mode européen paraît difficile, tant politiquement que juridiquement, car on n'imagine guère les gouvernements se prêter au "test d'efficacité

⁸⁸¹ J. ZILLER rappelle d'ailleurs que si ce principe n'est pas reconnu expressément dans la Loi fondamentale allemande, la doctrine et la jurisprudence le situent dans l'article 28 qui garantit la *selbstverwaltung* ("auto administration") des collectivités locales. ZILLER, J., "Chapitre III. Le principe de subsidiarité", in AUBY, J.-M et DUTHEIL de la ROCHERE, J. (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2008, p. 38.

⁸⁸² Art.1 alinéa 2: "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos."

⁸⁸³ Pour une critique sévère de cette conception purement économique, par exemple :TAPIA, J., «Descentralización, regionalización y neosubsidiariedad», in ZÚÑIGA, F. (coord.), *Reforma Constitucional*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2005. pp. 167-187.

comparative”⁸⁸⁴, au “principe de proportionnalité”⁸⁸⁵ et, enfin, à des mécanismes de contrôle aussi lourds, que ceux prévus par le Traité de Lisbonne.

a) La Constitution chilienne consacre un principe de subsidiarité qui ne bénéficie pas aux entités territoriales

Les dispositions de la Constitution chilienne traditionnellement citées pour se référer au principe de subsidiarité sont les articles 1, al. 2 et art. 3.

Le premier annonce que l’Etat reconnaît et protège les groupes intermédiaires au travers desquels s’organise et se structure la société et leur garantit l’autonomie adéquate pour la réalisation de leur fins propres et spécifiques.

De la lecture de l’histoire de l’élaboration de l’article 3 de la Constitution chilienne, on trouve une référence au principe de subsidiarité⁸⁸⁶. En effet, lors de la séance n° 16 du 13 novembre 1973, l’idéologue du nouveau régime, J. GUZMAN, avait relevé «l’importance de consacrer le principe de la décentralisation du Pouvoir ou de celui de la «subsidiarité», dans le sens où la fonction de l’État est, en première instance d’intégrer et coordonner les diverses activités du pays et, seulement à titre subsidiaire et en seconde instance, celle d’assumer directement une tâche spécifique quand par son importance elle ne peut être laissée aux corps intermédiaires.»⁸⁸⁷

Cependant, la peur viscérale des partisans du régime dictatorial envers l’étatisation de la société et les phénomènes collectifs publics⁸⁸⁸, se traduit par le fait que l’Etat ne

⁸⁸⁴ Lequel implique la prise en compte de plusieurs éléments propres à l’UE: “effet d’échelle; coût de l’inaction, nécessité de maintenir une cohérence raisonnable, limites d’une action isolée au niveau national, nécessité de respecter les règles de concurrence. Le test d’efficacité comparative doit faire apparaître la “valeur ajoutée” qui pourrait résulter de l’intervention.” DELCAMP, A. « Principe de subsidiarité et décentralisation », RFDC 1995, n° 23, p. 619-620.

⁸⁸⁵ Lequel demande qu’à efficacité égale, on choisisse l’intervention qui “laisse le plus de liberté”, ensuite d’éviter qu’une action indispensable ne se traduise par un excès de réglementation; et enfin de privilégier la clarté et la concision des textes. DELCAMP, A. « Principe de subsidiarité et décentralisation », op. cit. n° 23, p. 620.

⁸⁸⁶ Art. 3 : «El Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley. Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.»

⁸⁸⁷ Historia de la ley - Constitución política de la República de Chile de 1980 -Artículo 3° Estado de Chile forma, administración y regionalización - Sesión N° 16 del 13 de noviembre de 1973, BCN, pp. 9-10.

⁸⁸⁸ «Esta consagración temprana del principio de subsidiariedad en una constitución fue resultado de la influencia y presión conjunta de los sectores neoliberales de inspiración friedmaniana y de los sectores tomistas pero de orientación fundamentalista y con claras conexiones con el neoconservantismo norteamericano y los conservadores de la línea de Donoso Cortés. El objetivo perseguido por el régimen militar y su Constitución

vient suppléer que l'initiative privée dans les domaines où les particuliers ne peuvent, en raison de leur nature, intervenir⁸⁸⁹. Comme l'avait justement écrit A. DELCAMP, « rien dans son énoncé, sauf dans la reconnaissance de l'autonomie des particuliers, n'en fait un principe fondamental d'un régime démocratique. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles il a pu susciter [en France] une certaine méfiance car énoncé généralement dans un contexte relativement traditionaliste. »⁸⁹⁰

Aujourd'hui encore, le principe n'est reconnu ni en droit positif ni par la jurisprudence chilienne comme élément structurant de la distribution des compétences territoriales⁸⁹¹. Il ne s'applique, selon la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, qu'aux particuliers que ce soit à titre personnel ou regroupés en corps intermédiaires⁸⁹², ce qui est une application *a priori* conforme de l'idée première et catholique du principe⁸⁹³. On pourrait inférer qu'une commune ou une région est une entité territoriale regroupant des individus et donc suggérer une application du principe de subsidiarité. Mais le Tribunal

era claro y manifiesto: trazar una separación estricta entre economía y política, y entre Estado y sociedad civil; perfectamente acorde no solo con el modelo neoliberal que se empezó a aplicar desde 1975, sino con el ideal de democracia autoritaria y tutelada que se consagró en el texto original de la Constitución de 1980 (hoy parcialmente modificado en la materia). En realidad, a partir de los años 80, la noción de Estado subsidiario paso a ser la norma, puesta en práctica por las políticas económicas de Margharet Thatcher y la «Reaganomics» norteamericana.” TAPIA V., J., Descentralización y subsidiariedad en la época de la Globalización”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Santiago, Chile, Año 1, n°1, 2003, pp. 102-103

⁸⁸⁹ “De acuerdo con el principio de la subsidiariedad (...) el Estado viene a suplir la iniciativa privada en aquellas actividades en que los particulares no pueden, por su naturaleza, intervenir” Sesión N° 17 del 15 de noviembre de 1973.” Historia de la ley - Constitución política de la República de Chile de 1980 -Artículo 3° Estado de Chile forma, administración y regionalización - Sesión N° 16 del 13 de noviembre de 1973, BCN, pp. 9-10:

⁸⁹⁰ DELCAMP, A. « Principe de subsidiarité et décentralisation », op. cit. n° 23, p. 615.

⁸⁹¹ Car l'extension du principe de subsidiarité au champ de la répartition des compétences territorial est encore craint par certains tenants du fondamentalisme néolibéral qui y voient le cheval de Troie des interventions de l'Etat dans l'économie .

⁸⁹² STC 352-02-de 15.07.2002, *Caso “Liceo Manuel de Salas”*, cons. 7 : « De acuerdo con el principio de subsidiariedad, al Estado no le corresponde absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios”.

⁸⁹³ “Que l'autorité publique abandonne donc aux groupements de rang inférieur le soin des affaires de moindre importance où se disperserait à l'excès son effort : elle pourra dès lors assurer plus librement, plus puissamment, plus efficacement, les fonctions qui n'appartiennent qu'à elle, parce qu'elle seule peut les remplir : diriger, surveiller, stimuler, contenir selon que le comportent les circonstances ou l'exige la nécessité ». Encyclique *Quadragesimo anno, Actae Apostolicae Sedis* 23 (1931), p. 203, parag. 126. Ce à quoi il n'est pas inutile de rajouter que: “Les rapports des pouvoirs publics avec les citoyens, les familles et les corps intermédiaires doivent être régis et équilibrés par le principe de subsidiarité. » Encyclique *Pacem in Terris, Actae Apostolicae Sedis* LV, 1963, *Sur la paix entre toutes les nations , fondée sur la vérité, la justice, la charité, la liberté.* , parag. 140, v. : http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/fr/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html

constitutionnel a précisé que les groupes intermédiaires « sont toutes les associations distinctes de l'appareil public, c'est-à-dire toutes celles qui ne font pas partie des organes de l'État dans toutes ses manifestations : les organes de l'Administration de l'État, les tribunaux, les organes autonomes, les corporations de droit public. »⁸⁹⁴ Or, les régions et les municipalités sont des organismes administratifs qui intègrent l'appareil public.⁸⁹⁵

Il s'agit encore une fois d'une lecture partielle et biaisée du principe de la part des constitutionnalistes de la junte militaire qui est reprise par le Tribunal constitutionnel dans une lecture originaliste de la Constitution de 1980. En effet, Pie XI, dans l'Encyclique « *Quadragesimo anno* », avait auparavant prétendu que « de même qu'on ne peut enlever aux particuliers, pour les transférer à la communauté, les attributions dont ils sont capables de s'acquitter *de leur seule initiative* et par *leurs propres moyens*, ainsi ce serait commettre une injustice, en même temps que troubler d'une manière très dommageable l'ordre social, que de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes »⁸⁹⁶. Or, rien dans l'expression « groupements d'ordre inférieur » ne permet d'écarter les groupements de droit public, d'autant que les entités territoriales sont bien des collectivités, et cela permettrait d'instaurer au côté d'une « subsidiarité horizontale », une « subsidiarité verticale »⁸⁹⁷.

⁸⁹⁴ STC 1295-08 de 06.10.2009, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de catorce Compañías de Seguros Generales respecto de los artículos 3° y 4° de l DL n°1.757 de 1977, en recurso de reclamación de que conoce la CA de Santiago, causa rol n° 7910-2008*, cons. 55: «Las agrupaciones intermedias son todas las asociaciones distintas al aparato público, es decir, todas aquellas que no sean órganos del Estado en todas sus manifestaciones, esto es, órganos de la Administración del Estado, tribunales, órganos autónomos, corporaciones de derecho público.»

⁸⁹⁵ Cf. Art. 1 al. 2 LOCGBAE, et chap 3.

⁸⁹⁶ PIE XI, Encyclique « *Quadragesimo anno* », sur la restauration de l'ordre social en pleine conformité avec les préceptes de l'Évangile, à l'occasion du quarantième anniversaire de l'Encyclique « *Rerum novarum* », 15 mai 1931 (traduction officielle du latin, publiée par la Typographie vaticane), Paris, Bonne Presse, 1931, p. 31. Cité par DEROSIER J.-P., «La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité», *RIDC*, 1-2007, pp. 107-140

⁸⁹⁷ En Italie l'art. 118 al. 3 traite de la « subsidiarité verticale » et l'art. 118 al. 4 de la « subsidiarité horizontale » ZILLER, J., «Chapitre III. Le principe de subsidiarité», in AUBY, J.-M et DUTHEIL de la ROCHERE, J. (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2008, p. 388. Le thème de la subsidiarité horizontale s'applique à l'égard des citoyens et des organisations sociales. «Ainsi, la réforme constitutionnelle du chapitre V déjà évoquée attribue à toutes les institutions publiques, de l'État aux communes, l'obligation de favoriser « l'initiative autonome des citoyens, des individus et des associations, pour l'accomplissement des activités d'intérêt général»: cette conception se distingue de celle de la subsidiarité entendue comme critère définissant le rôle des institutions publiques de manière résiduelle, en le cantonnant au seul exercice des activités qui, en général, ne peuvent être convenablement exécutées par des personnes (dans un but lucratif ou pas) privées, dans une conception minimaliste des institutions publiques qui reculent devant des

A défaut de pouvoir réviser la Constitution, le principe de subsidiarité pourrait éventuellement trouver à s'appliquer si le juge constitutionnel et le législateur tiraient les conséquences de l'existence de compétences *privatives* au bénéfice des municipalités (cf. Section 2).

Enfin, le principe pourrait s'appliquer dans le cadre de la Convention 169 de l'ONU relatif aux peuples indigènes qui oblige l'État chilien à consulter toutes les composantes ethniques reconnues comme tels pour tout projet de loi les concernant. Ainsi, comme le signalait G. BURDEAU à propos des relations instaurées par la loi (ou la norme supérieure en général) entre règlement national et règlement territorial: «de l'individu à l'État, à travers la famille, le groupe professionnel, la commune, la région ou le département, les prérogatives du groupe supérieur sont limitées par celles qu'exerce le groupe inférieur dans le cadre des fonctions qui lui sont reconnues. Si bien que, d'une part, l'intervention des autorités correspondant au groupe supérieur n'est possible que lorsque la décision à prendre excède le domaine d'action des autorités échelonnées plus bas et, d'autre part, à tous les degrés, les décisions prises le sont en harmonie avec les représentants juridiques de la collectivité intéressée. C'est cette stratification des droits qui, à la fois procure au pouvoir une assise réelle dans l'opinion, et limite celles de ses initiatives qui ne rencontrent pas l'adhésion des groupes intéressés.»⁸⁹⁸ Le seul critère qui marque alors la frontière entre l'ingérence et la non-ingérence est la capacité d'une entité à résoudre ses problèmes.

b) La Constitution française ne consacre pas un principe de subsidiarité au profit des entités territoriales

En France, la subsidiarité serait un principe appelé à réguler la répartition des compétences entre différents niveaux d'administration, depuis les institutions de l'Union européenne jusqu'aux communes, et non pas un droit ou un principe normatif s'imposant au législateur. L'alinéa 2 de l'article 72 qui l'introduirait⁸⁹⁹ devant la libre administration

dynamiques externes, en renonçant à réguler, par exemple et en particulier, les dynamiques économiques. La conception que retient la Constitution est au contraire une subsidiarité à forte valeur sociale, et ce n'est donc pas par hasard si la nouvelle disposition a été partagée par différentes composantes de la société civile d'origines culturelles et politiques très variées" VANDELLI, L., "Du régionalisme au fédéralisme", *Pouvoirs*, 2002/4 (n° 103)

⁸⁹⁸ BURDEAU, G., *Traité de science politique*, 3^{ème} éd. Tome II, p. 367.

⁸⁹⁹ Par exemple, un observateur étranger comme L VANDELLI estime qu'avec cet article, «la Constitution française adopte le principe de subsidiarité au sens «vertical» ou «institutionnel», ce qui serait «celui qui est

pourrait laisser penser qu'il y aurait là désormais comme une préséance sur les autres composantes de la mise en œuvre de la décentralisation⁹⁰⁰. Cependant, la disposition de l'article 72 al. 2 doit plutôt être reliée à la vieille notion introuvable «d'affaires locales» dont elle partage la faiblesse normative. Au contraire, la libre administration est un des éléments de l'autonomie locale qui est protégé par le Conseil constitutionnel (cf. infra).

Pour J.-B. AUBY, l'introduction de ce principe dans la Constitution française la rapproche des États fédéraux.⁹⁰¹ Il faut sans doute être plus prudent, d'abord parce qu'il n'est pas textuellement mentionné, ensuite parce que «le fédéralisme doit être distingué de la subsidiarité»⁹⁰² et, enfin, la portée de l'article 72 al. 2 dépendra du juge constitutionnel. Ce dernier lui a provisoirement fermé la porte puisque dans la décision n° 2005-516 du 7 juillet 2005⁹⁰³, il a reconnu que le législateur disposait d'une certaine marge d'appréciation pour la définition des zones de développement de l'énergie éolienne, eu égard à l'intérêt général. En ce sens, conformément à la Charte européenne de l'autonomie locale, le législateur définit l'ampleur et la nature des tâches confiées aux collectivités territoriales en prenant en compte les exigences d'efficacité et d'économie.⁹⁰⁴

L'article 72 al. 2 ne traduit en fait qu'« une vision technocratique de la répartition des compétences, opérée non plus en vue des intérêts des habitants mais en fonction des caractéristiques propres des matières à gérer et de considérations tenant aux modalités de

employé par le Traité de Maastricht ». VANDELLI, L., «Formes d'État: État régional, État décentralisé», chap. II du Titre I, *Formes d'État* du 1^{er} tome du *Traité international de droit constitutionnel* (sous la dir. de TROPER, M. et CHAGNOLLAUD, D.), Dalloz 2012, p. 69. Comme le remarque FRAISSE, R., «Quelle est la portée du "principe de subsidiarité" ?», *Droit administratif*, 2005 (8-9), pp. 21-22: la doctrine française est divisée car certains des auteurs «se demandaient si cette disposition aurait une portée normative. Certains qualifiaient cette exigence constitutionnelle d'objectif, d'autres de principe, voire des deux. Son appellation variait : le plus souvent, elle était dénommée « principe de subsidiarité », parfois « principe de proximité » ou « principe d'adéquation des compétences à l'échelon territorial ». Il est d'ailleurs significatif que ni les députés requérants dans leur saisine, ni le Gouvernement dans ses observations, ni le Conseil constitutionnel dans sa décision n'utilisent l'expression « principe de subsidiarité », préférant se cantonner derrière la circonlocution utilisée par le constituant : principe selon lequel « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ».

⁹⁰⁰ DRAGO, G., « Les principes de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales après la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 : clarification ou continuité ? », en GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, op. cit. p. 39.

⁹⁰¹ AUBY, J.-B., préface de GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, idem, p. VIII-IX.

⁹⁰² JACKSON C., V., « Fédéralisme – Normes et territoires », op. cit. p. 8.

⁹⁰³ CC, Décis. n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec. p. 102; *Dr. adm.* 2005, comm. n° 114, note R. FRAISSE.

⁹⁰⁴ Art. 4 paragraphe 3 de la Charte européenne de l'autonomie locale.

gestion. »⁹⁰⁵ Il peut donc se lire autrement que ne le fait une partie de la doctrine : il ne consacrerait pas le principe de subsidiarité en faveur des collectivités territoriales mais une liberté d'appréciation plus grande du législateur. En effet, c'est lui qui déterminera «l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon.» Le Conseil constitutionnel semble d'ailleurs validé cette interprétation puisqu'il n'est disposé qu'à censurer l'erreur manifeste du législateur.⁹⁰⁶ Certes la Constitution énonce une règle de fond qui limite le pouvoir discrétionnaire du législateur mais le juge constitutionnel le contrôlait déjà par référence à la libre administration. De plus, «contrairement à ce que suggère la référence à la subsidiarité, la règle de fond ainsi formulée n'a pas nécessairement une portée décentralisatrice: compte tenu de certaines exigences telles que l'égalité entre les citoyens, l'analyse pourrait aussi conclure au choix de l'échelon national ou de l'échelon régional de préférence à un échelon de proximité.»⁹⁰⁷

Si l'on nomme cependant cela subsidiarité, on peut soutenir que le principe avait déjà une traduction législative qui consacre la diversité et la spécificité des statuts ou moyens accordés.⁹⁰⁸

Un auteur a pu écrire que l'«ensemble ne fait de la France ni un État fédéral, ni un État régional, au moins pour sa partie territorialement située en Europe. Mais on a là l'illustration des nombreux «arrangements fédératifs» qui la caractérisent désormais, en tant qu'État unitaire décentralisé, et que l'on a pu qualifier ailleurs de «décentralisation coopérative»⁹⁰⁹. D'une part, selon l'auteur, la simple évocation de la notion de fédéralisme

⁹⁰⁵ BÉNOIT, F.-P., « L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 36.

⁹⁰⁶ CC, Décis. n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec. p. 102 ; *Dr. adm.* 2005, comm. n° 114, note R. FRAISSE, cons. 12 et 13. De plus, le Conseil constitutionnel estime que ce principe de subsidiarité n'est pas un droit ou une liberté garanti par la Constitution, de nature à être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité. Il ne fait donc pas partie des droits constitutionnels des collectivités locales, ce qui contribue à lui donner un aspect essentiellement incantatoire. EVEILLARD G., "Intercommunalité et libre administration des collectivités locales", *Droit Administratif*, n° 8, Août 2013, comm. 62.

⁹⁰⁷ DOUENCE, J.-C., «Le statut constitutionnel des collectivités territoriales», *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1., juin 2005, Éd. 2013, n° 183.

⁹⁰⁸ Ainsi, du statut des territoires d'outre-mer (spécificité géographique et culturelle) et celui des cas particulier de Paris-Lyon-Marseille (spécificité démographique) ou de la Corse (spécificité culturelle). Cela s'applique désormais en principe à l'ensemble des collectivités territoriales mais cela est surtout consacré en pratique par l'adoption de l'article 72 al. 5 qui consacre les notions d'action commune et de chef de file. Cf. *infra*.

⁹⁰⁹ BRIANT, V. de, «La décentralisation coopérative et ses limites», *Pouvoirs locaux*, Institut de la décentralisation, Paris, n° 68, 2006, p. 64-69. Du même auteur : *L'action commune en droit des collectivités*

en France est à éviter parce que «l'idée fédérale demeure, pour l'instant, incompréhensible aux Français»⁹¹⁰, malgré l'appartenance de la France à l'Union européenne, et, d'autre part, ces «arrangements» sont nombreux au plan local ou régional, que ce soit en «métropole» ou «outre-mer», en dehors même du cas des aires urbaines ou de l'intercommunalité, admis par tous comme étant fédératif, indépendamment de la nature de l'État. Ces arrangements ont dès lors un caractère systémique, tout en demeurant largement ignorés et innomés.»⁹¹¹

Enfin, on peut rappeler que des textes infra constitutionnels relatifs à la déconcentration avaient déjà consacré le principe de subsidiarité⁹¹². Ainsi de la loi relative à l'administration territoriale de la République du 6 février 1992⁹¹³ et du décret du 1^{er} juillet 1992 portant Charte de la déconcentration.⁹¹⁴

En définitive, si l'article 72 al. 2 prétend « transposer dans un État restant unitaire la préoccupation qu'exprime, en droit communautaire, le principe de subsidiarité»⁹¹⁵, ce dernier ne reste **qu'un objectif à valeur constitutionnelle**⁹¹⁶ dont la poursuite « sera facilitée par la possibilité désormais ouverte par l'article 37-1, puisque les expérimentations prévues par cet article permettront de déterminer efficacement le niveau adéquat pour l'exercice de telle ou telle compétence.»⁹¹⁷ La définition par l'État de ce «niveau adéquat»

territoriales, contribution à l'étude des compétences exercées en commun par l'État et les collectivités territoriales, Paris, L'Harmattan, 2009.

⁹¹⁰ LEGENDRE, P., «La marge de manœuvre», *AJDA*, hors-série 1992, Paris, Dalloz, p. 137.

⁹¹¹ BRIANT, V. de, «Contribution à l'étude des «arrangements fédératifs», de l'État fédéral à l'État unitaire décentralisé», *Fédéralisme Régionalisme*, Volume 9 : 2009 Numéro 2 - Le fédéralisme sans l'État fédéral : <http://popups.ulg.ac.be/federalisme/document.php?id=841>

⁹¹² KADA, N., «Déconcentration et décentralisation: une fable contemporaine», en REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*. Actes du colloque de Toulouse 2010 – IDETCOM (EA 785) Université Toulouse 1 Capitole, L'Harmattan 2012, p. 245

⁹¹³ Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République.

⁹¹⁴ Décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992 portant Charte de la déconcentration (JO du 4 juillet 1992, p. 8898).

⁹¹⁵ Exposé des motifs destiné à présenter au Parlement le projet de loi constitutionnelle, cité par VIGUIER, J., «La décentralisation: d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État», op. cit., p. 45.

⁹¹⁶ Dans un sens différent, v. Par ex FRAISSE, R., «Quelle est la portée du "principe de subsidiarité" ?», *Droit administratif*, 2005 (8-9), pp. 21-22: «La décision (de 2005 évoquée) du Conseil constitutionnel est claire: le deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution énonce un principe et non un objectif à valeur constitutionnelle ; ce principe a une portée normative ; il signifie qu'il appartient au législateur de confier l'exercice d'une compétence à la collectivité qui, eu égard aux caractéristiques de cette compétence et aux intérêts concernés, est le mieux à même de l'exercer ; toutefois, le caractère peu contraignant des termes utilisés par le constituant lui laisse une grande marge d'appréciation ; en conséquence, son choix ne saurait être remis en cause par le Conseil constitutionnel qu'en cas d'erreur manifeste.» On notera cependant que la normativité de ce soi-disant principe est bien légère, d'autant qu'à la différence de la libre administration, il n'est même pas mentionné dans la constitution

⁹¹⁷ Exposé des motifs destiné à présenter au Parlement le projet de loi constitutionnelle, cité par VIGUIER, J., « La décentralisation : d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État », in REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*, op. cit., p. 45.

est contraire à l'idée même de subsidiarité, y compris à ses modalités d'application en droit de l'Union européenne et ne pourrait se concevoir que sur la base de l'existence de compétences concurrentes (voire exclusives) au profit des collectivités territoriales. Par ailleurs, le principe de subsidiarité tel qu'il s'applique au niveau européen conduit parfois à une recentralisation, particulièrement s'agissant de la transposition des directives.

En France, c'est un objectif à valeur constitutionnelle - et non un principe normatif - qui prend forme au travers de diverses dispositions constitutionnelles comme la libre administration, le recours à l'expérimentation, l'interdiction de la tutelle entre collectivités, la collectivité chef de file ou encore l'autonomie financière⁹¹⁸ qui font l'objet d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel qui permet peu à peu de dessiner les contours.

3. Conclusion

Complexe, ambiguë et double tel Janus⁹¹⁹, le principe de subsidiarité « peut être utile comme principe d'organisation à divers niveaux d'autonomie conçus soit en termes fonctionnels d'efficacité ou d'économies d'échelle, soit en termes « démocratiques » pour rapprocher la prise de décision du citoyen mais la subsidiarité n'est qu' « un principe technique et démocratique utile pour légitimer aussi bien la centralisation que la décentralisation. »⁹²⁰ C'est donc à la fois une règle de bonne gouvernance, plus qu'un véritable principe juridique⁹²¹, et un principe d'explication de la dialectique centralisation/décentralisation⁹²². En fait, le principe de subsidiarité « n'est ni un principe centralisateur, ni un principe décentralisateur. Il peut mener à l'un ou l'autre des types d'organisation suivant le sens dans lequel il s'exerce. C'est un principe dynamique qui

⁹¹⁸ Cf. Chapitre 7, la jurisprudence relative aux transferts de charge.

⁹¹⁹ LEURQUIN-DE VISSCHER, V. F. « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », in DELPÉRÉE, F. (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2002 : « À l'instar du dieu Janus, la subsidiarité présente deux aspects qui ne peuvent être dissociés l'un de l'autre. » p. 23,

⁹²⁰ FERRAN, R., « Fédéralisme et groupes nationaux », *Revue internationale des sciences sociales* 1/ 2001 (n° 167), p. 43-51.

⁹²¹ BRISSON, J.-F., « Les nouvelles clés constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA*, n° 11, 2003.

⁹²² DEROSIER, J.-P., « La dialectique centralisation/décentralisation - ... », op. cit.

retrace l'équilibre des forces en présence et les objectifs des responsables des entités participant au système.»⁹²³

Il n'est donc pas forcément utile de vouloir absolument consacrer constitutionnellement le principe de subsidiarité, tant que l'on reste dans le cadre de l'Etat unitaire. D'une part, le juge constitutionnel a dégagé une jurisprudence sur la libre administration et l'autonomie et, d'autre part, une telle inscription ne prendrait sens qu'avec une répartition constitutionnelle des différentes compétences.

B. Le principe d'une autonomie encadrée par la loi

L'article 72 al. 3 de la Constitution française dispose que «dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement». La libre administration est à la fois un titre de compétence du législateur (cf. infra § 2) prévu par les articles 34 et 72, mais aussi une exigence substantielle qu'il ne peut méconnaître.⁹²⁴

L'article 72 pose donc tant une règle de fond, la définition du contenu de la libre administration des collectivités territoriales, qu'une règle de procédure, puisqu'il confie à la loi le soin d'en fixer les conditions mais également les garanties. Or, comme le notait A. ROSS⁹²⁵, les normes de compétence ne sont pas autre chose que des normes de conduites indirectement formulées, puisque ce sont celles qui créent un organe habilité à dicter des normes de conduite. Une des différences qu'entretient le système français avec son homologue chilien est certainement la consécration de cette référence constitutionnelle qui fait entrer le droit des collectivités territoriales, dans leur ensemble, dans la logique de l'État de droit qui implique d'accepter qu'une autorité différente du législateur lui en impose le respect.⁹²⁶

⁹²³ Idem. Voir aussi MATHIS-CALVET, C., *Décentralisation et subsidiarité: les germes d'une évolution*, Thèse, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2004, p. 11.

⁹²⁴ VERPEAUX, M., « Les métropoles devant le Conseil constitutionnel », Commentaire de CC, Déc., n°2013-687 DC du 23 janvier 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 8, 24 Février 2014, p. 2046.

⁹²⁵ ROSS, A., « Sur les concepts État et Organes d'État en droit constitutionnel », in *Introduction à l'empirisme juridique*, Bruylant – LGDJ, 2004, pp. 167-182. Du même auteur: *On Law and Justice*, University of California Press, 1959.

⁹²⁶ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 21 p. 26. Voir sur ce point les développements du chap. 6.

Cette notion à valeur constitutionnelle est protégée attentivement par le Conseil constitutionnel. Selon le Doyen FAVOREU «la **décentralisation** exprime[rait] essentiellement une démarche de l'État consentant à réduire ses attributions et à les transférer partiellement à des autorités élues, tout en conservant une tutelle sur l'exercice des attributions ainsi transférées. La **libre administration** n'implique pas un transfert de l'État vers les collectivités territoriales car celles-ci détiennent déjà, en elles-mêmes, ou par elles-mêmes, un certain nombre d'attributions ou de compétences qui leur sont consubstantielles ». Et il ajoutait, «**la première relève du législateur**, qui peut lui apporter les aménagements nécessaires, se situe dans l'ordre administratif et dépend essentiellement du juge administratif; **la seconde relève du constituant**, se situe dans l'ordre constitutionnel et peut être modelée et interprétée par le juge constitutionnel.»⁹²⁷

Cette approche semble devoir être tempérée car l'article 34 de la Constitution dispose que c'est la loi qui «*fixe les règles concernant le régime électoral des assemblées locales*» et «*détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources.*»⁹²⁸ Comme nous l'avons signalé⁹²⁹, ce serait plutôt l'inverse désormais : l'organisation de la République française est décentralisée⁹³⁰ et s'impose au législateur qui la met en œuvre par (entre autres) la liberté d'administration des collectivités territoriales.

On voit cependant dès à présent, comme le souligne L. FAVOREU, comment au problème initial d'une répartition des compétences décentralisées vers les collectivités territoriales, se rajoute un problème de compétence juridictionnelle. Car la notion constitutionnalisée limite l'intervention du législateur et, *a fortiori*, celle de l'exécutif, donc du pouvoir réglementaire général, mais n'implique pas pour autant l'autonomie totale de l'administration territoriale.

⁹²⁷ FAVOREU, L., «Les bases constitutionnelles de la décentralisation», in *Révolution et décentralisation*, colloque de Besançon, 1989, pp. 83-88, part. p. 86-87

⁹²⁸ Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler que dépend de la loi la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales et de leurs compétences ainsi que ceux du régime de la propriété (CC., 28 janv. 2011, déc. n° 2010-95 QPC, SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autre).

⁹²⁹ Cf. Chap. 1.

⁹³⁰ Art 1er de la Constitution.

Le système chilien ne connaît pas le principe de libre administration qui est propre au système français mais consacre le principe d'autonomie⁹³¹ au profit des seules municipalités (art. 118 al. 4), les régions étant des organes administratifs mi-déconcentrés mi-décentralisés. Cette autonomie impose au législateur certaines obligations en termes de compétences, particulièrement normatives⁹³². Si ce principe d'autonomie au bénéfice des municipalités leur accorde une protection supérieure aux régions, cela ne change rien au fait que les deux catégories d'entités jouissent de fonctions et attributions définies par la loi (art. 118 al. 5⁹³³ et 113, al. 1⁹³⁴), car l'autonomie dont jouissent les municipalités existe pour qu'«elles s'administrent dans le cadre de la fonction et des attributions fixées par la Constitution et les lois»⁹³⁵.

C. Le principe de la possibilité de transférer des compétences par décret

Un autre principe juridique au nom duquel le législateur ou l'exécutif français peuvent transférer des compétences est celui de l'expérimentation-transfert (de compétences) de l'article 37- 1 de la Constitution qu'il faut distinguer de l'expérimentation-dérogation (de normes législatives ou réglementaires nationales) de l'article 72 al. 4⁹³⁶.

L'article 37-1⁹³⁷ habilite le législateur et le gouvernement à procéder à des expérimentations en termes de transfert de compétences. Destinée à éprouver la pertinence de nouvelles normes en leur donnant un champ d'application territorial ou matériel restreint, l'expérimentation constitue, en particulier, un moyen de réforme de l'Etat. A ce stade des

⁹³¹ En droit comparé, le concept de libre administration correspond généralement à celui d'autonomie locale. V. MARCOU, G., «Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », in PAVIA, M.-L.(dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain ?* Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 199-220.

⁹³² STC 1051-08, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública*: la autonomía municipal es triple, pues abarca la dimensión organizativa, institucional y normativa.

⁹³³ «Una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades»

⁹³⁴ «El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende.»

⁹³⁵ SILVA B., A., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo 10, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, págs. 130-131: Es una autonomía para que se «*auto regulen dentro del marco de la función y las atribuciones que les fijan la Constitución y las leyes*».

⁹³⁶ Cf. Chap. 6.

⁹³⁷ Art. 37-1: « La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental. »

développements⁹³⁸, il suffit de signaler que l'expérimentation-dérogation, pour sa part, autorise les collectivités territoriales à déroger, à titre expérimental aux dispositions législatives et réglementaires régissant l'exercice de leurs compétences.⁹³⁹ Il ne s'agit donc pas ici de l'expérimentation d'une nouvelle compétence déléguée⁹⁴⁰ par le législateur comme dans le cas de l'article 37-1 mais d'exercer un pouvoir normatif « propre » sur des compétences déjà transférées.⁹⁴¹

L'expérimentation de nouvelles compétences s'effectue par la loi ou le règlement.

Dans le premier cas, il s'agira d'une loi particulière dérogatoire aux lois générales de répartition de compétences. Dans le second cas, on parlera d'une modalité d'organisation interne à l'administration qui s'effectuera par décret. Selon la formule de F. CROUZATIER-DURAND, «la méthode expérimentale repose sur l'observation d'un phénomène afin d'en dégager une théorie générale»⁹⁴². L'article 37-1 est une reconnaissance, dans la Constitution, des pratiques de l'expérimentation par l'Etat. D'une part, même si la technique de l'expérimentation a été amplement utilisée depuis longtemps pour le transfert des compétences, sa consécration constitutionnelle a eu beaucoup de problèmes à s'imposer en France où la toute-puissance de la loi est un dogme. S'il ne révolutionne donc pas les pratiques antérieures, « admettre l'expérimentation législative suppose de reconnaître que la loi n'est pas ou plus, toute puissante, c'est-à-dire qu'elle peut faire l'objet d'une évaluation. »⁹⁴³

Ce droit à l'expérimentation doit être mis en relation avec le principe de subsidiarité déjà évoqué. Ainsi, le garde des Sceaux de l'époque affirmait que la poursuite de l'objectif

⁹³⁸ Pour plus de développements, cf. chap. 6.

⁹³⁹ Voir les arts. LO1113-1 et suivants du CGCT pour ses modalités d'application

⁹⁴⁰ Le terme de délégation paraît plus approprié que celui de transfert car la délégation n'est pas définitive et peut toujours être retirée par le délégant. Ce qui n'est normalement pas le cas d'un transfert. Même si en termes de décentralisation, le législateur peut toujours récupérer une compétence transférée.

⁹⁴¹ On peut donc également qualifier les expérimentations de l'article 37- 1 d'expérimentations normatives étatiques et celles de l'article 72 al. 4 d'expérimentations normatives locales comme le fait F. CROUZATIER-DURAND: «Le succès des expérimentations normatives étatiques face aux échecs de l'expérimentation normative locale», in BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, op. cit. pp. 223-231.

⁹⁴² Idem.

⁹⁴³ CROUZATIER-DURAND, F., « L'expérimentation juridique », in PAVIA, M.-L. (dir.), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain?*, op. cit. p. 119.

à valeur constitutionnelle que constitue le principe de subsidiarité, «sera facilitée par la possibilité désormais ouverte par l'article 37-1, puisque les expérimentations prévues par cet article permettront de déterminer efficacement le niveau adéquat pour l'exercice de telle ou telle compétence. C'est ainsi un ensemble de dispositions cohérentes qui sont introduites dans la Constitution, afin de servir d'instruments pour la réforme de l'Etat.»⁹⁴⁴

Depuis leur constitutionnalisation, il est possible de parler d'un relatif succès de ces expérimentations⁹⁴⁵ alors que les expérimentations-dérogations se traduiraient par un échec.⁹⁴⁶ Cela est peut-être dû d'abord au fait qu'elle est bien perçue comme une recherche de clarification des compétences et non comme une habilitation législative d'un pouvoir normatif local intervenant dans le champ de la loi. Il ne s'agit que de confier une nouvelle compétence à une collectivité, procédé normal de la décentralisation. Ensuite les expérimentations-transfert ne sont pas nouvelles, puisque les premières expérimentations de ce type eurent lieu dans les années 60 et 70. Enfin, les capacités et moyens mis en œuvre jouent certainement un rôle. D'un côté c'est l'État qui est garant, de l'autre la collectivité.⁹⁴⁷

Les questions soulevées par l'« expérimentation –transfert » des dispositions de l'article 37-1 n'ont semble-t-il pas toutes été clarifiées.⁹⁴⁸ La pratique de l'expérimentation n'avait été admise que dans des limites étroites par le Conseil constitutionnel et le juge administratif qui estimaient qu'elle risquait de se heurter au principe d'égalité. Son inscription dans la Constitution permet d'y recourir dans un domaine plus large, et dans de

⁹⁴⁴ Exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, Texte n° 24 (2002-2003) de M. Dominique PERBEN, garde des Sceaux, ministre de la justice, déposé au Sénat le 16 octobre 2002, N° 24 rectifié Sénat, session ordinaire de 2002-2003, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 octobre 2002. <http://www.senat.fr/leg/pjl02-024.html>

⁹⁴⁵ Le législateur a ainsi permis à titre expérimental le transfert de la gestion de certains fonds structurels européens par des collectivités territoriales (art. 44 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales).

⁹⁴⁶ CROUZATIER-DURAND, F., « Le succès des expérimentations normatives étatiques face aux échecs de l'expérimentation normative locale », op. cit., pp. 223-231

⁹⁴⁷ Pour un inventaire, forcément provisoire, des expérimentations menées, voir par ex: CROUZATIER-DURAND, F., « L'expérimentation juridique », op. cit., p. 123-125

⁹⁴⁸ DESPOIX, J., « L'expérimentation comme mode ambigu de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales », in BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*. Actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen, L'Harmattan, 2009, pp. 215-222.

meilleures conditions de sécurité juridique. Cependant, son couplage avec l'article 72 al. 4 de la Constitution continue d'interroger.⁹⁴⁹

On sait que ces transferts posent un problème de compatibilité avec le principe d'égalité des citoyens devant la loi consacré à deux reprises dans le « bloc de constitutionnalité ».⁹⁵⁰ Mais on sait également que le Conseil constitutionnel a considéré que des différences de traitement peuvent être opérées en raison de différences objectives de situation, si elles sont justifiées par un objectif d'intérêt général.⁹⁵¹

Quoi qu'il en soit, le système se caractérise par sa précarité, son côté facultatif⁹⁵², les doutes légitimes qu'il suscite quant au respect du principe d'égalité et, enfin, n'a pas clarifié les compétences des collectivités locales.⁹⁵³

Pour sa part, l'article 114 de la Constitution chilienne prévoit que la LOCGAR déterminera la forme et la modalité selon lesquelles le Président de la République peut transférer à un ou plusieurs gouvernements régionaux, à titre temporaire ou définitif, une ou plusieurs compétences.

On peut voir dans cette disposition une parenté avec l'expérimentation, puisque, comme elle, le transfert peut ne concerner que certaines régions et n'être que temporaire. Les parlementaires comme la doctrine chilienne ne semblent pas cependant s'être inquiétés, comme ce fût le cas en France, de la rupture d'égalité des citoyens devant l'application de la loi.

Ces transferts de compétences concernent l'aménagement du territoire, l'appui aux activités économiques et le développement social et culturel. Ces matières étant déjà celles

⁹⁴⁹ Voir le développement du Chapitre 6 sur l'« expérimentation-dérogation ».

⁹⁵⁰ Arts. 6 DDHC 1789 et alinéa 3 du préambule de la Constitution de 1946.

⁹⁵¹ CC, Déc. n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Ponts à péage*, Rec. p. 31.

⁹⁵² CE, 9 mars 2007, *Département de la Vendée*; du même jour *Syndicat CFDT Culture*.

⁹⁵³ Car, de même que pour le principe de subsidiarité, la portée décentralisatrice de la mesure doit être rapportée à sa raison d'être originelle qui est de permettre une réforme de l'État. Ainsi, même si ces dispositions s'inscrivent dans une réforme de la décentralisation, elles « sont destinées à l'État pour les besoins de ses propres réformes et, en outre, lui donnent une source constitutionnelle supplémentaire pour sa déconcentration à côté de la référence classiquement faite aux préfets. » FAURE, B., « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mélanges en l'honneur de F. Moderne. Mouvement du droit public*, Dalloz 2004, p. 179. Voir. un exemple récent constitué par le décret n° 2013-880 du 1er octobre 2013 relatif à l'expérimentation de la « garantie jeunes » et l'arrêté du 1er octobre 2013 fixant la liste des territoires concernés par l'expérimentation de la garantie jeunes, *JORF* du 2 octobre 2013.

prévues par la loi organique régionale, il ne s'agirait donc que d'un approfondissement de l'état existant.

D. L'existence ou l'absence de principe d'une tutelle entre entités territoriales

Une autre clé de détermination des compétences est en France l'interdiction de l'exercice d'une tutelle entre collectivités (art. 72 al. 5)⁹⁵⁴ et la possibilité de désigner une collectivité «chef de file» (72 al.5)⁹⁵⁵.

Comme le souligne J.-B. AUBY, la question d'une hiérarchisation (ou non) entre entités subétatiques «est assurément un seuil décisif à partir duquel les appareils publics s'éloignent du modèle unitaire pour évoluer vers le fédéral.»⁹⁵⁶

La logique de la décentralisation territoriale française est fondée sur les principes d'égalité et d'uniformité. Égales entre elles d'un point de vue institutionnel et juridique, les collectivités territoriales ne connaissent pas *a priori* de différence de statut. Il n'y a pas, comme dans les États régionaux et *a fortiori* les États fédéraux, des collectivités locales de caractère administratif (provinces, communes, etc.) inférieures aux Régions (Italie), Communautés Autonomes (Espagne) ou États (Fédération), qui sont des entités à caractère politique et qui exercent un pouvoir législatif.

L'interdiction de la tutelle entre collectivités constitue bien un critère de répartition des compétences. Ce principe est désormais constitutionnalisé et s'«indépendantise»⁹⁵⁷ d'autres notions telle que la libre administration.⁹⁵⁸ Sa relation avec la problématique de la répartition des compétences a depuis longtemps été soulignée.⁹⁵⁹

⁹⁵⁴ «Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre.»

⁹⁵⁵ «Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune».

⁹⁵⁶ AUBY, J.-B., préface de GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada...*, op. cit., p. X

⁹⁵⁷ Cf. FERSTENBERT, J., «La libre administration des collectivités territoriales : principe juridique ou notion juridique ?», in *Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot*, PU d'Orléans, 2006, p. 244.

⁹⁵⁸ Nous ne partageons donc pas l'affirmation du Pr. DRAGO selon laquelle cette interdiction «est encore une expression du principe de libre administration». DRAGO, G., «Les principes de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales après la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003: clarification ou continuité?», op. cit. p. 40.

⁹⁵⁹ Art. L 1111-3 CGCT: CC, Décision n° 83-168 DC, 20 janvier 1984; *Rec. CC.* 38; n° 84-174 DC, 25 juillet 1984, parag. 5 ; *Rec. CC.* 48 ; *RDP* 1986. 395, note FAVOREU ; *AJDA* 1984. 619, note FERSTENBERT; CC, Décision n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, parag. 29 ; *Rec. CC.*70; *AJDA* 2002.100, note SCHOETTL; *RFDC* 2002.410, note FAVOREU, 414, note VERPEAUX; n° 04-490 DC, 12 février 2004, parag. 59 ; CE ass. 12 février 2003, *Dép. des Landes* ; *AJDA* 2004.195, chron. DONNAT et CASAS ; *RFDA* 2004.518, note

Au Chili, l'affirmation du principe d'égalité n'est pas aussi forte qu'en France. S'il n'y a pas uniformité de statut entre régions et municipalités chiliennes, il n'y a pas officiellement non plus de tutelle entre entités territoriales, les municipalités étant des corporations autonomes de droit public.

Cependant, comme en France, deux éléments doivent être relevés : le premier est que l'égalité entre catégories de collectivités et entre collectivités d'une même catégorie est quelque peu illusoire et artificielle pour des raisons de taille, de ressources⁹⁶⁰ et des compétences mêmes attribuées par le législateur. En fait, l'interdiction de la tutelle de l'article 72-1 «tourne le dos à la réalité, tant il est évident qu'en l'état actuel des choses, la plupart des communes ne peuvent exercer leurs compétences sans l'assistance des départements et des régions. C'est ce qu'a d'ailleurs admis le juge en considérant, par exemple, qu'un département peut moduler le taux des subventions accordées aux communes selon le mode gestion des services publics qu'elles choisissent.»⁹⁶¹

Le second est la prolifération en France des structures intercommunales (EPCI) qui ne peuvent pas masquer le poids prépondérant des communes-centres. Le Chili est, d'un certain point de vue, sur la même tendance puisqu'a été votée récemment la loi d'association des municipalités qui met en œuvre l'article 118 al. 6 de la Constitution.⁹⁶²

Prenant acte de l'incapacité d'une seule collectivité à prendre en charge parfois une compétence, le constituant français de 2003 a consacré la notion de collectivité «chef de file». Il s'agit, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, d'autoriser -par la loi- l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune (art. 72 al. 5). Cette seconde

DOUENCE ; TA Montpellier 20 juin 1983, *Commune de Narbonne c/ Région Languedoc-Roussillon* ; *Rec.* 561 ; *AJDA* 1983.678, note DUGRIP.

⁹⁶⁰ A ce titre, les agences départementales, prévues par l'article L. 5511-1 CGCT, qui peuvent associer le département, les communes et des établissements publics intercommunaux, sont destinées à aider les petites communes, tout en respectant en apparence le principe de l'interdiction de la tutelle.

⁹⁶¹ GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, PH. (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit. p 293. Les auteurs se réfèrent à l'arrêt CE, Ass., 12 décembre 2003, n° 236442, Concl. F. SENERS, *RFDA*, 2004, p.518; F. DONNAT et D. CASAS, *Chr.*, *AJDA* 1995, p. 195 ; J.-C. DOUENCE, « La prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre », *RFDA*, 2004, p. 525. Solution confirmée par le CC, Décision 2011-146 QPC du 8 juillet 2011, *Dept des landes*.

⁹⁶² Cf. chapitre 3.

phrase de l'alinéa 5 de l'article 72 de la Constitution semble en contradiction avec la première qui énonce qu'«aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre.»

Il faut comprendre ces formulations comme le fait que seul le législateur peut déroger, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, au principe d'égalité. D'ailleurs, le Conseil a eu l'occasion de préciser que les collectivités ne peuvent désigner par contrat celle d'entre-elles qui sera le «chef de file» car cette responsabilité incombe au législateur.⁹⁶³

S'agissant du Chili, on ne trouve pas de telle disposition dans la Constitution, mais son article 122 de la Constitution prévoit, par exemple, que si les municipalités jouissent de l'autonomie pour l'administration de leurs finances, la loi de finances pourra leur assigner des ressources pour qu'elles fassent face à leurs dépenses, sans préjudice des ressources directement attribuées par la loi ou qui lui sont octroyées par les gouvernements régionaux respectifs.

Par ailleurs, l'art. 18 b) de la LOCGAR précise que l'une des fonctions du gouvernement régional de soutien au secteur productif sera d' *établir des priorités* de développement d'activités productives dans les différents secteurs, en se préoccupant spécialement d'une exploitation rationnelle des ressources naturelles, coordonnant les entités publiques compétentes et les acteurs du secteur privé des domaines d'activités concernés.

De même l'article 19 relatif au développement social et culturel, précise dans sa lettre d) que *le gouvernement régional devra distribuer entre les municipalités de la région les ressources* destinées au financement des bénéfiques et programmes sociaux administrés par celles-ci, en vertu des attributions que lui confère la loi.

L'article 20 f) prévoit enfin que gouvernement régional approuvera, entre autres, les plans régulateurs métropolitains, intercommunaux, communaux et de section.

On peut voir dans ces dispositions une sorte de tutelle financière comme politique des régions sur les municipalités. Étant dirigées par le représentant de l'Etat, il s'agit plus en fait d'une tutelle de l'Etat que de la région. La situation est cependant contradictoire avec la

⁹⁶³ CC., Décision n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, Rec., p. 183, cons. 57.

condition d'autonomie constitutionnelle des municipalités proclamée par la Constitution. Il faudra par ailleurs suivre de près ces dispositions dans l'hypothèse d'un détachement organique et fonctionnelle de l'Intendant des organes régionaux. Si ce « contrôle » est compréhensible du point de vue de l'Etat central dans un Etat unitaire, car on l'a vu cette autonomie correspond à la libre administration des collectivités françaises, il paraîtrait quelque peu choquant qu'il perdure entre entités infra étatiques. Surtout si celle qui se trouve être sous contrôle est censée être autonome.

§ 2. Les titres juridiques de détermination des compétences

Au-delà des principes constitutionnels qui peuvent guider l'action du législateur, on peut déceler des compétences directement attribuées par la Constitution (A). Exception faite de ces quelques cas, la définition et l'étendue des compétences des entités territoriales demeurent en principe du domaine de la loi dans les deux pays (B). C'est-à-dire que des principes constitutionnels encadrent l'action du législateur en matière de transferts et celui-ci les met en application par la loi de manière à ce que les collectivités territoriales s'administrent «librement» ou de manière «autonome».

Solution plus rare pour un État unitaire mais en pleine expansion, le système chilien prévoit la possibilité de transfert vers et entre entités territoriales par le règlement et le contrat. Mais l'expérience existait également, ou est en cours, en France (C).

A. L'attribution de compétences aux entités territoriales directement par la Constitution

L'attribution directe de compétences par les textes constitutionnels est une situation assez rare concernant les Etats unitaires qui pratiquent une décentralisation administrative.

On doit cependant considérer, suivant en cela S. REGOURD⁹⁶⁴, que les deux Constitutions attribuent directement aux entités territoriales des compétences électives, le législateur n'ayant pas la possibilité d'y déroger par une loi et devant mettre en œuvre ce mandat constitutionnel. En effet, les deux Constitutions disposent que les habitants constituant les entités territoriales ont pour première compétence d'élire leurs organes⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982, op. cit.

⁹⁶⁵ 72 al. 3 Constitution française: «Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus», Constitution chilienne: art 113 al. 2: « El consejo regional estará integrado

Dans ce sens, la *Contraloría General de la República* a estimé récemment qu'il n'était pas nécessaire d'attendre la loi qui définit les fonctions du président du gouvernement régional, puisque l'article 113 al. 5 de la Constitution dispose que «le conseil régional élit à la majorité de ses membres un président parmi ceux-ci.»⁹⁶⁶

Ensuite, les deux Constitutions accordent un pouvoir réglementaire (ou normatif) aux entités territoriales.⁹⁶⁷

Par ailleurs, l'article 3 al. 2 CPR mentionne la nécessité de promouvoir un «développement équitable et solidaire entre régions, provinces et communes du territoire national.» Il semble difficile de voir dans cet énoncé un principe constitutionnel de répartition des compétences mais plutôt une formule incantatoire.

Cependant, dans le chapitre XIV relatif au gouvernement et à l'administration de l'État apparaissent certaines dispositions qui semblent attribuer directement des compétences précises aux régions et municipalités, sans que l'intervention d'une loi d'application (organique ou pas) soit nécessaire. Ainsi, pour les régions, l'article 113 al. 7⁹⁶⁸ prévoit que le conseil régional sera chargé d'approuver le projet de budget et l'article 115 al. 3⁹⁶⁹ que le gouvernement régional devra répartir les fonds d'investissements sectoriels d'affectation régionale (*ISAR: inversiones sectoriales de asignación regional*).

por consejeros elegidos por sufragio universal en votación directa, de conformidad con la ley orgánica constitucional respectiva. » et al. 5 : El consejo regional, por mayoría absoluta de sus integrantes en ejercicio, elegirá un presidente de entre sus miembros.”; Art. 119 al. 1.: “En cada municipalidad habrá un concejo integrado por concejales elegidos por sufragio universal”.

⁹⁶⁶ CGR, Dictamen n°21666 du 26.03.2014 *Secretario Ejecutivo del Consejo Regional de los Ríos*, op. cit. : “procede que los miembros del Consejo Regional de Los Ríos, luego de su instalación, elijan a su Presidente, tal como lo ordena el indicado artículo 113 de la Constitución Política de la República.”

⁹⁶⁷ Toujours l'art. 72 al. 3: “Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.»; Art. 113 al. 1 : El consejo regional será un órgano de carácter normativo”, art. 119 al. 2: “El concejo será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas”

⁹⁶⁸ Art. 113 al. 7: “Corresponderá al consejo regional aprobar el proyecto de presupuesto de la respectiva región considerando, para tal efecto, los recursos asignados a ésta en la Ley de Presupuestos, sus recursos propios y los que provengan de los convenios de programación.”

⁹⁶⁹ Art. 115 al. 3: “ La Ley de Presupuestos de la Nación contemplará, asimismo, gastos correspondientes a inversiones sectoriales de asignación regional cuya distribución entre regiones responderá a criterios de equidad y eficiencia, tomando en consideración los programas nacionales de inversión correspondientes. La asignación de tales gastos al interior de cada región corresponderá al gobierno regional.”

Les municipalités, quant à elles, ne bénéficient de disposition constitutionnelle directe aussi claire⁹⁷⁰, ce qui laisse songeur sur la conception de l'autonomie en droit chilien, quand on pense que ce sont elles les organes constitutionnellement autonomes et non les régions.....

Enfin, selon l'article 74 al. 3 – 2 de la Constitution française, l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité (d'outre-mer), lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité. Il s'agit d'une possibilité offerte directement à ces collectivités par la Constitution.

B. Le fondement légal de détermination des compétences : un principe traditionnel commun?

Dans les États dits unitaires, il existe pratiquement peu d'exceptions à la détermination par la loi des compétences matérielles. Celle-ci-ci «s'entend comme l'opération légale consistant à conférer à une collectivité territoriale une compétence relevant précédemment de l'administration de l'État.»⁹⁷¹ C'est, d'ailleurs, un phénomène général au niveau européen que cette définition des compétences par la loi.⁹⁷² Ce fondement légal prendra différentes formes selon la solennité ou l'importance qu'on attache aux transferts des compétences de l'État vers les entités territoriales.

Ainsi, en France et au Chili, la détermination de la distribution des compétences a soit un fondement légal (articles 34 et 72 al. 3 de la Constitution) soit légal organique (art. 118 al. 5 et art. 113 al. 1)⁹⁷³, respectivement.

⁹⁷⁰ On peut cependant voir dans l'al. 3 de l'art. 119 un parallèle avec l'art. 113 al. 7 relatif aux régions. En effet, si **“La ley orgánica de municipalidades determinará las normas sobre organización y funcionamiento del concejo y las materias en que la consulta del alcalde al concejo será obligatoria y aquellas en que necesariamente se requerirá el acuerdo de éste. En todo caso, será necesario dicho acuerdo para la aprobación del plan comunal de desarrollo, del presupuesto municipal y de los proyectos de inversión respectivos.”** C'est moi qui souligne.

⁹⁷¹ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2^e édition, 2011, n° 624 p. 475.

⁹⁷² MARCOU, G., “Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe», in PAVIA, M.-L., *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain?*, op. cit. p. 201.

⁹⁷³ Selon l'art.66 al.2 CPR, les lois organiques doivent être votées par les 4/7 des députés et sénateurs en exercice.

Le troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution française dispose que les collectivités territoriales «s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi.» La notion de libre administration, constitue le fondement constitutionnel premier d'une règle de compétence législative⁹⁷⁴.

J.-C. DOUENCE parle, à ce propos, de la libre administration comme d'un critère de répartition des compétences entre la primauté de la loi et le caractère subordonné du pouvoir réglementaire national dans la mise en œuvre de la décentralisation.⁹⁷⁵

Juridiquement, même entendus de façon extensive, les principes fondamentaux, «auraient dû laisser une place au pouvoir réglementaire. Mais cette limite disparaît lorsque la loi est fondée à fixer les conditions de la libre administration, c'est-à-dire en dernière analyse, la totalité des règles touchant à la libre administration» (France)⁹⁷⁶ ou à l'autonomie (Chili). Dès lors, «puisque en matière de libre administration des collectivités locales, la compétence législative est le principe, il n'y a pas de place pour un pouvoir réglementaire national qui serait autonome vis-à-vis de la loi.»⁹⁷⁷

Ceci est logique car, «comme pour les autres libertés, le constituant français fait de la mise en œuvre de la libre administration un principe de compétence législative, donc laisse à la large discrétion du Parlement le soin de délimiter le degré d'autonomie locale.»⁹⁷⁸

Le Conseil constitutionnel évoque de manière générale «les dispositions qui consacrent la libre administration des collectivités territoriales»⁹⁷⁹, et joue un rôle de gardien de la compétence législative en la matière. Ainsi, a-t-il pu affirmer très tôt que la

⁹⁷⁴ La littérature sur ce point est pléthorique. Voir par exemple MODERNE, F. (dir.), *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983; MOREAU J. et DARCY G. (dir.), *La libre administration des collectivités locales, Réflexion sur la décentralisation*, Economica, 1984; AUBY, J.-M., «La libre administration des collectivités locales: un principe à repenser?», in *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales*, Éditions de l'Aube, 1999.

⁹⁷⁵ Pour une histoire de la jurisprudence constitutionnelle du renversement des domaines de compétences législatifs et réglementaires en matière de collectivités territoriales, voir DOUENCE, J.-C., «Le statut constitutionnel des collectivités territoriales», *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 1 (folio n°60), n° 134-161, juin 2005.

⁹⁷⁶ *Idem*, n° 142.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, n° 150.

⁹⁷⁸ FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 273

⁹⁷⁹ CC, Déc. n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*, op. cit.

détermination et la répartition des compétences entre État et collectivités territoriales, ainsi que l'étendue des compétences est une compétence législative.⁹⁸⁰

Cela signifie que le pouvoir réglementaire, autonome ou d'exécution, n'a aucune vocation naturelle à intervenir dans la définition de ces «principes fondamentaux». Le législateur pourrait d'ailleurs sans doute se voir sanctionné pour incompétence négative.

Enfin, si la libre administration -de rang constitutionnel- s'impose au législateur et à toutes les autorités administratives, la décentralisation est cependant limitée dans la mesure où le législateur veut préserver la conception française de l'État unitaire. Ce «principe» ne peut donc avoir de portée générale et absolue. Selon l'article 72 de la Constitution, "*ces collectivités s'administrent librement*», mais il précise bien «*dans les conditions prévues par la loi.*»

S'agissant du Chili, on ne trouve pas dans le texte constitutionnel, la jurisprudence ou la doctrine, de référence à un concept constitutionnalisé similaire à celui de libre administration comme fondement de la compétence législative pour distribuer les compétences entre l'État et les entités territoriales.

Cependant, le résultat est le même et la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler le principe de la primauté des normes constitutionnelles et légales en ce qui concerne la détermination des attributions et des compétences des différents organes et autorités publiques.⁹⁸¹

La référence à la loi organique dans le cas du Chili comme mode de détermination des compétences est relativement claire. Relativement, car il faut distinguer entre les régions et les municipalités.

Pour les régions, presque aucune mention n'est faite d'un renvoi à la loi ordinaire pour la détermination des compétences. En effet, l'article 113 al. 1⁹⁸² renvoie à la loi

⁹⁸⁰ CC, Déc. n° 67-47 L du 12 décembre 1967, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*, Rec. 1967, p. 3; CC., Déc. n°91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, Rec, p. 50

⁹⁸¹ «Que no puede prescindirse de la necesaria consideración de las normas tanto constitucionales como legales que gobiernan el principio de primacía de la Constitución y de la ley en el ámbito de las atribuciones y competencias de los distintos Órganos y Autoridades públicas» SCA de Santiago Rol 7676-2008 de 01.10.2009, *Sociedad Inmobiliaria Aseg Grevia Ltda. c/ Municipalidad de Independencia*, cons. n°6.

⁹⁸² Art. 113 al. 1 CPR: "El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación

organique le soin de déterminer les attributions du Conseil régional et l'alinéa 6⁹⁸³ la détermination des fonctions et attributions du Président du même Conseil. C'est donc la loi organique qui a originellement déterminé les compétences matérielles des régions et celles-ci évoluent par des modifications de la loi organique. D'une certaine manière, on peut voir la loi organique comme l'équivalent du CGCT français dont les articles sont modifiés par les lois successives de décentralisation.

Par contre, il faut s'arrêter sur l'article 114 de la Constitution. Celui-ci se réfère à la détermination par la loi organique de la forme et des modalités selon lesquelles le Président de la République pourra transférer des compétences à un ou plusieurs gouvernements régionaux, à titre temporaire ou définitif, en matière d'aménagement du territoire, d'appui aux activités économiques et au développement social et culturel. C'est-à-dire dans les matières transférées initialement par la loi organique. Il ne s'agirait donc que d'un approfondissement des compétences déjà transférées.

Ainsi, si les premières compétences ont été déterminées par la loi organique, la Constitution autorise désormais celle-ci à fixer le (ou les) titre(s) juridique(s) de détermination des compétences.

La loi organique régionale a(vait) donc le choix. Ce pouvait être une loi normale, un acte réglementaire national ou un contrat. Ou une combinaison des trois. La loi organique a opté pour les deux dernières solutions. De telle sorte que l'on peut soutenir que, concernant les régions chiliennes, ce n'est pas la loi le titre juridique direct qui permet de décentraliser les compétences. Cette modalité est étudiée au point suivant pour son originalité, car il pose la question des transferts par voie réglementaire et par contrat.

S'agissant des municipalités chiliennes, on trouve des dispositions constitutionnelles similaires quant au fondement légal de détermination de leurs compétences. L'article 118 al. 5 de la Constitution dispose qu'une «loi organique constitutionnelle déterminera les fonctions et attributions des municipalités. Cette loi signalera, en plus, les matières de compétence municipale que le maire, avec l'accord du conseil ou à la demande des 2/3 des

de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende.”

⁹⁸³ Art. 113 al. 6 CPR: “La ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones del presidente del consejo regional.”

conseillers en exercice, ou de la proportion de citoyens que la loi établit, soumettra à consultation avec effet non contraignant ou à plébiscite, ainsi que les conditions, forme et effets de la convocation. »⁹⁸⁴ Et l'article 118 al. 9, dispose que «la loi déterminera la forme et la modalité selon laquelle les ministères, les services publics et les gouvernements régionaux pourront transférer des compétences aux municipalités, ainsi que le caractère provisoire ou définitif du transfert.»

La même réflexion que pour les régions peut être soutenue ici, en y ajoutant cette particularité qu'est le transfert de compétences des régions aux municipalités. Pour la même raison évoquée précédemment, nous traitons de cela dans le point suivant.

Enfin, une (autre) spécificité chilienne doit être mentionnée: les transferts de compétences matérielles (ou fonctions) s'effectuent vers le gouvernement régional et les municipalités et les transferts d'attribution, dont le pouvoir réglementaire (ou normatif), vers les conseils: conseil régional (art 113 CPR⁹⁸⁵) et le conseil municipal (119 CPR⁹⁸⁶).

Le constituant et le législateur organique mélangent et intervertissent les termes de compétence, fonction et attribution⁹⁸⁷, mais on peut s'en tenir à la simplification signalée plus haut (cf. introduction).

La référence aux différents termes semble faire écho à l'article 24 de la loi française du 21 mars 1831 qui, s'agissant des compétences, disposait que le conseil municipal « peut s'occuper de toutes les matières qui rentrent dans ses attributions » et à la loi du 18 juillet 1837. Cette dernière «définit les attributions du conseil municipal en distinguant celles que le conseil municipal «règle par ses délibérations», pour lesquelles il dispose d'un pouvoir

⁹⁸⁴ Art. 118 al 5 CPR: “Una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades. Dicha ley señalará, además, las materias de competencia municipal que el alcalde, con acuerdo del concejo o a requerimiento de los 2/3 de los concejales en ejercicio, o de la proporción de ciudadanos que establezca la ley, someterá a consulta no vinculante o a plebiscito, así como las oportunidades, forma de la convocatoria y efectos.”

⁹⁸⁵ Art. 113 CPR » El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de *competencia del gobierno regional*, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las *atribuciones* que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende”.

⁹⁸⁶ Art. 119 alinea 2 CPR: “El concejo [municipal] será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá *funciones normativas*, resolutivas y fiscalizadoras y *otras atribuciones* que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.”

⁹⁸⁷ Sans rentrer dans le détail ici, je rappelle que les textes et la doctrine distinguent des attributions normatives, résolutives, financières, d'enquête. Je reviens sur le caractère normatif des attributions résolutives ou financières dans le chapitre suivant.

propre de décision, et celles sur lesquelles le conseil municipal « délibère », pour lesquelles les délibérations ne sont valables qu'après approbation par le préfet »⁹⁸⁸.

C. Les possibilités de détermination des compétences par voie réglementaire et/ou conventionnelle

L'article 114 CPR -déjà mentionné- se réfère à la détermination par la loi organique de la forme et des modalités selon lesquelles le Président de la République pourra transférer des compétences, à titre temporaire ou définitif, en matière d'aménagement du territoire, d'appui aux activités économiques et au développement social et culturel. C'est-à-dire dans les matières transférées initialement par la loi organique.

Pour ce faire, la loi organique, par son article 16 h) relatif aux fonctions générales du gouvernement régional, renvoie à l'article 67 de la même loi. Celui-ci prévoit que les gouvernements régionaux, à effet de ce qui est prévu à l'article 103 de la Constitution (aujourd'hui 114⁹⁸⁹), pourront solliciter du Président de la République le transfert de compétences et ressources qui sont à la charge d'organismes ou de services de l'administration centrale ou de l'administration fonctionnellement décentralisée, accompagnant à l'appui de leur demande les études et antécédents qui démontrent leur aptitude à assumer de telles responsabilités⁹⁹⁰. Ensuite, la procédure prévoit que ces antécédents sont analysés par les ministères et services concernés qui devront établir un rapport dans les soixante jours de leur réception. Ce rapport, ainsi que celui du ministère de l'intérieur, seront enfin remis au Président de la République.⁹⁹¹

Mais l'originalité chilienne ne s'arrête pas là, puisque l'article 107 de la loi régionale prévoit que ces transferts peuvent s'effectuer par voie de convention entre les gouvernements régionaux et le ministère titulaire de la compétence.⁹⁹² Cela ne peut se

⁹⁸⁸ BÉNOIT, F.-P., «L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences», in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 30.

⁹⁸⁹ On notera que la nomenclature des articles n'est pas actualisée....

⁹⁹⁰ HERNANDEZ O., L., "Algunos Aspectos de la Reforma regional en la Constitución Política del Estado, *Revista Gobierno Regional y Local*, N° 13, 1994. pp 17-38

⁹⁹¹ HERNANDEZ O., L.. "Convenios administrativos de transferencia de competencias a los gobiernos regionales: antecedentes jurídicos y modalidades de ejecución", *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 1996, vol.7, p.53-74.

⁹⁹² Art. 107: "Cuando el traspaso de competencias a que se refiere el artículo 67 pueda operarse por la vía de un convenio, éste será celebrado entre el gobierno regional y el ministerio respectivo, debiendo suscribirlo, además, el Ministro del Interior."

passer sans l'accord du Président de la République, figure tutélaire de l'Administration et de la vie publique chilienne.

Cependant, ce mécanisme - jamais mis en œuvre - n'a pas les faveurs de la *Contraloría General de la República* qui a considéré que l'article 67 de la loi régionale n'autorise pas le transfert de compétences par voie réglementaire. La *Contraloría General de la República* estime que cet article n'est qu'un mécanisme qui permet aux gouvernements régionaux de demander au président de la République d'utiliser sa faculté exclusive d'initiative des lois en ce domaine.⁹⁹³ L'avis de la *Contraloría General de la República* de l'année 2000 est en totale contradiction avec l'esprit et le texte de la loi. On ne voit effectivement pas ce qui lui permet d'affirmer une telle chose. Une réforme constitutionnelle d'ampleur de l'organisation du système juridictionnel chilien semble donc nécessaire pour ne pas continuer à tolérer, accepter ou subir des «jurisprudences» paradoxales d'un organe non juridictionnel, mais constitutionnellement autonome, auxquelles se soumettent les deux chambres du Congrès et le Président de la République.

Pour les municipalités, l'article 118 al. 9 CPR dispose que «la loi déterminera la forme et la modalité selon laquelle les ministères, les services publics et les gouvernements régionaux pourront transférer des compétences aux municipalités, ainsi que le caractère provisoire ou définitif du transfert.»⁹⁹⁴ Les mêmes réflexions concernant le transfert de l'État aux régions par voie réglementaire semblent donc devoir s'appliquer aux municipalités. Par contre la voie contractuelle n'est pas juridiquement confirmée puisque la loi n'a toujours pas été votée.

Il est également prévu que les gouvernements régionaux puissent transférer des compétences aux municipalités, mais pour la même raison on ne sait pas si cela serait par contrat ou par un acte réglementaire du conseil régional.

⁹⁹³ CGR, Dictamen n° 1013 -2000, *Traspaso de Serplac*: «...para traspasar competencias de las SEREMI a los GORE se requiere que ello sea dispuesto a través de una norma de rango legal, debiendo tenerse en cuenta que el artículo 67 de la mencionada ley n° 19.175, ...debe necesariamente entenderse en relación con la atribución exclusiva que posee el ejecutivo para presentarla iniciativas legales correspondientes, sin que, a juicio de esta Entidad Fiscalizadora, resulte jurídicamente posible admitir que el Primer Mandatario se encuentre facultado para disponer, administrativamente, el traspaso de competencias a los GORE.» Cette solution est accueillie favorablement par certains auteurs. Par exemple: RENDÓN E., M.A y L. M, *La potestad normativa de los gobiernos regionales*. Santiago, TESIS UCH, 2001, pp. 113-114

⁹⁹⁴ Art. 118 al 9 CPR: «La ley determinará la forma y el modo en que los ministerios, servicios públicos y gobiernos regionales podrán transferir competencias a las municipalidades, como asimismo el carácter provisorio o definitivo de la transferencia.»

Enfin, la Constitution mentionne la loi et non la loi organique, ce qui plonge un peu plus dans le doute. Mais il s'agit sans doute d'une erreur de rédaction du constituant et il faut comprendre qu'il s'agit toujours de la loi organique.

Pour le système français, N. KADA affirme que «depuis la répartition des compétences opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution, il appartient au règlement de procéder à la déconcentration des pouvoirs de décision, à la différence de ce qui existe pour la décentralisation». ⁹⁹⁵ J.-C. DOUENCE ⁹⁹⁶, dans le même sens, rappelle la solution de principe si la loi essayait contre le texte de la Constitution de donner compétence à l'exécutif en matière de détermination des compétences décentralisées: «Pour le Conseil constitutionnel, si la loi invite le pouvoir réglementaire à pénétrer dans le domaine législatif, sous couvert d'exécution, elle commet une incompétence négative qui doit être censurée (v. par ex. Cons. ., 29 mai 1990, précité). Ce sera le cas si la loi ne définit pas avec suffisamment de précision les modalités d'application qu'elle charge le règlement de fixer.» Dans le même sens, B. FAURE rappelle le caractère *a priori* inconcevable d'un fondement réglementaire de détermination des compétences: «ce serait précariser les compétences décentralisées puisque celles-ci seraient susceptibles d'être révoquées à tout moment par le gouvernement selon la règle du parallélisme des compétences et des procédures.» ⁹⁹⁷

Cependant, avec la constitutionnalisation des expérimentations-transferts de l'article 37-1, le pouvoir réglementaire peut désormais lui aussi décentraliser des compétences. La loi n'est donc plus toute puissante, puisque le fondement du pouvoir réglementaire est dorénavant la Constitution elle-même. Certes les mêmes garanties que pour les expérimentations législatives ⁹⁹⁸ sont assurées, et particulièrement la transmission des actes

⁹⁹⁵ KADA, N., «Déconcentration et décentralisation : une fable contemporaine », in REGOURD, S.; CARLES, J.; GUIGNARD, D. (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*, op. cit. p. 247.

⁹⁹⁶ DOUENCE, J.-C., «Le statut constitutionnel des collectivités territoriales», *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 1 (folio n°60), n° 156, juin 2005.

⁹⁹⁷ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2^e édition, 2011, n° 619, p. 470.

⁹⁹⁸ Dans sa décision CC, Décision n°2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, le Conseil constitutionnel a précisé que, d'une part, l'article 37-1 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 permet au Parlement d'autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant la loi ; que, toutefois, le législateur doit en définir de façon suffisamment précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle ; (cons. 9) et, d'autre part, que cette possibilité d'expérimentation est offerte de plein droit à toute collectivité territoriale qui en ferait la demande dans les conditions prévues par la loi (cons. 12).

au représentant de l'État ainsi que les possibilités de suspension⁹⁹⁹, mais l'innovation est notable et le rapprochement avec le Chili mérite d'être fait.

On peut également souligner avec V. de BRIANT que si la jurisprudence constitutionnelle «conduit pour l'essentiel à ne laisser au pouvoir réglementaire que la responsabilité de la mise en œuvre [des] transferts...(…) le règlement, au sens large, constitue bien l'instrument séculier des transferts de compétences dès lors qu'il en précise le contenu particulier, et contribue donc à les mettre en œuvre.»¹⁰⁰⁰ La protection des collectivités territoriales est à cet égard assez fragile compte tenu de l'application de la théorie de l'écran législatif par le juge administratif qui ne semble pas encore avoir pris en compte la Charte européenne de l'autonomie locale comme élément de contrôle de conventionalité.¹⁰⁰¹

Il convient enfin de noter que le système français pratique également les transferts conventionnels de compétences¹⁰⁰². A côté de ces transferts « classiques », la loi MAPTAM est venue ajouter des dispositions spécifiques relatives aux métropoles de droit commun, qui s'appliquent également à la métropole d'Aix-Marseille-Provence et comporte des dispositions propres à celle de Lyon.¹⁰⁰³ Le projet de suppression des conseils généraux¹⁰⁰⁴ pourrait amener une modification de l'architecture actuelle des compétences entre collectivités territoriales.

Les modes de transferts évoqués confirment bien, cependant, deux aspects des processus chilien et français de décentralisation. Le premier, commun à tous les États unitaires est le caractère contingent et toujours provisoire des transferts de compétence. Le

⁹⁹⁹ Art. LO1113-4 CGCT.

¹⁰⁰⁰ BRIANT (V. de), *L'action commune en droit des collectivités territoriales, contribution à l'étude des compétences exercées en commun par l'État et les collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, 2009.

¹⁰⁰¹ Par exemple : CE, 7 août 2007, *Département de Haute-Garonne*, req. 290587, *AJDA*, p. 1565.

¹⁰⁰² L'article L. 1111-8 du CGCT permet, de manière générale, à une collectivité territoriale de déléguer à une collectivité territoriale relevant d'une autre catégorie ou à un EPCI à fiscalité propre une compétence dont elle est attributaire.

¹⁰⁰³ L'article L. 5217-2 du CGCT prévoit que les métropoles de droit commun peuvent **démander à se voir déléguer, par convention, un certain nombre d'intervention relevant de l'État dans** le domaine de l'habitat. Des transferts conventionnels sont également possibles **du département vers la métropole**. Les métropoles peuvent également se voir transférer des compétences **de la région** (CGCT, art. L. 4221-1-1). S'agissant de la métropole de Lyon, il est prévu des délégations entre les communes du territoire et la métropole dans le sens des communes vers la métropole ou dans le sens de la métropole vers les communes (arts L. 3633-4 et L. 3641-3 du CGCT).

¹⁰⁰⁴ Projet de loi clarifiant l'organisation territoriale de la République, NOR : RDX1409402L/Rose-1.

second est la montée en puissance des voies règlementaire et/ou contractuelle, mais plus encore le transfert entre entités infra-étatique.

Sur ce point, les apparences sont trompeuses. En effet, si le transfert pouvait se faire de manière délibérée et autonome, nous pourrions considérer que nous sommes dans un système régionaliste se rapprochant éventuellement d'un fédéralisme.

Mais, étant donné que le fonctionnement de la région chilienne est aux mains de l'intendant régional, il s'agit bien de transferts décidés par l'échelon central et mise en œuvre à l'échelon régional. Ce dernier point prouve bien que les régions ne peuvent être considérées comme des entités décentralisées mais comme une circonscription administrative déconcentrée.

En ce qui concerne les métropoles et régions françaises, leur marge de manœuvre n'en est pas moins encadrée voire imposée¹⁰⁰⁵ par le législateur, et surveillée et contrôlée par l'exécutif.

Ainsi, les deux systèmes qui apparaissent bien différents sous beaucoup d'aspects se rapprochent. Si l'on doit entendre l'autonomie territoriale comme le fait que les entités territoriales disposent d'une sphère de compétence déterminée et garantie au niveau constitutionnel, dans laquelle l'État ou toute autre entité territoriale ne peut s'immiscer, ainsi que cela se passe théoriquement dans les États fédéraux ou régionaux, les collectivités françaises n'en disposent pas, tout comme leurs paires chiliennes.

Dès lors, il convient d'étudier comment le législateur et/ou le gouvernement utilisent les différents instruments juridiques à leur disposition pour organiser l'action des entités territoriales.

¹⁰⁰⁵ Ainsi les transferts conventionnels prévus du département vers la métropole par l'article L. 5217-2 doivent être mis en œuvre par des conventions signées dans un délai de dix-huit mois à compter de la réception de la demande faite par la métropole (exceptée la compétence voirie qui doit obligatoirement faire l'objet d'une convention à compter du 1er janvier 2017). A défaut, elle sera transférée de plein droit à la métropole.

Section 2: Les modalités de répartition et d'exercice des compétences

Quelque soit la forme de l'Etat étudié, la doctrine juridique distingue la répartition des compétences entre une entité supérieure et des entités inférieures qui s'opère selon la distinction entre compétence générale (ou de principe) et compétences d'attribution.

Dans l'Etat unitaire décentralisé, c'est l'Etat (législateur et gouvernement) qui détient la première et détermine les secondes qui reviennent aux entités territoriales (§ 1)

Ces dernières se divisent principalement entre compétences exclusives et compétences partagées¹⁰⁰⁶ et il s'agira de savoir ensuite comment les différentes entités territoriales exercent celles qui sont les leurs (§ 2). En fin de compte, l'affirmation suivante d'A. ROUX peut s'appliquer à la France comme au Chili: «si les limites constitutionnelles relatives aux transferts de compétences proprement dits sont tracés avec suffisamment de précision, les limites relatives à l'aménagement des compétences entre différents niveaux de collectivités demeurent encore floues, la Constitution, même révisée, n'apportant ici que des réponses évasives, de même d'ailleurs que la jurisprudence constitutionnelle. »¹⁰⁰⁷

§ 1. Les modalités de répartition des compétences

S'il est accepté que dans l'Etat unitaire décentralisé, c'est l'Etat qui détient la compétence générale, il faut se demander comment il répartit les compétences d'attribution entre les différentes entités subétatiques, quelle(s) est (sont) sa ou ses stratégies? (B). Demeure cependant un écueil qui se présente quelque soit la forme d'Etat: la compétence générale ou de principe n'efface pas les inévitables compétences implicites (A). A ce stade, la comparaison des matières de compétences décentralisées se révèle fastidieuse, voire inutile si les autres paramètres relatifs à leur exercice ne sont pas pris en compte (C).

A. Compétence générale et compétences implicites

L'exposé des notions de compétence générale et compétences implicites (1) conduit à en dégager une troisième, utilisée en doctrine française mais pas seulement, qui

¹⁰⁰⁶ Nous verrons dans le § 2 que malgré la prolifération de la terminologie relative aux compétences, celles-ci peuvent se résumer à cette dichotomie.

¹⁰⁰⁷ ROUX, A., «Les limites constitutionnelles à une nouvelle évolution de la décentralisation», in PAVIA, M.-L. (dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales: aujourd'hui et demain?*, op. cit. p. 144.

caractérise le degré de liberté – ou autonomie - des entités territoriales dans un Etat décentralisé: la clause générale de compétences (2).

1. Les notions de compétence générale ou de principe et de compétences implicites

La première des questions concerne la compétence de principe.

Le terme est généralement utilisé pour les États fédéraux ou régionaux, mais il peut s'appliquer à l'État unitaire. Dans les premiers, la théorie juridique veut que la compétence de principe appartienne généralement aux entités autres que le gouvernement fédéral ou l'État central, dans la mesure où elles sont compétentes pour tout ce qui n'a pas été attribué expressément à ce dernier.

Dans l'État unitaire, cette question fondamentale ne pose normalement pas de problème. Par définition, en l'absence de textes constitutionnels qui attribuent compétence sur une matière à un niveau territorial particulier, celle-ci revient à l'État. Les problèmes apparaissent en cas de doute sur le titulaire d'une compétence, car les textes peuvent être contradictoires, flous ou présenter un vide juridique. Qui d'entre deux agents (ou plus) a le droit ou doit exercer telle activité, édicter tel acte juridique ?

Ce n'est pas qu'une question théorique. Au contraire, le problème de la compétence de principe dans l'État unitaire, interroge d'une manière plus forte qu'ailleurs la question des compétences implicites des collectivités infra étatiques.

La notion de compétences implicites, apparentée à tort selon E. ZOLLER aux compétences « impliquées »¹⁰⁰⁸, nous renvoie en général à celles du gouvernement fédéral des Etats-Unis¹⁰⁰⁹. Dans une fédération d'États ou État fédéral, tel qu'entendu communément¹⁰¹⁰, ce n'est pas, comme dans l'État unitaire, le gouvernement central qui

¹⁰⁰⁸ Pour une critique de la traduction donnée en France au terme *implied powers* par *pouvoirs implicites* au lieu de *pouvoirs impliqués* et le rétablissement du sens adéquat, voir : ZOLLER, E., «Aspects internationaux du droit constitutionnels. Contribution à la théorie de la fédération d'États», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 294 (2002), pp. 41-166.

¹⁰⁰⁹ On connaît la jurisprudence de la Cour suprême des EUA justifiant l'accroissement des pouvoirs fédéraux au détriment des pouvoirs des États fédérés. Dans son arrêt *McCulloch vs. Maryland* (1819), la Cour suprême a créé, sur la base de la «clause finale» la jurisprudence dite des « pouvoirs impliqués » (*implied powers*) qui affirme que le gouvernement fédéral est libre des moyens qu'il emploie pour atteindre les buts qui lui sont assignés par la Constitution.

¹⁰¹⁰ Pour une critique de la théorie continentale européenne de l'«État fédéral» voir ZOLLER, E., « Aspects internationaux du droit constitutionnels. Contribution à la théorie de la fédération d'États », op. cit.

dispose de la plénitude et de l'exclusivité de la compétence, mais l'ensemble des entités gouvernement fédéral-États membres qui l'exercent de manière partagée. C'est-à-dire que le gouvernement fédéral ne peut pas réduire les États au statut de collectivités décentralisées par l'extension unilatérale de sa puissance (ou de ses compétences). Cependant, les États fédéraux ont tendance à la centralisation ou à centraliser les compétences, et ce, contre le texte de la Constitution fédérale. La théorie des compétences « impliquées » ou implicites appliquée à la théorie de l'État fédéral permet de justifier des mouvements centripètes de compétences des États fédérés vers le gouvernement fédéral.

Il semble donc inadéquat de se référer à la notion de compétences implicites en ce qui concerne les relations État unitaire-entités territoriales, l'État ayant par définition le monopole de tous les pouvoirs. Et ce n'est que par ce que « tel est son bon plaisir », qu'il consent à en faire exercer une partie par des entités territoriales qu'il crée ou reconnaît en son sein.

Il convient cependant de resituer les débats : l'État fédéral, comme l'État unitaire, sont des types-idéaux wébériens, dès lors qu'ils sont constitués « d'une série d'événements construits par la pensée qu'on retrouve très rarement avec leur pureté idéale dans la réalité empirique et souvent pas du tout, mais qui d'un autre côté, parce que leurs éléments sont pris à l'expérience et seulement accentués par la pensée jusqu'au rationnel, servent aussi bien de moyens heuristiques à l'analyse que de moyens constructifs à l'exposé de la diversité empirique »¹⁰¹¹.

Dans le système fédéral étatsunien, la théorie des pouvoirs impliqués a permis au gouvernement fédéral d'étendre ses pouvoirs. Dans les États unitaires décentralisés, le vide ou le silence parfois laissé par le législateur pour appliquer la loi et/ou la nécessité de prendre en charge -et en urgence- une activité quand l'intérêt général local l'exige, laissent la place à l'exercice de compétences implicites de la part des entités territoriales.

Ces pouvoirs ou compétences implicites ont été théorisés par la doctrine française sous la forme de la notion de *clause générale de compétence*¹⁰¹². Sa présentation est fondamentale pour la compréhension de l'autonomie locale en France et sa comparaison avec le Chili.

¹⁰¹¹ WEBER, M., *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Agora, 1992, pp. 396-397.

¹⁰¹² On retrouve la notion en droit comparé. Cf. Chap. 6.

2. La clause générale de compétence, comme compétence de principe implicite

Comme le signalait L. CONSTANS, « compétence « de principe » n'est pas synonyme de compétence illimitée...au surplus, un même organisme peut cumuler une compétence de principe et une compétence d'attribution...la situation, en ce qui concerne la délimitation des compétences des collectivités territoriales, est, *mutatis mutandis*, absolument semblable. L'Etat, les départements et les communes sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de la représentation de l'ensemble des intérêts collectifs de la population fixée dans leurs circonscriptions respectives. »¹⁰¹³ Dès lors, on peut affirmer que les entités territoriales ont une compétence de principe.¹⁰¹⁴

Cependant cette compétence de principe, surnommée en France clause générale de compétence, n'est que seconde : « En fait, la clause générale de compétence ne signifie pas que les collectivités territoriales sont compétentes pour régler toute affaire concernant leur territoire et leur population, mais implique qu'elles ont une compétence de principe pour ce faire dans la mesure où la loi ne leur interdit pas telle ou telle forme d'intervention (par ex. en application de certains principes généraux comme la liberté du commerce et de l'industrie) ou ne réserve pas la compétence à l'Etat ou à un autre niveau de collectivité territoriale ». ¹⁰¹⁵

La clause générale de compétence «demeure le système retenu pour déterminer les compétences des collectivités locales», mais elle est, «il faut bien le reconnaître, assez gênante pour le juriste en raison de son imprécision.»¹⁰¹⁶ Vingt-deux ans plus tard, J.-M. PONTIER écrivait que «la clause générale de compétence ne ressortit pas du champ des

¹⁰¹³ CONSTANS, L., *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Paris, Dalloz, 1966, p. 15

¹⁰¹⁴ Déjà dans l'arrêt CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. Rec., p. 333, S. 1901.3.73, note HAURIOU.

¹⁰¹⁵ GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, PH. (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit. p. 271. Dans ce sens voir CE 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*, Rec. p. 298 ; *AJDA* 2002. 42, note Y. JEGOUZO ; *ibid.* 386, étude D. ROMAN ; *D.* 2001. 2559, et les obs. ; *RDI* 2001. 366, obs. J.-P. BROUANT ; *RDSS* 2002. 81, note M. GHEBALI-BAILLY ; *Coll. terr.* 2001, n° 228, note J. MOREAU, rappelant l'aptitude du conseil municipal à statuer sur toute question d'intérêt public communal « sous réserve qu'elle ne soit pas dévolue par la loi à l'État ou à d'autres personnes publiques... ».

¹⁰¹⁶ PONTIER, J.-M., «Semper Manet. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, pp. 1145 et 1446 respectivement.

techniques mais du domaine des principes.»¹⁰¹⁷ Il nous semble en fait que c'est, à la fois, une technique et un principe.¹⁰¹⁸

C'est effectivement une technique dans le sens où le législateur peut sciemment rester muet ou évasif dans ses textes de lois, afin de laisser une marge de manœuvre aux entités territoriales pour adapter les lois aux réalités locales. L'appellation de clause générale de compétence est une invention doctrinale.¹⁰¹⁹ Comme technique, elle est on ne peut plus simple et naît du fameux article 61 de la loi du 5 avril 1884: " Le conseil municipal règle, par ses délibérations, les affaires de la commune ". Elle a été par la suite étendue aux départements et aux régions.¹⁰²⁰ Elle est aujourd'hui codifiée à l'article L. 2121-29 CGCT¹⁰²¹.

J.-M. PONTIER affirme que ce n'est pas une technique car « elle ne permet pas de dire *quelles sont* les compétences des collectivités territoriales, c'est-à-dire de dresser une *liste* des compétences qui devraient être celles des collectivités territoriales.»¹⁰²² Mais on peut soutenir qu'au contraire elle postule, par dérivation de l'article L. 2121-29 CGCT, que tout ce qui n'est pas prévu, réglementé ou interdit, peut ressortir de la compétence des collectivités territoriales. C'est ce que confirme l'affirmation de X. BARELLA selon qui, dans le cas de la clause générale de compétence, «on admet qu'il existe un pouvoir d'intervention des collectivités pour toutes les affaires qui relèvent de leur ressort territorial. La compétence apparaît comme limitée à une dimension territoriale et à l'existence d'un véritable besoin pour la population locale.»¹⁰²³ On voit bien apparaître ici des critères de détermination de compétence. Les énumérations d'éléments à contrario, ou du moins leur acceptation par le juge, sont courantes.

¹⁰¹⁷ PONTIER, J.-M., «Nouvelles observations sur la clause générale de compétence», en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 372.

¹⁰¹⁸ Ou clé.

¹⁰¹⁹ PONTIER, J.-M., «Nouvelles observations sur la clause générale de compétence», op. cit., p. 372.

¹⁰²⁰ Art. 3 et 59, respectivement, de la loi du 2 mars 1982.

¹⁰²¹ Il est vrai que la loi du 16 décembre 2010 a entendu limiter, à défaut d'éliminer comme le voulait le Président SARKOZY, la clause générale de compétence des départements et des régions. Mais, la nouvelle rédaction des arts. L. 3211-1 2° et L. 4221 - 1 2° CGCT « reprennent rigoureusement les termes par lesquels le juge administratif accueille les initiatives générales des collectivités et les accepte (« intérêt local ») dans le respect de l'aménagement légal des compétences). FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 683, p. 527.

¹⁰²² PONTIER, J.-M., « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », op. cit. p. 377.

¹⁰²³ BARELLA, X., «Une prétendue solution contre les maux de la décentralisation. La suppression de la clause générale de compétence», en REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (*dir.*), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*. Actes du colloque de Toulouse 2010 – IDETCOM (EA 785) Université Toulouse 1 Capitole, L'Harmattan 2012, pp. 125-142.

De plus, J.-M. PONTIER ne nous dit pas quelle technique permet d'établir une liste précise et sûre...certes la Constitution ou la loi pourraient préciser : « lorsqu'une compétence n'a pas été attribuée ou lorsqu'une nécessité n'a pas été prévue par un texte, la collectivité territoriale en informe dans les plus brefs délais le représentant de l'État qui prend les mesures adéquates. » Mais dans ce cas, il s'agirait d'une mesure de déconcentration. À bien des égards, cette situation existe encore dans bien des pays. Et c'est justement cette situation que le législateur français a entendu éviter en donnant de la souplesse à l'action locale.

Comme principe, si elle ne découle pas directement et forcément de la libre administration des collectivités territoriales, l'éliminer consisterait à nier celle-ci et irait à l'encontre de l'idée d'autonomie territoriale comprise comme autre chose que la simple exécution des dispositions légales. C'est d'ailleurs en ce sens que la Charte européenne de l'autonomie locale entend la liberté d'agir des collectivités locales : « les collectivités locales ont, dans le cadre de la loi¹⁰²⁴, toute latitude pour exercer leur initiative pour toute question qui n'est pas exclue de leur compétence ou attribuée à une autre autorité ».¹⁰²⁵

L'importance de la notion de libre administration en France pour l'existence d'une clause générale de compétence qui influe non seulement sur la répartition des compétences matérielles, mais également sur l'existence et l'amplitude du pouvoir réglementaire territorial¹⁰²⁶, apparaît ici clairement. D'ailleurs, comme l'affirme B. FAURE, « l'affirmation est trop souvent regardée comme une curiosité sympathique de notre droit. Elle est pourtant capitale. Elle exclut toute subordination de la commune à l'État pour déterminer ses fins propres à la poursuite desquelles elle peut *prendre toute décision ou tout engagement de droit public comme de droit privé*. Et, tout ce qui n'est pas légalement prohibé ne peut être empêché. Ainsi est affirmé un principe fondamental du droit des collectivités décentralisées: la collectivité a le droit d'inventer ses propres activités et d'entreprendre dans tous les domaines de l'action publique dès lors qu'elle ne se heurte pas à un interdit légal (liberté du commerce et de l'industrie, principe d'égalité, de laïcité...).

¹⁰²⁴ Ce qu'il faut entendre comme « dans les limites de la Légalité » au sens large et non pas comme « inséré dans les limites strictes des lois de décentralisation ».

¹⁰²⁵ Art. 4-2 de la Charte européenne de l'autonomie locale.

¹⁰²⁶ Ce second point est traité dans le chapitre 6.

*La liberté est pour elle le principe... »*¹⁰²⁷. En ce sens, elle doit être également reliée au principe selon lequel les décisions doivent être prises pour « l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre » à l'échelon des collectivités.

L'expression n'existe pas au Chili, mais on peut en déceler l'existence ou sa possibilité au travers des éléments suivants :

La première c'est que l'idée existe ailleurs qu'en France, avec des variantes et sous d'autres noms. Elle a même tendance à se propager. Comme le signale G. MARCOU, « la vocation générale de la compétence est de plus en plus largement reconnue, sous la forme de la clause générale de compétence, ou selon des énoncés qui s'en rapprochent. »¹⁰²⁸

Cependant des pays comme l'Italie ou l'Espagne ne la consacrent pas totalement. Dans le cas de l'Espagne, son existence est discutée et le gouvernement l'avait proposée dans le Livre Blanc de 2005.¹⁰²⁹ Faut-il voir dans l'absence de sa consécration au Chili, l'influence du droit espagnol ? Nous ne pensons pas : d'une part, dans le cas des régions, cette absence est liée à la conception même de la régionalisation qui est une déconcentration. D'autre part, la jurisprudence la reconnaît à demi-mot pour les municipalités qui sont des organes constitutionnellement autonomes.¹⁰³⁰

En second lieu, son existence n'est pas forcément liée à l'affirmation d'un principe de libre administration ou son équivalent. Elle serait plutôt liée à l'existence même d'entités territoriales différentes de l'État et à leur nature *corporative*. Elle serait inhérente à l'idée de communauté. On ne peut certes pas dire que les collectivités disposeraient *par nature* de certaines compétences, mais à l'inverse il est difficile de nier qu'une communauté a vocation à prendre en charge *les nécessités de ses membres*¹⁰³¹. Il est vrai que dans cette

¹⁰²⁷ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. pp. 526-527.

¹⁰²⁸ MARCOU, G., «Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe», op. cit. p. 201.

¹⁰²⁹ Mentionné par MARCOU, G., «Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe», op. cit., p. 201. Du même auteur: «La «clause générale de compétence» dans les régimes d'autonomie locale des États européens », *Pouvoirs locaux*, février 2006

¹⁰³⁰ Cf. infra.

¹⁰³¹ C'est, selon les mots de J.-M. PONTIER, une idée fautive héritée «de la pensée politique du XIXe siècle qui a imaginé, et idéalisé, les collectivités locales (en fait les communes) en se les représentant comme ayant existé depuis les origines de l'homme, ce qui est évidemment faux. De l'antériorité réelle, de ces collectivités sur l'État certains ont cru pouvoir déduire une sorte de sphère d'intervention des communes sur laquelle l'État n'aurait pas de prise.» PONTIER, J.-M., «Nouvelles observations sur la clause générale de compétence», op. cit., p. 380. Mais, c'est une chose de reconnaître qu'il n'y a pas de sphère d'intervention sur laquelle l'État n'a

dernière expression, on peut faire rentrer beaucoup d'activités, mais pas une liste déterminée.

C'est pour cela que la clause générale de compétence est plus facilement *reconnue* aux municipalités en tant que cellule de base de la vie publique (même pré-étatique) et qu'elle est *octroyée ou refusée* aux collectivités créés par l'État. C'est pourquoi, elle est évoquée, d'une certaine manière directement, par la Constitution chilienne pour les régions et municipalités, surtout pour ces dernières qualifiées de corporations autonomes de droit public.

En effet, l'article 111 al. 2 de la Constitution relatif à la région déclare que « le gouvernement régional aura pour objet le développement social, culturel et économique de la région » et l'article 118 al. 3 de la Constitution que « les municipalités sont des corporations autonomes de droit public dotées de la personnalité juridique et d'un patrimoine propre dont la finalité est de satisfaire les nécessités de la communauté local et assurer sa participation au progrès économique, social et culturel de la commune ».

Le problème pour les entités chiliennes réside dans l'article 7 de la Constitution qui dispose que « les organes de l'État agissent valablement, après investiture préalable de leurs membres, dans le cadre de leurs compétences et selon les formes que prescrit la loi. – Aucune magistrature, aucune personne ni groupe de personnes ne peuvent s'attribuer, même sous prétexte de circonstances extraordinaires, une autre autorité ou d'autres droits que ceux qui leur ont été expressément conférés en vertu de la Constitution ou des lois. – Tout acte en contravention avec cet article est nul et donnera lieu aux responsabilités et sanctions signalées par la loi ». C'est-à-dire que les textes attributifs de compétences épuisent les compétences des collectivités territoriales. Sans une attribution expresse, l'exercice d'une compétence est nul.¹⁰³²

pas de prise et une autre de reconnaître qu'en l'absence d'État ou d'interdiction de l'État – constitutionnelle, légale ou autre – une collectivité locale a ou aurait une vocation générale à prendre en charge les activités qu'elle estime nécessaire. C'est un fait historique, sociologique et anthropologique. C'est le sens des deux premières phrases des *Politiques* d'Aristote : « Puisque toute cité, nous le voyons, est une certaine communauté, et que toute communauté a été constituée en vue d'un certain bien (car c'est en vue de ce qui leur semble un bien que tous les hommes font tout ce qu'ils font), il est clair que toutes les communautés visent un certain bien, et que, avant tout, c'est le bien suprême entre tous que vise celle qui est la plus éminente de toutes et qui contient toutes les autres. Or c'est celle que l'on appelle la cité, c'est-à-dire la communauté politique. » ARISTOTE, *Les politiques* (Trad. et prés. P. Pellegrin), Flammarion, Paris, 2^e éd., 1993, p. 85, 1252- a – [1].

¹⁰³² Pour une critique plus approfondie de ce problème, v. Chap. 5.

Devant une telle rigidité, le Tribunal constitutionnel a eu l'occasion de préciser que « s'agissant du pouvoir réglementaire municipal, il est nécessaire de considérer qu'il doit exister un espace pour les intérêts municipaux dans l'exécution de la législation ou dans la faculté de la compléter. Dans ce sens, la loi doit réguler nationalement, mais avec une uniformité basique ou essentielle. Pour cette raison, la norme uniforme ou commune du législateur ne doit pas être particulièrement détaillée. Pour une part, parce qu'il ne peut pas ne pas prendre en considération les réalités différentes de chaque municipalité. Les quelques 350 municipalités qui existent dans notre pays ne sont pas égales. Elles présentent des différences géographiques, de climat, économiques, de densité de population.»¹⁰³³

Il semble donc que la clause générale de compétences soit inévitable: « elle couvre, par définition, l'ensemble des compétences que sont susceptibles d'exercer les collectivités territoriales, notamment dans des domaines qui n'existent pas encore ou qui ne sont pas encore réglementés. »¹⁰³⁴ Et, il n'y a pas de raisons de s'en inquiéter.

Certes, cette clause générale est souvent perçue comme une source structurelle de l'enchevêtrement des compétences¹⁰³⁵ car, revendiquée par les trois niveaux de collectivités territoriales sans une hiérarchie entre eux, elle permet à chaque niveau de prétendre à une compétence concrète dans un champ qui l'intéresse à tel ou tel moment. C'est pour cette raison que les différents gouvernements français militent chacun à leur tour pour sa suppression pour les collectivités autres que les communes.

Mis à part le renvoi de la Constitution à la compétence législative, « le silence des textes sur le partage des compétences entre l'État et les collectivités territoriales explique

¹⁰³³ STC 1669-2010 de 15.03.2012, “*Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 56:“Así, tratándose de la potestad reglamentaria municipal, sin embargo, es necesario considerar que tiene que existir un espacio para los intereses municipales en la complementación o ejecución de la legislación. En ese sentido, la ley debe regular nacionalmente, pero con una uniformidad básica o esencial. El elemento normativo uniforme o común del legislador nacional debe ser, por lo mismo, no especialmente detallado. Por una parte, porque no puede no considerar las realidades diferentes de cada municipio. Las casi 350 municipalidades que existen en nuestro país, no son iguales. Tienen diferencias geográficas, de clima, de realidad económica, de densidad poblacional.”

¹⁰³⁴ PONTIER, J.-M., «Nouvelles observations sur la clause générale de compétence», op. cit., p. 374.

¹⁰³⁵ WOLLMANN, H., «La décentralisation française vue d'ailleurs», *La décentralisation en mouvement*, op. cit. p. 129

l'existence de la clause générale de compétence et, plus récemment, l'idée de blocs de compétences. »¹⁰³⁶

B. Les modalités de répartition des compétences d'attribution

Les compétences d'attribution essayent, par définition, de circonscrire les domaines de compétences matérielles décentralisées. De fait, « alors qu'une compétence de principe se définit principalement d'un point de vue personnel, une compétence d'attribution est caractérisée essentiellement d'un point de vue matériel. »¹⁰³⁷ Les techniques d'attribution reflètent l'imagination du législateur, même si on peut les regrouper principalement sous trois rubriques.

1. L'illusion des blocs de compétences

S'agissant de la France, étant donné que chaque catégorie de collectivité territoriale bénéficie d'une clause générale de compétence et que la tutelle entre collectivités territoriales est prohibée, il fallait affirmer, par des lois d'attribution de compétences, le principe d'une répartition par blocs de compétences, et laisser le moins de place au doute.

Il s'agit de répondre à la question de savoir quel niveau de collectivité est le plus à même d'exercer tel type de compétence. Cette technique, qui supposait l'attribution de la totalité d'une compétence dans un domaine déterminé à une collectivité territoriale, était viciée dès le départ. D'abord, parce que cela paraît irréalisable. Certes, cela satisfaisait l'esprit cartésien dont se prévalait le législateur français qui croyait établir une répartition rationnelle des compétences, mais cela ne fonctionne pas dans la vie réelle contemporaine marquée par la multiplication des acteurs, des domaines d'action et la mondialisation.¹⁰³⁸ Ensuite, parce que ce principe devait s'appliquer dès le départ, « dans la mesure du possible »¹⁰³⁹. L'exception à la règle était prévue avant même son entrée en vigueur.

Le système chilien, au-delà d'une clause générale de compétence acceptée pour les seules municipalités (cf. supra), pratique également la répartition par blocs de compétences.

¹⁰³⁶ PONTIER, J.-M., «Nouvelles observations sur la clause générale de compétence», op. cit., p. 367.

¹⁰³⁷ CONSTANS, L., op. cit. p. 17.

¹⁰³⁸ Dans laquelle s'inscrit de plus l'Union européenne, pour ce qui concerne la France.

¹⁰³⁹ Art. 3 de la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions et l'État.

Les régions disposent de compétences qui peuvent être générales ou spécifiques. Les premières sont énoncées par l'article 16 de la LOCGAR, les secondes par les articles 17, 18 et 19 du même corpus législatif. Si les fonctions générales correspondent un fourre-tout, les fonctions spécifiques ont trait respectivement à l'aménagement du territoire (art. 17), à la promotion des activités productives (art. 18) et au développement social et culturel (art. 19).

S'agissant des municipalités, leur loi organique ne précise pas si leurs compétences sont générales ou spécifiques, mais leur attribue des compétences précises.¹⁰⁴⁰

En fait, les régions constituent un échelon intermédiaire entre le processus de définition de politiques publiques au niveau national et l'application et la mise en œuvre concrète desdites politiques au niveau local (entendre municipal). Le niveau de gouvernement régional ne possède pas de domaine de compétences propres d'exécution, ses attributions étant généralement d'appui ou incitation, de promotion, de coordination, d'étude, sauf quelques aspects spécifiques dans lesquels il prend des décisions et exécute des actions concrètes (art. 16, lettre j de la loi organique)¹⁰⁴¹. Par ailleurs, d'une part le gouvernement central continue à tout contrôler par le biais de ses services déconcentrés et, d'autre part, le législateur chilien n'a donné que des compétences bien limitées aux municipalités, excepté il est vrai l'éducation et la santé qu'il a en partie privatisées.

2. Les lois de compétences

La seconde technique des lois de compétences particulières est plus claire, mais dans les deux pays la situation n'est pas satisfaisante.

S'agissant de la France, la multiplication des lois particulières rend la situation illisible. En ce sens, la création récente du Comité Consultatif des Normes et la volonté du législateur de diminuer l'inflation normative éclaire une situation difficilement supportable pour les élus locaux.

Au Chili, la Constitution renvoie à la loi organique de chaque niveau d'administration le soin de déterminer les compétences des régions et des communes. C'est-à-dire que les lois organiques « régionales » et « municipales », sont soit amendées,

¹⁰⁴⁰ Cf. infra.

¹⁰⁴¹ “j) Construir, reponer, conservar y administrar en las áreas urbanas las obras de pavimentación de aceras y calzadas, con cargo a los fondos que al efecto le asigne la Ley de Presupuestos.- Para el cumplimiento de esta función, el gobierno regional podrá celebrar convenios con las municipalidades y con otros organismos del Estado, a fin de contar con el respaldo técnico necesario.

soit quelques lois particulières aux dispositions insignifiantes sont venues donner des compétences supplémentaires aux entités territoriales¹⁰⁴².

La technique des «blocs de compétences» comme celle des lois particulières de compétences apparaissent vaines du fait de la tendance à l'articulation des compétences et du phénomène de l'intercommunalité. Dans ce contexte, G. MARCOU prône une approche fonctionnelle et non institutionnelle de l'organisation territoriale au nom du « pragmatisme avec lequel l'intercommunalité a été développée. Déjà, la répartition précise des compétences entre les communautés et les communes membres varie beaucoup d'une intercommunalité à une autre, compte tenu des options ouvertes par la loi (et sans parler des libertés parfois prises avec elle), en fonction de considérations locales. »¹⁰⁴³

3. Contractualisation et transferts de compétences à la demande

On peut observer un phénomène similaire dans les deux pays étudiés et qui paraît dirigé principalement vers l'échelon régional en tant que niveau adéquat d'une nouvelle gestion publique.

Ce mouvement prend en France la forme des expérimentations déjà évoquées, des «appels à compétences», de la «gestion concurrentielle de compétences» ou la figure des «collectivités chef de file». Il implique de «rompre avec les «principes» d'administration d'indivisibilité et d'égalité et d'opposer au principe de l'uniformité institutionnelle et matérielle défendu par le Conseil constitutionnel, l'objectif d'une «gestion publique performante» marquée par la recherche de l'efficacité, de l'efficience et de la souplesse.»¹⁰⁴⁴

Il ne s'agit plus de transférer aux collectivités des compétences dont elles ne veulent pas ou qu'elles ne peuvent pas assumer, mais faire en sorte que le principal levier des lois

¹⁰⁴² Parmi les lois de transfert de compétences spécifiques, on peut citer la loi 19.995 de Bases Générales pour l'autorisation, le fonctionnement et fiscalisation de casinos de jeux (art. 22) ou l'article 8 de la loi 20.066 relative aux violences intrafamiliales, ou encore l'article 25 de la loi 19.712 sur le sport. Comme on voit, le bilan est maigre.

¹⁰⁴³ MARCOU, G., «Introduction générale», in *La décentralisation en mouvement*, Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, les travaux du centre d'études et prospective, La Documentation française, Paris, 2006, p.24

¹⁰⁴⁴ CHAVRIER, G., «Les nouveaux mots de la décentralisation. Analyse rhétorique d'une réforme», in PAVIA, M.-L. (dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain?*, op. cit p. 168.

de décentralisation ne soit plus le transfert, mais le contrat. Il s'agit tout simplement d'en finir avec un « modèle unique de décentralisation » en permettant « aux collectivités et à l'Etat de discuter tous les 5 ans, compétence par compétence, des modalités concrètes d'exercice, dans le respect du principe de non tutelle d'une collectivité sur l'autre »¹⁰⁴⁵.

Au Chili, la Constitution prévoit pour les régions chiliennes, à côté des transferts de compétences par la loi organique, la possibilité de demander un transfert de compétences directement par le président de la République, c'est-à-dire par voie réglementaire dans des conditions fixées par la loi organique. Par ailleurs, la LOCGAR prévoit des transferts entre ministère et régions par voie conventionnelle.

De toute évidence, la contractualisation se présente comme la réfutation de toute politique de transfert par blocs de compétences. Mais c'est une nouvelle image de la perte de primauté de la loi. «La contractualisation affecte, ou est susceptible d'affecter, la répartition des compétences, en ce sens qu'elle permet de ne pas respecter cette dernière, de s'en affranchir, en quelque sorte, des limites fixées par la loi. Par la contractualisation les collectivités territoriales s'engagent avec l'accord de l'État dans des domaines qui ne relèvent pas normalement de leurs compétences»¹⁰⁴⁶

Les techniques - chilienne et française - présentent des similitudes et pêchent par leurs bonnes intentions et, de ce point de vue, il est illusoire d'essayer «d'échafauder un quelconque critère juridique de mise en jeu d'un principe insaisissable par le droit»¹⁰⁴⁷.

C. De la difficulté ou de l'inutilité de comparer les domaines de compétence

L'énumération des compétences dont disposent les collectivités territoriales pour connaître leur domaine d'action serait non seulement fastidieuse mais également sans grand intérêt pour mesurer leur degré d'autonomie.

L'utilité de nomenclatures de matières « est très limitée car elles n'indiquent jamais quelle est l'étendue de la compétence locale dans le domaine considéré, ni de quel degré de

¹⁰⁴⁵ Présentation des vœux à la presse de Mme LEBRANCHU le 23 janvier 2014.

¹⁰⁴⁶ PONTIER, J.-M., «Nouvelles observations sur la clause générale de compétence», op. cit. p. 379.

¹⁰⁴⁷ FIALAIRE, J., «Le droit à l'expérimentation des collectivités territoriales et la subsidiarité: les apparences et les «faux-semblants» d'une prétendue territorialisation des normes», en FIALAIRE, J. (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes*, PUR, 2005, p. 18 Par ex : plan U3M, plan État-régions.

liberté jouissent les autorités locales dans l'exercice de ces compétences (pouvoirs, mode de financement...), ni même, bien souvent, s'il s'agit de compétences propres ou de compétences déléguées. »¹⁰⁴⁸

Il est donc préférable de donner un aperçu des grands domaines de compétences attribués. On constatera que ceux-ci sont (relativement) similaires. Cependant, le Chili disposant de deux niveaux d'administrations décentralisées et la France trois (si ce n'est quatre avec les EPCI), la comparaison par domaine et par niveau est plus délicate.

Au Chili, la majorité des compétences matérielles des régions n'entraînent pas un pouvoir réglementaire propre, c'est-à-dire décisive, et les titulaires doivent, soit partager la compétence normative, soit participer avec d'autres organes à la décision finale. Par ailleurs, certaines lois ponctuelles sont venues ajouter des compétences non comprises dans les quatre grands domaines initiaux.

S'agissant des municipalités, le système est à peu près le même que pour les régions. L'article 118 al. 4 de la Constitution les charge de "satisfaire les nécessités de la communauté locale et d'assurer sa participation au progrès économique, social et culturel de la commune ». L'article 1^{er} de la loi organique municipale reprend mot pour mot ce mandat constitutionnel et énonce des compétences matérielles qui correspondent à peu près aux compétences des communes et départements français.

G. MARCOU, dans le cadre d'un travail pour le Conseil de l'Europe sur l'analyse des compétences de collectivités locales¹⁰⁴⁹, propose une approche par profils de compétence qui permet une pondération ultérieure mieux à même d'éclairer l'amplitude de l'autonomie locale. Celui-ci peut être défini comme « un ensemble de compétences matérielles caractérisées par leur objet, mais qui peuvent être plus ou moins larges, ou, en d'autres termes, contenir un nombre plus ou moins grand d'objets sur lesquels les

¹⁰⁴⁸ MARCOU, G., "Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », op. cit., p. 211.

¹⁰⁴⁹ MARCOU, G., *Les compétences des collectivités locales en Europe*, Strasbourg, Conseil de l'Europe (CDLR), série « Démocratie locale et régionale », 2008.

collectivités locales disposent d'un pouvoir d'agir par les moyens juridiques et matériels qui leur sont attribués. »¹⁰⁵⁰

Mais comme le signale lui-même l'auteur, il faudra tout de même prendre en compte le titre auquel la collectivité agit (par exemple : compétence propre ou compétence déléguée), la nature du pouvoir exercé (normatif ou non) et les modalités du contrôle auquel elle est soumise (légalité/opportunité, a priori/ a posteriori...). C'est l'ensemble de ces éléments qui donne le degré d'autonomie d'une collectivité.

§ 2. Les modalités d'exercice des compétences matérielles

Le mode d'exercice des différentes compétences matérielles est fondamental. Durant longtemps, la simple mention du nom donné à une compétence (par l'ordre juridique lui-même, la jurisprudence ou la doctrine) permettait de savoir à quelle forme administrative d'État on se référait. Aujourd'hui cette clarté a disparu, du fait des tendances contemporaines qui brouillent les catégories¹⁰⁵¹ : d'abord les expériences régionalistes et autonomistes, ensuite le mouvement décentralisateur qui semble atteindre tous les États unitaires démocratiques et enfin, s'agissant des États fédéraux, la tendance à la centralisation des compétences au profit des gouvernements fédéraux au détriment des États fédérés.¹⁰⁵²

Il faut cependant donner ici quelques précisions terminologiques. On doit d'abord distinguer le nom de ces compétences selon que la terminologie est utilisée dans le cadre d'un État unitaire, régional, fédéral, voire d'une organisation internationale (ainsi des compétences exclusives, réservées, etc.).

¹⁰⁵⁰ MARCOU, G., «Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », op. cit p. 214. L'auteur cite ainsi les profils suivants: social, économique, urbanisme/environnement, police/sécurité.

¹⁰⁵¹ À ce titre J. CHEVALLIER remarque qu'«on oppose traditionnellement trois conceptions (...): le modèle d'administration centralisé à la française, dans lequel l'État est fortement implanté sur le territoire, par l'intermédiaire de services extérieurs puissant, les collectivités locales n'ayant que des compétences résiduelles; le *self-government* à la britannique, dans lequel l'exécution des politiques nationales est confiée aux autorités locales qui disposent de compétences étendues (police, enseignement, santé, action sociale...); le système fédéral dans lequel les compétences sont partagées entre l'État fédéral et les États fédérés, l'essentiel des fonctions administratives étant dévolu aux seconds –*Länder* et *gemeinde* en Allemagne (*Selverwaltung*) ou États, comtés et villes aux États-Unis. Les différences entre ces conceptions ne doivent cependant pas être surestimées, tous les systèmes étant à des degrés divers, mixtes et l'évolution ayant abouti à leur rapprochement progressif (politique de décentralisation dans les États unitaires, encadrement du *self-government* et «fédéralisme coopératif» ailleurs).» CHEVALLIER, J. *Science administrative*, Paris, PUF, 1994, p. 336.

¹⁰⁵² Cf. supra et voir la jurisprudence de la Cour suprême étatsunienne relative aux compétences impliquées du gouvernement fédéral.

La référence à une profusion de compétences différentes n'est-elle pas l'arbre qui cache la forêt? F.-P. BÉNOIT, affirmait qu'en termes de décentralisation, lorsque « c'est l'élément compétences qui l'emporte sur l'élément autorités, les affaires locales deviennent fondamentalement celles qui sont admises ou imposées par l'État. De la sorte, les élus locaux, de décideurs qu'ils étaient, tendent à ne plus être que des exécutants. »¹⁰⁵³

Parmi les compétences que le Constituant ou le législateur peut attribuer ou accepter, les textes ou la doctrine utilisent les termes les plus variés, certains exprimant parfois les mêmes réalités. On peut citer notamment les compétences implicites, expresses, obligatoires, facultatives, énumérées, exclusives, réservées, partagées, concurrentes, etc.

Prenant acte de l'«incapacité des auteurs ainsi que de la jurisprudence à s'entendre sur une terminologie unanime et indiscutée, permettant d'établir une «grille typologique» également applicable à tous les ordres juridiques»¹⁰⁵⁴ -unitaires, régionaux ou fédéraux-, seules certaines de ces compétences à l'œuvre au Chili et en France seront présentées ici (A). Les multiples typologies proposées en doctrine ne semblent plus avoir une très grande utilité dans la mesure où l'on constate que dans les États unitaires chilien et français, la tendance est à l'articulation ou la mutualisation des compétences comme modalité d'exercice (B).

A. Une typologie classique des compétences décentralisées

Certains ordres juridiques, comme le chilien, différencient nominativement les compétences à la manière des États fédéraux ou régionaux. Les textes chiliens différencient effectivement les compétences (*funciones*) *générales* et *spécifiques* pour les régions d'une part et, d'autre part, les fonctions *exclusives* (*privativas*)¹⁰⁵⁵ et *facultatives* et *éventuellement partagées*¹⁰⁵⁶ pour les municipalités.

L'exposé des compétences régionales par la loi organique ne concerne que le domaine matériel, l'objet de la compétence, mais pas leur modalité d'exercice.

¹⁰⁵³ BÉNOIT, F.-P., «L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences», in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 38-39.

¹⁰⁵⁴ BRIANT, V. de., *L'action commune en droit des collectivités territoriales. Contribution à l'étude des compétences exercées en commun par l'État et les collectivités territoriales*, op. cit.

¹⁰⁵⁵ Art. 3^oLOCMU.

¹⁰⁵⁶ À défaut de substantif utilisé par le législateur, nous proposons cette terminologie: Art. 4^oLOCMU- Las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas”.

En revanche, les dispositions relatives aux compétences *exclusives* (ou *privatives*) et *facultatives* et *éventuellement partagées* des municipalités chiliennes semblent plus claires.¹⁰⁵⁷ Les compétences exclusives sont une appellation « traditionnelle », raison pour laquelle elles seront traitées ici. Les secondes, en revanche, sont originales et relèvent de l'action commune.¹⁰⁵⁸

Le système juridique français ne nomme pas directement les compétences, ceci est plutôt l'œuvre de la doctrine. Il faut cependant s'entendre sur ce que l'on nomme les compétences propres et déléguées d'une part, qui semble être la première des distinctions à faire (1), puis sur les compétences exclusives pour les comparer aux compétences privatives des municipalités (2).

1. Compétences propres et déléguées

Il ne faut pas confondre la question de la détermination des compétences avec la notion de compétence propre. La première se réfère à « la norme juridique de détermination de la compétence qui attribue des compétences matérielles et des pouvoirs à des autorités qu'elle désigne » alors que « la notion de compétence propre se réfère au pouvoir qui est exercé sur l'objet de la compétence (ou compétence matérielle). »¹⁰⁵⁹

La doctrine est divisée quant au sens à donner au terme de compétence propre.

Pour G. MARCOU, « la notion de compétence propre est indépendante de l'existence ou non d'une liste de matières attribuées à la compétence de telles ou telles autorités; elle s'applique aux matières dans lesquelles, trouve à s'exercer ce qu'on appelle en droit français le principe de libre administration des collectivités locales, et au sens de la Charte européenne de l'autonomie locale le principe de l'autonomie locale (art. 1^{er}). »¹⁰⁶⁰ Ce qui renverrait, selon cet auteur, à la notion de clause générale de compétence.

¹⁰⁵⁷ Certains auteurs comme F. ZÚÑIGA U. estiment que « la competencia (funciones y atribuciones) de los Municipios se ordenan en privativas, relacionadas, más atribuciones esenciales de administración comunal (arts. 3°, 4° y 5° Ley N° 18.695 orgánica constitucional de Municipalidades). » ZÚÑIGA U. F., « Jurisprudencia acerca del notable abandono de deberes del alcalde », *Revista de Derecho*, vol. XII, 2001, p. 249. Les attributions essentielles sont prévues pour l'accomplissement des fonctions des municipalités. Elles ressortent donc des moyens juridiques, dont certains normatifs, et non du champ de compétences matérielles.

¹⁰⁵⁸ Cf. *infra*.

¹⁰⁵⁹ MARCOU, G., « Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », *op. cit.*, p. 208.

¹⁰⁶⁰ *Idem.*, p. 209. L'auteur précise même qu'il ya compétence propre, « tant que sur un objet déterminé l'autorité compétente dispose du pouvoir d'agir librement sous sa propre responsabilité sous réserve du

La jurisprudence constitutionnelle a rappelé, pour sa part, le nécessaire respect des «compétences propres»¹⁰⁶¹ des collectivités territoriales mais on ne sait pas vraiment quel est leur contenu.

Contre l'avis et le sens donné aux compétences propres par G. MARCOU, M. VERPEAUX, s'appuyant également sur la notion de libre administration, y voit plutôt le cheval de Troie d'un fédéralisme (ou régionalisme) rampant. Cette appréciation renverrait au contraire aux compétences exclusives ou réservées et non pas à la clause générale de compétences: «cette notion semble indiquer que chaque collectivité disposerait dans la Constitution, de compétences réservées en fonction de sa taille ou de son statut et sur lesquelles les autres collectivités, par l'intervention du législateur, ne pourraient pas empiéter, chacune ayant en quelque sorte un domaine réservé ». (...) «L'expression au pluriel [...] suggère des mécanismes de répartition des compétences qui peuvent être ceux rencontrés dans les États fédéraux, mais pas dans les États unitaires dont la décentralisation n'est protégée que par un principe général de libre administration dont les contours sont dessinés par la loi».¹⁰⁶²

La position de M. VERPEAUX paraît plus claire mais mérite d'être nuancée. Le caractère propre d'une compétence territoriale tient au fait qu'elle a été attribuée en propre, et non pas qu'elle est propre parce qu'inhérente à la qualité de communauté humaine qui doit satisfaire les besoins de ses membres. La compétence propre peut donc résulter de la loi et pas forcément de la Constitution. Il y a là l'usage d'un terme qui peut prêter à confusion. Peut-être y-a-t-il une position intermédiaire, ou moins équivoque.

Quant à la notion de compétence déléguée, elle n'est pas nouvelle en droit administratif mais c'est son usage en droit de la décentralisation qui l'est plus. Comme le souligne J.-M. PONTIER¹⁰⁶³, elle se différencie sur trois points de la délégation classique de compétences.

respect de la légalité, et sans que le contenu concret de ses actes puisse être déterminé par une autorité supérieure. »

¹⁰⁶¹ Par exemple: CC, Déc. n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001 *Prestation vieillesse dépendance* (cons. 6)

¹⁰⁶² VERPEAUX, M., «La décision du Conseil constitutionnel n°2001-454 DC du 17 janvier 2002. Une décision inattendue?», *RFDA*, 2002, p. 467-468.

¹⁰⁶³ PONTIER, J.-M., «Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », *op. cit.*, pp 365-394.

Premièrement, les « délégations de compétences aux collectivités territoriales interviennent dans le cadre de transferts de compétences, c'est-à-dire dans le cadre d'une opération tendant à modifier la répartition des compétences existante jusque-là. »¹⁰⁶⁴

Ensuite, la délégation intervient entre deux personnes distinctes et non au sein d'une seule.

Enfin, il n'y a pas, normalement, de lien hiérarchique entre l'État et les entités territoriales contrairement à la délégation classique de compétences.

En définitive, J.-M- PONTIER affirme que « l'on ne peut opposer organes centraux et organes locaux. *Juridiquement* il n'y a aucune différence entre eux : *la compétence que détiennent les organes centraux, comme la compétence que détiennent les organes locaux, est une compétence déléguée. En revanche une fois la délégation opérée, toutes les compétences sont propres* du point de vue de l'organe qui les exerce. Sans doute peut-on dire que les compétences des collectivités locales sont précaires et révocables. Mais *le problème* n'est point de savoir si l'étendue des compétences des collectivités peut être réduite ou augmentée. Cela est vrai aussi des organes centraux. *Il est de considérer l'existence de ces compétences, qui découle de l'existence de la collectivité elle-même. Toutes ces compétences, qu'elles soient exercées au nom de la collectivité locale ou au nom de l'État, sont revêtues du sceau de ce dernier, de la même valeur, de la même efficacité juridique.* »¹⁰⁶⁵

Ainsi, toutes les entités territoriales ont des compétences déléguées, même l'entité territoriale État. C'est-à-dire, pour reprendre une terminologie chère à F.-P. BENOIT, que c'est la collectivité-communauté État-nation qui a des compétences propres puisque la souveraineté nationale ne se divise pas, ne se donne pas. Et celle-ci délègue des compétences à la collectivité – organisation État et ses organes centraux. A charge pour ces derniers d'agencer l'organisation administrative et politique du territoire.

¹⁰⁶⁴ Idem, p. 391.

¹⁰⁶⁵ PONTIER, J.-M., *L'État et les collectivités locales*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque du droit public, t. CXXVII, 1978 (Préface de C. DEBBASCH), p. 309 Les italiques sont de mon fait.

2. Compétences exclusives et compétences privatives des municipalités chiliennes

Les compétences exclusives, compétences d'attribution, sont la marque théorique des systèmes fédéraux car si l'on accepte l'idée que le gouvernement fédéral puisse se saisir de n'importe quelle question, il n'y a plus d'État fédéral mais un système décentralisé. C'est ce qui se passe lorsque l'entité membre n'est pas à l'abri d'un pouvoir d'évocation du centre.

De manière générale, « le fédéralisme est d'une complexité infinie puisqu'il est au départ un système de gouvernement fondé sur un principe centripète trouvant son expression dans les compétences reconnues à la fédération, mais qu'il ne peut survivre qu'en postulant un principe contraire centrifuge d'autonomie au profit de ses membres.¹⁰⁶⁶ Ce principe d'autonomie trouve son expression...en Europe, dans la forme beaucoup plus atténuée du principe de subsidiarité ». ¹⁰⁶⁷

Le terme de compétence exclusive n'existe pratiquement pas dans le droit français de la décentralisation¹⁰⁶⁸ car il semble contraire à la conception unitaire de l'État.¹⁰⁶⁹

Cependant, le terme peut s'appliquer à la décentralisation. Ainsi, selon J.M. PONTIER¹⁰⁷⁰, l'existence d'autorités disposant de compétences exclusives sur les affaires

¹⁰⁶⁶ Ce qu'évoque également R. HERZOG en ces termes qui nous rapproche de notre sujet : « la décentralisation comme le fédéralisme hésite entre deux modèles : la séparation stricte des collectivités et la coopération organisée dans un système multipolaire. » HERZOG, R., « Les relations entre collectivités territoriales dans une administration locale fragmentée : des régimes juridiques variés au service de finalités multiples », Rapport de synthèse du colloque du 28 janvier 2005, *Les relations entre collectivités territoriales*, Université Jean-Moulin-Lyon 3, Institut d'Études Administratives, L'Harmattan, 2005, p. 203.

¹⁰⁶⁷ ZOLLER, E., « Aspects internationaux du droit constitutionnels. Contribution à la théorie de la fédération d'États », op. cit. pp. 41-166, paragraphe 124

¹⁰⁶⁸ Pour une exception, voir par exemple, l'art. 40 de la Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. Par ailleurs, les dispositions de la loi du 16 décembre 2010 qui avaient prévu que des compétences seraient désormais attribuées de manière exclusive (al. 2 et 3 L. 1111-4 CGCT) ont été supprimées par l'article 1 de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles. L'exposé des motifs du *projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République* présenté en Conseil des ministres le 18 juin 2014 évoque cependant, de nouveau, les compétences exclusives de la région pour définir les régimes d'aides aux entreprises. Cf art. 3 du projet, NOR : RDX1412429L/Bleue – 1.

¹⁰⁶⁹ De même, la notion de compétence concurrente entre l'État et les entités territoriales interdit *a priori* l'idée même de souveraineté et son usage pour la décentralisation: il ne peut exister plusieurs personnes publiques souveraines au sein de l'État unitaire. C'est pourquoi, son usage terminologique dans les États unitaires ne peut renvoyer qu'« à des titulaires par défaut, ou au principe de subsidiarité, dès lors qu'elle permet à l'entité inférieure d'intervenir tant que l'autorité supérieure n'intervient pas. » BRIANT, V. de., *L'action commune ...* p. 206. Elle serait donc liée à la clause générale de compétence.

locales est, traditionnellement, l'un des aspects les plus originaux de la décentralisation. Bien sûr, il ne faut pas confondre compétences exclusives et autonomie de moyens. C'est-à-dire que la Constitution ou une loi organique, par exemple, pourrait obliger l'État à affecter un seuil minimal de ressources aux entités territoriales.

On voit ici comment un même terme peut recevoir des sens bien différents ou être utilisé de manière vraiment distincte d'un auteur à l'autre. L'adjectivation du mot compétence qui paraissait absolument nécessaire, du fait de sa polysémie et acception différente selon les langues, semble un peu dérisoire. Dans le système français, lorsque les compétences exclusives visent les compétences décentralisées par l'État, c'est-à-dire comme «blocs des compétences, mais aussi et surtout de la compétence comme bloc»¹⁰⁷¹, l'architecture mise en place est souvent éphémère.

En effet, la compétence exclusive se référerait à un titulaire unique : « *la compétence est ici attribuée en propre à une seule autorité administrative. (...) Cela correspond à l'idée non seulement des blocs des compétences, mais aussi et surtout de la compétence comme bloc, de l'initiative à la décision d'une part et de la décision à sa mise en œuvre d'autre part, dévolue à une autorité particulière.* »¹⁰⁷² Or, on l'a vu, cela ne correspond pas à la réalité, car soit le législateur altère ce bloc – moyennant par exemple la technique de la collectivité «chef de file»-, soit c'est la collectivité elle-même qui décide d'exercer sa compétence en partenariat, comme c'est le cas en matière d'action économique. On passe dès lors insensiblement de la compétence exclusive à la compétence partagée qui peut être d'ailleurs facultative ou obligatoire.

Les compétences exclusives en revanche concernent l'État. Les Constitutions comportent d'ailleurs en général une liste de compétences exclusives¹⁰⁷³ même lorsqu'elles n'utilisent pas le terme. En France, on peut estimer que les matières régaliennes de la liste de l'article 73 al. 4 de la Constitution constituent les compétences «absolument» exclusives de l'État. Cet article dispose que les départements et régions d'outre-mer peuvent être habilités à intervenir dans le domaine de la loi, sauf en ce qui concerne « *la nationalité, les*

¹⁰⁷⁰ PONTIER, J.-M., *L'État et les collectivités locales*, Paris, L.G.D.J., op. cit. p. 320.

¹⁰⁷¹ BRIANT, V. de., *L'action commune en droit des collectivités territoriales. Contribution à l'étude des compétences exercées en commun par l'État et les collectivités territoriales*, op. cit., p. 206.

¹⁰⁷² Ibid.

¹⁰⁷³ Par ex. art. 149 de la constitution espagnole et 117 de la constitution italienne

droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique. » L'expression est également utilisée pour désigner « la compétence exclusive du législateur pour imposer aux collectivités territoriales une dépense à la charge de l'État ». ¹⁰⁷⁴

Concernant l'ordre juridique chilien, le terme exclusif n'appartient pas non plus au vocabulaire de la décentralisation. Par contre, on peut sans doute lui rapprocher le terme des fonctions privatives des municipalités (*funciones privativas*). ¹⁰⁷⁵ Cependant, ces fonctions privatives ne sont que des fonctions d'exécution, obligatoires et très précisément encadrées. On constate le peu de place laissée à l'autonomie municipale, étant donné que l'autre pilier est constitué par ce que nous avons traduits comme les compétences facultatives et (éventuellement) partagées (point suivant).

B. La consécration de la notion d'articulation des compétences

La notion d'articulation des compétences ¹⁰⁷⁶ ou d'action commune ¹⁰⁷⁷ prend chaque jour plus de force devant le constat du double échec des transferts par blocs de compétences (exclusives ou non) et de l'« anarchie » provoquée par un exercice non maîtrisé de la clause générale de compétence.

1. Les notions d'action commune en France et de compétences facultatives et (éventuellement) partagées au Chili

V. de BRIANT définit l'action commune comme l'«exercice en commun de compétences entre au moins deux collectivités territoriales ou entre au moins l'une d'entre elles et l'État.» ¹⁰⁷⁸ L'action commune n'est pas une notion claire du point de vue juridique,

¹⁰⁷⁴ CE, 5 janvier 2005, *Commune de Versailles*, note CASSIA (P.), *RFDA*, 2005, p. 714

¹⁰⁷⁵ Art. 3 LOCMU. D'ailleurs H. NOGUEIRA A. associe les fonctions privatives aux fonctions exclusives. Voir NOGUEIRA A., H., «El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile», op. cit, p. 231

¹⁰⁷⁶ Voir la référence à la notion d'« articulation des compétences » après l'adoption de la réforme de 2003 en MOREAU, J., *Administration régionale, départementale et municipale*, Dalloz 2004, 14^{ème} éd., p. 17.

¹⁰⁷⁷ Voir par exemple la thèse de BRIANT, V. de, *L'action commune en droit des collectivités territoriales. Contribution à l'étude des compétences exercées en commun par l'État et les collectivités territoriales*, op. cit.

¹⁰⁷⁸ *Idem*, p. 37.

même si elle est inhérente à la décentralisation de par le pluralisme juridique qu'elle implique.

Selon G. MARCOU, la décision du Conseil constitutionnel du 24 juillet 2008¹⁰⁷⁹ «suggère que c'est par les procédés juridiques mis en œuvre (compétence entendue dans le sens de pouvoir), plutôt que par les domaines d'action concernés (compétence entendue dans le sens de compétence matérielle) que l'action commune doit être appréhendée et que le respect des prescriptions constitutionnelles peut être contrôlé.»¹⁰⁸⁰

Il n'en demeure pas moins que l'action commune dépend uniquement de la volonté du législateur (la loi « peut » autoriser). On observe donc qu'une logique de cogestion et de partenariats s'est substituée à celle de clarification des compétences. Ce mouvement tend finalement à associer de manière croissante les collectivités territoriales au financement et à l'exercice des compétences de l'Etat qui peut en fait s'analyser comme une tendance à la recentralisation des pouvoirs.

L'expression «compétences partagées » n'existe pas en tant que telle au Chili. Déjà signalée, la phrase de l'article 4 de la LOCMU –“Les municipalités, dans le ressort de leur territoire, pourront exercer, directement ou avec d'autres organes de l'Administration de l'État, des fonctions relatives à... ”¹⁰⁸¹ - nous incite à en déduire un terme ou une expression synthétique.

Compétences facultatives et (éventuellement) partagées au Chili nous semble une expression satisfaisante.¹⁰⁸² À notre connaissance la jurisprudence et la doctrine chilienne ne sont pas prononcées sur une définition de ces fonctions. Une partie de la doctrine française, en revanche, estime que « la *compétence partagée* réunit des *titulaires partiels*. Il s'agit en effet d'une *compétence fractionnée fonctionnellement entre plusieurs autorités administratives*. La préparation, la décision et/ou la mise en œuvre relèvent d'autorités qui

¹⁰⁷⁹ CC. Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*

¹⁰⁸⁰ MARCOU, G., «L'action en commune des collectivités territoriales selon le Conseil constitutionnel : organiser n'est pas déterminer», in *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 230.

¹⁰⁸¹ “Las municipalidade, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas **con...**”

¹⁰⁸² H. NOGUEIRA A. parle de fonctions partagées ou d'exécution coordonnée (*funciones compartidas o de ejecución coordinada*), ce qui confirme bien l'idée d'exercice en commun des compétences. NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile”, op. cit.

agissent par des actes juridiquement distincts, parce qu'ils relèvent de la compétence d'un seul, mais interdépendants, soit parce qu'ils s'inscrivent dans le cadre d'une même procédure, soit parce qu'ils le font dans une même opération. »¹⁰⁸³

2. L'articulation des compétences en droit positif

Parmi les exemples français de caractère partagé des domaines de compétences, on citera l'article 1^{er} de la loi du 7 janvier 1983 aujourd'hui art. L. 1111-2 al. 2 CGCT qui donne à voir la «*reconnaissance d'une action commune qui n'a nul besoin d'être égalitaire pour exister juridiquement*»¹⁰⁸⁴.

A propos de la mise en place des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), « l'idée de bloc de compétence se révélant impraticable, on a inventé le subtil partage entre équipements d'intérêts communal et communautaire en sorte qu'aucune mission (culture, voirie, environnement, sport, etc.) n'a des frontières nettes »¹⁰⁸⁵.

La toute récente loi MAPTAM¹⁰⁸⁶ a instauré dans chaque région, la conférence territoriale de l'action publique (CTAP), « chargée de favoriser un exercice concerté des compétences des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics. » Elle peut débattre et rendre des avis sur tous les sujets relatifs à l'exercice de compétences et à la conduite de politiques publiques nécessitant une coordination ou une délégation de compétences entre les collectivités territoriales et leurs groupements, et peut être saisie de la coordination des relations transfrontalières avec les collectivités territoriales étrangères situées dans le voisinage de la région. D'une manière générale, elle examine chaque projet de convention territoriale d'exercice concerté.¹⁰⁸⁷

Au Chili, on peut mentionner l'exemple des matières de l'article 4 de la LOCMU et, particulièrement le domaine de l'enseignement primaire. Une partie est privatisée, mais un

¹⁰⁸³ BRIANT, V. de., *L'action commune en droit des collectivités territoriales. Contribution à l'étude des compétences exercées en commun par l'État et les collectivités territoriales*, op. cit p. 205.

¹⁰⁸⁴ Idem, p. 69.

¹⁰⁸⁵ HERTZOG, R., « Réforme des collectivités territoriales: de pressantes causes économiques, d'incertains résultats financiers », in *Réformes et mutations des collectivités territoriales* (dir. REGOURD, S, CARLES, J., GUIGNARD, D.), L'HARMATTAN, col. GRALE, 2012, p. 55-77, part. p.62.

¹⁰⁸⁶ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

¹⁰⁸⁷ Dispositions codifiées aujourd'hui à l'article L. 1111-9-1 du CGCT.

certain nombre d'établissements, qui doivent assurer l'accès gratuit et universel aux enfants les plus défavorisés, doit demeurer aux mains du secteur public. Cette compétence est partagée, comme dans d'autres domaines, avec l'État central¹⁰⁸⁸.

«Il y a ici inégalité dans la portée juridique de la compétence exercée, mais interdépendance entre les actes constituant l'opération. Soit certains d'entre eux ne peuvent pas être édictés, soit ils sont inopérants ou dépourvus d'effets. La compétence partagée se caractérise alors par la faculté d'empêcher. On la constate par exemple quand l'un dispose d'un monopole de l'initiative et l'autre de la décision, ou qu'un avis conforme est requis, ou encore qu'une décision doit faire l'objet d'une approbation se distinguant d'un simple contrôle de légalité.»¹⁰⁸⁹

Le problème de la notion de compétence «partagée» est que son utilité est plus que douteuse, car elle ne renseigne en rien sur la part respective des entités territoriales et celle de l'État. Il est effectivement très difficile de formaliser telle répartition ou alors il faut le faire au cas par cas, action par action ou compétence par compétence.

Si les compétences partagées ne sont pas *a priori* des compétences obligatoires, c'est, en revanche leur exercice en commun qui l'est et V. de BRIANT distingue selon que la compétence est partagée au niveau de l'acte ou de l'opération.¹⁰⁹⁰

Même si elle n'est pas mentionnée expressément, l'action commune ou compétence partagée s'applique, de toute évidence, aux régions chiliennes.

B. FAURE distingue les transferts pléniers, partiels et collectifs selon le degré de maîtrise transférée à la collectivité territoriale. Ainsi le premier type qui correspond à l'idée des transferts par blocs «réalise la substitution pure et simple de la collectivité territoriale à l'État administrateur.»¹⁰⁹¹ Le second type, qui concerne le gros des domaines de compétences transférées, constitue une supercherie car, de par «la nature de la responsabilité confiée et les contrôles de tous ordres qui pèsent sur son exercice», «le pouvoir local se transforme en exécuter légal [des] politiques nationales et, on voit la décentralisation territoriale fondamentalement frappée d'une recentralisation par

¹⁰⁸⁸ Par le biais de subventions de ce dernier, par exemple

¹⁰⁸⁹ BRIANT, V. de., *L'action commune en droit des collectivités territoriales...*, op. cit., p. 205. On retrouve ici, semble-t-il, le vocabulaire et les instruments évoqués pour la semi-décentralisation par Ch. EISENMANN. Cf. chap. 1

¹⁰⁹⁰ BRIANT, V. de., *L'action commune en droit des collectivités territoriales*, op. cit. p. 249 et s.

¹⁰⁹¹ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., n° 625-1° p. 476. Il faut ensuite distinguer selon que la compétence est obligatoire ou facultative pour apprécier la liberté réelle de la collectivité.

matière.»¹⁰⁹² Pour le dernier type de transfert, B. FAURE parle d'une véritable « modalité de centralisation » car chaque autorité n'intervient que dans un processus décisionnel et/ou d'exécution¹⁰⁹³ dont les étapes ont été dessinées et décidées depuis le centre.

Au-delà des éternels discours politiques sur la clarification des compétences, il vaudrait certainement mieux ordonner ces croisements et entrecroisements. D'une part, il n'est pas certain que la tâche soit plus facile, d'autre part, tout pousse à croire que cela conduirait à une plus grande recentralisation.

Conclusion du Chapitre 4

Les typologies de compétences n'ont qu'une vertu didactique dans les États unitaires chilien et français puisqu'en pratique c'est l'enchevêtrement des compétences qui domine. Ce qu'il faut prendre en compte, ce sont les combinaisons possibles entre les modalités de transfert et les modalités d'exercice des compétences.

L'explosion de l'intercommunalité en France et ses balbutiements au Chili posent chaque jour plus de questions relatives à l'exercice des compétences. S'agissant des « nouveaux » EPCI, « au lieu d'une fusion générale des compétences et structures produisant une nouvelle commune qui se substitue aux anciennes, on a opéré des fusions fonctionnelles et partielles qui laissent subsister tous les pouvoirs territoriaux et en rajoutent de nouveaux. Ce ne sont pas les communes qui coopèrent entre elles, dans leur sphère de compétences et par l'intermédiaire de leurs organes, c'est l'EPCI qui agit avec les communes selon un aménagement spécifique dû à la représentation des conseils municipaux dans le conseil de l'EPCI.»¹⁰⁹⁴

Au Chili, la mise sous tutelle des municipalités par les régions en termes économiques, urbanistiques, etc. témoigne d'une autonomie illusoire et d'une reprise en main par l'État dans le cadre de ses politiques publiques.

Le constat est même plus terrible à l'heure de la reconnaissance constitutionnelle de certains principes, au premier rang desquels se situerait celui de la subsidiarité. Comme le remarque justement J.-B. AUBY, « l'action publique territoriale se fait partout de plus en

¹⁰⁹² Idem.

¹⁰⁹³ Car une collectivité peut se voir limitée dans un simple rôle d'exécutant sans prendre part à la décision.

¹⁰⁹⁴ HERTZOG, R., « Réforme des collectivités territoriales: de pressantes causes économiques, d'incertains résultats financiers », en *Réformes et mutations des collectivités territoriales*, op. cit. p.66

plus conjointe, ce qui se combine mal avec les préoccupations de subsidiarité, qui appellent un certain niveau de protection des compétences.»¹⁰⁹⁵ Par ailleurs, ce développement d'une politique territoriale à plusieurs niveaux de «gouvernement» ou de gestion pour remplir des fins communes, emporte comme conséquence politique que l'illisibilité est la règle pour le citoyen comme pour l'observateur étranger, même averti.¹⁰⁹⁶

J.M. PONTIER a montré depuis longtemps les difficultés d'une définition *a priori* de la compétence matérielle¹⁰⁹⁷ des collectivités territoriales et il a même souligné l'inanité d'une tentative de systématisation des mécanismes de répartition des compétences : «la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales est un problème faussement technique. C'est une question de philosophie politique qui traduit la place reconnue aux collectivités locales dans la nation»¹⁰⁹⁸. C'est donc une question éminemment contingente.

Dès lors, la consécration de la notion d'articulation des compétences questionne les processus de décentralisation des États unitaires. S'agit-il d'une technique de recentralisation ou doit-on y voir la reconnaissance d'un système évoqué ailleurs¹⁰⁹⁹ : la décentralisation coopérative?

On ne pourra parler de décentralisation coopérative qu'à la condition de reconnaître un pouvoir normatif territorial «relativement» plein et entier aux collectivités au lieu de le scinder et fractionner. En ce sens, il n'est pas sûr que la réaffirmation du «pouvoir règlementaire reconnu à la région dans le cadre de ses compétences»¹¹⁰⁰ change grand-chose au panorama français actuel, un tel pouvoir étant consacré dans la Constitution

¹⁰⁹⁵ AUBY, J.-B., «La question des compétences locales, vue d'ailleurs », en BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, op. cit. p.19.

¹⁰⁹⁶ Ainsi, pour E. FERRARI, cela « ne veut pas dire que l'Italie a un système moins compliqué ou plus clair que la France, et peut-être la confusion en Italie est-elle encore plus grande, mais il faut dire que quand nous avons transféré des compétences de l'État aux régions et aux collectivités locales, on l'a fait plus ou moins selon un certain dessein d'ensemble, une certaine idée globale. La différence que je remarque, par rapport à la France, c'est que je n'ai pas compris quelle est l'idée directrice que le législateur français a présenté aux collectivités locales, aux élus, aux citoyens pour l'organisation locale française. » FERRARI, E., « La décentralisation française vue d'ailleurs », in *La décentralisation en mouvement*, Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, les travaux du centre d'études et prospective, op. cit. p. 129.

¹⁰⁹⁷ J.M. PONTIER parle de "la perte de signification de la notion de répartition matérielle des compétences pour désigner l'autorité disposant du pouvoir de décision..." PONTIER, J.M., *L'Etat et les collectivités locales - La répartition des compétences*, p. 572 et s.

¹⁰⁹⁸ Idem.

¹⁰⁹⁹ L'Italie par exemple

¹¹⁰⁰ *Exposé des motifs du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République* présenté en Conseil des ministres le 18 juin 2014.

depuis 2003¹¹⁰¹. S'agissant des régions chiliennes, les débats actuels ne semblent pas se diriger vers une plus grande autonomie malgré les annonces de la Présidente BACHELET. La tendance à l'articulation des compétences entre niveau central et régions et municipalités en revanche devrait en sortir renforcé, au détriment de l'autonomie municipale¹¹⁰².

¹¹⁰¹ Le projet de loi évoque cependant les compétences exclusives de la région pour définir les régimes d'aides aux entreprises. Cf art. 3 du projet.

¹¹⁰² Dans son programme présidentiel, la Présidente Bachelet annonçait que «se deberán realizar los cambios normativos necesarios para establecer las condiciones que permitan que los Gobiernos Regionales tengan relaciones más estrechas de cooperación con las Municipalidades de la Región para el cumplimiento de objetivos comunes o complementarios, incluyendo presupuestos de inversión. La participación de las Municipalidades en la Elaboración de las Estrategias de Desarrollo Regional (EDR) y en el Plan Regional de Ordenamiento Territorial (PROT) debe ser obligatorio, e igualmente la asesoría del GORE en la Elaboración de los Planes de Desarrollo Comunal (Pladecos) para asegurar la coherencia de las inversiones locales y regionales.» *Chile de todos. Programa de Gobierno. Michelle Bachelet 2014-2018*, pp. 115-116

Chapitre 5. Nature et caractéristiques communes du pouvoir réglementaire territorial

De manière générale, les mêmes questions, et des solutions semblables se présentent dans les ordres juridiques étudiés. Ainsi, les deux systèmes consacrent un pouvoir réglementaire au profit des entités territoriales pour l'exercice de leurs compétences. Les difficultés apparaissent quand il s'agit de cerner la nature de ce pouvoir, son contenu au sens kelsenien¹¹⁰³, c'est-à-dire quels sont les actes des entités territoriales qui peuvent être qualifiés de normatifs (Section 1). Au niveau européen, « les autorités locales disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences. Ce pouvoir réglementaire territorial est fondamentalement semblable, dans tous les pays, quant à sa nature juridique, à sa place dans la hiérarchie des normes de l'ordre juridique interne et quant à son objet. »¹¹⁰⁴

Le droit positif chilien se caractérise pour comporter des dispositions à la fois proches du droit français (règlements d'exécution des lois) et en même temps originales (caractère autonome des règlements municipaux). D'un autre côté, malgré son particularisme – tout relatif, d'aucuns diront que c'est le droit français qui est particulier - il n'échappe(ra) pas aux grands débats relatifs au pouvoir réglementaire territorial qui secouent encore et toujours législateurs et doctrines quant à ses caractéristiques, et surtout quant à son degré d'autonomie par rapport aux autres pouvoirs normatifs (Section 2).

Section 1. La commune reconnaissance constitutionnelle d'un pouvoir réglementaire territorial

Si les deux Constitutions reconnaissent un pouvoir réglementaire au bénéfice des entités territoriales (§ 1), sa nature, son existence et ses manifestations continuent de poser des problèmes d'ordre théorico-politique comme d'ordre juridico-pratique (§ 2).

§ 1. La consécration constitutionnelle d'un pouvoir réglementaire des entités territoriales chiliennes et françaises

¹¹⁰³ KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 200.

¹¹⁰⁴ MARCOU, G., «Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », op. cit., pp. 199-220.

Le pouvoir réglementaire des autorités territoriales est ancien¹¹⁰⁵ et la commune des XI et XIIème siècles se caractérise par « sa tendance communautaire et autarcique, qu'aucun principe hiérarchique ne saurait sérieusement contrarier, [et qui] semble lui conférer un pouvoir législatif et constituant ordinaires. »¹¹⁰⁶

À la fin du Moyen-âge les communes françaises, souvent par leurs propres « erreurs de gestion », se voient dépouiller de leurs fonctions principales et de leurs privilèges¹¹⁰⁷ et être progressivement soumises à la volonté de l'État naissant. Dès lors, elles ne disposeront plus que d'un pouvoir subalterne propre aux missions d'administration des institutions secondaires.

Au Chili, depuis ses origines, durant la période coloniale, une des principales sources du droit municipal était le pouvoir normatif municipal avec la coutume et la volonté du monarque, affirme CORDERO Q. Si aucun texte légal écrit ne le consacrait expressément, son exercice fut habituel et abondant, fondé sur le droit coutumier, les us et les coutumes. Au début ce pouvoir réglementaire s'exerça avec amplitude, mais par la suite elle fût limitée par l'Audience royale et l'Ordonnance Royale relative aux Intendants.¹¹⁰⁸

En France comme au Chili, la reconnaissance d'un pouvoir normatif territorial effraie car c'est la figure symbolique du Souverain qui est atteinte. Ce qui explique qu'avec l'avènement de la représentation et de la souveraineté nationale, « la pensée et la pratique juridiques ont servi en France la cause de l'Unité, sinon celle de l'Unicité et de l'Uniformité. Le droit s'est trouvé impliqué dans la réduction des différences en devenant le haut lieu de la réalisation symbolique de l'Égalité. Ces valeurs sont inséparables d'un ordre juridique hiérarchisé»¹¹⁰⁹ qui laisse peu de place aux autres pouvoirs.

On sait la prohibition faite à l'exécutif et aux juges français, au début de la Révolution, de «faire des règlements». Son abandon rapide par l'article 44 de la

¹¹⁰⁵ M. BOURJOL, voit par exemple dans le droit de ban qui régissait les biens communaux au Moyen Age, une des origines du pouvoir réglementaire territorial. BOURJOL, M., *Les biens communaux*, L.G.D.J., 1989, p 159. Voir également MOREAU F., *Le règlement administratif*, 1902, cité dans AUBY, J.M. "Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984. p. 468.

¹¹⁰⁶ FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 11.

¹¹⁰⁷ LUCHAIRE, A., *Les communes françaises à l'époque des capétiens directs*. Paris, Hachette & Cie, 1890.

¹¹⁰⁸ CORDERO Q., E., "La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales ", op. cit. p. 128.

¹¹⁰⁹ CAILLOSE, J., "Le Droit comme méthode? Réflexions depuis le cas français", en *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, LGDJ, Paris, 2000, p. 56.

Constitution de l'an VIII, n'institua pas pour autant un pouvoir normatif autonome au bénéfice des municipalités, malgré la consécration de l'expression de *pouvoir municipal* (Cf. infra.)

L'Etat étant détenteur du pouvoir d'aménagement des structures publiques, il est à l'origine de l'aptitude des personnes territoriales à décider (quelle qu'en soit l'étendue), de la même manière qu'il leur a octroyé un statut, une personnalité juridique, circonscrit un territoire.¹¹¹⁰

Durant le XIX^{ème} siècle, plusieurs lois ont consacré en France la compétence normative territoriale et ce de manière ample, comme ce fut le cas de la clause générale de compétence par la loi du 5 avril 1884 sur les communes.

Dans le Chili républicain, la participation à l'élaboration des ordonnances municipales est reconnue dès 1823¹¹¹¹ aux municipalités ainsi qu'il l'était déjà du temps de la Colonie, signale A. VALDEBENITO I.¹¹¹²

Les Constitutions de 1828 (art. 122 n° 8), 1833 (art. 128 n° 10), et 1925 (art. 105, n° 6) ainsi que plusieurs lois¹¹¹³ contenaient des dispositions en ce sens, traduisant une continuité certaine.

Avec le XX^o siècle, la "crise de croissance" du droit administratif¹¹¹⁴, liée au développement de l'Etat-providence, entraîna une extension du pouvoir réglementaire central au détriment du territorial. Ce n'est que plus récemment, avec les processus de décentralisation contemporains¹¹¹⁵, que le législateur a confié des pouvoirs normatifs nouveaux aux entités territoriales.

¹¹¹⁰ FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 17.

¹¹¹¹ L'art. 218 de la Constitución de 1823 signale que "corresponde a las Municipalidades en sus respectivos distritos: ... formar sus ordenanzas municipales sujetas a la aprobación del Senado, y atender a todos los objetos encargados en general al Consejo Departamental: entendiéndose con estos consejos y la Dirección de Economía." Il ne s'agit pas encore cependant d'un pouvoir normatif réel puisque les ordonnances élaborées par les municipalités doivent être approuvées par le Sénat pour produire des effets de droits. C'est donc ce dernier qui, par sa sanction, détenait en fait le pouvoir normatif.

¹¹¹² VALDEBENITO I., A., *Evolución Jurídica del Régimen Municipal en Chile (1541- 1971)*, Ed. Jurídica de Chile, 1973.

¹¹¹³ Cf. La loi des Municipalités de 1854 (art. 31, n° 1° y 2°, 103, 110 à 114, 120 n° 3) ; la loi de 1887 (art. 29, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96 et 104), la loi de 1891 (art. 28, 83, 99 et 102); le décret-loi n° 740 de 1925 (art. 49, 90 et 119); la loi n° 11.860 (art. 55, 93 et 115); ou encore le décret-loi n° 1.289 (art. 6 et 13).

¹¹¹⁴ P. WEIL cité par FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 120.

¹¹¹⁵ MODERNE, F., Avant-propos, *La nouvelle décentralisation*, Sirey 1983 p. 1

Le pouvoir réglementaire des communes françaises, reconnu par la jurisprudence¹¹¹⁶, a été étendu aux autres collectivités territoriales. La consécration constitutionnelle du pouvoir réglementaire territorial en France en 2003 est, selon X. BARELLA, « la conséquence d'une politique jurisprudentielle que l'on pourrait qualifier de pédagogique de la part du Conseil constitutionnel »¹¹¹⁷ et particulièrement de sa décision sur le troisième statut de la Corse.

Au Chili, le pouvoir réglementaire de la commune, "constitutionnalisé" dès les débuts de la République (Constitution de 1823), a été remplacé par des attributions normatives du conseil municipal et leur exercice se trouve aujourd'hui régulé par la loi organique des municipalités, au même titre que les régions. Ainsi, la Constitution mentionne les fonctions « normatives » du conseil municipal et confie à la loi organique municipale de déterminer « les fonctions et attributions des municipalités »¹¹¹⁸.

Les deux Constitutions reconnaissent donc des pouvoirs réglementaires territoriaux, mais renvoient à la loi le soin d'organiser leur mise en œuvre.¹¹¹⁹ Ce qui rend hypothétique, mais pas impossible, l'existence d'un pouvoir réglementaire territorial « autonome ».

§ 2. Les problèmes posés par l'existence d'un pouvoir réglementaire territorial

Si l'existence d'un pouvoir réglementaire territorial a bénéficié de justifications théoriques et/ou politiques variées (A), ce sont les rapports entre acte réglementaire et acte administratif qui peuvent poser problème pour la comparaison des droits (B), car elle peut conduire à des difficultés pour identifier le régime juridique des différents actes des entités territoriales (C).

¹¹¹⁶ Concernant les collectivités territoriales, la question de la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire local n'était que jurisprudentielle, mais réelle, jusqu'à la révision de 2003. Voir CC. Décision n° 82-137 DC, du 25 janvier 1982 ; CC. Décision n° 86-223 DC, du 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, JORF du 30 décembre 1986, p. 15802 ; L. FAVOREU, *RDP*, 1989, p. 399.

¹¹¹⁷ BARELLA, X., *Les collectivités et la loi*, Thèse UT1, 2010, p. 257

¹¹¹⁸ STC 1669-10, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 51: "no puede sostenerse que la potestad normativa municipal no tenga sustento constitucional. Esta es reconocida de dos maneras. En primer lugar, en las funciones "normativas" del concejo municipal (artículo 119); y, en segundo lugar, cuando la Constitución le entrega a la Ley Orgánica de Municipalidades determinar "las funciones y atribuciones de las municipalidades".

¹¹¹⁹ *Idem*, cons. 47: « En primer lugar, tiene rango constitucional. Se afina en el artículo 119, inciso segundo, de la Carta Fundamental. Sin perjuicio de ello, toda su configuración es de rango legal. »

A. Les théories relatives aux sources et à la nature du pouvoir réglementaire territorial

Sans revenir sur la naissance du pouvoir réglementaire¹¹²⁰, il est nécessaire de rappeler brièvement les grandes doctrines qui se sont intéressées au pouvoir réglementaire territorial et qui ont influencé les deux ordres juridiques à l'étude.

Parmi les théories des sources du pouvoir réglementaire territorial, variées et connues, on cite traditionnellement la théorie physiocratique, l'idéologie du *pouvoir municipal*, le rôle des théories institutionnelles, ou encore la théorie de la «structure fondamentale de l'acte juridique»¹¹²¹.

Bien que logiquement inspirés par les origines hispaniques, le législateur et la doctrine chilienne n'ont apparemment pas reçu la construction juridique de l'autonomie municipale du droit espagnol contemporain. Ce dernier, influencé par la doctrine italienne et surtout allemande relatives à la théorie des garanties institutionnelles¹¹²², n'apparaît effectivement pas comme une référence au Chili en termes de décentralisation. Le caractère tant unitaire et centralisé du Chili rendait effectivement difficile l'implantation d'une notion élaborée dans le cadre d'États dits décentralisés politiquement ou dits fédéraux.

Certaines des doctrines ici évoquées peuvent encore être retenues mais doivent être combinées avec les acceptions modernes de la théorie des pouvoirs implicites ou du principe de subsidiarité.¹¹²³

Les conceptions politiques et économiques des physiocrates français sont souvent présentées comme le point de départ de la conception moderne de l'autonomie administrative territoriale à exiger, en réaction au mercantilisme, la libération de la vie

¹¹²⁰ VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*. Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991

¹¹²¹ FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit., p. 184 et s.

¹¹²² Sur ce point, la théorie institutionnelle d'HAURIOU constitue certainement une des sources d'inspiration de C. SCHMITT. Dans *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (trad. fr. *Le Nomos de la Terre*, Paris, 2001), C. SCHMITT qualifie HAURIOU de "grand parmi les juristes par la clarté de sa pensée et la sagesse de sa personne" et de "maître de notre discipline". O. BEAUD rappelle que, s'il est vrai que Carl SCHMITT s'est inspiré de Maurice HAURIOU, ce fut en en expurgeant toute la dimension libérale (cf. O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », préface in Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, (traduction de *Verfassungslehre*), Paris, PUF, collection Léviathan, 1993.

¹¹²³ Ces deux derniers points sont développés dans le chapitre 6.

économique et de ses acteurs – individus et collectifs- dont les communes devaient bénéficier.

Cependant, il faut tempérer les récupérations rapides des idées de TURGOT dans le sens d'une lecture uniquement destinée à justifier l'autonomie des territoires¹¹²⁴, car «son action ne s'est pas limitée à l'abrogation ou à la suppression de lois et d'institutions qui entravaient la liberté. La lecture de ses écrits (ou de ce que CONDORCET ou DUPONT de NEMOURS ont écrit sur lui) montre qu'à toutes les époques de sa vie, il n'a cessé de proposer les mesures d'intervention publique les plus diverses. »¹¹²⁵ L'idée était plus de renforcer les décisions administratives au niveau local, moyennant une « dévolution des compétences » de l'Etat, que de revenir à l'autonomie des communes féodales. On peut donc y voir les prémisses d'un pouvoir réglementaire d'exécution des lois, mais pas celles d'un pouvoir normatif autonome.

Avec la Révolution, la création d'un pouvoir municipal autonome par les révolutionnaires, s'ajoutant aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, visait à prendre en compte le fait que certaines affaires relèvent par nature de la collectivité locale, en tant que collectivité humaine qui s'organise (arts. 49 à 51 du Décret du 14 décembre 1789). Cependant, la notion de *pouvoir municipal* n'eut pas l'importance espérée et sera vite éclipsée jusqu'à la loi du 5 avril 1884 (art. 61). On a relevé sa dimension privée et patrimoniale, voire familiale liée à son caractère d'association vicinale et sa relation avec la notion postérieure d'affaires locales.¹¹²⁶

Si l'analyse institutionnelle d'HAURIUO est parfois méconnue, sa connaissance est cependant utile à la compréhension de la notion de pouvoirs inhérents ou implicites. Ainsi, elle permet de dépasser, sans les nier, la seule explication historique de la préexistence

¹¹²⁴ Cf. Par exemple : GARCIA de ENTERRIA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, 2^a ed. Madrid, edit. Taurus, s.a., 1981, p. 71 et s.

¹¹²⁵ VERGARA, F. « Intervention et laisser-faire chez Turgot (Le rôle de l'État selon le droit naturel) », *Cahiers d'économie Politique / Papers in Political Economy* 1/2008 (n° 54), p. 149-169. URL : www.cairn.info/revue-cahiers-d-economie-politique-2008-1-page-149.htm,

¹¹²⁶ CHAPUISAT, L.-J., *La notion d'affaires locales en droit français*, Thèse Paris II, 1972

“naturelle” ou “normale” de la commune sur l’Etat¹¹²⁷ ou la légitimité démocratique du pouvoir normatif local.¹¹²⁸

Pour le doyen de Toulouse, toute production normative est d’origine institutionnelle et la référence à l’Etat n’est plus l’alpha et l’oméga de la théorie du droit¹¹²⁹. L’institution, “*idée d’œuvre ou d’entreprise*”¹¹³⁰ développe un pouvoir naturel, nécessaire à sa mission, à l’organisation et à la vie du groupe, critiquant ainsi les conceptions objectivistes du droit: “il s’agit de savoir où se trouve dans la société le pouvoir créateur; si ce sont les règles de droit qui créent les institutions où si ce ne sont pas plutôt les institutions qui créent les règles de droit, grâce au pouvoir de gouvernement qu’elles contiennent”¹¹³¹. La logique de cette conception est que le pouvoir réglementaire n’a pas besoin du procédé de l’habilitation pour exister car il est spontané et inhérent à l’organisation sociale. Indépendamment de toute référence à l’Etat, il serait naturel de reconnaître aux entités un pouvoir propre, reflet de leur liberté d’auto-organisation et auto-administration.

B. FAURE¹¹³² a, par ailleurs, exposé dans sa thèse l’importance de la théorie de la «structure fondamentale de l’acte juridique». Fondée sur «un emprunt à une théorie générale de l’acte juridique construite en droit privé», un examen analytique de la construction du règlement fait apparaître et évalue «l’influence respective des *éléments objectifs* (règle de compétence, détermination légale) et *subjectifs* (volonté, liberté d’action) dans l’aménagement légal »¹¹³³ de celui-là. La conjonction de ces différents éléments – surtout les analyses relatives au pouvoir discrétionnaire - conduit à une notion de *normativité permissive en droit des collectivités territoriales* qui, d’ailleurs, dépasse le

¹¹²⁷ En 1818, ROYER-COLLARD fit devant la Chambre des députés la fameuse déclaration : “la commune comme la famille est avant l’Etat; la loi politique la trouve et ne la crée pas.». Cité par L. AUCOC, *Controverse sur la décentralisation administrative*, Paris, 1895, p. 32.

¹¹²⁸ HAURIOU, M., “Étude sur la centralisation», *Répertoire de droit administratif*, Paris éd. Dupont, 1892.

¹¹²⁹ Pour B. FAURE, c’est justement c’est aspect de la théorie de l’institution qui rend problématique son application à la décentralisation. Elle explique la création du droit dans un cadre juridique fermé sur lui-même et ne prend pas en compte les relations verticales et inégales existantes en droit positif entre l’Etat et les entités territoriales. La réalité montre que les normes territoriales ne sont rien de plus que des normes secondaires et non originaires, qui dérivent d’une habilitation préalable. FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit., p. 183

¹¹³⁰ HAURIOU, M. “La théorie de l’institution et de la fondation”, in *Aux sources du droit (Les Cahiers de la Nouvelle Journée)*, 1933.

¹¹³¹ Idem, p. 89 y s. p. 94.

¹¹³² FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit., p. 184 et s.

¹¹³³ Ibid.

simple cadre de la notion de pouvoir réglementaire territorial pour éclairer d'un nouveau jour la problématique de l'autonomie territoriale. En définitive, conclut B. FAURE, « il n'est pas nécessaire d'introduire une théorie de l'autonomie de la volonté en droit public, (...), elle y prospère déjà. Manifeste dans l'usage du pouvoir discrétionnaire, dans la théorie de la personnalité morale et de la décentralisation, elle s'étendrait même partout jusqu'au pouvoir hiérarchique. »¹¹³⁴

On peut retenir de ces différentes théories que «l'existence d'un pouvoir réglementaire au profit des collectivités territoriales doit être appréhendée comme une nécessité aussi bien du point de vue juridique qu'institutionnel. »¹¹³⁵

B. Les difficultés posées par les notions d'acte administratif et d'acte réglementaire

L'acte réglementaire est -par définition- normatif car «le fondement de l'acte réglementaire est sa capacité à créer du droit, modifier l'ordonnement juridique »¹¹³⁶. La difficulté réside dans la définition du pouvoir réglementaire et à sa relation (ou distinction) avec la notion d'acte administratif: **l'acte réglementaire est-il un acte administratif ou non?**

La question est importante pour comprendre les tensions qui existent encore en droit chilien à propos de la nature des règlements. Et donc, de la possibilité de les comparer avec les règlements du droit français.

Mais la question, clivante en droit administratif comparé, est fondamentale car elle pose la question d'une *summa divisio* - ou non - entre l'acte administratif et l'acte réglementaire. Si la réponse est négative, l'acte réglementaire relèvera du régime des actes administratifs.¹¹³⁷ S'il ne s'agit pas d'un acte administratif, quels est sa nature et son régime ?

¹¹³⁴ Idem, p. 201.

¹¹³⁵ BARELLA, X., *Les collectivités et la loi*, Thèse, UT1, 2010, p. 223.

¹¹³⁶ POIROT-MAZERE, I., «Les décisions d'espèces », *RDP*, 1992, p. 446

¹¹³⁷ Sur les errements de la jurisprudence administrative chilienne, voir par ex: CORDERO V., L., «Limitando la Ley de Procedimiento administrativo: una interpretación intolerable», *RCD*, Vol. XXX, n° 3, pp. 549-552.

La première branche de l'alternative, représentée par le droit français, considère que le règlement est un acte administratif unilatéral, au même titre que les actes administratifs individuels mais, qui s'en différencie par le fait qu'il est général, impersonnel et qu'il modifie l'ordonnement juridique et implique une décision exécutoire du fait du « privilège du préalable », selon la formule de M. HAURIOU¹¹³⁸.

Malgré l'apport des conceptions classiques¹¹³⁹, la doctrine française contemporaine n'est toujours pas unanime sur les critères du pouvoir réglementaire.¹¹⁴⁰ J.-C. DOUENCE avait déjà remarqué dans sa thèse que « la réalité sociologique conduit à admettre au point de départ une conception extensive du pouvoir réglementaire »¹¹⁴¹ qui le comprend « comme la compétence de prendre des dispositions de nature générale et impersonnelle. »¹¹⁴²

DUGUIT, défenseur de la « primauté du droit objectif sur les situations juridiques individuelles qui en découlent »¹¹⁴³, a été le champion de la conception matérielle du règlement comme « loi matérielle »¹¹⁴⁴ en tant que « disposition par voie générale émanant d'un organe autre que le Parlement, ou, si l'on veut, toute disposition par voie générale édictée en une forme autre que la forme législative »¹¹⁴⁵. Certes, la position de DUGUIT ne fait pas l'unanimité car elle nie le caractère formel ou organique, c'est-à-dire institutionnel. Mais on peut garder l'importance de l'aspect matériel pour étudier le pouvoir réglementaire territorial. CARRE de MALBERG lui-même reconnaissait qu'« il est clair que ce n'est point par leur contenu que ces règles diffèrent : car il peut arriver que la même règle soit émise ou par une loi, ou par un décret réglementaire. Ce n'est point non plus en raison de particularités relatives à leur manière de disposer que la règle législative et la règle

¹¹³⁸ Maurice HAURIOU, note sous CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, n° 49241, Rec. CE 1913, p. 583.

¹¹³⁹ Principalement DUGUIT, CARRE de MALBERG et HAURIOU.

¹¹⁴⁰ Ainsi X. BARELLA rappelle les auteurs qui le définissent seulement par son caractère général (RIVERO, WALINE), ceux qui insistent sur son caractère impersonnel (DOUENCE, HECQUARD-THERON) ou ceux qui cumulent les deux critères (POIROT-MAZERES). BARELLA, X., *Les collectivités et la loi*, op. cit., p. 196.

¹¹⁴¹ DOUENCE, J.C. *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*. Thèse LGDJ 1968, p. 55.

¹¹⁴² *Idem*, p. 131.

¹¹⁴³ *Idem*, p. 46.

¹¹⁴⁴ DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, T. II, *La théorie générale de l'État*, Paris, éd. de Boccard, 3^{ème} éd., 1928.

¹¹⁴⁵ DUGUIT, L., *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, éd. de Boccard, 4^{ème} éd., 1923, rééd. Paris, LGDJ, coll. Les introuvables, 2007, p. 104.

décrétales sont mises en opposition: car le règlement statue *generaliter*, comme le fait ordinairement la loi.»¹¹⁴⁶

En ce qui concerne son critère organique, c'est au positivisme de CARRÉ de MALBERG que l'on peut remonter. Il différencie le règlement de la loi en ce que, d'abord, le premier est subordonné à la seconde, ensuite qu'il n'a pas sa puissance initiale et inconditionnée et, enfin, qu'il n'échappe pas, tout comme les autres actes administratifs, au contrôle de légalité. Le règlement est donc «un acte [administratif] subalterne, qui en principe et par définition même ne peut intervenir qu'en exécution des lois»¹¹⁴⁷. Sa position a été en partie démentie, d'abord par la jurisprudence¹¹⁴⁸, puis par la consécration des règlements autonomes de la Constitution de 1958, mais le critère organique demeure.

En définitive, on peut cumuler les deux critères et définir, avec M. VERPEAUX, le pouvoir réglementaire comme « le pouvoir, pour des autorités administratives, d'édicter des règles de droit, c'est-à-dire des décisions juridiques ayant un caractère général et impersonnel. Il est ainsi caractérisé à la fois par un critère organique, les titulaires de ce pouvoir ne pouvant être que des autorités administratives, et par un critère matériel défini par le contenu de ces actes qui se distinguent ainsi des actes nominatifs ou individuels. Le pouvoir réglementaire est ainsi peu dissociable du règlement. »¹¹⁴⁹

Il semble qu'il faut y ajouter, ou du moins souligner, le caractère contraignant ou obligatoire qui renforce bien son caractère normatif. Quoiqu'il en soit, les règlements en droit français sont des actes administratifs et « n'étant pas des lois, [ils] sont soumis au régime des actes administratifs.»¹¹⁵⁰

L'autre branche de la *summa divisio* considère que le règlement est distinct de l'acte administratif et est fondée sur une conception essentiellement matérielle. D'origine allemande¹¹⁵¹, la distinction se retrouve dans une partie de la doctrine chilienne

¹¹⁴⁶ CARRÉ de MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation par degrés*, Paris, Sirey, 1933, p. 18.

¹¹⁴⁷ CARRÉ de MALBERG, R. *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, T 1, Sirey 1920, rééd., Paris, Dalloz, 2003, p. 575.

¹¹⁴⁸ CE, 8 août 1919, *Labonne*, GAJA.

¹¹⁴⁹ VERPEAUX, M., art. « Pouvoir réglementaire », in *Dictionnaire de la culture juridique*, in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), PUF, 2007, p. 1177.

¹¹⁵⁰ *Idem*, p. 1178.

¹¹⁵¹ Comme le rappelle L. CORDERO V., «en Alemania el tema del origen de la potestad reglamentaria está íntimamente ligado a los avatares del principio monárquico. Este último constituye un elemento estructural

contemporaine qui va d'ailleurs à l'encontre du droit positif le plus clair. C'est la doctrine espagnole actuelle qui, après un travestissement du concept italien de règlement posé par ZANOBINI¹¹⁵², a influencé ce courant de la doctrine administrativiste chilienne¹¹⁵³, bien que celle-ci adoptait à l'origine la conception française.¹¹⁵⁴

Dans cette conception, le règlement comme en droit français édicte des normes abstraites et générales, c'est-à-dire du droit objectif, alors que l'acte administratif ne fait qu'appliquer ce droit objectif. Le contenu comme les destinataires de l'acte administratif sont de caractère particulier. Il correspond donc à l'acte administratif individuel du droit français. La différence d'appellation ne poserait pas de problème en soi, si elle n'impliquait pas un régime juridique différent. Et c'est en effet, l'écueil qu'a prétendu résoudre la loi n° 19.880 de 2003 *relative au régime des actes des organes de l'Administration de l'Etat*.¹¹⁵⁵

Depuis, selon son art. 3, il faudra entendre comme acte administratif les décisions formelles émises par les organes de l'Administration de l'Etat qui contiennent des

decisivo del periodo que explica el reparto de la potestad normativa entre los Parlamentos y los monarcas, a favor de estos últimos, por consiguiente, juega una presunción de competencia normativa residual en virtud de la cual les corresponde la regulación de todas aquellas materias que no hubiesen sido expresamente atribuidas a los Parlamentos.” CORDERO V., L., “Ley de procedimiento administrativo y reglamentos”, *La Semana Jurídica*, año I, n° 50, semana del 3 al 7 de junio de 2013, p. 3, nbp. n° 5 www.legalpublishing.cl

¹¹⁵² “GARCÍA de ENTERRÍA...sostiene, con T. RAMÓN FERNÁNDEZ, en su “Tratado de Derecho Administrativo”, que las figuras del reglamento y del acto administrativo son radicalmente diferentes e irreductibles, ... al definir el acto administrativo, tomando y corrigiendo la definición de Zanobini, excluye expresamente a la potestad reglamentaria del concepto.” Mais, “con anterioridad a García de Enterría, parte importante de la doctrina española pensaba diferente.” PIERRY A., P., “Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo. El reglamento. Dictámenes de la contraloría general de la república”, *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, agosto 2005, n° 13.

¹¹⁵³ PIERRY signale que “ha sido el derecho español reciente, de las últimas décadas, el que ejerciendo una gran influencia en Chile, considera únicamente dentro del concepto de acto administrativo, al acto unilateral y particular”. Et que “en los últimos años...ha sido tan categórica la posición de los jóvenes profesores de Derecho Administrativo formados en España, que se ha venido aceptando que el concepto de acto administrativo se reserva únicamente para los actos unilaterales de contenido particular. Sin embargo, con ocasión de la dictación de la Ley de Procedimiento Administrativo la situación ha cambiado, y el derecho chileno, al parecer, se ha distanciado en este punto del actual derecho español.” PIERRY A., P., “Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo. El reglamento. Dictámenes de la contraloría general de la república”, op. cit., n° 13, p. 71

¹¹⁵⁴ Pour un résumé, voir: PIERRY A., P., “Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo. El reglamento. Dictámenes de la contraloría general de la república”, op. cit.

¹¹⁵⁵ De même L. CORDERO V., L., “Ley de procedimiento administrativo y reglamentos”, op. cit. nota n°6 p. 3: “las Comisiones unidas (Constitución y Gobierno del Senado) dejaron expresamente establecido que “ésta es la primera oportunidad en que una norma de rango legal define el acto administrativo, los agentes que lo generan y su ámbito de aplicación dentro de la Administración con un criterio amplio; es decir, concibiendo tales actos no sólo como decretos y resoluciones”, en *Diario de Sesiones del Senado*, sesión Ordinaria 22°, 14 de agosto de 2001, Anexo de Documentos, p. 29.

déclarations de volonté, réalisées dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique.¹¹⁵⁶ L'importance du critère organique est donc d'emblée affirmée.¹¹⁵⁷

Le même article poursuit précisant que les **actes administratifs prendront la forme de décrets suprême et de résolutions.**

Le décret suprême est l'ordre écrit pris par le Président de la République ou par un de ses ministres dans le domaine de sa compétence. Le terme correspond donc aux décrets réglementaires du premier ministre français et manifeste le caractère politico-administratif de son auteur qui le distingue bien des autres actes administratifs adoptés par de **simples autorités administratives, lesquels prennent donc le nom de résolutions.**¹¹⁵⁸

Il faut également signaler que la loi considère que constituent également des actes administratifs les **avis ou jugements, les constatations ou connaissances** réalisés par les organes de l'Etat dans l'exercice de leurs compétences.¹¹⁵⁹ Cela signifie que tous les actes administratifs ne produisent pas forcément des effets de droit. J. BERMUDEZ évoque ici une extension et une rupture du concept d'acte administratif, car jusqu'à présent les avis n'étaient compris que comme des interprétations formelles auxquelles manquait l'élément décisoire propre aux actes administratifs. Comme il est difficile d'imaginer une action non matérielle de l'Administration qui ne se traduise pas par une déclaration, tout (ou presque) est ou sera susceptible de recours.¹¹⁶⁰ On peut comprendre que les avis de la *Contraloría*

¹¹⁵⁶ Art. 3° LBPA n° 19.880: "**Concepto de Acto administrativo:** Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos. - Para efectos de esta ley **se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.**"

¹¹⁵⁷ Comme le synthétise PIERRY: "Decisión formal de un órgano de la Administración, que contenga declaración de voluntad, en el ejercicio de una potestad pública." PIERRY A., P., "Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo. El reglamento. Dictámenes de la contraloría general de la república", op. cit. pp. 71-82

¹¹⁵⁸ "**Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones. - El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República** o un Ministro "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia. - **Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas** dotadas de poder de decisión."

¹¹⁵⁹ Art. 3° Ley n° 19.880: "Constituyen, **también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio**, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias."

¹¹⁶⁰ BERMÚDEZ S., J., *Derecho Administrativo General*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot / Legal Publishing, 2010, p. 125 : *b) extension y ruptura del concepto de acto administrativo.*

Générale de la República soient visés, parce que ces avis sont des éléments de jurisprudence administrative.¹¹⁶¹

Pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, « les décisions des organes administratifs pluripersonnels s'appellent accords », c'est-à-dire les délibérations des organes collégiaux français, et sont mis en œuvre par des « résolutions de l'autorité exécutive de l'entité correspondante »¹¹⁶², ce qui correspond aux arrêtés municipaux français par exemple.

Descendant dans la chaîne normative, la *Contraloría General de la República* dans un avis n° 43.085 de 1976 avait eu l'occasion de préciser que les ordonnances et règlements municipaux sont des résolutions obligatoires de caractère général et permanent et que les décrets (municipaux) sont des résolutions municipales d'application particulière. D'autre part, elle a précisé que les ordonnances et règlements municipaux concrétisent l'exercice du pouvoir réglementaire et les décrets (municipaux) l'exercice du pouvoir impératif ou de commandement.¹¹⁶³

Par avis n° 72.049 de 1977, la *Contraloría General de la República* avait énoncé qu'il fallait entendre par « résolution municipale, tout acte administratif édicté dans l'exercice des pouvoirs impératif ou de commandement, réglementaire, exécutif ou *sanccionatorio*. »¹¹⁶⁴

On peut déduire de ceci – au-delà de la rédaction confuse des avis et décisions susceptibles d'emporter de graves conséquences¹¹⁶⁵ - que **les actes à caractère réglementaire sont finalement des actes administratifs, au même titre que les actes**

¹¹⁶¹ La loi organique relative au statut de CGR précise dans son article 6°, que “de acuerdo con lo anterior, solo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que pueden hacerse valer como jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1°”.

¹¹⁶² **Art. 3°** Ley n° 19.880: “Las decisiones de los **órganos administrativos pluripersonales** se denominan **acuerdos** y se llevan a efecto por medio de **resoluciones de la autoridad ejecutiva** de la entidad correspondiente.

¹¹⁶³ CGR, Dictamen n° 43.085 de 24.06.1976, *Análisis de la nueva legislación que rige a municipios, contenida en DL 1289/75*: “las ordenanzas y los reglamentos municipales son resoluciones administrativas obligatorias de carácter general y permanente y los decretos son resoluciones municipales de particular aplicación. **Los primeros concretan el ejercicio de la potestad reglamentaria**. Los segundos concretan el ejercicio de la potestad imperativa o de mando”. Cité par PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit. n° 39, pp. 146-147.

¹¹⁶⁴ *Ibid*, n° 39, p. 147: Dictamen n° 72.049 de 23.11.1977: se entiende por resolución municipal, **todo acto administrativo que se dicte en uso de las potestades imperativa o de mando, reglamentaria, ejecutiva o sancionadora**.

¹¹⁶⁵ Par exemple, pourquoi la CGR distingue-t-elle dans l'avis n° 72.049 de 1977 le caractère réglementaire et exécutif des résolutions municipales? Que la résolution soit particulière ou générale, elle est toujours d'exécution: ou de la loi directement ou d'un accord du conseil municipal.

administratifs individuels émis par l'exécutif territorial, puisque les uns et les autres

sont qualifiés de résolutions par la *Contraloría General de la República* et, que les résolutions sont des actes administratifs par détermination de la loi.

On ne peut donc pas continuer à distinguer en droit chilien l'acte administratif de l'acte normatif au prétexte que le premier ne concernerait que les actes administratifs individuels et le second les actes de portée réglementaire. En effet, les actes administratifs individuels et les actes administratifs réglementaires sont désormais unifiés comme des actes administratifs.

C. Les actes relevant du pouvoir réglementaire territorial

Si l'on appréhende le pouvoir réglementaire territorial comme le pouvoir d'édicter un acte administratif unilatéral d'une portée générale et impersonnelle qui crée une règle de droit obligatoire pour ses destinataires, cela emporte une conséquence et des interrogations.

D'abord, les actes des entités territoriales chiliennes et françaises ont **toujours une nature administrative**¹¹⁶⁶, dans le sens qu'ils ne sont pas constitutionnels ou législatifs et relèvent donc des juridictions ordinaires.

En droit chilien, peut-être encore plus qu'en droit français, l'affirmation de séparation entre fonction de gouvernement et fonction d'administration intérieure¹¹⁶⁷, permet de cantonner de façon radicale le pouvoir réglementaire des entités territoriales au domaine administratif. Pour O. OELCKERS C., la séparation des fonctions de gouvernement et d'administration explique qu'«il faut toujours relier cette autonomie décisionnelle à des attributions et compétences administratives, et de manière très restrictive à des compétences normatives. Ces dernières prennent la forme de règlements régionaux approuvés par le conseil régional et subordonnés à la loi et aux règlements nationaux.¹¹⁶⁸

¹¹⁶⁶ Même la modalité de l'expérimentation ou les lois du pays de Polynésie française n'échappent pas au constat. Cf. infra.

¹¹⁶⁷ Cf. Chapitre 2. Cette séparation provient selon R. PANTOJA de la tradition française; voir également: FERRADA B., J. C. « Las funciones de gobierno y administración en el ámbito regional: algunos alcances de la distinción y sus problemas actuales », *Jornadas Chilenas de Derecho Público (30^o. 1999. Valparaíso)*: Asociaciones intermedias, Estado y bien común, Universidad de Valparaíso, FAC. de Derecho y Ciencias Sociales, 2000.

¹¹⁶⁸ OELCKERS C., O., « Los necesarios avances en el proceso de regionalización a través de los principios jurídicos que la sustentan », *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XVII (1996), p. 345.

Une fois la nature administrative des actes des entités territoriales posée, des questions demeurent: d'une part, seuls les actes qualifiés de normatifs par les textes constitutionnels et législatifs le sont-ils ou d'autres actes peuvent-ils revendiquer cette qualité? D'autre part, quels sont les actes des entités territoriales qui, répondant à la définition posée, doivent-être pris en compte ?

En premier lieu, la compétence a pris en France une conception un peu « tout terrain », au point que toutes les compétences matérielles impliquent l'exercice d'un pouvoir réglementaire reconnu aux collectivités territoriales. Celui-ci se caractérisant par son aptitude à modifier des situations de droit, toutes les compétences relèvent donc de l'application d'un pouvoir réglementaire et il ne faut pas chercher des qualifications textuelles comme «réglementaire» ou «normatif». La situation est différente dans le système chilien. A première vue, la situation est semblable puisque l'article 5 lettre d) de la LOCMU et l'article 16 d) de la LOCGAR disposent, respectivement, que «pour l'accomplissement de leurs fonctions les municipalités auront les attributions suivantes: ... édicter des résolutions obligatoires à caractère général ou particulier» et que parmi les fonctions générales du gouvernement régional figurent celle d'édicter des normes de caractère général pour réguler les matières de sa compétences. Cependant, les articles 113 et 119 al. 2 de la Constitution prévoient que le conseil régional sera un organe à caractère normatif, résolutif et de contrôle et que le conseil municipal exercera des fonctions normatives, résolutives et de contrôle. La différence des formules utilisées («organe à caractère...» et «exercera des fonctions») ne doit pas égarer et n'emporte pas de conséquences différentes. Ces dispositions sont réitérées par les articles 28 et 71 des lois organiques régionale et municipale, respectivement. La difficulté réside dans le fait que nulle part, que ce soit dans le texte constitutionnel comme dans les lois organiques, il n'est précisé que telle attribution serait normative et telle autre non. Il faut considérer comme actes normatifs des entités territoriales non seulement les actes expressément qualifiés de réglementaires, mais également les normes à caractère règlementaire qui ne disent pas leur nom et enfin les actes budgétaires.

En second lieu, si seul le Conseil régional chilien dispose comme compétences normatives de celles qualifiées comme telles, il ne faudrait considérer que les dispositions

de l'article 36 de la LOCGAR. Ce dernier utilise généralement le mot «approuver», «fiscaliser», «donner son accord», «donner son avis». C'est donc la doctrine chilienne qui s'est chargée d'attribuer des qualifications relativement variées aux différentes attributions. Mais, on peut soutenir que les compétences normatives ne correspondent pas à celle qui mentionne «fiscaliser»¹¹⁶⁹ (contrôler) et «donner son avis». Pour la «fiscalisation» ou contrôle, le constituant et législateur organique l'ont bien distinguée de l'action normative. Pour le fait de donner son avis, à partir du moment où il ne s'agit pas d'un avis conforme¹¹⁷⁰, il ne participe pas à l'adoption d'un acte normatif.

O. OELCKERS C. distingue les attributions selon son titulaire¹¹⁷¹ et distingue les attributions du gouvernement régional de l'article 20, celles de l'intendant de l'article 24 et celles du Conseil régional de l'article 36.

En revanche, on ne voit pas pourquoi H. NOGUEIRA A.¹¹⁷², dissocie les attributions des lettres a) et b) de l'article 36 des attributions des lettres c), d), f), et même h). Effectivement, sauf pour la dernière, les attributions citées utilisent bien le mot «approuver» (*aprobar*). Pourquoi donc les deux premières auraient un caractère normatif et les trois suivantes non ? Certainement parce que pour cet auteur ce sont les deux seules lettres qui incluent le terme «règlement».¹¹⁷³

¹¹⁶⁹ Art. 36 g) LOCGAR: “Fiscalizar el desempeño del intendente regional en su calidad de presidente del consejo y de órgano ejecutivo del mismo, como también el de las unidades que de él dependan, pudiendo requerir del intendente la información necesaria al efecto. Si después de transcurrido el plazo de veinte días hábiles a que se refiere el Art. 1º N° 9) artículo 24 letra q), no se obtiene respuesta satisfactoria, el consejo en su conjunto o cada consejero podrá recurrir al procedimiento establecido en el artículo 14 de la Ley N° 18.575 para que el juez ordene la entrega de la información. Ésta sólo podrá denegarse si concurre alguna de las causales especificadas en el artículo 13 de la misma Ley;

¹¹⁷⁰ Art. 36 i) LOCGAR: “Emitir opinión respecto de las proposiciones de modificación a la división política y administrativa de la región que formule el gobierno nacional, y otras que le sean solicitadas por los Poderes del Estado”.

¹¹⁷¹ Il distingue donc entre les attributions du GORE, de l'Intendant et du Conseil régional : art. 20, 24 et 36 respectivement LOCGAR). Et s'agissant de l'Intendant, par exemple, il regroupe ses attributions en: a) de planification et formulation budgétaire; b) d'exécution; c) de représentation; d) de coordination et d'investigation; et e) d'administration. OELCKERS C., O., “Descentralización administrativa y regionalización”, *RCD*, Vol. 24 n°2, p. 358 et s.

¹¹⁷² NOGUEIRA A., H., “El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile”, op. cit., pp. 386 et s., ou il distingue : une attribution résolutive partagée, deux attributions normatives de caractère administratif, une d'investigation et deux consultatives...

¹¹⁷³ Art. 36 LOCGAR.- Corresponderá al consejo regional: **a) Aprobar** el reglamento que regule su funcionamiento, en el que se podrá contemplar la existencia de diversas comisiones de trabajo; **b) Aprobar** los reglamentos regionales;

Or, on ne peut nier que ne soient des actes de portée générale, impersonnelle et obligatoire pour leurs destinataires les actes suivants: approuver les plans de développement urbain, les plans régulateurs communaux et intercommunaux¹¹⁷⁴, approuver le plan de développement de la région et le projet de budget régional,¹¹⁷⁵ approuver les contrats de programmation¹¹⁷⁶. Et il semble que l'on peut dire la même chose du fait de «résoudre, sur la base de la proposition de l'intendant, la répartition des ressources du Fond national de Développement Régional»¹¹⁷⁷ ou encore de donner son accord à l'intendant pour aliéner ou grever des biens immobiliers du patrimoine du gouvernement régional.¹¹⁷⁸

Abonde dans notre sens, le *Dictionnaire de l'administration chilienne*¹¹⁷⁹ qui précise que les fonctions normatives des conseils régionaux se réfèrent aux «fonctions relatives à l'approbation de résolutions qui norment l'activité régionale» et qu'elles sont contenues aux lettres a), b), c), d) y f) de l'art. 36 de la LOCGAR.¹¹⁸⁰

J.C FERRADA¹¹⁸¹ considère également l'approbation des plans de développement urbain, des plans régulateurs communaux et intercommunaux parmi les règlements régionaux. Il inclut également, avec raison, les «normes de caractère général» de l'article 16 d), les «normes réglementaires régionales» de l'article 20 a) et les règlements internes d'organisation des services administratifs du gouvernement régional de l'article 27. On voit ici, de manière incidente, que le conseil régional n'est pas le seul organe normatif

¹¹⁷⁴ Art. 36.c) LOCGAR.

¹¹⁷⁵ Art. 36 d) LOCGAR.

¹¹⁷⁶ Art. 36 f) LOCGAR.

¹¹⁷⁷ Art. 36 e) LOCGAR.

¹¹⁷⁸ Art. 36 h) LOCGAR.

¹¹⁷⁹ *Diccionario de Administración Pública Chilena*, Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2ª Edición, octubre 2002.

¹¹⁸⁰ *Diccionario de Administración Pública Chilena*, Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2ª Edición, octubre 2002, Entrée: "Consejo Regional (CORE): (adm.reg.)": "La ley otorga a los Consejos Regionales tres tipos de funciones:

1.) Normativas: se refiere a funciones relacionadas con la aprobación de determinadas resoluciones que norman la actividad regional. Están contenidas en las letras a), b), c), d) y f) del Art. 36 de la LOC sobre Gobierno y Administración Regional, y son: a.) Aprobar el reglamento que regule el funcionamiento, en el que se podrá contemplar la existencia de diversas comisiones de trabajo; b.) Aprobar reglamentos regionales; c.) Aprobar los planes reguladores comunales, previamente acordados por las Municipalidades, y los planes reguladores intercomunales que le proponga la SEREMI de Vivienda y Urbanismo; d.) Aprobar, modificar o sustituir el plan de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto regional, así como sus modificaciones, sobre la base de la proposición del intendente; f): "Aprobar, sobre la base de la proposición del intendente, los convenios de programación que el gobierno regional celebre".

¹¹⁸¹ FERRADA, J. C., "La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares", en *XXIII Jornadas de Derecho Público, Revista de Derecho*, Universidad católica de Valparaíso, -Chile, 2002, Vol. II.

puisque les normes ici évoquées visent le gouvernement régional. Par contre, J.C. FERRADA semble écarter les autres actes pourtant normatifs, comme par exemple le budget, parce que ceux-ci n'auraient pas été déclarés comme tels par la jurisprudence.

C'est un argument de droit positif valide mais on peut proposer des évolutions dans les conceptions juridiques. De plus, les normes de l'article 36 c) auxquelles se réfère J.C. FERRADA ne sont pas désignées par le terme de « règlement » ou de « norme de caractère général ». L'emploi de ces termes n'est donc pas le point fondamental, c'est leur généralité et leur effet obligatoire qui l'est.

Ainsi, à côté des quatre types de règlements régionaux dégagés par exemple par J.C. FERRADA, il faut inclure les actes expressément prévus par les textes ainsi que tout acte administratif du conseil régional ayant les caractéristiques signalées.

L'article 113 al. 7 de la Constitution prévoit que le conseil régional sera chargé d'approuver le projet de budget et l'article 115 al. 3 que le gouvernement régional devra répartir les fonds d'investissements sectoriels d'affectation régionale (ISAR: *inversiones sectoriales de asignación regional*). Et la loi organique régionale dispose que le conseil régional procède à la répartition des ressources du Fond National de Développement Régional.

Selon une partie de la doctrine chilienne, le budget n'apparaîtrait pas comme un acte normatif. Or, par sa portée et ses conséquences sur les administrés, il présente les caractères d'un acte normatif¹¹⁸². C'est même par essence l'acte le plus caractéristique et fondamental de l'autonomie territoriale puisque c'est son élaboration, son adoption et son exécution qui matérialisent les actions en faveur du « développement économique, social et culturel » de l'entité territoriale et qui emportent des effets de droit dans la situation juridique des habitants.

De plus, si les décisions du conseil régional sont exécutoires, c'est qu'elles ont un caractère normatif. Et sur ce point, même l'intendant régional ne peut déroger aux décisions du conseil régional en dépit de son statut bien particulier et doit les appliquer fidèlement.¹¹⁸³ Il est notable que ce type d'actes soit parmi ceux sur lesquels la *Contraloría*

¹¹⁸² De plus, il est bien adopté par un organe administratif.

¹¹⁸³ CGR, Dictamen n° 26212 du 25.02.1995, *Facultades de Consejo de Aysén*; Dictamen n° 13116 de 29.04.1997, *Estudios inversión fondos gobierno regional, FNDR, DESAR*.

General de la República a et continue de prononcer le plus d'avis. Enfin, l'acte budgétaire national se manifeste bien par une loi¹¹⁸⁴, l'approbation du budget municipal est bien une attribution normative du conseil municipal (cf. infra), et l'on voit mal ce qui expliquerait qu'au niveau régional cet acte n'ait pas une portée générale et un caractère obligatoire.

Il faut enfin, pour confirmer si un acte de caractère général est normatif ou non, **examiner s'il peut être déféré directement devant un juge** conformément à la théorie des actes administratifs. En effet, lorsqu'il s'agit d'un acte individuel, l'annulation ne peut être demandée que par son ou ses destinataires directs. Or, l'article 108 a) LOCGAR dispose que les résolutions et accords des gouvernements régionaux pourront être contestés devant l'Intendant par tout particulier qui les estime illégaux quand ils affectent l'intérêt général de la région ou de ses habitants. En cas de rejet par l'Intendant, un recours peut être porté devant la Cour d'Appel. Les textes ne précisent donc pas si tel acte est «plus» normatif qu'un autre, mais se réfèrent encore et toujours à ses effets.

Par ailleurs, le contrôle de légalité de la *Contraloría General de la República* sur le pouvoir résolutif du gouvernement régional en matière budgétaire est particulièrement développé.¹¹⁸⁵ En droit français, les décisions budgétaires peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, signe de leur caractère normatif.

S'agissant des municipalités chiliennes, l'article 119 al. 2 de la Constitution dit que le conseil municipal exercera des fonctions normatives, résolutives et d'enquête. L'article 79 de la LOCMU énonce les attributions du conseil municipal, mais précise encore moins que dans le cas de la région quelles sont les attributions normatives et les autres. Les mêmes questions que pour la région se posent donc. Cependant, la situation semble plus simple puisque l'article 12 de la même LOCMU¹¹⁸⁶ signale que les résolutions adoptées par

¹¹⁸⁴ Les lois de finances en France qui doivent être adoptées conformément aux dispositions de la LOLF et Leyes Anuales de Presupuestos au Chili conformément aux dispositions de la Ley de Administración Financiera del Estado.

¹¹⁸⁵ Inmuebles de Poder Judicial - Dictamen n° 2.661/1994; Inmueble de Sename – Dictamen n° 603/1998; Facultades Consejo de Atacama – Dictamen n° 20791/1998; Aeródromo privado – Dictamen n° 4.049/2000; Equipos computacionales – Dictamen n° 34.351/2002; Prestamo de INDAP 2 – Dictamen n° 53.149/2003; Pago de internet -Dictamen n°65.143/2009; Dictamen n° 43.533/2006, etc.

¹¹⁸⁶ Art. 12.- Las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones. / **Las ordenanzas** serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. (...) / **Los reglamentos** municipales serán normas generales obligatorias y

les municipalités s'appelleront ordonnances, règlements municipaux, décrets municipaux (*alcaldicios*) ou instructions et que les premières sont des normes générales et obligatoires applicables à la communauté et les secondes sont des normes générales obligatoires et permanentes relatives à des matières d'ordre interne de la municipalité. Les attributions ou fonctions dites normatives et résolutives, ainsi que l'acte budgétaire municipal sont donc à prendre compte.

En définitive, la solution a été donnée par le Tribunal constitutionnel dans sa décision *Energía del Limarí S.A. contra Municipalidad de Ovalle* de 2012 et confirme notre point de vue. Il note que le pouvoir réglementaire municipal et les actes qui en relèvent sont consacrés et mentionnés par les articles 5° d), 12, 53, 65 k), 79 b), et 82 et donc, par exemple, que l'approbation du budget municipal est bien une attribution normative.¹¹⁸⁷

Enfin, s'agissant du contrôle juridictionnel, la même réflexion peut être faite concernant les recours contre les actes normatifs de la municipalité qui affectent l'intérêt général de la commune.¹¹⁸⁸

Section 2. Les caractéristiques du pouvoir réglementaire territorial

Le pouvoir réglementaire territorial dans les systèmes juridiques étudiés, et conformément au modèle de l'Etat unitaire, n'est pas autonome, dans le sens d'être fondé directement sur la Constitution (§ 1). La question se pose donc de savoir si oui ou non, et dans quels cas, il ne peut qu'exécuter la loi ou l'appliquer directement (§ 2).

§ 1. L'absence de caractère autonome du pouvoir réglementaire territorial

Dans les démocraties occidentales «modernes», même le pouvoir constituant «dérivé» n'est pas autonome, grâce ou à cause – c'est selon-, de son obligation de respecter

permanentes, relativas a materias de orden interno de la municipalidad. / Los decretos alcaldicios serán resoluciones que versen sobre casos particulares. / Las instrucciones serán directivas impartidas a los subalternos.”

¹¹⁸⁷ STC 1669-10, “*Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*”, op. cit., cons. 44: “Que la Constitución de 1980...establece las atribuciones del Concejo Municipal, dispone que éste tiene, además de las potestades resolutivas y fiscalizadoras, atribuciones “normativas” (artículo 119, inciso segundo). A nivel legal, el texto original de la Ley N° 18.695 consagraba estas atribuciones en sus artículos 10°, 44, 53, letra i), y 55, letra j). En el actual texto refundido de la Ley Orgánica de Municipalidades, lo hacen los artículos 5°, letra d), 12, 53, 65, letra k), 79, letra b), y 82”.

¹¹⁸⁸ Art. 151 LOCMU.

un bloc supra constitutionnel (ou jusnaturaliste).¹¹⁸⁹ Sauf hypothèse de révolution ou coup d'État¹¹⁹⁰, tout pouvoir doit donc être légitimé constitutionnellement et ensuite légalement mise en œuvre.

L'absence de caractère autonome du pouvoir réglementaire territorial trouve son fondement dans les textes de droit positif (A), mais c'est également une exigence politique dont les arguments peuvent être recherchés dans la théorie générale du droit et de l'Etat (B)

A. L'argument positiviste: le fondement légal de l'exercice du pouvoir réglementaire territorial

D'une manière générale, comme l'a écrit EISENMANN, «la décentralisation ne peut jamais affecter l'activité normatrice suprême pour une collectivité et ses éléments; elle ne peut commencer qu'à une activité normatrice seconde».¹¹⁹¹

S'agissant de la France, si la compétence normative territoriale est directement prévue par la Constitution, elle n'est pas initiale –au sens de CARRE de MALBERG, c'est-à-dire affranchie de la loi - et n'est donc pas autonome non plus, puisqu'elle s'exerce «dans les conditions prévues par la loi». Il y a bien dans le cas français une inanité du débat¹¹⁹² sur le caractère autonome du pouvoir réglementaire territorial par rapport à la loi. Comme le rappelle X. BARELLA, la lecture des articles 1, 34 et 72 de la Constitution par le Conseil constitutionnel a confirmé que les collectivités territoriales ne disposent que d' «un pouvoir réglementaire d'application... qui ne trouve à s'exprimer que dans un cadre prédéfini par les autorités centrales.»¹¹⁹³

De plus, le fait que «dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge

¹¹⁸⁹ Voir sur ce point, le débat entre L. FAVOREU et G. VEDEL, «Souveraineté et supraconstitutionnalité», *Pouvoirs*, n° 67, pp. 71-97.

¹¹⁹⁰ Comme l'a écrit M. TROPER, «...on ne peut imaginer d'empêcher à jamais toute modification de la constitution, celle-ci risque de se produire en dehors des formes et par d'autres organes que ceux auxquels est confié le pouvoir de révision (...). Les doctrines de la supraconstitutionnalité ont (...) pour fonction de justifier le recours à la force ou au fait accompli. » TROPER, M., « La notion de principes supraconstitutionnels », *RIDC*, 1993, p. 351.

¹¹⁹¹ EISENMANN, Ch., *Centralisation – décentralisation*, L.G.D.J. 1948, p 161.

¹¹⁹² CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local: en jeux et débats*, Paris, LGDJ, Lextenso éd. 2011, p. 105 et s.

¹¹⁹³ BARELLA, X., *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 243.

des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois»¹¹⁹⁴ implique bien un pouvoir secondaire puisque celles-là *doivent respecter les lois*.

La libre administration a pu être avancée pour fonder directement le pouvoir réglementaire territorial. Mais, «la Constitution organise une procédure médiatisée par le législateur où le principe de la libre administration se réalise dans les conditions préalablement définies par le droit législatif. De sorte que les rôles sont ainsi distribués: la Constitution est source de compétence législative et la loi est source de compétence réglementaire.»¹¹⁹⁵ Ainsi, la notion de libre administration, contrairement à la position d'une partie de la doctrine, ne peut s'analyser comme le fondement du pouvoir réglementaire territorial, car la loi reste toujours le fondement direct des décisions de celui-ci.¹¹⁹⁶

Par ailleurs, «on ne peut pas davantage considérer que les actes pris dans l'exercice de la clause générale de compétences relèvent d'un pouvoir autonome dans la mesure où celle-ci a également été reconnue par la loi.»¹¹⁹⁷

La Constitution chilienne dispose que le conseil régional est un organe à caractère normatif chargé d'exercer les attributions dont la loi organique constitutionnelle régionale le charge.¹¹⁹⁸

Le caractère autonome déclaré des municipalités¹¹⁹⁹ pourrait laisser croire à un pouvoir réglementaire autonome. Cependant, les «fonctions et attributions des municipalités» sont déterminées par une loi organique constitutionnelle¹²⁰⁰. De telle sorte que s'il s'agit d'un pouvoir autonome, il s'exerce conformément à sa loi organique¹²⁰¹ et aux lois de décentralisation spécifiques ou à certaines dispositions de lois ayant une incidence directe sur la gestion municipale.¹²⁰² Le Tribunal constitutionnel a rappelé qu'«il

¹¹⁹⁴ Art. 72 AL. 6 CPR.

¹¹⁹⁵ FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit., p. 160.

¹¹⁹⁶ *Idem*, p. 287.

¹¹⁹⁷ CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local: en jeux et débats*, op. cit. p. 108.

¹¹⁹⁸ Art. 113 CPR.

¹¹⁹⁹ Art. 118 al. 4 CPR.

¹²⁰⁰ Art. 118 al. 5 CPR.

¹²⁰¹ Art. 119 al. 2 CPR: «El concejo será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras y otras atribuciones que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.»

¹²⁰² Par exemple: Ley 18.883, Aprueba estatuto administrativo para Funcionarios Municipales; Ley 19.925, Ley sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas; Ley 19.803, Establece asignación de mejoramiento de

n'y a pas d'affaires d'ordre législatif réservées aux entités locales par la Constitution et donc qu'il n'existe pas des normes légales nationales et des normes légales locales.»¹²⁰³

Le pouvoir réglementaire municipal ne sera donc (éventuellement) autonome que par rapport au pouvoir réglementaire national autonome.

Il n'existe donc pas de règlements territoriaux «autonomes» s'appuyant sur la Constitution, qui s'exerceraient indépendamment du pouvoir législatif, et qui ne seraient «limités, dans leur existence comme dans leur contenu, que par des dispositions de nature constitutionnelle.»¹²⁰⁴

Enfin, ce pouvoir réglementaire territorial n'est pas même général, sinon spécialisé. Comme le remarque G. DRAGO, pour le cas français, la rédaction de la réforme constitutionnelle de 2003, «est importante car l'article ne dit pas que les collectivités territoriales disposent *du* pouvoir réglementaire, mais «d'*un* pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences»¹²⁰⁵, ce qui signifie, conformément aux principes traditionnels du droit public français, qu'elles ne sauraient disposer d'un pouvoir réglementaire général qui n'appartient qu'au chef du gouvernement selon l'article 21 de la Constitution¹²⁰⁶, mais qu'elles disposent d'un pouvoir de réglementation dans le cadre posé par l'exercice de leurs compétences, c'est-à-dire par la loi.»¹²⁰⁷

Dans le même sens, et peut-être même plus clairement, la Constitution chilienne ne dispose pas que les gouvernements régionaux et les municipalités disposent du pouvoir réglementaire, mais d'attributions normatives que la loi organique détermine. Les termes utilisés confirment, d'une part, leur caractère fonctionnel et secondaire et, d'autre part, la

la gestión municipal; Ley 19.754, Autoriza a las municipalidades para otorgar prestaciones de bienestar a sus funcionarios; Ley 19.070, Estatuto de profesionales de la educación; Ley 19.418, Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias; Ley 3.063, Rentas Municipales; Ley 19.378, Estatuto de atención primaria de salud; Ley 18.290, Ley de tránsito; Ley 18.287, Procedimiento ante juzgados policía local.

¹²⁰³ STC 1669-10, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, cons. 34: "...no hay asuntos que legislativamente estén reservados por la Constitución a las entidades locales; por lo mismo, no se generan normas legales nacionales y locales."

¹²⁰⁴ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 559, p. 426.

¹²⁰⁵ Art. 72 al. 3.

¹²⁰⁶ Art. 21 al. 1 et 2.

¹²⁰⁷ DRAGO, G., «Les principes de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales après la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 : clarification ou continuité?», in GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, op. cit. pp. 34-35.

confusion parfois entretenue entre le pouvoir d'exécuter la loi et la détention d'un véritable pouvoir réglementaire général, qui impliquerait celui de créer des normes générales et impersonnelles au même titre que le pouvoir réglementaire national du Président de la République.

On peut donc sûrement parler d'un pouvoir réglementaire territorial directement prévu par les Constitutions, mais certainement pas initial et autonome, dans le sens de libéré de la loi et s'appuyant directement sur une répartition constitutionnelle de matières.

B. Les justifications théoriques

Les justifications théoriques prennent leur point de départ dans une analyse du point de vue de la théorie générale du droit. De même que, par un mouvement régressif, la légalité trouve son fondement dans la notion de légitimité, cette dernière est bâtie sur la notion de souveraineté.

1. La légitimité fonde la légalité

N. BOBBIO, au travers de l'analyse de l'idée de légitimité, voulait faire apparaître « les connexions entre la théorie générale de la politique et la théorie générale du droit, plus spécifiquement entre la théorie du pouvoir, objet principal de la première, et la théorie de la règle, objet principal de la seconde. »¹²⁰⁸ Il signalait que le juriste utilise d'ordinaire les deux termes de « **légitimité** » et « **légalité** », en tant qu'attribut du pouvoir, comme synonymes, en ce sens qu'elles signifient ce qui est conforme aux lois établies.

Or, la première correspond à la **qualité du titre**, la seconde à la **qualité de l'exercice du pouvoir**: « lorsqu'on exige qu'un pouvoir soit légitime, on demande que celui qui le détient ait un juste titre pour le détenir ; lorsqu'on invoque la légalité d'un pouvoir, on demande qu'il soit exercé justement, c'est-à-dire d'après les lois établies. »¹²⁰⁹

Cette distinction entre légitimité et légalité, rapportée à la notion de compétence normative, éclaire la dialectique des relations de l'État avec ses entités territoriales.

¹²⁰⁸ BOBBIO, N., « Sur le principe de légitimité », *Droits*, PUF, n° 32, 1992, pp. 147-155, part. 148 (réédition d'un article consacré à « L'idée de légitimité », paru dans le n°7 des *Annales de philosophie politique*, PUF, 1967). Plus précisément son propos était de faire « une analyse du principe de légitimité, qui est une idée fondamentale de la théorie générale de la politique, au point de vue de la théorie générale du droit, par l'emploi de quelques notions générales par la théorie du droit. » Idem.

¹²⁰⁹ Idem, p. 148.

D'une part, elle donne une clé quant au titre au nom duquel agissent les différents acteurs et quant à la qualité du pouvoir qu'ils exercent :

À quel titre le législateur peut-il décider de décentraliser telles ou telles attributions ? La Constitution. Le fait-il justement et selon quelle Loi établie ? La Constitution.¹²¹⁰

En ce qui concerne les entités décentralisées, à quel titre agissent-elles et le font-elles correctement ? En général, dans les États unitaires, c'est au nom de la loi.

La qualité du titre du législateur, c'est-à-dire la qualité de la norme qui l'habilite ou le légitime, est constitutionnelle ; alors que celle des entités territoriales est législative.

D'autre part, elle informe sur la qualité des acteurs. C'est-à-dire qu'elle permet de répondre à la question de la différence entre ces deux conceptions que sont la « compétence-légitimité » et « la compétence-légalité ». Il semble que la réponse est en ceci que « la légitimité est la perspective d'où se place d'ordinaire le titulaire du pouvoir ; la légalité est la perspective d'où se place d'ordinaire le sujet. Là où le puissant invoque la légitimité, le sujet invoque la légalité. (...) Quant au souverain, la légitimité est ce qui fonde son droit, la légalité ce qui établit son devoir ; quant au sujet, au contraire, la légitimité du pouvoir est le fondement de son devoir d'obéissance, la légalité du pouvoir est la garantie principale de son droit de ne pas être opprimé. »¹²¹¹

Enfin, cette distinction qui renvoie à celle entre « régularité du titre » et « régularité de l'exercice » nous intéresse particulièrement car elle peut être projetée à « tous les niveaux de l'ordre juridique : lois, actes administratifs, décisions judiciaires, peuvent être contestés et invalidés comme illégitimes (ou illégaux), soit par manque du titre, soit par défaut (ou excès) dans l'exercice. »¹²¹²

On voit donc, en premier lieu, qu'une entité territoriale tient ses « titres » de décision et d'action de la loi et ne peut être considérée comme autonome vis-à-vis d'elle, encore

¹²¹⁰ On peut y ajouter les textes internationaux et pour ce qui concerne les collectivités française la Charte européenne sur l'autonomie locale.

¹²¹¹ BOBBIO, N., « Sur le principe de légitimité », en *Droits*, PUF, n° 32, 1992, p. 149.

¹²¹² Ibid.

moins vis-à-vis d'une Constitution même si elle tient directement d'elle son existence¹²¹³ et un éventuel pouvoir normatif.

En second lieu, sa qualité de titulaire de compétences matérielles et d'un éventuel pouvoir réglementaire, elle ne la tient qu'en sa qualité de sujet de l'ordre étatique (Cf. : « *quant au sujet, au contraire, la légitimité du pouvoir est le fondement de son devoir d'obéissance, la légalité du pouvoir est la garantie principale de son droit de ne pas être opprimé* »).

Enfin, la régularité et la légalité de l'action de l'entité territoriale s'en trouvent expliquées. La règle fondamentale -qui domine le fonctionnement des administrations modernes- selon laquelle aucun agent ne peut réaliser un acte juridique au nom d'une collectivité administrative, s'il n'a pas été investi au préalable de la compétence correspondante, s'applique totalement aux entités territoriales.¹²¹⁴

2. La souveraineté comme fondement de la légitimité : son caractère indivisible

La légitimité explique et fonde donc la légalité, étant donné que le politique crée le droit. Or, dans des ordres juridiques comme la France ou le Chili, *le caractère unitaire de l'État postule*, comme fondement de tout pouvoir légitime, *la souveraineté et son indivisibilité*. C'est que l'indivisibilité de la République¹²¹⁵ et/ou d'unité de l'État¹²¹⁶ ne sont effectivement possibles que parce qu'un seul souverain exerce son pouvoir sur un territoire donné, faute de quoi il y a plusieurs États.

¹²¹³ Même si aujourd'hui la majorité des Constitutions consacrent l'existence des entités territoriales, il ne serait pas illogique en soi qu'elles tirent leur «titre d'existence» de la loi.

¹²¹⁴ «La regla fundamental que domina el funcionamiento de nuestra Administración es que ningún agente puede realizar un acto jurídico en nombre de una colectividad administrativa si no está investido previamente de la competencia correspondiente. Para estar en condiciones de obrar en el plano del derecho, un agente debe ser hecho "capaz" por esta habilitación que es la competencia», BENOIT, F.-P., *El derecho administrativo francés*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 574

¹²¹⁵ DEBBASCH, R., *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Paris, Economica, PUAM, 1988. Par ailleurs, « il est à rappeler que la mention traditionnelle de l'unité de la République a disparu en 1958, à moins que la notion ne se soit fondue dans celle d'indivisibilité. » DOUENCE, J.-C., «Le statut constitutionnel des collectivités territoriales», *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1, juin 2005, Éd. 2013, n° 197.

¹²¹⁶ Dans le même sens que la note précédente, la constitution chilienne établit que le Chili est un Etat unitaire (art. 3) et dans les mêmes termes se prononçait la Constitución de 1925 (art.1°), alors que les Constitutions de 1833 (art. 3°) et 1823 signalaient que la République du Chili est "une et indivisible" On peut donc poser l'hypothèse inverse, suivant l'interrogation de JC DOUENCE, c'est-à-dire que la notion d'indivisibilité se serait fondue dans celle d'unité.

Affirmée à l'article premier de la Constitution française, l'indivisibilité de la République constitue le corollaire du caractère unitaire de l'Etat mentionné ci-dessus. Elle renvoie à l'indivisibilité de la souveraineté¹²¹⁷, car reconnaître que la souveraineté peut être divisée, c'est nier l'égalité entre les citoyens puisque certaines parties du territoire pourraient être régies par des souverainetés différentes, donc par des lois différentes. Et l'indivisibilité de la souveraineté implique une unité minimum, un seuil au-dessous duquel on ne peut passer.

Dans ce sens, L. FAVOREU a affirmé que le « principe d'indivisibilité de la République...interdit de diviser la source normative ou de porter atteinte en quelque sorte au monopole normatif du législateur et de l'exécutif nationaux »¹²¹⁸

J. HUNEEUS, dans le même sens, affirmait que le caractère unitaire de l'Etat chilien dans la Constitution de 1833 signifiait que « tout notre territoire est sujet aux mêmes lois et que toutes les autorités administratives sont subordonnées à un seul Pouvoir Exécutif central.¹²¹⁹ Propos que l'on retrouvera chez A. SILVA B. s'agissant de la Constitution de 1925 pour qui Etat unitaire signifie qu'il n'y a au Chili qu'un seul ordre juridique, généré par les organes centraux de l'Etat, et qui s'applique à toutes les personnes sur l'ensemble du territoire¹²²⁰. Pour G. AMUNATEGUI, la souveraineté, sous ses aspects internes comme externes, est exercé par un seul gouvernement.¹²²¹ La doctrine contemporaine ne diffère pas et met souvent l'accent sur l'unité de l'impulsion politique¹²²² qui forge un ordre juridique unique¹²²³.

¹²¹⁷ C'est-à-dire que « la République se rapproche de l'idée de Nation et l'indivisibilité de la République est alors étroitement liée à l'indivisibilité de la souveraineté ». GREWE, C. « L'unité de l'Etat: entre indivisibilité et pluralisme », *RDP*, 1998, p. 1351.

¹²¹⁸ FAVOREU, L., *La nouvelle décentralisation*, Sirey 1983, p. 20.

¹²¹⁹ HUNEEUS J., *La Constitución ante el Congreso*, tomo I, segunda edición, Imprenta Cervantes, Santiago, 1890, p. 65.

¹²²⁰ SILVA B., A., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, vol. 1, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 109.

¹²²¹ AMUNATEGUI G., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1950, p. 288.

¹²²² VERDUGO M., M., PFEFFER U., E. et NOGUEIRA A., H., *Derecho Constitucional*, T1, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 115: "el Estado chileno tiene un solo centro de impulsión política, que está dado por los órganos del gobierno central; sólo el Gobierno y el Congreso desarrollan la función legislativa, no hay ningún otro organismo que tenga competencia legislativa". Pour VERDUGO M., M. et GARCÍA B., A. M., *Manual de Derecho Político*, tomo I, 3a. ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 152-153: "Estado unitario es aquel que no posee más que un solo centro de impulsión política y gubernamental. Es servido por un titular único, que es el Estado. La estructura de poder, la organización política es única, en tanto que un solo aparato gubernamental cumple todas las funciones estatales. Los individuos obedecen a una sola y misma autoridad, viven bajo un solo régimen constitucional y son regidos por una legislación común. El poder estatal se ejerce sobre todo el grupo humano que habita el Estado, se dirige a una colectividad unificada. Las

Ces approches – politique et juridique - de la souveraineté dans l'Etat rejoignent « la double et indissociable signification » que lui accorde O. BEAUD. Cet auteur rejette l'idée d'un certain positivisme normatif pour qui la souveraineté ne serait qu'affaire de philosophie politique et non juridique.

En effet, « d'un côté, [la souveraineté] traduit la faculté qu'a l'Etat de créer du droit de manière absolument originaire ; ses normes n'ont pas besoin d'être légalement fondées sur d'autres normes juridiques. En outre, elle hiérarchise les normes et clôt l'ordre juridique en son entier avec la norme suprême. Par-là, elle exprime une juridification du pouvoir politique. La validité juridique de cette norme (l'acte de souveraineté) ne dérive d'aucune norme de droit positif. D'un autre côté, elle est inévitablement attirée vers l'au-delà du droit positif, car le Souverain ne peut fonder son acte sur aucune norme de droit positif et prétend alors exercer la prérogative souveraine au nom d'un principe supérieur au droit positif... On peut donc dire que la souveraineté présuppose un *principe de légitimité*... [et]... à ce titre, son étude relève de la philosophie politique. L'ambivalence structurale de la souveraineté tient donc à la dualité de ses éléments : elle est à la fois une prérogative juridique et un appel à un principe de légitimité (sans être un principe de légitimité) »¹²²⁴. Ce principe de légitimité de la Souveraineté est, dans l'Etat constitutionnel contemporain, non plus tant la puissance publique que le peuple, les citoyens. Formellement, les électeurs.

La réponse à la question de la divisibilité de la souveraineté dépend dès lors du sens attribué au mot même.¹²²⁵ A ce titre M. TROPER ajoute, aux trois premières significations

decisiones políticas obligan por igual a todos los gobernados. Además, el Estado unitario se caracteriza porque la organización política abarca todo el territorio estatal y rige para todo su ámbito sin entrar a considerar las diferencias locales o regionales que pudieren existir. El Estado unitario, por tanto, es aquel en que el poder conserva una unidad en cuanto a su estructura, al elemento humano y al territorio sobre el cual recae”.

¹²²³ MOLINA H., *Derecho Constitucional*, 6a. ed., Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 65: “el Estado unitario se caracteriza por tener un gobierno político que ejerce el poder sobre todo el territorio estatal con un solo ordenamiento constitucional y legislativo”. Pour CEA J.L., *Derecho Constitucional Chileno*, tomo I, 2a. ed., Ediciones PUC, 2008, p. 196. L'unité de l'Etat se manifeste sur les quatre plans de l'ordonnement juridique, des autorités gouvernementales, des gouvernés et du territoire. Également : SILVA B. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 79

¹²²⁴ BEAUD, O., *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. Léviathan, 1994, p. 20.

¹²²⁵ TROPER, M., « Le titulaire de la souveraineté », *La Théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 283-298 ; « L'Europe politique et la souveraineté des États », in GOYARD-FABRE, S. (dir.) *L'État au XXe siècle*, Paris, Vrin, 2004, p. 181-194.

dégagées par CARRE de MALBERG¹²²⁶, une quatrième¹²²⁷ acception du concept de souveraineté : « c'est la qualité de l'être au nom duquel est exercée la souveraineté dans les trois premiers sens »¹²²⁸, c'est-à-dire le peuple souverain dans les démocraties représentatives. Ce qu'il nomme *la souveraineté comme principe d'imputation*¹²²⁹. Nous avons ainsi la proposition suivante.

La *Souveränität*, comme caractère suprême de l'Etat est indivisible, mais la souveraineté dans le sens d'ensemble des pouvoirs inclus dans la puissance de l'Etat [*Staatsgewalt*] est tout à fait sécable, « la séparation des pouvoirs consist(ant) précisément dans une répartition de cette puissance entre plusieurs autorités distinctes ».¹²³⁰

Le pouvoir normatif entendu comme manifestation de l'exercice de la souveraineté par les organes de souveraineté prend le visage de la Loi, laquelle d'ailleurs est « définie de façon circulaire par la souveraineté ».¹²³¹ On peut donc émettre l'hypothèse que le pouvoir normatif en général peut faire l'objet d'adaptations et consacrer l'existence de normes territoriales, du moment qu'elles n'affectent pas la souveraineté comme principe

¹²²⁶ CARRE de MALBERG avait dégagé trois significations principales et distinctes du concept de souveraineté : « Dans son sens originnaire, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante [Souveränität], et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat [Staatsgewalt], et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe [Herrschaft] », CARRE de MALBERG, R., *Contribution à une théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, tome I, rééd., C.N.R.S., 1962, p. 79. La doctrine française, rappelle O. BEAUD, n'a pas suivi la doctrine allemande représentée par LABAND et JELLINEK qui distinguait la notion de souveraineté en tant que *puissance indépendante* de celle de *puissance publique* pour définir l'État et les pouvoirs à l'œuvre dans la structure étatique. Cette distinction, opérée pour les besoins de la cause de l'État fédéral, entre *puissance pleinement indépendante* [Souveränität] de l'Etat fédéral et *puissance d'Etat* [Staatsgewalt] fédéré, ne correspond pas à la conception française qui associe souveraineté et puissance publique dont « l'expression allemande de Staatsgewalt était à l'origine une traduction » relève par ailleurs O. BEAUD, dans le sens « que les utilisaient Jean Bodin et les théoriciens de l'Etat monarchique. » Voir BEAUD, O., *La puissance de l'État*, p. 18

¹²²⁷ Dans d'autres articles, les quatre concepts de souveraineté sont présentés au nombre de cinq, le troisième faisant l'objet de subdivision. V. chap. XVIII, « Le titulaire de la souveraineté » et chap XX, «Souveraineté de l'État et hiérarchie des normes», in TROPER, M., *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris, Ed. PUF Léviathan, 2001.

¹²²⁸ TROPER, M., « L'Europe politique et le concept de souveraineté », in O. BEAUD, A. LECHEVALIER, I. PERNICE et S. STRUDEL (dir.), *L'Europe en voie de Constitution, Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 117-140, spéc. p. 122

¹²²⁹ TROPER, M., « La souveraineté comme principe d'imputation », in MAILLARD DESGRÉES du LOU, D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006, pp. 69-82

¹²³⁰ TROPER, M., *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris, Ed. PUF Léviathan, 2001, p. 284.

¹²³¹ Idem., p. 289. L'auteur remarque que c'est « au moment où apparaît un pouvoir législatif qu'apparaissent en même temps les théories de la souveraineté au sens moderne ».

d'imputation : l'unité du peuple souverain. Celle-ci constituerait donc la limite infranchissable des aménagements de la souveraineté.

Cependant, la souveraineté étant le (fondement du) pouvoir normatif originaire, une éventuelle participation des entités territoriales - créées ou acceptées par l'État - au pouvoir normatif en général, ne peut qu'être secondaire et limitée par le concept d'indivisibilité de la souveraineté. Elles seront cantonnées dans un rôle défini par quelqu'un d'autre qu'elles : est souverain celui qui dispose de la maîtrise du pouvoir de répartition des compétences.

3. La distinction souveraineté – compétence

C'est ici que la distinction entre souveraineté et compétence prend toutes ses significations. La souveraineté est une notion polysémique et polémique qui a permis entre autre de « sortir de l'ordre politique féodal en luttant, contre le pouvoir seigneurial et la pluralité de pouvoirs. »¹²³²

Mais, surtout, c'est bien le binôme souveraineté-compétence qui permet de distinguer l'État et l'entité territoriale ou un de ses organes, car «une compétence peut être attribuée à n'importe quelle collectivité publique – que ce soit l'État ou bien une collectivité décentralisée. En revanche, la souveraineté suppose un seul bénéficiaire que ce soit l'État, ou éventuellement un organe de cet État. On touche ici à une différence importante [pour] la définition de la compétence.»¹²³³ Allant dans le même sens, O. GOHIN¹²³⁴ a montré l'opposition entre l'indivisibilité de la souveraineté et la divisibilité de la compétence. Il distingue au sein de la souveraineté nationale, la souveraineté de compétences qui peut être interne ou externe et les compétences de souveraineté qui peuvent relever desdites souveraineté de compétence interne ou externe.¹²³⁵

¹²³² BEAUD, O., «Compétence et souveraineté», in *La compétence*. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis, p. 12.

¹²³³ Ibid.

¹²³⁴ GOHIN, O., «Souveraineté et compétences en droit constitutionnel français depuis 1946», in MAILLARD DESGRÉES du LOU, D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006 pp. 101-117

¹²³⁵ Comme le signale O. GOHIN, «cette double approche de la souveraineté: souveraineté de compétences et compétences de souveraineté rejoint la définition qu'en donnait Carré de Malberg qui assimilait la souveraineté à la puissance étatique: [d'une part], la conception négative de la souveraineté-indépendance qui correspond au «caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante », c'est-à-dire à la souveraineté de compétences, et, d'autre part, la conception positive de la souveraineté-pouvoir qui correspond à «l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance de l'État», c'est-à-dire aux compétences de

La souveraineté de compétences correspond à la fameuse expression de «compétence de la compétence », de la puissance originaire suprême. Et, «au titre de la souveraineté interne de compétences, il appartient à l'État – et à lui seul – de déterminer, par sa Constitution, les compétences de chacun des organes constitués au sein de l'État, mais aussi des collectivités territoriales et des autres personnes de droit public, autonomes par rapport à l'État, sauf à renvoyer cette détermination des compétences à la législation organique ou ordinaire qui sont l'exercice de la souveraineté nationale ». ¹²³⁶

Il considère que la décentralisation territoriale préserve la souveraineté nationale car même les réformes liées à l'outre-mer et à la Nouvelle-Calédonie ne contredisent qu'en apparence la souveraineté de compétences de l'État français ainsi que ses compétences de souveraineté. En revanche, la souveraineté de l'Etat – compétences de souveraineté et souveraineté des compétences – est bien remise en cause par la construction européenne. De même, au Chili, c'est plutôt la ratification de la Convention 169 de l'OIT qui pourrait questionner la souveraineté de l'État, que les réformes décentralisatrices (cf. infra).

Rejoignant BOBBIO, «la compétence est toujours fondée sur du droit qui lui préexiste, et c'est pourquoi, en quelque sens qu'on la prenne, elle suppose toujours une habilitation. En revanche, la souveraineté a pour particularité de ne pas reposer sur une habilitation. C'est elle qui fonde les pouvoirs publics, qui **fonde la légalité**, de sorte qu'elle ne peut être réduite à de la pure normativité. C'est pourquoi on dit souvent qu'elle est à la fois un **titre de pouvoir et un pouvoir, mélange de légitimité et de légalité.**» ¹²³⁷ Les entités territoriales n'étant pas souveraines, elles n'ont pas de légitimité «en soi». Dès lors, «l'existence d'un tel pouvoir [normatif autonome territorial] intercalerait un écran entre le citoyen et la République, un corps intermédiaire qui non seulement affecterait l'unité de la souveraineté, mais également l'égalité indivise des citoyens». ¹²³⁸

La compétence normative autonome a parfois été qualifiée d'*initiale* pour la distinguer de la compétence normative *subordonnée*, selon qu'elle tire son origine

souveraineté. » GOHIN, O., « Souveraineté et compétences en droit constitutionnel français depuis 1946 », op. cit. p. 104.

¹²³⁶ GOHIN, O., «Souveraineté et compétences en droit constitutionnel français depuis 1946», op. cit., p. 102

¹²³⁷ BEAUD, O., «Compétence et souveraineté», in *La compétence*, op. cit. p. 14.

¹²³⁸ GREWE, C. «L'unité de l'État : entre indivisibilité et pluralisme», *RDP*, 1998, p. 1353.

directement de la Constitution ou qu'elle doit être médiatisée par un texte de second rang (loi organique, loi ordinaire, décret-loi). Cette distinction provient de la définition de la loi par CARRE de MALBERG selon qui "la loi se caractérise, non pas par la nature spéciale de son objet, mais par la puissance d'initiative qui n'appartient qu'à elle. Tandis que l'administrateur ne peut faire aucun acte réglementaire ou particulier, que sur le fondement d'une disposition législative qui l'y autorise, la loi au contraire est faite en vertu du pouvoir propre du législateur, en ce sens que le législateur n'a besoin d'être habilité par aucun texte pour prendre une mesure quelconque: il possède à cet égard un pouvoir général, qu'il tient de la Constitution même. En ce sens, la loi a un caractère initial."¹²³⁹

M. JOYAU¹²⁴⁰ distingue, quant à lui, entre un *pouvoir normatif autonome initial* parce qu'indépendant quant à sa source et un *pouvoir normatif autonome* (tout court), parce qu'indépendant quant à ses conditions d'exercice.

Il précise que le premier est initial parce qu'"originel" et "inconditionné". C'est-à-dire, d'une part, que son caractère originaire découle d'une absence de délégation nécessaire et, d'autre part, que son "inconditionnalité" vient du fait que ce pouvoir peut s'exercer directement sur le fondement de la Constitution, en l'absence de la nécessité de tout autre texte.

Cette présentation de M. JOYAU ne semble pas très opportune.

Premièrement, pourquoi l'un des pouvoirs autonome est-il adjectivé et l'autre non ? Ceci n'aide pas vraiment à la clarté de sa démonstration. N'y avait-il pas d'autre terme possible? Deuxièmement, parce qu'elle paraît un peu alambiquée et prête à confusion¹²⁴¹.

Il faut donc entendre la notion de pouvoir autonome dans le sens d'initial que lui prête CARRE de MALBERG, c'est-à-dire d'un pouvoir qui puisse s'exercer directement sur le fondement de la Constitution, sans autre médiation. Quant à l'expression de pouvoir *autonome* (tout court) dans le sens de M. JOYAU, il semble plus juste de parler de conditions d'exercice du pouvoir réglementaire territorial.

¹²³⁹ CARRÉ de MALBERG, R., *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, T 1, Sirey 1920, réédition C.N.R.S., 1962, p. 362.

¹²⁴⁰ JOYAU, M., *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises: Essai sur les libertés du pouvoir normatif local*, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome 198, LGDJ, Février 1998.

¹²⁴¹ Les débats qui ont eu lieu en 1983 sur le caractère direct, initial, autonome, résiduel ou réservé du pouvoir réglementaire local, et les sens différents qu'avaient pu donner à chacun de ces adjectifs les différents auteurs, ont traité amplement le sujet.

Contrairement à ce qu'affirmaient des auteurs comme KELSEN¹²⁴² ou DUVERGER¹²⁴³, décentralisation et fédéralisme obéissent à deux logiques différentes. Il ne s'agit pas finalement que d'une simple question de degré, mais bien de nature liée à la conception même de la souveraineté dans l'Etat.¹²⁴⁴ Pour cette raison, il n'est pas possible de parler d'autonomie pour une entité infra-étatique mais de degré d'autonomie. L'autonomie réelle tient à voir avec la souveraineté, c'est-à-dire le pouvoir de faire la loi ou, comme la définissait BODIN, le pouvoir «de donner loi à tous en général, et à chacun en particulier».¹²⁴⁵

La norme suprême de l'Etat moderne – l'expression de sa souveraineté -, ou de l'ordre juridique pour reprendre la terminologie kelsenienne, c'est la Constitution. En 1789, l'Abbé SIEYES a défini l'Etat comme « *un corps d'associés vivant sous une loi commune et représentés par la même législature* »¹²⁴⁶. Mais le règne de la loi a été remplacé par celui de la Constitution et les différentes compétences normatives, depuis la période révolutionnaire et le constitutionalisme moderne, sont définies directement par la Constitution puis par la loi. En définitive, la «compétence de la compétence»¹²⁴⁷, c'est-à-dire la compétence qui définit les compétences secondes, réside dans la Constitution.

Or, "si l'on considère un ordre juridique globalement, dans sa totalité, il ne peut jamais être uniquement et entièrement décentralisé, (...) tout ordre juridique comprend nécessairement une part de centralisation, (...) autrement dit (...) la décentralisation ne peut pas exister absolument pure de tout alliage, de tout élément de centralisation (...)

¹²⁴² KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*. (trad. E. García Maynez) 1^a ed. México, DF, Imprenta Universitaria, 1949, p. 333: "lo único que distingue a un Estado unitario dividido en provincias autónomas, de un Estado federal, es el grado de descentralización. (...) En la escala de la descentralización, el Estado federal ocupa un lugar intermedio entre el Estado unitario y una unión internacional de Estados.

¹²⁴³ DUVERGER, M., *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, PUF, Thémis. 6a ed. 1962, p. 71: Selon DUVERGER, "en définitive, il n'existe aucune différence de nature mais seulement de degré : la décentralisation est un fédéralisme atténué ; le fédéralisme, une décentralisation très avancée.»

¹²⁴⁴ V. la contribution de ZOLLER, E. *Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États*, op. cit. § 23 et s.

¹²⁴⁵ BODIN, J., *Les six livres de la République*, Paris, Librairie générale française, Coll. « Le Livre de poche », n° 4619, 1993, p. 160.

¹²⁴⁶ SIEYES, E., *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, éd. R. Zapperi, 1970, p. 126.

¹²⁴⁷ D'après B. NABLI, la notion, élaborée dans le cadre du partage de compétences entre niveaux fédéral et fédéré, attribuée à tort à LABAND serait due en fait à Hugo Heinrich ALBIN BÖHLAU, auteur de *kompetenz-kompetenz*, Leipzig, Veit, 1869, 79 p. NABLI, B., "l'État membre : l'« hydre » du droit constitutionnel européen", Communication dans le cadre du *VIIe Congrès de l'Association Française de Droit Constitutionnel*, 2008, consultable à l'adresse suivante: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/NabliTXT.pdf>

nécessairement, ce minimum concerne le principe même de l'ordre juridique, la base juridique de la collectivité, c'est à dire le degré suprême des normes». ¹²⁴⁸

Le pouvoir réglementaire territorial est donc, par essence, dérivé et borné, indissociable d'une délégation étatique. Il n'est donc pas autonome et il ne fait qu'exécuter ou appliquer la loi. Quelle est donc sa place dans la hiérarchie des normes. Peut-il appliquer et/ou exécuter la loi directement ou nécessite-t-il l'édiction préalable de règlements nationaux. Quelle est son degré d'autonomie ?

§ 2. Les vicissitudes des débats sur le pouvoir d'exécution et/ ou d'application des lois

Si l'existence d'une autonomie du pouvoir réglementaire territorial à l'égard de la loi est désormais ¹²⁴⁹ démentie par les textes constitutionnels ¹²⁵⁰, des controverses doctrinales subsistent quant à l'étendue du pouvoir normatif territorial d'exécution ou d'application des lois et quant à la possibilité de conférer aux entités territoriales un pouvoir d'application directe des lois sur lequel le pouvoir réglementaire central ne pourrait empiéter (B). Il faut cependant, au préalable, clarifier les termes du débat (A).

A. La distinction des notions d'exécution et d'application

La distinction, bien que connue, est importante voire fondamentale pour notre comparaison car la problématique, telle qu'elle s'est présentée en droit français, peut être transposée à la situation chilienne. La question est de savoir si les entités territoriales peuvent appliquer directement la loi ou doivent attendre un décret d'application de la loi pour mettre en œuvre ou exécuter la loi conformément à ces dispositions réglementaires.

En France, J.-M. AUBY ¹²⁵¹ a distingué, au côté des règlements autonomes de l'article 37 de la Constitution, et sur la base des dispositions de l'article 21 relatif aux

¹²⁴⁸ EISENMANN Ch., *Centralisation – décentralisation*, L.G.D.J. 1948 p 161.

¹²⁴⁹ Ce désormais est bien sur une référence au débat doctrinal qui a porté sur le caractère direct, initial, autonome, résiduel ou réservé du pouvoir réglementaire local sur lequel nous ne revenons pas ici. Il a été traité et exposé dans toutes les thèses françaises sur la décentralisation et nombre de manuels. Cf. infra.

¹²⁵⁰ Art. 72 al. 3 Constitution française et 113 et 119 al. 2 CPR.

¹²⁵¹ AUBY, J.M. "Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984. p. 468

règlements d'exécution des lois, entre les règlements pris "en exécution" et ceux pris "en application" de la loi.¹²⁵²

S'agissant des premiers, "le règlement d'exécution de la loi est entendu traditionnellement comme celui qui fixe les mesures complémentaires de la loi, qui détermine, dans certaines limites juridiques, les modalités d'application de la loi sans lesquelles celle-ci est souvent inapplicable"¹²⁵³

On se trouvera en présence de règlements pris *en application de la loi*, "lorsque le législateur se borne à formuler au profit d'une autorité une compétence réglementaire en *se limitant à en indiquer l'objet* ou en *posant quelques principes concernant son exercice*.... [par exemple], "lorsque la loi charge le maire d'administrer les propriétés communales, les règlements communaux pris à cet effet sont les règlements pris en application de la loi, non des règlements d'exécution des lois"¹²⁵⁴.

S'agissant des actes pris *en application*, si le monopole du pouvoir réglementaire établi par l'article 21 de la Constitution au profit du premier ministre "peut être entendu comme visant le pouvoir réglementaire d'exécution des lois et –si l'on admet qu'il doit en être distingué – le pouvoir réglementaire «autonome» celui d'intervenir hors du domaine de la loi, il n'exclut pas expressément l'existence et la dévolution d'un pouvoir réglementaire, "en application de la loi", *ex lege*, qui ne serait *ni un pouvoir de réglementation autonome, ni un pouvoir d'exécution des lois entendu comme la mise en œuvre d'une mission de compléter la loi, d'en fixer les modalités d'application*".¹²⁵⁵

La distinction entre *en exécution* et *en application* est délicate, comme le reconnaît J.M. AUBY, car il existe des situations intermédiaires entre ces deux catégories de règlements.¹²⁵⁶ En dehors de ces cas, on voit bien toute l'utilité d'une telle distinction qui permet au législateur de déposséder expressément le pouvoir exécutif national au bénéfice d'autorités administratives territoriales.

¹²⁵² Plus spécifiquement sur le débat au début des années 80 entre partisans d'un pouvoir réglementaire local d'exécution des lois réservé et ceux d'un pouvoir réglementaire d'exécution des lois supplétif ou résiduel, cf. B infra B. La bibliographie la plus citée étant: BOURJOL, M., «Statut constitutionnel», Fascicule 93 du *JCL Collectivités territoriales*, 1994, n° 59; plus nuancé: LUCHAIRE, F., «Les fondements constitutionnels de la décentralisation», *RDP*, 1982.FAVOREU, L., « La réforme des collectivités territoriales : principe de libre administration et statut du personnel », *Cahiers du CFPC*, n°13, oct. 1983, p. IX.

¹²⁵³ AUBY, J.M. "Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales», *AJDA*, 1984, p. 470.

¹²⁵⁴ Ibidem, p. 470. C'est moi qui souligne.

¹²⁵⁵ Idem, p. 474. C'est moi qui souligne.

¹²⁵⁶ Idem, p. 470.

La fonction de compléter la loi, dans le sens du *règlement d'exécution*, existe également en droit chilien¹²⁵⁷. En vertu de l'article 32 n° 6¹²⁵⁸, le Président de la République exerce le pouvoir réglementaire autonome et il est habilité à prendre les règlements qu'il estime nécessaire à l'exécution des lois. Ceux-ci, ayant pour objet de compléter les lois et réguler leur application¹²⁵⁹ tout en assurant la sécurité juridique des destinataires¹²⁶⁰, sont soumis à un contrôle de proportionnalité de la part du Tribunal constitutionnel.¹²⁶¹

¹²⁵⁷ La littérature est bien entendu abondante sur le sujet. Pour une vision d'ensemble, on peut consulter: CORDERO Q., E., "El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria.", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII*, Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2009, pp. 409-440; du même auteur: "Las garantías normativas y sus alcances en el ordenamiento jurídico nacional", *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 2000), III pp. 100-120; CARMONA S., C., "Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control", *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, n° 3, 2001; CAZOR A., K., "La potestad reglamentaria autónoma en la Constitución chilena", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, 10, 1999, pp. 75-79; "La reserva legal y el problema de la relación ley-reglamento en la Constitución chilena", *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Temuco, 2, 2001, pp. 25-61; "Comentario crítico a la reforma constitucional del artículo 82 número 12", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 1, 2002, pp. 105-114; "La esfera de la función legislativa del Congreso Nacional a la luz de la relación ley-reglamento en la Constitución chilena", *Revista de Derecho Público*, Vol. 65, 2003, pp. 14-27; "Comentario sentencia sobre inconstitucionalidad de decreto supremo en caso "Plan de Impacto Vial" (Tribunal Constitucional, Rol N° 370)", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, 16, 2004, pp. 2003-228; PIERRY A., P., "El ámbito de la ley", en AA. VV., *Proceso Legislativo en Chile*, Valparaíso, CEAL-UCV, 1991.

¹²⁵⁸ Art. 32-6° CPR: "Son atribuciones especiales del Presidente de la República: - Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes".

¹²⁵⁹ Comme l'a exposé clairement la STC 480-06, "*Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Iberoamericana de Energía Ibener S. A.,...*" cons. 13: "En efecto, teniendo presente que la Carta de 1980 consagra el sistema de dominio legal máximo en el artículo 63 y además otorga al Ejecutivo la facultad de dictar reglamentos, decretos e instrucciones en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal en el artículo 32 N° 6, resulta evidente que la potestad reglamentaria de ejecución no puede sino dar aplicación a los preceptos legales en las mismas materias reservadas al dominio legal. Este es el único entendimiento armónico de lo dispuesto por la Carta Fundamental en los artículos 63 y 32 N° 6 ya referidos: el primero establece las únicas materias que pueden y deben ser reguladas por la ley (materias de reserva legal), mientras el segundo distingue dos categorías excluyentes de decretos: los autónomos, llamados a regular "todas aquellas materias que no sean del dominio legal" y los de ejecución, consagrados a través de la facultad de dictar "los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes". De la sola lectura de los dos preceptos resulta evidente que la potestad reglamentaria de ejecución sólo puede darse en materias reservadas al dominio legal, pues en las demás el legislador está vedado y deben ser reguladas por la potestad reglamentaria autónoma."

¹²⁶⁰ Voir par exemple, la decisión STC 370-03, *Requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo*, cons. n° 23: "[...] la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales, (...) puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica".

¹²⁶¹ Même décision STC 370-03. À cette occasion, le TC signale que la régulation est pleinement constitutionnel, dans la mesure où il existe "una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y

Cependant, cette fonction de compléter la loi peut être confiée à d'autres autorités que le Président de la République. Ainsi, A. BASCUÑAN V. évoque la Banque centrale, les tribunaux suprêmes et les municipalités. Cette pratique, écrit-il, « s'appuie habituellement sur le propre pouvoir législatif moyennant ce qu'on appelle les « mandats de régulation complémentaire » qui consistent en des renvois normatifs en vertu desquels l'organe qui exerce un pouvoir normatif de rang hiérarchique supérieur se réfère à un autre organe, qui exerce un pouvoir normatif inférieur, pour qu'il régule la même matière en ce qui concerne tout ce qui n'a pas été prévu par la régulation de rang hiérarchique supérieure, en la complétant. »¹²⁶²

Par ailleurs, il est possible de voir dans les renvois effectués par les lois organiques régionale et municipale chiliennes à des domaines matériels de compétences, l'attribution d'un pouvoir réglementaire exercé « en application de la loi. Il s'agit bien de formulations au profit d'une autorité d'une compétence réglementaire «se limitant à en indiquer l'objet et ou même en posant quelques principes concernant son exercice»¹²⁶³. Ainsi, par exemple, l'art 17 de la LOCGAR, relatif aux fonctions du gouvernement régional en matière d'aménagement du territoire, prévoit qu'il devra encourager, développer et veiller au bon fonctionnement des services de transport intercommunal, interprovincial et international frontalier de la région, dans le respect des conventions internationales, ainsi que coordonner avec les autres gouvernements régionaux le transport interrégional, appliquant pour cela les politiques nationales en la matière, sans porter atteinte aux facultés des municipalités. Les exemples, peut-être les plus proches de celui donné par J.-M. AUBY, sont celui de l'art. 20 b) de la LOCGAR qui précise que «pour l'exécution de ses fonctions, le gouvernement régional disposera des attributions suivantes: acquérir, administrer et disposer de ses biens et ressources conformément à la loi», ou ceux des lettres e) et f) de l'art. 63 de la LOCMU.¹²⁶⁴

los medios que planifica el reglamento para lograrlos”, c'est-à-dire “una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar”.

¹²⁶² BASCUÑAN V., A., *Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno*, Materiales de estudio del *Curso de Introducción al Derecho* del Pr. BASCUÑAN V. (sin publicar), 3era versión corregida y complementada por A. BASCUÑAN R., Universidad de Chile – Facultad de Derecho, Santiago, Marzo de 1998, n° 48.

¹²⁶³ AUBY, J.M. “Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984, p. 470

¹²⁶⁴ LOCMU, art. 63: “El alcalde tendrá las siguientes atribuciones: e) Administrar los recursos financieros de la municipalidad, de acuerdo con las normas sobre administración financiera del Estado; f) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna que correspondan en conformidad a esta ley”.

La doctrine française a utilisé des terminologies différentes pour essayer d'identifier les différentes configurations que peut prendre le pouvoir réglementaire d'exécution des lois. Et elles portent plus à la confusion qu'à la clarté des débats.¹²⁶⁵ G. CHAVRIER pour sa part distingue le pouvoir réglementaire territorial «pour compléter les normes générales» établies par la loi, et celui «qui consiste à mettre en œuvre les compétences qui leur ont été transférées par l'édiction de normes générales et impersonnelles.»¹²⁶⁶ Elle reconnaît que le premier correspond bien à ce que la Constitution qualifie de pouvoir «d'exécution des lois» mais que la pratique – ou plutôt une partie de la doctrine – désigne comme «pouvoir d'application des lois».

X. BARELLA, suivant en cela X. MAGNON, préfère l'expression « d'exécution des lois pour désigner le pouvoir réglementaire local plutôt que celle d'application de la loi qui [lui] semble trop large et ne correspond pas à la réalité du pouvoir réglementaire »¹²⁶⁷ car, par exemple, les juges aussi appliquent la loi.

Les points de vue peuvent se concilier. Il est vrai que le pouvoir réglementaire territorial mettant toujours en œuvre la loi, en quelque sorte il l'exécute toujours également. Cependant, on peut garder la distinction entre *exécution* et *application* car, dans le cadre de la comparaison des droits, «seules les théorisations qui reposent sur une distinction entre les normes prises «en application» et «en exécution» d'une norme supérieure», parce qu' «elles reposent sur l'indépendance des conditions d'édiction de ces normes, (elles) permettent de rendre compte de l'autonomie ou de l'absence d'autonomie du pouvoir qui a édicté ces normes secondes.»¹²⁶⁸

¹²⁶⁵ Ainsi, J.-C. VENEZIA, à la suite de J.-M. AUBY, a proposé de distinguer entre les mesures prises «par application», celles prises «pour l'application» et enfin celles «en application», VENEZIA, J.-C., «Les mesures d'application», in *Mélanges R. Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 674.

¹²⁶⁶ CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local : en jeux et débats*, op. cit. p. 117.

¹²⁶⁷ BARELLA, X., *Les collectivités et la loi*, Thèse, UT1, 2010, p. 246. L'auteur cite d'ailleurs X. MAGNON : « toute concrétisation ou « application » de la loi n'est pas manifestation d'un pouvoir réglementaire. Il convient ici de distinguer au sein des organes qui assurent « l'application » de la loi dans un sens large. Seul le pouvoir d'exécution des lois, le « pouvoir exécutif » et non celui chargé de juger, « le pouvoir judiciaire », peut être qualifié de pouvoir réglementaire. » MAGNON, X., « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales », *RRJ*, 2003-4, p. 2761.

¹²⁶⁸ JOYAU, M., *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises: Essai sur les libertés du pouvoir normatif local*, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome 198, LGDJ, 1998, pp. 123 et 125.

La première renverra à la notion de pouvoir d'exécution résiduel ou supplétif du pouvoir réglementaire national et la seconde, le pouvoir d'application, se réfèrera aux cas ou hypothèses d'exécution directe ou réservée (ou encore autonome du pouvoir réglementaire national d'exécution) de la loi. Dans ce contexte, poser la question de savoir si « demain comme auparavant, le pouvoir réglementaire local d'application des lois demeurera (...) exclusivement résiduel ? »¹²⁶⁹, revient à poser le problème des habilitations législatives directes au bénéfice des entités territoriales. Sur ce point, les solutions varient d'un droit à l'autre, et même au sein du système chilien.

B. Des solutions de droit positif variées

Comme dans beaucoup de pays dont les Constitutions déclarent que leurs États sont unitaires et décentralisés, le pouvoir réglementaire territorial au Chili et en France est toujours exercé en exécution des lois. C'est un impératif constitutionnel clair. Le pouvoir normatif territorial est exclu en matière législative pour des raisons qui tiennent aux principes de la souveraineté nationale, à l'indivisibilité de la République en France, et à l'unité de l'Etat au Chili (cf. supra).

C'est donc la question fondamentale de la répartition loi-règlement national-norme territorial de droit commun¹²⁷⁰ et l'articulation de leurs rapports qui est posée. Quelle est la qualité ou la hiérarchie de cette dernière par rapport au pouvoir réglementaire national, pouvoir réglementaire naturel¹²⁷¹ d'exécution des lois?

Alors qu'en France le débat est clos (pour l'instant) par les textes et la jurisprudence constitutionnels comme par la doctrine, ce n'est pas le cas dans le système chilien.

¹²⁶⁹ FRIER, P.-L., « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA*, 2003, p. 559 et s.

¹²⁷⁰ Nous réservons pour d'autres développements les problèmes relatifs à l'outre-mer français et à l'expérimentation-dérogation car ils ont pour trait commun d'instaurer une rupture dans la hiérarchie classique des normes et dans l'application uniforme de la loi dans l'espace et dans le temps.

¹²⁷¹ Ce qui est bien différent de la question d'un *domaine réglementaire national par nature*. Voir par ex. FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 562, p. 429.

1. Les débats français autour du caractère réservé ou résiduel du pouvoir réglementaire territorial

En France, le débat s'est présenté sous la forme des partisans d'un pouvoir réglementaire territorial d'exécution des lois réservé¹²⁷², et ceux d'un pouvoir réglementaire d'exécution des lois supplétif ou résiduel¹²⁷³.

Le premier courant considérait exclue l'intervention du pouvoir réglementaire national pour les compétences décentralisées. Les collectivités territoriales se voyaient donc investies d'un pouvoir d'application des lois les concernant soit par habilitation expresse du législateur, soit au titre de la libre administration sur le fondement de l'article 72 de la Constitution. C'est-à-dire qu'elle militait pour une dualité du pouvoir réglementaire et conférait une compétence de principe aux collectivités territoriales pour les affaires de leur compétence.

Le second postulait que les collectivités territoriales ne peuvent intervenir pour exécuter les compétences décentralisées que sur habilitation expresse du législateur au détriment du Premier ministre, ou à la double condition cumulative du silence de la loi et de l'abstention du pouvoir réglementaire national, « puisque le gouvernement tient de l'article 21 un titre constitutionnel qui lui permet de prendre des mesures d'exécution de la loi sans habilitation du parlement. »¹²⁷⁴ On peut rattacher cette seconde hypothèse à l'exercice de la clause générale de compétence ou à la mise en œuvre de pouvoirs implicites.¹²⁷⁵

Le débat aujourd'hui est tranché en faveur des seconds. Il l'a d'abord été par le Conseil d'État¹²⁷⁶, puis par le Conseil constitutionnel¹²⁷⁷, et la réforme constitutionnelle de 2003 n'a rien changé à l'affaire.

¹²⁷² Notamment BOURJOL, M., « Statut constitutionnel », Fascicule 93 du *JCL Collectivités territoriales*, 1994, n° 59; plus nuancé: LUCHAIRE, F., « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », en *RDJ*, 1982.

¹²⁷³ FAVOREU, L., « La réforme des collectivités territoriales: principe de libre administration et statut du personnel », *Cahiers du CFPC*, n°13, oct. 1983, p. IX; AUBY, J.M. « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984, op.cit.

¹²⁷⁴ AUBY, J.M. « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA*, 1984, p. 476.

¹²⁷⁵ Cf. Chapitres 4 et 6.

¹²⁷⁶ CE, 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de la Ville nouvelle de Cergy-Pontoise*, *Rec.*, p. 37 ; *AJDA*, 1985, p. 271, note J. MOREAU ; *RFDA*, 1985, p. 366, note J.-C. DOUENCE.

¹²⁷⁷ CC, Décisions : n° 85-195 DC du 10 juillet 1985, *Loi organique modifiant le code électoral et relative à l'élection des députés*; n° 90-274 DC du 29 mai 1990, *Loi visant à mettre en œuvre du droit au logement*; n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*.

A côté de la loi votée par le Parlement, et du règlement pour l'essentiel entre les mains du Premier ministre, autorité réglementaire de droit commun en vertu de l'article 21 de la Constitution¹²⁷⁸, la compétence normative des collectivités territoriales apparaît très réduite. A l'instar des autres pays européens, «il s'agit toujours d'un pouvoir réglementaire subordonné au pouvoir réglementaire des autorités supérieures, dès lors que celles-ci interviennent, et parfois à leur approbation (Royaume-Uni).»¹²⁷⁹

D'abord, parce que «le pouvoir réglementaire local est fondamentalement distinct de celui du Premier ministre, car l' [exercice du] premier découle de la seule loi et non pas directement de la Constitution comme le second, qui n'a donc pas besoin d'habilitation législative. De plus, son domaine est limité aux compétences des collectivités alors que le Premier ministre possède un champ d'intervention général.»¹²⁸⁰

Ensuite, on ajoute souvent à cet argument formel – avec raison nous semble-t-il-, l'argument de fond de l'unité d'application de la loi. Elle réclame le plus souvent une intervention du pouvoir réglementaire central pour mettre en œuvre des dispositions législatives «dès lors qu'elles ne sont pas suffisamment précises pour que leur application soit possible avant» qu'un décret en détermine les conditions d'application «pour l'ensemble des collectivités territoriales »¹²⁸¹.

La compétence réglementaire territoriale existe donc, mais elle n'est que d'exécution¹²⁸² et souvent d'exécution de troisième rang (c'est-à-dire en fait quatrième dans une échelle normative qui descend à partir de la Constitution), puisque elle met en œuvre les directives réglementaires nationales.

¹²⁷⁸ Sous réserve des prérogatives reconnues au Président de la République par l'article 13.

¹²⁷⁹ MARCOU, G., «Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », *op. cit.*, p. 202.

¹²⁸⁰ FRIER, P.-L., «Le pouvoir réglementaire local: force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA*, 2003, p. 560.

¹²⁸¹ CE Avis 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, *Rec.* p. 123 ; *AJDA* 1992, p. 293, concl. H. TOUTEE ; *JCP* 1993, II, n° 22100, note O. JOUANJAN ; *RFDA*, 1994, p. 770, note B. FAURE. Dans le cas d'espèce, alors même que la loi confiait à chaque assemblée délibérante le soin de fixer le régime indemnitaire des fonctionnaires locaux. V. aussi CE 27 novembre 1992, *Fédération Interco CFDT*, *Rec.*, p. 426 ; *AJDA*, 1993, p. 208, note F.-X. AUBRY ; *RFDA* 1994.

¹²⁸² Pour B. FAURE, « la collectivité ne reçoit que des compétences d'exécution dont le droit détermine, pour chaque domaine, la répartition et les conditions d'exercice. » FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.* n° 624 p. 475.

Dès lors, se pose la question de la marge de manœuvre qui reste aux entités territoriales. Elle est admise par la jurisprudence constitutionnelle et administrative en matière réglementaire, à titre résiduel, dans des conditions et sous des réserves strictes. Dès 1984, le Conseil constitutionnel a considéré que pouvaient être fixées par décret les modalités de mise en œuvre des règles et principes fondamentaux déterminés par la loi¹²⁸³, et ne laissait donc de possibilité d'action aux collectivités territoriales que si le pouvoir réglementaire ne mettait vraiment pas en œuvre la loi.

Le pouvoir réglementaire territorial n'intervient que comme une activité normatrice au minimum de troisième rang même si le pouvoir réglementaire national ne s'exerce pas¹²⁸⁴. Ainsi, la réforme constitutionnelle de 2003 n'a pas modifié fondamentalement les choses : les collectivités territoriales disposent d'un pouvoir réglementaire résiduel et subordonné. Comme pour préparer cette réforme, le Conseil constitutionnel avait indiqué dans sa décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002 sur *la loi relative à la Corse*, que le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales résultait du deuxième alinéa de l'article 72. Cependant, il avait précisé qu'il demeure encadré sur la forme et sur le fond.

D'une part, «le pouvoir réglementaire dont dispose une collectivité territoriale dans le respect des lois et des règlements ne peut s'exercer en dehors du cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi; qu'elles n'ont ni pour objet ni pour effet de mettre en cause le pouvoir réglementaire d'exécution des lois que l'article 21 de la Constitution attribue au Premier ministre sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République par l'article 13 de la Constitution.»¹²⁸⁵

¹²⁸³ CC. Déc. n°83-168 DC, du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, Rec. p. 38.

¹²⁸⁴ Nous disons au minimum car on peut voir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la libre administration, « l'existence d'un degré supplémentaire de hiérarchisation en matière de décentralisation » FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 209. De même, les jurisprudences administratives du Conseil d'Etat ou de la *Contraloria General de la República* forgent en grande partie le droit territorial.

¹²⁸⁵ CC, Déc. n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, Rec. p. 70; P. FERRARI, *AJDA*, 2002, p. 86; J.-E. SCHOETTL, *AJDA*, 2002, p. 100; J.-B. AUBY, *Droit Administratif*, 2002, p. 3; B. FAURE, *RFDA*, 2002, p. 469; M. VERPEAUX, *RFDA*, 2002, p. 459; F. LUCHAIRE, *RDP*, 2002, p. 885; L. FAVOREU, *RFDC*, 2002, p. 410; X. MAGNON, *D.* 2003, p. 1124.

D'autre part, il ne saurait être de nature à remettre en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental. Cette disposition de fond a été constitutionnalisée par l'article 72 al. 4 de la Constitution.¹²⁸⁶

2. Le pouvoir d'application des municipalités et le pouvoir d'exécution des régions au Chili

Comme on l'a vu, le procédé des blocs de matières par les lois organiques chiliennes correspond à l'exemple donné par J.-M. AUBY en ce qui concerne les mesures d'application. Dès lors, comment s'exercent-elles? Le système fonctionne-t-il?

a) Le caractère autonome des municipalités, garantie d'un pouvoir d'application limité

L'autonomie normative de la municipalité chilienne bien que constitutionnellement reconnue est toute relative. Ses domaines de compétence sont fixés par sa loi organique et les lois spéciales d'attribution de compétence ou des articles de lois spéciales lui réservant une compétence sur tel point particulier (cf. supra). Il s'en suit qu'elles disposent bien d'un pouvoir direct et réservé d'exécution ou d'application des lois. Cette solution est consacrée depuis longtemps en droit chilien puisque M. VARGAS affirmait dans la première moitié du XX^e siècle que les ordonnances et règlements municipaux de la loi 1891, "constituent une véritable législation de caractère secondaire et supplétoire car ils ne peuvent disposer de manière générale que sur la base d'une disposition légale et jamais en contradiction avec elle".¹²⁸⁷

Cette autonomie fait obstacle à ce qu'elles soient soumises au pouvoir réglementaire national ou à celui d'autres organes autonomes prévus par la Constitution pour l'exercice de leurs compétences privatives. La solution est normalement réglée par le principe de compétence. Les ordonnances ou règlements locaux ne doivent donc se soumettre qu'à la Constitution, à la loi organique municipale et aux éventuelles lois

¹²⁸⁶ Le texte mentionne précisément « *les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti.* »

¹²⁸⁷ VARGAS S., M., *Derecho administrativo*, obra póstuma, Imprenta Universitaria, Santiago, 1922, pp. 108-110, cité par HUIDOBRO S., R., "La potestad normativa municipal, estudio histórico-doctrinario para la reconstrucción del derecho municipal chileno", in PANTOJA B., R. (Coord.), *Derecho administrativo: 150 años de doctrina*, Santiago: Jurídica de Chile, 1a. ed., 2009., p. 202.

particulières, mais en aucun cas ne peut s'appliquer un quelconque principe hiérarchique entre eux et une autre norme réglementaire, sauf prescription légale expresse.¹²⁸⁸

Or, cette exécution réservée est en fait bien limitée car elle ne concerne que les compétences privatives et elle est expressément tenue de respecter les « normes techniques de caractère général » des ministères respectifs¹²⁸⁹ adoptées pour leur mise en œuvre. Ce pouvoir réglementaire n'apparaît pas beaucoup plus ample que les dispositions du CGCT relatives aux communes françaises.

Cette subordination au pouvoir réglementaire national tient au fait que les municipalités n'ont en charge que l'administration locale alors que l'administration nationale revient au Président de la République, de sorte que l'exécution de la loi doit être assurée avec une « uniformité basique ou essentielle », propre à l'État unitaire.¹²⁹⁰

De même que pour le système français, se pose la question de la marge de manœuvre qui reste aux municipalités chiliennes. On précisera dès à présent que la doctrine mais surtout la jurisprudence leur reconnaissent une « clause générale » de compétence (cf. infra, chap. 6) liée aux fonctions de caractère universel que leur confère la loi.¹²⁹¹ L'ensemble de ces données explique sans doute le faible intérêt de la doctrine pour les questions relatives au pouvoir réglementaire des municipalités, la question paraissant

¹²⁸⁸ CORDERO Q., E., “La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales”, op. cit. p. 134.

¹²⁸⁹ Art. 3 LOCMU: “Corresponderá a las municipalidades, en el ámbito de su territorio, las siguientes funciones privativas: a) Elaborar, aprobar y modificar el plan comunal de desarrollo cuya aplicación deberá armonizar con los planes regionales y nacionales; b) La planificación y regulación de la comuna y la confección del plan regulador comunal, de acuerdo con las normas legales vigentes; c) La promoción del desarrollo comunitario; d) Aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos, dentro de la comuna, en la forma que determinen las leyes y las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo; e) Aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo, y f) El aseo y ornato de la comuna.

¹²⁹⁰ V. par ex: STC Rol 1669-10, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, op. cit. cons. 47: “Esta subordinación se explica por dos razones fundamentales. Por una parte, porque al municipio sólo se le asigna por la Constitución “la administración local” (artículo 118). La administración nacional está entregada al Presidente de la República (artículo 24). La potestad reglamentaria del Presidente de la República que le entrega la Constitución (artículo 32 N° 6), es para el ejercicio de esta función administrativa nacional. El llamado básico que la Constitución hace a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, es a ejecutar la ley, en todo el país, nacionalmente. Por la otra, porque de esa forma se asegura una uniformidad básica o esencial, propia del Estado unitario. La potestad normativa municipal es para marcar el particularismo a partir de la atención de los intereses locales; pero sin pasar a llevar esa regulación nacional.”

¹²⁹¹ CORDERO Q., E., “La potestad reglamentaria de las entidades territoriales...”, op. cit., 131.

réglée. Le domaine de validité matériel et territorial du pouvoir réglementaire des municipalités est cependant limité et fait l'objet des développements ultérieurs.¹²⁹²

b) Le triple obstacle à l'existence d'un pouvoir réglementaire régional résiduel

Bien que se voyant reconnaître des attributions normatives par la Constitution et recevant, comme les municipalités, des compétences directement par leur loi organique, les régions restent subordonnées au pouvoir réglementaire central. Cette solution n'est pas satisfaisante car le fait qu'elles ne disposent que de compétences administratives d'exécution des lois¹²⁹³, ne devrait pas emporter forcément leur soumission au pouvoir réglementaire central.

Les obstacles tiennent principalement à deux dispositions de la loi organique régionale qui se réfèrent explicitement au caractère supplétif et troisième, par rapport à la Constitution, du pouvoir réglementaire régional et les interprétations jurisprudentielles confirment cette situation, ce qui divise la doctrine. On peut résumer les points d'achoppement, avant de les expliquer, de la manière suivante: une jurisprudence administrative incohérente favorable à la nécessité (ou non) d'habilitations législatives expresses préalables, à laquelle s'ajoutent ou qu'expliquent des dispositions organiques contradictoires et, enfin, les conséquences de l'application des articles 6 et 7 de la Constitution qui verrouillent la liberté d'agir des régions. Difficile dans ces conditions de lutter contre une telle conjonction de facteurs défavorables.

Les données du problème sont celles des articles 16 d) et 20 a) de la LOCGAR. Le premier dispose que parmi les fonctions générales du gouvernement régional figure celle «d'édicter des normes de caractère général pour réguler les matières de sa compétence, conformément aux dispositions légales et aux décrets réglementaires suprêmes». Pour sa part, l'article 20 a) de la même loi dispose que «pour l'accomplissement de ses fonctions, le gouvernement régional aura les attributions suivantes: a) approuver et modifier les normes réglementaires régionales dont le charge les lois, sans qu'il puisse rajouter des conditions

¹²⁹² Cf. chapitre 6.

¹²⁹³ OELCKERS C., O., "Los necesarios avances en el proceso de regionalización a través de los principios jurídicos que la sustentan", *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XVII, 1996, p. 345: "Pues bien, la autonomía decisional -así le llamaremos- conforme a sus estatutos legales tiene un contenido eminentemente administrativo, correspondiente a competencias de ejecución."

additionnelles à celles prévues par les lois respectives et les règlements suprêmes qui les complètent.»

(1) Le débat autour de la nécessité des habilitations législatives expresses préalables et la position jurisprudentielle de la *Contraloría General de la República*.

Si le pouvoir réglementaire régional doit respecter les lois et les règlements nationaux, nécessite-t-il la médiation d'habilitations légales spécifiques pour exercer les compétences énumérées dans la loi organique ou peut-il les mettre en œuvre directement, en cas d'absence de mesures réglementaires de l'exécutif ? La question se pose de savoir s'il est nécessaire, pour chaque compétence décentralisée, d'attendre une loi d'application de la loi organique¹²⁹⁴ ou si les régions peuvent agir de leur chef.

La doctrine chilienne est divisée entre ceux qui voient dans le pouvoir réglementaire des régions un simple pouvoir d'exécution de lois d'application qui viennent spécifier les compétences (ou fonctions) énumérées par la loi organique, et ceux qui le considèrent comme un pouvoir d'application et d'exécution directe de ces mêmes compétences.

Les premiers¹²⁹⁵ se fondent sur l'article 20 lettre a) de la loi organique et sur un rapport de la propre présidence de la République qui affirme que «le règlement (régional) peut seulement aborder les aspects qu'une norme légale, par la voie de l'habilitation et des renvois préalables, l'a chargée de réguler, et qu'ils (ces aspects) appartiennent bien à un domaine de compétence assigné par la loi organique». Par ailleurs, «l'intromission du règlement régional dans d'autres matières, voire même dans d'autres aspects d'une matière déjà expressément confiés, déterminerait sa nullité.»¹²⁹⁶ On pourrait par ailleurs ajouter

¹²⁹⁴ Pour la notion de «loi d'application d'une autre loi», voir L. FAVOREU et L. PHILIPP, *GDCC.*, Sirey, 1991, pp. 18 (n°9), 627 (n°2), et 633-635 (n°14 à 18).

¹²⁹⁵ OELCKERS, C., O., «Problemas jurídico-políticos que deben abordarse en el proceso de regionalización», Présentation en las Jornadas del Programa de Gobiernos Regionales y Universidades organizadas por la SUBDERE los días 29 y 30 de abril de 1988 sobre la «Reforma Regional», Universidad de Antofagasta, p. 14; CONTRERAS E., R. cité par FERRADA B., J.C., «La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares», *Revista de Derecho*, Universidad católica de Valparaiso, XXIII (Valparaiso, Chile, 2002, Vol II), p. 304.

¹²⁹⁶ ARÉVALO, C., «Los reglamentos regionales», *Seminario de Consejos Regionales*, Segunda Región Antofagasta, n° 3, *Serie Seminarios*, Universidad de Antofagasta, 1996, p. 21: «el reglamento sólo puede abordar aquellos aspectos que una norma legal, por la vía de la habilitación y remisión previas, le encomienda regular, y que se inserten dentro de la esfera de la competencia asignada por la Ley Organica Constitucional

que, le fait que l'art. 20 a) de la loi organique énonce que le gouvernement régional ne peut «rajouter des conditions additionnelles à celles prévues par les lois respectives et les règlements suprêmes qui les complètent», milite fortement contre l'existence d'un pouvoir normatif régional qui serait autre chose que des mesures administratives d'exécution des règlements nationaux. Ce qui conforte son caractère déconcentré.

Les seconds¹²⁹⁷ en revanche se basent sur l'article 16 lettre d) de la même loi organique qui conférerait une habilitation générale¹²⁹⁸ au gouvernement régional pour prendre les actes nécessaires à l'exercice de ses compétences. De la sorte, JC FERRADA affirme : «nous pouvons soutenir comme juridiquement certain que le pouvoir réglementaire régional est un pouvoir autonome qui ne requiert pas d'habilitation légale expresse pour son exercice à un cas concret et, par conséquent, lui suffit l'habilitation générale prévue par la loi organique.»¹²⁹⁹

La position de ces derniers semblait confortée par la jurisprudence du Tribunal constitutionnel et la propre *Contraloría General de la República*.

Le premier en se référant précisément aux dispositions de l'article 20 a) invoqué par les opposants à un pouvoir d'application directe, a précisé que «les références aux «lois» où à la «loi»...doivent s'entendre comme une référence à la loi organique respective»¹³⁰⁰.

respectiva" y que "la intromisión del reglamento regional en otras materias, o incluso, en otros aspectos de una materia que los expresamente remitidos, determinaría su nulidad."

¹²⁹⁷ RENDON, L. M., « Informe sobre las facultades normativas de los gobiernos regionales », en *Gobierno Regional y Municipal*, año IV, 3, n° 30, oct. 1996, pp. 76-80; TOBAR L., M., « Los Gobiernos Regionales en la Década 1990-2000, en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Universidad de Chile, Ed. Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000, pp. 259-300; FERRADA "La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales...", op. cit., pp. 304-306

¹²⁹⁸ "En ese contexto, affirme JC FERRADA, el ámbito de actuación de dicha potestad va a estar determinada por el sistema de reserva legal que establezca el ordenamiento constitucional en cada caso, lo que en el caso chileno, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de 1980, se reduce a un sistema de "dominio legal máximo" (art. 60 CPR). De este modo, lo no reservado a la ley, en principio al menos, puede ser abordado por el reglamento, no requiriéndose para ello ley expresa que autorice a la autoridad político-administrativa a actuar en una materia." FERRADA B., JC., "La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares", op. cit., p. 305.

¹²⁹⁹ Idem, p. 307. L'auteur utilise même le terme de quasiautonome. "La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales se configura como una potestad reglamentaria cuasi autónoma, al menos en términos de excluir la exigencia de habilitaciones legales específicas". FERRADA B., JC., Idem, p. 306

¹³⁰⁰ STC 155-92, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre Gobierno y Administración Regional*, cons. n° 36: Que este Tribunal aprueba la constitucionalidad de las disposiciones que a continuación señala haciendo **una prevención general** en cuanto a que las referencias a las "leyes" o a la "ley" que en ellas se hacen, deben entenderse a la ley orgánica constitucional respectiva, por ser ésta la encargada de establecer, correspondientemente, **las atribuciones y funciones del gobierno regional, las del intendente y**

Par ailleurs, il a considéré qu'il était dans l'impossibilité de se prononcer sur la constitutionnalité de la phrase «et les règlements suprêmes qui les complètent» au motif qu'il ne se prononce pas sur les renvois qu'un projet de loi fait à d'autres dispositions qui, pour n'être pas incluses dans le projet, n'ont pas le rang de normes organiques.¹³⁰¹ Cependant, une partie (les juges JIMENEZ et GARCIA) du tribunal était d'avis de déclarer cette disposition inconstitutionnelle car ceci reviendrait à déléguer à l'exécutif des matières qui, en vertu de l'article 61 de la Constitution, ne peuvent être déléguées.¹³⁰² Enfin, les règlements suprêmes visés ne pourraient que préciser, selon la juge BULNES, comment doivent s'exercer des compétences transférées par la loi organique et non transférer directement des compétences supplémentaires.¹³⁰³

Par extension, si la loi organique – et elle seule - doit régler toutes les dispositions relatives aux régions, il est clair, comme le signale le Tribunal, qu'il ne s'agit que de la loi organique et non de lois postérieures qui préciseraient quelles sont les compétences que la loi organique a entendu transférer!

À moins qu'une disposition de la LOCGAR précise que tel domaine spécifique sera soumis à une loi et des règlements particuliers comme c'est le cas pour les municipalités.¹³⁰⁴

Par là-même il a rejeté l'interprétation de la doctrine qui demande l'intervention de lois ordinaires d'application de la loi organique et, de plus, il ne s'est pas prononcé sur les dispositions de l'article 16 d).

La *Contraloría General de la República*, lors de ses premiers contrôles de légalité préventifs des règlements régionaux, a validé ceux pris sans qu'une loi spécifique préalable l'autorise, mais également sans qu'ait existé une loi relative aux matières dans lesquelles

gobernador como órganos propios del gobierno regional y las del consejo regional. Tales disposiciones son las contenidas en los artículos 20 letra a)."

¹³⁰¹ Idem, cons n° 60.

¹³⁰² Idem, Partie: «*opinion dissidente ou précision*»: «f). Que, si se aceptare el criterio de que una ley orgánica constitucional puede prescribir que debe ser complementada o completada por un reglamento que dicte el Presidente de la República, significaría que se estarían delegando en ese órgano constitucional materias que no pueden ser objeto de delegación, conforme el artículo 61 de la Constitución Política que señala que las materias "que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales" no se pueden delegar.»

¹³⁰³ Idem, Partie: «*opini3n dissidente ou pr3cision*»: «La Ministra señora Bulnes concurre a la sentencia sobre la constitucionalidad de la expresi3n "y los reglamentos supremos que las complementen" que forma parte del literal a) del artículo 20 del proyecto de ley en análisis, en el entendido de que se trata de reglamentos que regulan cómo se ejecuta la ley orgánica constitucional y en caso alguno de reglamentos que agreguen otras atribuciones a los consejos regionales.»

¹³⁰⁴ Voir par ex. LOCMU, Art. 3°.

ils furent adoptés.¹³⁰⁵ Elle a cependant opéré un revirement de jurisprudence en 2006 à l'occasion du contrôle de légalité du règlement de planification de la région d'Aysén.¹³⁰⁶

L'organisme de contrôle établit, d'une part, que l'article 16 de la LOCGAR ne détermine pas par lui-même les compétences générales du gouvernement régional et qu'il faut se reporter au détail des articles 17, 18 et 19 pour connaître ses compétences précises et vérifier que l'objet des règlements régionaux les vise précisément.

D'autre part, il affirme que le plan régional de développement urbain, instrument légal, ne peut pas être complété –à défaut de précisions légales ou de règlements nationaux d'application- par des dispositions réglementaires régionales.

De la sorte, c'est non seulement un pouvoir d'application directe des dispositions de la loi organique qui est nié aux régions, alors qu'il est reconnu aux municipalités, mais c'est également la possibilité de disposer d'un pouvoir résiduel comme dans le cas des collectivités territoriales françaises.

(2) Des dispositions contradictoires de la loi organique

E. CORDERO Q., considère que l'art 16 d) rompt une règle de logique juridique en permettant l'édiction de normes réglementaires qui ne sont pas hiérarchiquement subordonnées aux lois et aux normes inférieures du système (parmi elles, les règlements présidentiels), mais seulement à la norme attributive de compétence et aux normes supérieures à celle-ci, et opèrent une dépossession de la fonction de réglementer la loi du Président de la République et même du propre Parlement.¹³⁰⁷

Or, la logique juridique n'impose pas que des règlements territoriaux ne soient pris qu'à la suite de règlements nationaux. Elle n'exige pas non plus que toutes les lois soient complétées par des règlements nationaux, le législateur pouvant justement décider le contraire.

¹³⁰⁵ CORDERO Q., E., "La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales", op. cit. pp. 116-117.

¹³⁰⁶ CGR, Dictamen n° 59316-06, *Reglamento de Planificación de Aysén*, op. cit.

¹³⁰⁷ CORDERO Q., E., "La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales", op. cit., p. 121: "el artículo 16 de la LOCGAR rompe una regla de lógica jurídica en cuanto a que esta forma de atribución permite dictar normas reglamentarias que no están jerárquicamente subordinadas a las leyes y a las normas inferiores que conforman su sistema (entre ellas, los reglamentos presidenciales), sino sólo a la norma atributiva de competencia y a las superiores a ella, operando un desapoderamiento de la función de reglamentar la ley al Presidente de la Republica e incluso del propio Parlamento."

De plus, si, comme l'a écrit SCHIESSLER Q., l'exercice discrétionnaire est une des deux caractéristiques du pouvoir réglementaire d'exécution du Président de la République¹³⁰⁸, cela peut emporter comme conséquence de bloquer totalement le fonctionnement des régions, ce qui n'est pas tolérable.

C'est justement la question de la nécessité de reconnaître l'existence de règlements territoriaux d'application ou d'exécution réservée qui est en jeu. On pourrait même avancer que le législateur organique a agi de la sorte pour éviter justement des empiètements du pouvoir réglementaire national sur celui des régions. De fait, comme le souligne JC FERRADA, la conséquence des effets combinés des articles 16 d) de la loi organique et 6¹³⁰⁹ et 7¹³¹⁰ de la Constitution est que « ni le Président de la République, ni le Parlement, ni aucune autre autorité de l'Etat, ne peuvent s'immiscer dans la régulation de ces matières conférées aux gouvernements régionaux »¹³¹¹. Enfin, ce que le législateur a donné, il peut toujours le reprendre, il ne s'est donc pas dépossédé de sa puissance.

(3) Les conséquences de l'application des articles 6 et 7

¹³⁰⁸ SCHIESSLER Q., G., "Algunas cuestiones técnico-jurídicas relativas a la potestad reglamentaria presidencial en el marco de una nueva institucionalidad", *Décimas Jornadas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 1980). Cité par CORDERO Q., E., "El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria.", *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso XXXII*, Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2009 et CORDERO rajoute: "conforme a lo expuesto, la potestad reglamentaria de ejecución tendría dos características: i) Le corresponde una función de desarrollo o complemento de la ley. Por lo demás, cualquier modificación de la ley repercutirá necesariamente en el reglamento ejecutivo, así como su derogación significaría la no vigencia de esta disposición secundaria. ii) El ejercicio de esta potestad es discrecional. Será el jefe de Estado el que la ejercite dentro de los marcos fijados por la ley cuando, en su concepto, sea conveniente o necesaria. En este sentido, y siguiendo a SCHIESSLER, la discrecionalidad permite al Presidente de la República, como titular de tal potestad reglamentaria: apreciar si una ley determinada requiere o no para su adecuada ejecución de la emisión de uno o más reglamentos; ii) en caso afirmativo, la oportunidad de su emisión; iii) la variedad de materias a que el reglamento debe referirse en su regulación y la mayor o menor extensión que esta regulación complementaria de la ley deba alcanzar, y iv) finalmente, en qué han de consistir las reglas precisas que el reglamento haya de contener; pero éstas naturalmente no deben vulnerar el sentido de las disposiciones de la ley reglamentada", p. 24.

¹³⁰⁹ Art. 6 CPR: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. - Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. - La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley."

¹³¹⁰ Art. 7 CPR: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. - Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. - Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale."

¹³¹¹ FERRADA, J.C., "La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares", op. cit. p. 318.

A l'opposé de cette réserve de compétences que la Constitution consacre, les conséquences d'une application stricte dans un sens restrictif des mêmes articles 6 et 7 de la Constitution, conduit à un verrouillage total de la liberté d'action des régions et annihile tout pouvoir réglementaire, même résiduel.¹³¹²

Le problème n'est donc pas ici seulement un problème de hiérarchisation des normes, mais également celui d'un conflit lié à l'application du principe de compétence qui prend deux aspects.

Le premier tient sans doute à la réglementation nationale qui ôte toute marge de manœuvre et d'initiative aux gouvernements régionaux. Tout est déjà décidé. De telle sorte que les compétences réglementaires régionales chiliennes «ne constituent pas une possibilité réelle de générer directement une norme d'origine régionale. Leur champ est très limité et elles se réfèrent principalement à des aspects administratifs internes au propre gouvernement régional et de manière très exceptionnelle elles permettront une auto normativité régionale relative aux administrés.»¹³¹³ L'exemple des règlements régionaux adoptés est d'ailleurs symptomatique et folklorique.¹³¹⁴

Le second facteur est peut-être la conception même du pouvoir réglementaire et l'usage qu'en font les propres gouvernements régionaux, inhibés sans doute en cela par le ministère de l'intérieur, les propres tribunaux et une partie de la doctrine. L'ensemble des matières décentralisées est relativement important et le renvoi à la mission de développement social, culturel et économique de la région permettrait l'exercice, à l'instar de la clause générale de compétence en France, d'un pouvoir réglementaire dans le silence ou l'absence de textes, c'est-à-dire d'un pouvoir réglementaire résiduel.

¹³¹² Selon O. OELCKERS C, "el Derecho Administrativo comporta un postulado fundamental, el de la sumisión de la Administración al Derecho, lo cual constituye una formulación muy general del principio de la legalidad, reconocido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política y en el artículo 2° de la ley 18.575" OELCKERS C., O., "El principio de la legalidad", en *La Administración del Estado de Chile 1990-2000*, 2000, p. 455. Le "principe de competence" est réitéré dans l'art. 2° de la Loi N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

¹³¹³ OELCKERS C., O. "Los necesarios avances en el proceso de regionalización a través de los principios jurídicos que la sustentan", *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XVII, 1996, p. 345.

¹³¹⁴ Voir les exemples cités par E. CORDERO Q: normes relatives à la numérotation et publication des règlements régionaux (N°1 du GORE de Atacama); à la promotion du patrimoine naturel et historique d'Atacame et au dessin du drapeau régional et sa symbolologie graphique (N°2 du GORE de Atacama), etc. CORDERO Q., E., "La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales", op. cit. p. 117.

Cependant, une partie de la doctrine justifie les restrictions imposées aux régions au nom du principe de compétence et de l'application des articles 6 et 7 de la Constitution condamnant la possibilité d'un pouvoir réglementaire régional résiduel.¹³¹⁵ On ne voit pas pourquoi ces critères s'appliquent aux régions et non aux municipalités, si ce n'est l'invocation du mot « magique » d'autonomie. Si on évacue les solutions illogiques, les dispositions normatives contradictoires et les interprétations strictes relatives aux régions que l'on vient de signaler, les instruments juridiques sont les mêmes pour celles-ci et pour les municipalités.

Ainsi, si E. CORDERO Q., reconnaît aux municipalités une clause générale de compétence au nom de la généralité de ses fins, les dispositions chargeant les régions du développement social, culturel et économique de la région ne le justifient pas moins. Il conviendrait donc de supprimer ces différents obstacles ou, du moins, les agencer logiquement.

Conclusion du chapitre 5

Aujourd'hui, le pouvoir réglementaire territorial au Chili et en France, excepté celui des municipalités chiliennes, demeure résiduel et subordonné et ne saurait exclure la mise en œuvre du pouvoir réglementaire général de l'exécutif national. Il est cependant envisageable, estime P.-L. FRIER, « que l'esprit de décentralisation amène le juge à admettre plus souvent que la loi est suffisamment précise pour que les collectivités territoriales puissent décider directement de ses modalités d'application. »¹³¹⁶ Les solutions moyennes sont également entre les mains des juges chiliens.

En définitive, les notions d'exécution et d'application se rejoignent. Au nom de la réalité des faits, l'idée d'un pouvoir d'application de la Constitution et des lois -à la fois

¹³¹⁵ Ainsi CORDERO affirme : « algunos han entendido que la potestad reglamentaria regional sería residual, es decir, está permitiría al Gobierno Regional regular todos aquellos aspectos tratados en la LOCGAR como funciones de su competencia, en cuanto no esté considerado en las leyes y reglamentos respectivos y tengan por objeto el interés de la Región. Sin embargo, conforme lo establecen los artículos 6 y 7 de la CPR y el artículo 2 de la LOCBGA, en concordancia con el artículo 32 n° 8, 60 y 100 y 102 de la misma Carta fundamental, las competencias normativas están debidamente asignadas, de manera que no se puede ejercer tales potestades sobre un ámbito residual sin infringir abiertamente las dos primeras normas citadas.» CORDERO Q., E., «La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales », op. cit., p. 120.

¹³¹⁶ FRIER, P.-L., «Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ?», op. cit., p. 559 et s.

autonome et implicite en l'absence de textes supérieurs- est acceptée. Les nécessités, les affaires locales ou l'intérêt local ne peuvent attendre, en cas de besoin, qu'une norme supérieure existe pour pallier aux déficiences du droit. La nature n'aime pas le vide, dit le proverbe. Cela n'a pas encore changé.

Mais sur ce point, l'administration des régions chiliennes reste sclérosée, emprisonnée qu'elle est par une jurisprudence administrative rigide. L'application de la Constitution qui « reconnaît directement un pouvoir normatif...aux conseils régionaux et aux conseils municipaux, sans le subordonner –au moins constitutionnellement – aux règles émises par le Chef de l'Etat, mais en limitant chaque organe à un domaine matériel de compétences bien délimité »¹³¹⁷ est dès lors bafouée.

S'agissant du système français, ce qui pourrait évoluer, en revanche, c'est la consécration textuelle – et non jurisprudentielle a posteriori - d'un pouvoir territorial d'application permanent.¹³¹⁸

De manière incidente, si l'argument est de garantir une mise en œuvre plus ou moins égale de la loi sur l'ensemble du territoire¹³¹⁹, les technologies actuelles pourraient justifier la suppression du pouvoir réglementaire d'exécution des entités territoriales et la recentralisation de l'administration du territoire. L'envoi du décret d'application par internet et sa publication dans les lieux habituels suffiraient. Si, par contre, la nécessité d'un règlement territorial complémentaire est avérée, l'existence d'un pouvoir d'application l'est également.

¹³¹⁷ FERRADA, J.C., “La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares”, op. cit. p. 308.

¹³¹⁸ Le dernier projet de loi présenté par le gouvernement de M. VALLS va dans ce sens puisqu'il entend consacrer un pouvoir d'application des lois au bénéfice des régions en ce qui concerne leurs compétences.

¹³¹⁹ C'est ce que rappelle J. PETIT lorsqu'il affirme que le pouvoir réglementaire national vient « préciser le cadre dans lequel s'exercera le pouvoir réglementaire local et par là même limiter la liberté d'appréciation des organes des collectivités locales dans l'exercice de ce pouvoir. L'objectif est évidemment d'éviter que la loi ne soit mise en œuvre de manière trop différente d'une collectivité à une autre, c'est-à-dire de garantir l'unité d'application territoriale de la loi et, par là-même, l'égalité devant celle-ci ». PETIT, J., “ Fondements et portée du pouvoir réglementaire local en France », in *Décentralisation : perspectives de droit comparé*, Colloque organisé par la Faculté de droit de l'Université Rennes 1, les 11 et 12 novembre 2004, Bruylant-LGDJ 2006, p. 133.

Chapitre 6. Les débats relatifs à l'extension du pouvoir réglementaire territorial

La distinction de l'étendue matérielle et du domaine de validité territoriale des normes est artificielle car les deux critères sont indissociables. Si la réglementation de telle matière est réservée aux régions, elle sera appliquée au niveau de la circonscription régionale et (pourra l'être) de manière distincte d'une région à l'autre, ayant donc une répercussion sur son domaine de validité territoriale. C'est donc l'égale application de la loi qui est aussi en question.

A l'inverse, si une norme est appliquée sur telle portion du territoire par telle autorité, il faut bien préciser la matière, ou si l'on préfère l'objet, sinon cela n'a aucun sens : « toute norme de droit vise à régler une situation. »¹³²⁰ Il serait donc peut-être plus judicieux de parler de compétence personnelle¹³²¹. Au-delà de la situation exposée jusqu'ici, la situation est-elle figée? Peut-elle évoluer?

Déjà, ébauchées, des solutions existent en droit positif tel le système des *habilitations législatives expresses* et ne suscite pas en soi de trop grandes difficultés¹³²².

¹³²⁰ FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit. p. 29.

¹³²¹ Pour EISENMANN, dans une première approche, « *le problème de la centralisation ou de la décentralisation des États est le problème du caractère central ou non central de leurs organes – ou, vu sous l'angle de la législation: de la création d'organes centraux ou d'organes non-centraux. C'est le problème de la **compétence personnelle** des organes. Il se condense en l'alternative: organes avec compétence personnelle illimitée (ou totale), ou organes à compétence limitée (partiale).* » EISENMANN Ch., « Centralisation - décentralisation, principes d'une théorie juridique », op. cit. p. 37. Dans cet énoncé, apparaissent déjà deux concepts fondamentaux de la théorie proposée par EISENMANN.

S'agissant de la distinction entre les notions d'organes centraux et d'organes non-centraux d'une part et, d'autre part, la notion de compétence personnelle, il convient, malgré leur apparente simplicité, de rappeler qu'*une autorité sera centrale si ses normes peuvent concerner soit tous les membres de la collectivité pris ensemble (pour une autorité "législative") ou, soit quelques uns de ces membres pris individuellement (pour une autorité "exécutive"). Si les normes que dicte une autorité peuvent seulement concerner –selon la même distinction- soit seulement une fraction globale des membres de la collectivité, soit seulement quelques uns de ses membres, cette autorité ne sera pas centrale.* » (op. cit. p. 30.) Dit d'une autre manière, la distinction des organes centraux et des non-centraux concerne l'extension, la magnitude, la portée du cercle des personnes envers qui les organes peuvent agir: les organes qui ont qualité pour agir envers tous les membres de la collectivité sans distinction son centraux; ceux qui ne peuvent agir qu'envers seulement une partie d'entre eux sont "non-centraux". Un des apports, de la définition citée, est que le caractère central ou non central des autorités a à voir avec le cercle des personnes dont des normes peuvent fixer la condition. C'est-à-dire ceux à qui peut être prescrit une conduite ("imposer des obligations"), autoriser une conduite ("conférer des droits") ou "reconnu" des « libertés » ou "pouvoirs". C'est ici, avec le critère de la **compétence personnelle**, que cet auteur rompt avec les autres auteurs qui, de manière schématique, se divisent entre partisans de la *compétence territoriale* et ceux de la *compétence matérielle*.

¹³²² Ainsi, selon le Conseil constitutionnel, « les dispositions de l'article 21 ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre le soin de fixer...des normes mettant en œuvre une loi » CC, Déc. n°86-217 DC du 19 septembre 1986, *Liberté de communication*. Les risques résident plutôt en un usage - sans généralisation - immodéré de la méthode pour des compétences particulières qui

Une autre solution, de droit positif aussi - *la clause générale de compétence* dans le silence de la loi, suscite plus d'embarras car elle est fluctuante, son existence étant même parfois menacée ou ignorée. Elle semble cependant difficile à éliminer et suscite toujours autant de débats (Section 1).

Solution de bon sens ou de nécessité, la clause générale de compétence ne bouscule pas pour autant l'ordre juridique établi. Il en va différemment des dérogations explicites aux règles de répartition du pouvoir normatif (Section 2).

Section 1. La notion de clause générale de compétence (ou assimilée)

Si le droit positif français ne se réfère que depuis peu à la formule «clause générale de compétence»¹³²³ et le droit chilien ne fait aucune allusion à un concept y ressemblant, celle-ci dispose bien de fondements constitutionnels et légaux (§ 1) sur lesquels les juridictions peuvent s'appuyer. Cette absence de mention expresse traduit cependant la volonté des constituants de ne pas changer la forme unitaire de l'Etat. Dès lors, la doctrine s'est essayée à lui trouver des fondements hors du droit (§ 2)

§ 1. L'état du droit positif

Depuis l'article 61 de la grande loi municipale du 5 avril 1884, les communes françaises sont habilitées à régler par leurs délibérations leurs affaires¹³²⁴. C'est ce que la

rendrait incohérent le système d'administration décentralisée du fait d'une parcellisation à l'extrême du pouvoir réglementaire. De plus, en l'absence de dessin global du système, l'habilitation expresse, d'une part, n'évite pas toujours la nécessité d'intervention du pouvoir réglementaire national et, d'autre part, ne l'interdit pas toujours non plus. Voir par exemple, en droit français, l'avis du Conseil d'Etat -CE, avis, sect. 20 mars 1992, *Préfet du Calvados, Rec.*, p. 123 – considérant que les dispositions de « l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984 ne sont pas suffisamment précises pour que leur application soit possible avant l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat déterminant notamment les conditions dans lesquelles doit être mise en œuvre, pour l'ensemble des collectivités territoriales et établissements publics intéressés,... ». Voir: *AJDA*, 1992, p. 293, concl. H. TOUTEE, *RFDA*, 1994, note B. FAURE.

¹³²³ Comme l'a noté M. VERPEAUX, «la loi de 2014 est le premier texte législatif à avoir utilisé l'expression de « clause de compétence générale » qui, jusqu'alors, n'était que doctrinale, car ne figurant ni dans le texte Constitutionnel ni dans une disposition législative » VERPEAUX, M., «Pavane pour une notion défunte - La clause de compétence générale», *RFDA*, 2014 p. 457. La loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles comprend un titre 1^{er}, intitulé « *Clarification des compétences des collectivités territoriales et coordination des acteurs* », dont le chapitre 1^{er} est consacré au « *rétablissement de la clause de compétence générale* ».

¹³²⁴ Bien que le 5^{ème}ment de l'article 48 de la loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux précisait: « Le conseil général délibère : [...] 5°/ sur tous les autres projets sur lesquels il est appelé à délibérer par lois et règlements, et généralement sur tous les projets d'intérêt départemental dont il est saisi, soit par une proposition du préfet, soit sur l'initiative d'un de ses membres ».

doctrine a appelé la « clause générale de compétence ». La disposition a été généralisée, étendue aux autres collectivités¹³²⁵, mais l'expression même de « clause générale de compétence » ne figurait pas dans les textes de droit positif avant la loi MAPTAM. Depuis la Constitution de 1958, elle trouve un fondement constitutionnel dans la libre administration. Mais ce fondement, par « ricochet » en quelque sorte, ne la protège pas contre le législateur qui définit les conditions de la libre administration. Le fait que les collectivités territoriales doivent disposer d'un minimum d'attributions, ne fait pas obstacle a priori à la stricte délimitation de leur compétence réglementaire.

Même si beaucoup de compétences peuvent être attribuées à une catégorie précise de collectivité territoriale, l'enchevêtrement des compétences des collectivités territoriales françaises est aussi une caractéristique notable de la répartition ou de l'exercice des compétences matérielles, et la majorité sont partagées entre collectivités territoriales ou entre elles et l'État¹³²⁶. Ceci a conduit certains à affirmer qu'en l'absence de clarification, chaque collectivité territoriale pouvait invoquer la clause générale de compétence et compliquer ainsi un panorama déjà confus.

La loi du 16 décembre 2010, prétendait l'avoir supprimée pour les régions et les départements et maintenue au profit des communes. Mais, celle-ci prévoyait que les départements et les régions statue[nt] sur tous les objets sur lesquels ils sont appelés à délibérer par les lois et règlements et, généralement, sur tous les objets d'intérêt départemental et régional dont ils sont saisis.¹³²⁷ Ce qui retirait beaucoup de pertinence à cette suppression¹³²⁸ que le gouvernement AYRAULT a abrogé par la loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

¹³²⁵ Aujourd'hui pour les communes (art. L. 2121-29 du CGCT), pour les départements (art. L3211-1), pour les régions (art. L. 4221-1).

¹³²⁶ Comité pour la réforme des collectivités locales – « Il est temps de décider »- Rapport au Président de la République, 5 mars 2009. BALLADUR E. (Pres.), Paris ; La Documentation française, Fayard, consultable en : [http : www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/09000097/index.shtml](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/09000097/index.shtml)

¹³²⁷ Art. L3211-1 pour les départements et L4221-1 et L4433-1 pour les régions.

¹³²⁸ En effet, un certain nombre d'auteurs affirment au contraire que la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010 « n'est pas des plus claires, mais il semble résulter que le principe de libre administration a comme conséquence pour les collectivités territoriales « de se saisir de tout objet » d'intérêt régional, départemental ou communal, dès lors que la loi n'a pas réservé la question à une autre personne publique », et « reconnaît indirectement l'existence de cette clause de compétence générale » GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit p. 272 et p 271, respectivement. Dans le même sens, FAURE, B., « La nouvelle compétence générale des départements et des régions », *RFDA*, 2011, p. 240. Et la bibliographie de cet article.

Cependant, son successeur M. VALLS a annoncé de nouveau sa suppression pour les régions et les départements lors de son discours de politique générale du 8 avril 2014.

Par ailleurs, des textes internationaux reprennent l'idée. Ainsi, la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 4 («Portée de l'autonomie locale») de la Charte européenne de l'autonomie locale est l'expression même de la clause générale de compétence telle qu'énoncée par la doctrine ou la jurisprudence : « Les collectivités locales ont, dans le cadre de la loi, toute latitude pour exercer leur initiative pour toute question qui n'est pas exclue de leur compétence ou attribuée à une autre autorité. » Ratifiée par la France, on peut considérer que la clause générale de compétence dispose désormais d'un fondement supra législatif clair en droit positif français, lequel peut lui-même s'appuyer sur l'art. 72-2 de la Constitution. Cependant, ce fondement supra législatif ne change pas le fait que leur initiative s'exerce dans le cadre de la loi.

Si l'on peut estimer que la « clause générale de compétence » a, en France, un fondement constitutionnel dans le *principe de libre administration*, on pourrait alors affirmer qu'il en est de même en droit chilien et qu'il est répété au niveau organique.

Ainsi, s'agissant de la région, l'administration de son gouvernement « a pour objet le développement social, culturel et économique de la région »¹³²⁹ et, pour sa part, la municipalité a pour « finalité la satisfaction des nécessités de la communauté locale dont elle doit assurer la participation au progrès économique, social et culturel de la commune ».¹³³⁰ Le Tribunal constitutionnel a même estimé que les « instruments de configuration sociale » dont disposent les municipalités lui permettent non seulement d'exécuter des dispositions légales, mais que l'article 1^{er} de la Constitution leur donne également la faculté de créer directement des normes de droit et par là-même contribuer à « créer les conditions sociales qui permettent la « plus haute réalisation matérielle et spirituelle possible » des personnes.¹³³¹

¹³²⁹ Art. 111 al. 2 CPR et art. 13 LOCGAR.

¹³³⁰ Art. 118 al. 4 CPR et art. 1 al. 2 LOCMU.

¹³³¹ STC 1669-10, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, op. cit., cons. 21: “Enseguida, en que tienen instrumentos de configuración social, que les permiten no sólo ejecutar disposiciones, sino también crearlas y con ello contribuir a “*crear las condiciones sociales*” que permitan la “*mayor realización material y espiritual posible*” de las personas (artículo 1° constitucional). Estos instrumentos están orientados al desarrollo comunal e implican una alta dosis de iniciativa, como el plan comunal de desarrollo y sus programas, el plan regulador comunal y el

Par ailleurs, le souci d'une bonne administration a amené le Tribunal constitutionnel à reconnaître le pouvoir réglementaire des municipalités d'exécution de la loi, mais également dans des cas relevant d'affaires locales propres à la gestion municipale et qui ne sont pas prévus ou détaillés par la norme nationale.¹³³² C'est même une exigence que la loi ne soit pas trop détaillée et qu'il demeure un « espace pour les intérêts municipaux » dans l'exécution de la loi. D'une part, parce que le législateur ne peut pas ne pas considérer les réalités différentes et propres à chaque municipalité et, d'autre part, parce qu'elle dispose d'organes représentatifs des intérêts communs, chargés d'adopter les normes dont les destinataires sont les habitants de la commune.¹³³³

L'affirmation selon laquelle les municipalités « se caractérisent par l'universalité de leurs fins car, *a priori*, rien de ce qui intéresse ceux qui habitent sur leurs territoires ne peut leur être indifférent », devrait pouvoir s'appliquer aux régions puisqu'elles ont les mêmes fins.¹³³⁴ La différence de traitement provient donc des incohérences jurisprudentielles et doctrinales.¹³³⁵ Cela n'est guère surprenant à partir du moment où un auteur important comme R. PANTOJA semble ignorer l'existence en droit français de la clause générale de compétence. Ainsi, il écrit que « le pouvoir normatif municipal proprement tel, c'est-à-dire qui se réfère au domaine juridique communal, est extraordinairement ample, bien qu'à première vue l'apparente technique française de

presupuesto municipal anual (artículo 6º, Ley Orgánica de Municipalidades). Además, en que las funciones exclusivas del municipio no son sólo de ejecución (aplicar disposiciones), (artículo 3º, letras d) y e), de la citada ley), sino también de creación (artículo 3º, letras a), b) y c)). Los municipios tienen, entonces, autonomía para autodeterminarse, en conformidad a la Constitución y a la ley, en asuntos de claro interés local, eligiendo entre diferentes opciones o estrategias. Tienen, por tanto, una discrecionalidad no sólo aplicativa sino innovadora o de conformación en las tareas que se le encomiendan. La Constitución les asigna la función de procurar el “*progreso económico, social y cultural de la comuna*”.

¹³³² Idem, *cons.* 47: “Dicha potestad normativa, en algunos casos, será de ejecución; pero en otros, puede abordar asuntos locales que son propios de la gestión municipal, y en que no estará pormenorizando o detallando lo señalado en la normativa nacional.”

¹³³³ Idem, *cons.* 56: “tratándose de la potestad reglamentaria municipal, sin embargo, es necesario considerar que tiene que existir un espacio para los intereses municipales en la complementación o ejecución de la legislación. En ese sentido, la ley debe regular nacionalmente, pero con una uniformidad básica o esencial. El elemento normativo uniforme o común del legislador nacional debe ser, por lo mismo, no especialmente detallado. Por una parte, porque no puede no considerar las realidades diferentes de cada municipio. Las casi 350 municipalidades que existen en nuestro país, no son iguales. Tienen diferencias geográficas, de clima, de realidad económica, de densidad poblacional. Por la otra, porque el municipio cuenta con órganos representativos de los intereses comunes en su estructura organizativa (el Concejo Municipal, el alcalde). Ellos deben diseñar y aprobar las normas cuyos destinatarios son los habitantes de la comuna. Llevar la legislación a sus consecuencias prácticas, no puede prescindir de la realidad local”.

¹³³⁴ La différence entre les termes “développement” et “progrès» mentionnés par les textes est sur ce point sans conséquence.

¹³³⁵ Cf. Chapitre 5.

l'énonciation-attribution des « fonctions » que les municipalités peuvent développer au niveau territorial et que révèle l'article 4 de la LOCMU, puisse laisser penser le contraire ». En effet, poursuit-il, l'article 4 l) consacre « comme fonction propre ou partagée de la municipalité, toute activité qui tend à développer des initiatives d'intérêt commun dans son champ territorial, dépassant ainsi la technique énumérative française pour consacrer en définitive la reconnue clause générale allemande selon laquelle, il revient aux municipalités de se préoccuper et de s'occuper en général du « développement des activités d'intérêt général dans le domaine local ». Dans ces circonstances, le domaine du pouvoir normatif des municipalités est extraordinairement ample. »¹³³⁶

La référence à la clause générale de la doctrine allemande est peut-être ici rapide pour deux raisons. Premièrement, il s'agit d'un emprunt à la doctrine espagnole, qui a elle-même recueilli et adapté la *théorie* allemande *des garanties institutionnelles* initiée par C. SCHMITT, et qui n'a pas les mêmes fondements historico-constitutionnels. Deuxièmement, la doctrine chilienne aurait pu s'inspirer depuis longtemps de la « clause générale de compétence déjà contenue dans la vieille loi municipale du 5 avril de 1884, dans laquelle il était seulement fait allusion de manière générale aux « affaires de la communes. »¹³³⁷

C'est que, de manière générale, la clause générale de compétence est consacrée par les différents ordres juridiques. Elle a simplement pris des noms différents, selon les pays et les doctrines.¹³³⁸

Débatue, à la fois remise en question et revendiquée, quels sont les fondements de cette clause générale de compétence?

¹³³⁶ PANTOJA B., R., *Tratado de Derecho administrativo. Derecho y administración del Estado*. Tomo 1, AbdeledoPerrot –LegalPublishing, 2010, p. 185: “La potestad normativa municipal propiamente tal, esto es, referida a todo el ámbito jurídico comunal, es extraordinariamente amplia, aunque a primera vista puede inducir a pensar lo contrario la aparente técnica francesa de la enunciación-atribución de que vale el artículo 4° de la LOCM para consultar las “funciones” que los municipios pueden desarrollar en su ámbito territorial”. Finalmente, el art. 4 letra l) consagra “como función propia o compartida de la Municipalidad, a toda actividad que tienda a desarrollar iniciativas de interés común en el campo territorial asignado al respectivo Municipio, superando así la técnica enumerativa francesa para inclinarse en definitiva por la conocida cláusula general alemana, conforme a la cual, consiguientemente, corresponde a la Municipalidades preocuparse y ocuparse, en general del “desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local”. En estas circunstancias, el ámbito de la potestad normativa edilicia tiene el dominio extraordinariamente amplio”

¹³³⁷ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, JL., “El debate sobre la autonomía municipal”, in *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. Don Ramón Martín Mateo*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2000. p. 578.

¹³³⁸ Cf. *Infra*.

§ 2. Les interprétations et créations doctrinales

Les différentes justifications de l'existence de la clause générale de compétence peuvent se lire chronologiquement et en droit comparé (A). Le principe de subsidiarité est parfois présenté comme leur dernière version (B).

A. Evolution des notions invoquées

L'autonomie ou le degré de liberté d'action le plus ample qu'ont connu les groupements collectifs publics se situe, on l'a vu, avant la consolidation de l'Etat moderne. Et, « en définitive, la clause générale de compétence de l'article 61 [de la loi de 1884] n'est rien d'autre que l'affirmation explicite du principe implicitement admis du Moyen Âge à 1789, celui de la large compétence du conseil municipal pour assurer la satisfaction des besoins collectifs des habitants.»¹³³⁹

Au Chili, la «domestication» des entités territoriales a été un peu déphasée par rapport aux processus européens, de telle sorte que, selon BERNASCHINA, c'est réellement avec la Constitution de 1833 que les *cabildos* perdent toute leur autonomie et la « plénitude de leurs compétences ».¹³⁴⁰ Quoiqu'il en soit, les termes de « satisfaction des besoins collectifs des habitants » ne sont pas très loin de ceux utilisés actuellement par la Constitution chilienne.

La vision classique du pouvoir réglementaire repose sur l'exigence de l'Etat de droit dont l'institutionnalisation du pouvoir postule qu'il ne peut exister de normes sans investiture préalable par un texte formel. Or, une telle conception ne permet pas toujours d'assurer et prendre en charge à temps les missions qu'exige l'intérêt général.

¹³³⁹ BÉNOIT, F.-P., «L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences», in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 30

¹³⁴⁰ « En una primera época de la organización de la Municipalidades, frente al Estado que se preocupaba de problemas puramente políticos, los órganos locales tenían atribuciones sobre todos los problemas públicos; ...A medida que el estatismo se hace presente en la organización jurídica de los pueblos, van disminuyendo las atribuciones municipales, conservando solamente el ejercicio de ciertos problemas municipales propiamente tales, en el sentido que pueda diferenciarse un contenido municipal independiente de la potestad estatal. A menudo coexisten atribuciones que ejercen paralelamente con organismos centrales, con una tendencia de éstos cada vez más centralizadora. En Chile, los Cabildos Coloniales tenían la plenitud de su competencia, que va disminuyendo poco a poco, hasta la dictación de la Constitución de 1833, eminentemente política, que acaba con la autonomía comunal.» BERNASCHINA, op. cit. p. 248, n° 118.

Dès lors, avant même la nécessaire reconnaissance d'une compétence implicite (3) des entités territoriales, de la part des tribunaux et des textes, l'argument de l'intérêt général local ou des affaires locales (1) était avancé pour justifier l'existence d'un pouvoir réglementaire territorial, en quelque sorte autonome du moment qu'il ne contrevenait pas à d'autres textes de nature supérieure ou équivalente. L'examen des notions et institutions juridiques développées en droit comparé (2) semble mener au même résultat.

1. La fragilité de la notion d'affaires locales

Si la notion de pouvoir municipal fut vite éclipsée, l'idée d'affaires de la communauté d'habitants gérées tout à la fois en commun et en (bon) père de famille¹³⁴¹ réapparaîtra sous la Restauration. Initialement le caractère patrimonial de droit privé des biens communaux traduit bien l'idée d'affaires propres à une communauté réduite sur elle-même.¹³⁴² Cependant, J. CHAPUISAT a montré depuis longtemps l'impossibilité de trouver un critère définitif de l'affaire locale.¹³⁴³

Pour IRRIBAREN, les municipalités sont «chargées de la gestion des intérêts locaux, c'est-à-dire ceux qui résultent des relations de voisinages existantes entre les individus vivant sur un même territoire municipal, sujettes aux actions et réactions propres à la vie en commun et qui donnent lieu à des liens d'interdépendance et à des situations de solidarité sociale.»¹³⁴⁴

La relation entre intérêt local et pouvoir de décision, comme critère d'une entité décentralisée, a été bien mis en lumière par HAURIOU: "Dans un pays centralisé, on constate (...) que les administrations locales ont des intérêts qui ne sont pas des droits, parce qu'elles n'ont pas les pouvoirs de décision nécessaires pour les réaliser à leurs risques et périls. Quand le pouvoir de décision est accordé aux autorités locales pour la satisfaction des intérêts locaux, il y a décentralisation et, en même temps, création de droits départementaux ou de droits communaux. Et c'est pourquoi la décentralisation administrative est un régime plus juridique que la centralisation, parce qu'elle tend à

¹³⁴¹ H. de PANSEY écrivait ainsi que «au-dessous des pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaire, il en est un quatrième qui, tout à la fois public et privé, réunit l'autorité du magistrat à celle du père de famille: c'est le pouvoir municipal. Quoique au-dessous des trois autres, ce pouvoir est cependant le plus ancien de tous». Cité par CHAPUISAT, L.-J., *La notion d'affaires locales en droit français*, Thèse, Paris II, 1972, pp. 300-301.

¹³⁴² Cf. BOURJOL, J., *Les biens communaux*, L.G.D.J., 1989.

¹³⁴³ Outre sa thèse précitée, voir CHAPUISAT, L.-J., « Les affaires communales », *AJDA*, 1976 p. 470.

¹³⁴⁴ IRRIBAREN, J.A., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Nascimento, 1936, p. 157.

rapprocher les uns des autres les intérêts et les compétences pour en faire des droits, tandis que la centralisation, tendant à dissocier les intérêts et les compétences, raréfie les droits.»¹³⁴⁵

Cependant, peu à peu s'est imposée l'idée que le passage de la notion d'affaires locales à intérêt local marque celui d'une conception matérielle de leurs intérêts, par les particuliers eux-mêmes, à une définition finaliste par l'Etat.¹³⁴⁶ Ceci est confirmé par le fait que, en vertu de la clause générale de compétence, le conseil municipal est habilité « à statuer sur toutes les questions *d'intérêt public communal, sous réserve qu'elles ne soient pas dévolues par la loi à l'Etat ou à d'autres personnes publiques* et qu'il n'y ait pas d'empiètement sur les attributions conférées au maire ». ¹³⁴⁷

De même BERNASCHINA au Chili signalait qu'il n'existe pas une matière ou un contenu propre à l'administration locale, mais qu'il s'agit d'un concept formel lié à l'organe chargé de résoudre les matières que la loi signale comme de la compétence d'un organe local, et dont la validité correspond à une commune ou un groupe de communes. De plus, la Constitution chilienne n'a pas donné aux municipalités une compétence totale sur les intérêts locaux. ¹³⁴⁸

C'est bien l'État qui doit définir l'intérêt général et ceci ne peut être laissé à l'appréciation des entités territoriales. Les auteurs chiliens ont insisté sur ce point depuis le 19^{ème} siècle. Ainsi J. HUNEEUS affirmait que «le droit de mon voisin est aussi sacré que le mien, et l'est autant si ce n'est plus le droit de la société, le droit de tous, représenté par l'Etat ou la Municipalité...et [en ce qui concerne la propriété] quand l'utilité de tous exige l'expropriation de ce qui appartient à quelqu'un, la loi, si elle qualifie comme certaine cette utilité, déclare l'expropriation et limite ainsi mon droit en considération de l'intérêt général.»¹³⁴⁹

La création et la définition subséquente de la notion d'intérêt communautaire dans le cas des intercommunalités françaises illustre bien cette prise en main par l'Etat. Elle

¹³⁴⁵ HAURIUO, M., *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès-sciences politiques*, Sirey, Paris, 1910, p. 35.

¹³⁴⁶ AUTEXIER, CH., «L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République», *RDP*, 1981, p. 582-620.

¹³⁴⁷ CE, 29 janvier 2001, *Commune de Mons-en-Barœul*, rec. n° 193716, *AJDA*, 2002, p. 42, note Y. JEGOUZO.

¹³⁴⁸ BERNASCHINA, op. cit. p. 17.

¹³⁴⁹ HUNEEUS, J., *La Constitución ante el Congreso*, 1^a parte, Santiago, Imprenta de los Tiempos, 1879, p. 13; voir également ROLDÁN, A., *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, 2^a edición, Santiago-Valparaíso, Soc. Imprenta Litografía Barcelona, 1917

confirme d'autre part, qu'appliquée aux personnes publiques, la notion d'intérêt (propre, local, communautaire, etc.) ne donne pas une compétence générale puisque les EPCI ne disposent que de compétences spécialisées. La simple reconnaissance par l'État de structures administratives personnalisées gérant des intérêts particuliers distincts de l'intérêt général ne suffit pas non plus à caractériser la décentralisation.

La notion d'« affaires locales » ou d'« intérêt local », initialement controversée quant à son contenu et ses limites, l'est aujourd'hui quant à son existence même. De sorte que la clause générale de compétence a succédé, en France, à partir des années 1970¹³⁵⁰ à la notion d'affaires, d'intérêt local ou encore d'intérêt public local.

Impossible à définir, c'est le juge administratif qui donne à voir ce qu'il faut entendre, à une époque donnée, par intérêt public local. Si sa délimitation externe est relativement facile (limites législatives, respect de l'initiative privée et des libertés fondamentales)¹³⁵¹, c'est sa délimitation interne qui est plus délicate. « Ainsi, le critère relatif aux besoins de la population ne doit pas être considéré comme la pierre angulaire de la notion de l'intérêt public local. Le juge admet que l'existence d'un « intérêt particulier » permet de justifier la présence d'un intérêt public local. »¹³⁵²

2. La similitude des problèmes rencontrés et des solutions proposées en droit comparé

Par ses analyses sociologiques du droit et ses inspirations philosophiques, M. HAURIOU présenté – parfois de manière trop caricaturale - comme le défenseur absolu de la puissance publique, a enrichi la conception du pouvoir réglementaire par son approche

¹³⁵⁰ Ainsi M. DOAT affirme qu'à partir des années 70, « une partie de la doctrine a tenté de maintenir la notion d'affaires locales, après avoir toutefois pris la précaution de la qualifier de clause générale de compétence. », DOAT M., op. cit. p. 214.

¹³⁵¹ « La définition de l'intérêt local permet de tracer les limites des compétences locales... les collectivités doivent tout d'abord respecter l'initiative privée, car la société française lui laisse une grande place, pour des raisons idéologiques et économiques, ne serait-ce qu'au nom de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence qui est l'une des bases du droit communautaire.... Les collectivités ne peuvent pas non plus empiéter sur les compétences attribuées par la loi à un autre niveau d'administration, et d'abord à l'État. La répartition des compétences entre personnes publiques constitue une autre limite de l'intérêt local » GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit. p. 314.

¹³⁵² BARELLA, X., « Une prétendue solution contre les maux de la décentralisation. La suppression de la clause générale de compétence », in REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*, op. cit., p. 131. L'auteur se réfère ici à l'arrêt CE, 25 novembre 1988, *Dubois*, Rec. p. 422, *AJDA*, 1989, p. 172, note J.-M. PONTIER.

institutionnelle¹³⁵³. L'institution ne se réfère pas au seul État et donc le pouvoir normatif peut-être exercé par d'autres institutions, comme les entités territoriales. En conséquence, à la différence de CARRE de MALBERG, le pouvoir réglementaire ne sert pas seulement à assurer l'exécution des lois, mais «d'abord [à] gouverner et administrer; ensuite à exécuter la loi, ce qui signifie vivre d'abord, et ensuite, vivre régulièrement».¹³⁵⁴ Mais cette autonomie, ce gouvernement de la cité est bien compris comme s'insérant dans la structure étatique.

Pour sa part, la doctrine en droit comparé accepte majoritairement qu'il s'agit d'un pouvoir de «libre gestion» et non de «libre gouvernement»¹³⁵⁵.

Ainsi, si l'autonomie territoriale est au cœur de la réflexion de la doctrine italienne, c'est une autonomie locale qui s'insère bien dans le cadre de l'unité de l'État¹³⁵⁶ et, même si certains vont plus loin reconnaissant une certaine capacité de détermination politique¹³⁵⁷, celle-ci est toujours limitée par la puissance étatique.¹³⁵⁸

De la même manière, la doctrine allemande à la suite de C. SCHMITT a essayé de définir le *contenu essentiel* de la garantie institutionnelle, sans réellement y parvenir. Son influence sur le droit espagnol a été soulignée¹³⁵⁹. Cependant, des confusions semblent s'immiscer dans une partie de la doctrine espagnole qui tend à utiliser de manière indifférenciée la notion de clause de *compétence générale*, comme l'essence même de

¹³⁵³ HAURIOU, M. "La théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social", *Cahiers de la nouvelle journée*, n°4 repris en « Aux sources du droit – le pouvoir, l'ordre, la liberté », *Les Cahiers de la Nouvelle Journée*, n°23, 1933, p. 89-128.

¹³⁵⁴ CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Sirey, 1922, IIIème partie, p. 50. Note M. HAURIOU.

¹³⁵⁵ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 22 p. 26.

¹³⁵⁶ Par exemple SANTI ROMANO se réfère bien au pouvoir ou capacité d'une entité de se doter d'un ordonnancement juridique, entier et propre, mais celui-ci doit s'insérer dans un ordonnancement supérieur, originaire ou estatal qui le reconnaît et l'accepte. ROMANO SANTI, «Autonomía» en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad, esp. de S. SENTIS et M. AYERRA, Buenos Aires, 1964, pp. 37 y s.; également *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. I, Cedam, Padova, 1930.

¹³⁵⁷ GIANNINI, «Autonomía», en *Fragmentos de un diccionario juridico*, trad, esp. de S. SENTIS y M. AYERRA, Buenos Aires, 1964, p. 365.

¹³⁵⁸ Car, comme le remarque CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, "esta afirmación viene enseguida matizada por el autor al observar que, en la medida en que solo el Estado está investido del poder soberano, al ser la comunidad estatal en su conjunto la única soberana, y faltar esta característica a los entes locales, el poder que éstos ejercen es un poder o potestad de orientación político-administrativa y no un poder político en sentido estricto (p. 365)." CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, op. cit., nbp. N° 10, p. 548-549.

¹³⁵⁹ Pour un résumé des efforts de la doctrine allemande, les concepts et les techniques de protection qu'elle a proposés, et sa réception par la jurisprudence constitutionnelle espagnole, voir: CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, op. cit. p. 557 et s.

l'autonomie (*Allzuständigkeit*) dans la décision *Rastede*¹³⁶⁰, et la *clause générale* de compétence des municipalités de l'article 137 de la Constitution espagnole.

Il convient donc, comme l'a relevé X. BARELLA¹³⁶¹, de distinguer la clause de compétence générale de la clause générale de compétence. Il existe effectivement comme un curseur qui se déplace sur une ligne dont les pôles seraient, d'une part, des compétences minimum, définies strictement et qui interdisent toute appropriation de compétence (même en cas de nécessité) et d'autre part la clause de compétence générale qui est la marque de l'autonomie réelle. Entre les deux, peut être tolérée ou reconnue (nécessité fait loi) l'existence d'une clause générale de compétence. Le premier cas correspond au régime des régions chiliennes, le second à l'État, le troisième aux municipalités chiliennes et aux collectivités territoriales françaises.

Dans le cas allemand, « il s'agit d'une autonomie fonctionnelle, à caractère administratif, dans la mesure où elle correspond à des champs de compétences locales, ou attribuées spécifiquement par la loi du Land »¹³⁶². Mais cette autonomie fonctionnelle implique un certain « droit d'auto-administration » minimum qui constitue la garantie constitutionnelle d'une compétence générale « naturelle » et que la Cour constitutionnelle a rappelé dans la décision *Rastede*. Il s'agit ici de la présomption d'une compétence générale au bénéfice des communes allemandes.

On a pu parler de subsidiarité mais elle n'en est qu'un écho, car c'est leur liberté d'action qui ne doit pas aller à l'encontre des lois (en général) et non l'inverse. La défense par le Conseil constitutionnel français d'attributions effectives et minimum pour l'exercice de la libre administration contre les empiètements du législateur, relève de la même logique. Dans le même sens, le Tribunal constitutionnel chilien a affirmé que le

¹³⁶⁰ Décision de Cour constitutionnelle allemande du 23 novembre 1988, *Rastede*, BverfGE, 79, 1989, pp. 127 et s.

¹³⁶¹ BARELLA, X., « Une prétendue solution contre les maux de la décentralisation. La suppression de la clause générale de compétence », op. cit., pp. 125-142.

¹³⁶² Comme le souligne A. NOUREAU « La Loi fondamentale les investit de compétences propres : « toutes les affaires de la communauté locale ». Encore faut-il comprendre ce que sont les affaires de la communauté locale ! La Cour constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*) a fait correspondre cette notion à l'ensemble des tâches ayant leur fondement et leurs racines dans la communauté locale ou étant dans un rapport spécial avec elle. Toutefois, la plupart des fonctions assumées par les communes reposent principalement sur des chefs de compétences d'origine légale ; l'urbanisme, la gestion de l'eau, la construction et l'entretien des écoles, en sont des exemples. » NOUREAU, A., *L'Union européenne et les collectivités locales*, Thèse, Université de la Rochelle, 2011, consultable sur : <http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/59/09/66/PDF/TheseNouveau.pdf>, p. 98.

« législateur peut préciser quantitativement l'autonomie qui correspond à un organe constitutionnel déterminé, mais il ne peut établir d'interférences externes incompatibles avec ladite autonomie. »¹³⁶³ En Allemagne, l'autonomie territoriale la plus «réelle» réside en fait plus dans les Länder, conformément au modèle fédéral.

De même en Espagne, ce sont les communautés autonomes qui disposent d'une « réelle » autonomie, l'autonomie locale, bien qu'énoncée par la Constitution (articles 140-142), n'a pas la même ampleur que celle des communes allemandes (*Gemeinden*). Ces dernières ont une compétence générale de principe qui ne peut être limitée par le(s) législateur(s) que pour des raisons d'intérêt général supérieur, pourrait-on dire. Les collectivités locales espagnoles ne sont dotées que de compétences propres attribuées par la loi, ou par délégation de l'Etat ou des Communautés autonomes et d'une clause générale de compétence résiduelle.¹³⁶⁴

En définitive, le problème est de savoir quelles sont ces affaires qui constitueraient le noyau dur des affaires locales, de l'autonomie territoriale, de la garantie institutionnelle, etc. Après moult débats, la conclusion est que « d'une part, et ceci est fondamental, qu'il n'existe pas d'affaires locales par nature ; d'autre part, que la clef de compréhension de ce que sont les affaires locales se trouverait dans l'idée de satisfaction des besoins ressentis par les habitants de chaque collectivité concernée. »¹³⁶⁵

Enfin, on ne peut fonder le pouvoir réglementaire territorial, même résiduel, sur une quelconque compétence générale des personnes publiques. Celle-ci serait le pendant de la capacité de la personnalité juridique des personnes physiques et on a vu, avec F. LINDITCH, que la compétence conditionne l'exercice de la capacité juridique des

¹³⁶³ STC 995 – 2007 “Control de Constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que establece un sistema de incentivos al desempeño de los fiscales y los funcionarios del Ministerio Público”: “El legislador puede precisar cuánta autonomía corresponde a un determinado órgano constitucional; pero no puede establecer interferencias externas incompatibles con dicha autonomía.”

¹³⁶⁴ “En definitiva... la cláusula general se traduce en una de competencia de carácter residual en manos de los municipios para desarrollar toda clase de actividades que consideren de interés para su comodidad, siempre, claro está, que la ley no haya ocupado el correspondiente ámbito de actuación, reservándose a otra Administración pública en virtud de la existencia de un interés público prevalente que así lo exija.” CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, JL., “El debate sobre la autonomía municipal”...p. 577.

¹³⁶⁵ BÉNOIT, F.-P., «L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 24. Voir également : PONTIER, J.-M., “Semper Manet. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, pp. 1443-1472

personnes de droit public (autre que l'Etat) dont elle n'est qu'une adaptation et non une transposition exacte.

À ce titre, la personnalité juridique de droit public est liée au principe de spécialité qui, d'une manière générale, signifie que la compétence des personnes morales est limitée au but en vue duquel elle leur est conférée¹³⁶⁶. Dès lors, cette compétence ne peut être générale comme l'est la capacité juridique pour la personne physique ou la compétence générale de l'Etat¹³⁶⁷.

Les autorités locales peuvent-elles donc prendre des règlements, en l'absence d'un texte formel les y habilitant, reconnaissant ainsi la possible existence d'un pouvoir réglementaire indépendant? Oui, car si elles n'ont pas une compétence générale, c'est-à-dire la possibilité de décider de tous les aspects de la vie de la sphère publique, elles ont une aptitude générale à prendre en charge de manière ponctuelle les besoins de leur population.

¹³⁶⁶ «Le principe de spécialité va entraîner trois sortes de conséquences : d'abord, la nullité de tous les actes par lesquels une personne morale administrative déciderait d'entreprendre une activité sans rapport avec son objet, tel que celui-ci a été défini par la loi ou les actes qui l'ont instituée ; ensuite, l'impossibilité d'accepter une libéralité qui serait grevée d'une charge dont l'exécution obligerait la personne morale bénéficiaire à accomplir des actes ne relevant pas de sa compétence ; enfin, l'irrecevabilité de la personne morale à défendre en justice des intérêts autres que ceux pour la représentation desquels elle a été créée. » CONSTANS, L., *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Paris, Dalloz, 1966, p. 12. Sur la notion de spécialité, voir également: FERTSENBERG, J., *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, Thèse, Paris II, 1976.

¹³⁶⁷ L'État n'est pas concerné par le principe de spécialité car « l'État a pour caractéristique, entre autres, une généralité de sa finalité consistant dans sa vocation à pouvoir assumer et défendre la totalité des intérêts des membres du groupe. Aucun principe de spécialité ne saurait a priori poser des limites à sa fonction. Première en assurant la sauvegarde du groupe, la fonction de l'État l'est encore en accomplissant les tâches les plus étendues et les plus nécessaires. » MOURGEON, J., *La répression administrative*, LGDJ, 1967, pp. 42-43. Certes, la Constitution chilienne ne se réfère pas à ce principe expressément, mais la liste si détaillée des compétences des régions et des municipalités y ressemble fort. Il est important de signaler ce point car, par exemple, la Constitution française parle explicitement du principe de spécialité de certaines de ses collectivités d'outre-mer, mais il ne s'agit pas du tout du principe de spécialité que nous venons de préciser. Cf. infra.

3. La théorie des pouvoirs implicites et la consécration de la notion de clause générale de compétence

L'application de la théorie des pouvoirs implicites permet de justifier le pouvoir réglementaire territorial par une habilitation normative générale, la clause générale de compétence, qui lui donne sinon sa force du moins comme un caractère d'évidence¹³⁶⁸.

En effet, «on admet l'existence d'une compétence implicite lorsque l'autorité d'exécution est autorisée à prendre toutes les mesures qu'implique une bonne et complète exécution de la loi sans y avoir été explicitement invitée par elle. De telle manière que si ces pouvoirs ne sont pas formellement inclus dans les termes de l'habilitation légale, ils s'y trouvent néanmoins implicitement.»¹³⁶⁹

Liée aux pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa mission, elle trouve son origine jurisprudentielle, en France, dans les arrêts *Jamart* de 1936¹³⁷⁰ et *Dehaene* de 1950¹³⁷¹, bien qu'on puisse, chronologiquement, lui rattacher la jurisprudence antérieure relative au « socialisme municipal »¹³⁷², voire même avant.¹³⁷³

Cette extension du pouvoir réglementaire territorial s'expliquerait par les raisons suivantes: premièrement, certaines fonctions attribuées aux autorités locales comporteraient l'octroi implicite d'un pouvoir réglementaire comme c'est le cas pour toute autorité exécutive en France - et dans une institution en général - au titre du pouvoir de police. En effet, le pouvoir de police, responsable d'« un certain ordre dans la cité...fait essentiellement partie de la compétence naturelle du pouvoir exécutif ».¹³⁷⁴

Ensuite, il est admis que le texte qui charge une autorité de l'exécution des délibérations d'une autorité collégiale¹³⁷⁵ confère implicitement à cette autorité exécutive le droit d'adopter des règlements d'exécution desdites délibérations¹³⁷⁶.

¹³⁶⁸ Pour la France, le Conseil d'État a reconnu aux collectivités territoriales un véritable "pouvoir réglementaire local spontané dans l'application des lois", C.E. 31/1/1990, *District urbain de Montbéliard*, A.J.D.A. 1990, p 492.

¹³⁶⁹ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 701 p. 543.

¹³⁷⁰ CE, sect., 7 février 1936, *Jamart*, Rec., p. 172; *Sirey*, 1937, IIIème partie, p. 113, note RIVERO.

¹³⁷¹ CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. p. 426; *RDP*, 1950, p. 691, concl. GAZIER, note M. WALINE; *D.* 1950, p. 538, note GERVAIS.

¹³⁷² CE, Sec., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. p. 583.

¹³⁷³ CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. p. 333, S. 1901.3.73, note HAURIOU.

¹³⁷⁴ TEITGEN, P. H., *La police municipale: étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Paris, *Sirey*, 1934, p. 1 et s.

¹³⁷⁵ L. 2122-21 CGCT, pour le maire.

Enfin, par extension de la jurisprudence *Jamart*, l'autorité exécutive locale, comme chef de service, peut prendre des règlements pour l'organisation et le fonctionnement interne des services¹³⁷⁷ lorsque le règlement national n'y a pas pourvu¹³⁷⁸. On notera que les lois organiques chiliennes relatives aux régions et aux municipalités prévoient cette intervention de l'intendant et du maire.

B. FAURE, estimant que « l'application de cette théorie fait *qu'il n'existe pas de vide juridique en droit des collectivités territoriales* »¹³⁷⁹, relève deux exemples, l'un ayant trait à l'organisation interne des collectivités¹³⁸⁰, l'autre à une véritable action externe.¹³⁸¹

J.-M. AUBY, reconnaissait déjà il y a plus de vingt ans qu' « en l'absence d'une loi, les autorités locales peuvent prendre des règlements »¹³⁸². S'il est vrai que ces propos étaient tenus dans le cadre d'une réflexion sur l'origine législative ou constitutionnelle du pouvoir réglementaire territorial, le changement constitutionnel de 2003 n'affecte pas la justesse de l'affirmation, puisque « cette intervention « initiale » n'est que provisoire et doit se placer dans le cadre des lois lorsqu'elles interviennent.

La doctrine chilienne va dans le même sens. Ainsi, à la question de savoir si une autorité administrative dotée du pouvoir réglementaire peut édicter des normes réglementaires bien qu'il n'y ait pas de loi dont l'application est requise, P. AYLWIN répond par l'affirmative s'agissant du Président de la République : tant qu'il ne contredit

¹³⁷⁶ Le Conseil d'État français admet cette solution depuis assez longtemps pour le maire à la demande du conseil municipal (C.E 18 janvier 1935, *Didier*, Rec. p. 67) ou spontanément (C.E. 10 juillet 1954, *Brouillard*, Rec. p. 453).

¹³⁷⁷ Il peut ainsi réglementer les horaires d'attention en mairie, l'exercice du droit de grève du personnel communal, etc.

¹³⁷⁸ CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de Cergy-Pontoise*, Rec. p. 37 : Une loi ne renvoyant pas à un décret d'application, « il appartient, dès lors, à l'organe de la collectivité locale, compétent pour organiser les services de cette collectivité, de fixer les règles d'application » de celle-ci; *AJDA* 1985, p. 271, obs. J. MOREAU ; *RFDA* 1985, p. 367, note J.-C. DOUENCE, p. 365 et obs. L. FAVOREU, p. 371.

¹³⁷⁹ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 701 p. 543.

¹³⁸⁰ CE 13 février. 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle Cergy-Pontoise*, op. cit. À propos de l'aptitude des communes et de leurs groupements à déterminer les règles d'organisation et de fonctionnement des comités d'hygiène et de sécurité dont elles étaient chargées par la loi mais dont elle ne précisait pas les conditions d'installations

¹³⁸¹ CE 23 juin 1972, *Société La plage de la forêt*, *RDJ* 1972. 1259, concl. F. BERNARD; *AJDA* 1972, p. 462. N'est pas contraire à la liberté du commerce et de l'industrie la construction d'une piscine en application – implicite – d'une loi sur les installations nécessaires à l'enseignement du premier degré.

¹³⁸² AUBY, J.-M., « Décentralisation et sources du droit », *AJDA*, 1992, N° spécial: *Décentralisation: Bilan et perspectives*, p. 97.

aucune loi ou n'entre pas dans le domaine de la loi. Dans le cadre de ces limitations, le caractère discrétionnaire que peut prendre un règlement ne se discute pas.¹³⁸³

Mais, même au-delà d'une quelconque référence à un domaine réservé des règlements, E. SILVA C. affirme que le pouvoir réglementaire est beaucoup plus développé que celui de simple exécutif de la loi et, déterminé dans sa portée par la mission essentielle d'administrer l'Etat dont le Président a la charge, il s'étend également aux cas non légiférés, tant que bien sûr il ne porte pas atteinte aux principes essentiels et fondamentaux que consacre la Constitution, et – comme il est naturel – qu'il n'aille pas à l'encontre d'une loi expresse.¹³⁸⁴

Ces deux auteurs réfutent donc la nécessité et la possibilité absolue d'encadrer de manière préventive l'exercice du pouvoir réglementaire, comme l'affirment certains sur la base des articles 6 et 7 de la Constitution. Une telle position va contre la nécessaire adaptabilité et mutabilité du service public.

Enfin, E. SILVA C. note que le pouvoir réglementaire municipal est restreint car la Constitution et la loi se sont chargées de préciser avec détails les matières sur lesquelles elle peut s'exercer. En d'autres termes, à la différence du pouvoir réglementaire du Président de la République qui peut être discrétionnaire, les municipalités n'ont qu'un pouvoir limité aux activités réglées et n'ont qu'un caractère d'exécution de la loi. En ceci, toujours selon E. SILVA C., le législateur a été conséquent avec le principe selon lequel le Président de la République a en charge l'administration de l'Etat en général alors que les Municipalités ne se sont vues confier que l'administration locale de chaque commune ou groupement de communes.¹³⁸⁵ Cette position de SILVA ne fait pas obstacle à l'existence de la clause générale de compétence. D'abord, tout comme les communes françaises, les municipalités ont bien des attributions limitées et encadrées par les lois. Ensuite, on pourrait compléter l'affirmation de la manière suivante : si le Président de la République a bien en charge l'administration de l'Etat en général, les Municipalités ont en charge -d'une

¹³⁸³ AYLWIN A., P., *Derecho Administrativo*, T. 1, Editorial Universitaria S. A., 1959, pp. 45 a 47, cité par PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit. N° 43, p. 174.

¹³⁸⁴ SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, T. 1, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, éd. 1968, pp. 215-216, cité par PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit. N°43, p. 175. Également SILVA B., A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T 3, vol. II, Ed. Jurídica de Chile, , 1963, p. 260.

¹³⁸⁵ SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, T.1 1954, p. 152.

certaine manière- l'administration locale de chaque commune ou groupement de commune *en général*, et peuvent donc adopter les actes normatifs nécessaires aux besoins de la communauté locale.

En définitive, l'affirmation suivante devrait pouvoir s'appliquer aux deux ordres juridiques à l'étude : « la clause générale et le principe de spécialité tendent sinon à se confondre, du moins à s'articuler : la clause de compétence n'est jamais complètement générale, la spécialité des textes n'enferme pas complètement l'action locale. Mais alors que la première lecture est dynamique, la seconde est statique et descriptive. Dans les deux cas, l'action locale n'est pas définie par la collectivité mais bien par l'Etat qui fixe la compétence. »¹³⁸⁶

De sorte que la rénovation du principe de subsidiarité a pu donner l'idée à certains de justifier l'existence d'une compétence générale sur le fondement de sa mise en œuvre.

B. Un essai de justification «renouvelée» par le principe de subsidiarité

L'interprétation et la marge de manœuvre existent à tous les niveaux de l'administration centrale¹³⁸⁷, il est donc difficile de la nier aux autorités décentralisées. Le juge administratif français a toujours reconnu aux autorités des collectivités territoriales « le pouvoir de fixer les modalités de mise en œuvre de la loi, au cas de lacune de la réglementation et lorsque ceci était commandé par les nécessités du service. »¹³⁸⁸ On a vu qu'il en est de même pour le juge constitutionnel chilien.

La nécessité de laisser une marge de manœuvre aux entités décentralisées découlerait du principe de subsidiarité. Cette invocation nouvelle au plan étatique, après sa consécration au niveau européen – mais pour d'autres motifs –, rappelle bien que les « théories [ou l'affirmation de grands principes] sont le résultat de contraintes exercées par

¹³⁸⁶ DOAT M., op. cit., p. 215.

¹³⁸⁷ Ainsi le premier ministre J.-M. AYRAULT, a suivi la suggestion du rapport LAMBERT- BOULARD (que l'on peut consulter sur le site d'A. LAMBERT. Consultation réalisée le 02 avril 2013, p. 12 <http://www.alain-lambert.org/wp-content/uploads/2013/03/rapport-web-normes-final.pdf>) en adressant aux directeurs d'administration, aux préfets et aux directeurs d'établissements publics nationaux une circulaire datée du 2 avril 2013, leur indiquant simplement : "A l'exception des normes touchant à la sécurité, il vous est désormais demandé de veiller personnellement à ce que vos services utilisent toutes les marges de manœuvre autorisées par les textes et en délivrent une interprétation facilitatrice pour simplifier et accélérer la mise en œuvre des projets publics ou privés."

¹³⁸⁸ FAVOREU, L., observations sous l'arrêt CE, 13 février 1985, *RFDA*, 1985, p. 371.

une série de règles adoptées en raison de choix politiques et de nécessités pratiques »¹³⁸⁹. C'est-à-dire des justifications *a posteriori*.

Le principe de subsidiarité peut prendre ici deux formes.

Une conception *a priori* positive et ouverte qui prime en France, influencée par sa consécration communautaire, dans le sens où l'Etat doit s'abstenir d'agir quand l'échelon inférieur peut exercer mieux que lui et reconnaît ainsi l'action des groupes, privés comme publics. La clause générale de compétence permettrait ainsi la mise en œuvre du principe (à la mode) de subsidiarité, qui serait énoncé par l'art. 72 al 2 de la Constitution.

Une conception que l'on peut qualifier de négative et restrictive qui prévaut au Chili, dans le sens où «le pouvoir central doit intervenir chaque fois que les groupes ou autorités mineures manquent des moyens nécessaires pour mener à bien une action déterminée». ¹³⁹⁰ Mais, elle est également plus restrictive car elle ne reconnaît l'application du principe de subsidiarité qu'au bénéfice des groupes privés. Par suite, l'Etat chilien peut affirmer que *les groupes ou autorités mineures ne* disposent pas de la capacité nécessaire et décider pour eux. Cette conception encore très présente, imprégnée de la figure paternaliste de Portales et *consorts*, se double d'une vision friedmanienne – imposée par la dictature de A. Pinochet- qui scinde et fragilise la société toute entière, à commencer par les manifestations collectives.

En effet, l'idéologie du modèle sociétal imposé par la dictature militaire a été traduite en droit public par l'exaltation de l' «État portalien». La recreation de ce modèle, limité au maintien de l'ordre public et de la sécurité nationale, assujetti de manière inflexible à la Constitution et aux lois, a conduit à l'affirmation par une partie de la doctrine¹³⁹¹ d'un principe de légalité au sens le plus strict du terme : le principe de l'habilitation légale selon lequel l'administration ne peut agir que si elle y a été expressément habilitée par un texte constitutionnel ou législatif. Dès lors, il n'existe plus de marge de manœuvre pour quiconque et l'existence de la clause générale de compétence au profit des administrations territoriales illusoire. Ainsi, la *Contraloria General de la República* a affirmé qu'« en accord avec le principe selon lequel en droit public, on ne peut

¹³⁸⁹ TROPER, M., Préface de la thèse de BRUNET, P., *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, LGDJ-Bruylant- PUR, collect. *Pensée juridique*, 2004, p. IX.

¹³⁹⁰ TAPIA V., J., "Descentralización, Regionalización y Neosubsidariedad", en *La reforma constitucional de 2005*, LexisNexis, 2006, p. 179.

¹³⁹¹ Particulièrement SOTO K., E., CALDERA, H.

faire que ce qui est expressément permis », les municipalités ne peuvent faire autre chose que ce que la loi signale.¹³⁹²

Cependant, l'affirmation de principe¹³⁹³ ne résiste pas aux faits, à l'examen de l'histoire constitutionnelle¹³⁹⁴ et à la jurisprudence du Tribunal constitutionnel.¹³⁹⁵

L'argument de subsidiarité doit être relativisé. D'abord, parce qu'il est soit antinomique soit indifférent à la décentralisation¹³⁹⁶. Ensuite, « si l'on s'interroge (...) sur l'applicabilité du principe de subsidiarité aux relations entre l'État et les collectivités territoriales dans l'ordre juridique français, on est conduit à la conclusion que ce principe n'est ni pertinent ni compatible avec l'ordre juridique français...car il risque fort de se confondre avec le localisme et d'aller à l'encontre d'exigences élémentaires d'égalité et de solidarité »¹³⁹⁷. En fait, les atteintes au principe d'égalité devant l'application de la loi existent bien, mais elles ne sont pas dues à une compétence de principe des entités territoriales, sinon à des dérogations expresses -constitutionnelles ou légales- aux règles traditionnelles de répartition du pouvoir normatif (cf. section 2).

En conclusion sur ce point, les réflexions suivantes peuvent être retenues.

D'abord, la constitutionnalisation de la notion d' « affaire locale », qui se trouve au centre de la réflexion sur l'autonomie territoriale, « serait une donnée nouvelle et majeure de l'étude de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités locales, et rapprocherait le droit français de modèles étrangers ».¹³⁹⁸ En attendant, reconnaître un « pouvoir local initial, basé sur la notion d'affaire locale dont disposent les collectivités territoriales, serait à la frontière du droit et, de ce fait, les actes locaux n'auraient pas de

¹³⁹² PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit. N° 59 B., p. 225: "Acorde con el principio de que en derecho público sólo puede hacerse lo que está expresamente permitido, las municipalidades no pueden hacer sino lo que la ley señala, dijo el dictamen n° 23.024, de 1992."

¹³⁹³ Comme le rappelle PANTOJA B., cette affirmation, développée par une partie de la doctrine chilienne en « symbiose intellectuelle » avec la dictature, ne trouva pas à l'époque de contradicteur étant donné l'ambiance politique du moment. PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit. N° 42, p. 168.

¹³⁹⁴ La propre *Comisión de Estudio de la Nueva Constitución* ne fit pas sienne, d'ailleurs, cette solution d'enchaîner l'administration.

¹³⁹⁵ STC 1669-10, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*", op. cit. *cons.* 21

¹³⁹⁶ Cf. chapitre 4.

¹³⁹⁷ MARCOU, G., «Principe de subsidiarité, constitution française et décentralisation», Datar & éditions de l'Aube, Paris, 1993.

¹³⁹⁸ FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire...*p. 280.

bases juridiques solides. »¹³⁹⁹ C'est-à-dire à la frontière du droit de l'Etat, un droit défini par l'Etat et non par la communauté locale.

Ensuite, la clause générale de compétence ne constitue pas la base d'une théorie de compétences naturelles des entités territoriales. Dès lors, sa défense au nom du principe de subsidiarité est déplacée et techniquement serait très complexe. L'exemple de l'application du principe de subsidiarité au niveau européen, tel que consacré par le traité de Lisbonne, est sur ce point éclairant. En effet, les différents Etats peuvent défendre leurs compétences dans le cadre des « compétences partagées » de l'Union car celle-ci ne dispose que de compétences d'attributions et ce sont les Etats qui ont la compétence de principe, des compétences « naturelles ». On voit donc que le schéma est inverse à celui des relations Etat-entités territoriales.

D'autre part, «la vocation à prendre les décisions pour certaines compétences évoque la liberté d'action qui est à la racine de la libre administration et pourrait faire l'objet du même traitement: le pouvoir local de décision peut être limité par la loi, sauf à ce que ces limitations prennent un caractère excessif et injustifié »¹⁴⁰⁰. On perçoit bien la complexité du dispositif induit et la discrétionnalité laissée aux juges.

La clause générale de compétence ne permet pas *a priori* de déterminer l'organe qui doit intervenir et «de connaître à l'avance les compétences. Elle ne permet pas à la collectivité, quelle qu'elle soit, de tout faire, mais elle ne pose pas d'interdit *a priori*. »¹⁴⁰¹ Elle constitue une justification juridique *a posteriori* de la compétence qui « permet de faire autre chose ou autrement que ce que fait l'État, elle est la garantie du maintien de l'initiative, de l'invention, sans lesquelles toute répartition des compétences serait vouée à figer les rôles. »¹⁴⁰²

Enfin, la spécialisation et l'aptitude générale des entités territoriales appellent des précisions qui peuvent varier d'un système juridique à l'autre. L'Etat prend en compte les demandes territoriales et les adapte. On peut distinguer principalement les demandes liées à

¹³⁹⁹ BARELLA, X., «Une prétendue solution contre les maux de la décentralisation. La suppression de la clause générale de compétence», op. cit, p. 129.

¹⁴⁰⁰ DOUENCE, J.-C., « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1., juin 2005, Éd. 2013, n° 181-183.

¹⁴⁰¹ GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit. p. 313.

¹⁴⁰² PONTIER, J.-M., «Nouvelles observations sur la clause générale de compétence», op. cit., p. 394.

des revendications autonomistes (Corse¹⁴⁰³, Nouvelle-Calédonie, Mapuche, île de Pâques)¹⁴⁰⁴ et à des demandes de démocratisation des institutions territoriales, ce qui explique l'évolution perpétuelle des processus de décentralisation. Car, au-delà de ces demandes qui apparaissent au premier abord sectorielles, c'est la définition de l'intérêt général et de l'égalité qui évoluent et obligent à aménager les compétences des différents acteurs.

Section 2. Les aménagements explicites des règles de répartition du pouvoir normatif

Les altérations dans l'uniformité de la validité territoriale des normes territoriales, multiples manifestations de pluralisme juridique, existent depuis longtemps et ne s'opposent pas forcément au caractère unitaire de l'Etat.¹⁴⁰⁵

Le pouvoir réglementaire territorial a la nature d'un pouvoir normatif de troisième rang, voire plus bas encore dans la hiérarchie normative¹⁴⁰⁶. «Tout au plus son assujettissement [en France] aux pouvoirs normatifs nationaux est-il aujourd'hui desserré dans le cadre des expérimentations comme dans certaines hypothèses intéressant l'outre-mer¹⁴⁰⁷»¹⁴⁰⁸, quand il est autorisé à pénétrer dans le domaine de la loi ou des règlements nationaux.

Mais plusieurs autres pistes « nouvelles » peuvent être envisagées comme celle de l'instauration d'un pluralisme juridique « ethnique ». Il s'agit de discriminations juridiques entre territoires¹⁴⁰⁹ et on peut établir une gradation entre ceux qui vont jusqu'à faire l'objet d'un statut constitutionnel ou supra législatif (§2), donc d'une protection renforcée, et ceux, plus récents, qui sont temporaires et plus encadrés (§1). Cette véritable « territorialisation »

¹⁴⁰³ On rappelle d'ailleurs que ce sont les différents projets de loi relatifs à la Corse qui ont amené le Constituant à prendre position sur le pouvoir réglementaire local en France.

¹⁴⁰⁴ Cf, infra.

¹⁴⁰⁵ STC 1669-10, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, op. cit. cons. 35: "Que en nada se opone al carácter unitario del Estado "que ciertas normas, por su naturaleza misma, no se apliquen a todos los miembros de la sociedad política, sino a quienes se encuentren en las determinadas circunstancias que el legislador considere". Por otra parte, "tampoco se opone al carácter unitario del Estado que ciertos mandatos puedan dictarse para que rijan únicamente en determinadas porciones del territorio" (Silva Bascañán, A., ob.cit. p. 79)".

¹⁴⁰⁶ Cf. Chapitre 5.

¹⁴⁰⁷ Ce dernier constitue effectivement, en quelque sorte, un droit particulier à lui tout seul.

¹⁴⁰⁸ AUBY, J.-B., «Réflexion sur la territorialisation du droit », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 13.

¹⁴⁰⁹ MELIN-SOUCRAMANIEN, F., « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *RFDA*, 1997; MARTIN, R., «Le principe d'égalité face aux discriminations positives territoriales», *Études foncières*, n° 88, automne 2000.

du droit¹⁴¹⁰ postule que l'on parle de domaines dans lesquels les pouvoirs normateurs nationaux s'interdisent de rentrer ou dans lesquels ils sont obligés de « négocier ».

§ 1. Les aménagements législatifs sur autorisation de la Constitution

Au-delà de la technique, commune au Chili et à la France, des lois spéciales dérogoires à l'application de normes de manière égale sur l'ensemble du territoire (A), la Constitution française a prévu depuis longtemps des hypothèses de décentralisation du pouvoir d'adaptation des lois et/ou des règlements pour l'outre-mer (B). Depuis 2003, existe également le mécanisme des expérimentations-dérogations normatives (C).

A. Les techniques de lois spéciales et des habilitations législatives

Les exemples de lois de circonstances qui dérogent au principe d'égalité en matière territoriale sont nombreux. En France, les lois littorale et montagne sont souvent citées, mais de nombreux autres textes de nature financières instaurent de multiples dérogations.

Le Conseil constitutionnel a également reconnu que le législateur pouvait établir des modalités particulières relatives aux conditions d'entrée et de séjour des étranger en France, pour les D.O.M et Saint-Pierre-et-Miquelon, « justifiées par l'état des flux migratoires dans certaines zones concernées et l'existence de contraintes administratives liées à l'éloignement ou à l'insularité des collectivités en cause »¹⁴¹¹. De même, il a accepté que le champ d'application des directives territoriales d'aménagement puisse être limité à certaines parties du territoire national, parce que cette « *circonstance...répond à la prise en compte de situations différentes* ». ¹⁴¹²

Dans le même sens, la Constitution chilienne a été modifiée en 2007 et 2012, par les lois n° 20.193 et 20.573. La première introduit un nouvel article 126 bis qui déclare que l'île de Pâque et l'archipel Juan Fernández sont des territoires spéciaux qui seront régis par des statuts spéciaux établis par des lois organiques. La seconde ajoute un alinéa établissant

¹⁴¹⁰ MADIOT, Y., «Vers une territorialisation du droit?», *RFDA*, 1995, p. 947 y s.

¹⁴¹¹ CC, Déc. 93-325 D.C. du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjours des étrangers en France* (considerant n° 66).

¹⁴¹² CC, Déc. 94-358 D.C. du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire* (considérants n° 3 et 5).

que les droits de résidence et de circulation sur l'ensemble du territoire pourront être limités dans ces territoires par des lois spéciales.¹⁴¹³

Par ailleurs, la géographie extrême du Chili justifie de nombreuses autres lois.¹⁴¹⁴

Enfin, les projets et propositions de lois visant à résoudre une situation particulière apparaissent à chaque mouvement social d'ampleur donnant l'impression d'une improvisation permanente. A côté de ces lois spécifiques à un thème, figurent également les lois qui habilent directement les autorités territoriales à faire usage d'un pouvoir d'application de celles-ci.¹⁴¹⁵

En France, la discussion concernant la possibilité d'un pouvoir réglementaire territorial autonome à l'égard du pouvoir réglementaire étatique est régulièrement relancée par la doctrine.¹⁴¹⁶ Le droit positif n'est pas hostile à un pouvoir territorial d'application des lois pour certaines entités territoriales, puisque la Constitution reconnaît que certaines sont appelées à appliquer les lois relatives à leurs compétences et peut décider qu'une loi (organique) définira les conditions d'exercice du pouvoir d'application des compétences

¹⁴¹³ Art. 126 bis CPR "Son territorios especiales los correspondientes a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández. El Gobierno y Administración de estos territorios se regirá por los estatutos especiales que establezcan las leyes orgánicas constitucionales respectivas" - "Los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde cualquier lugar de la República, garantizados en el numeral 7° del artículo 19, se ejercerán en dichos territorios en la forma que determinen las leyes especiales que regulen su ejercicio, las que deberán ser de quórum calificado".

¹⁴¹⁴ Cf. les lois prévoyant des bénéfices particuliers – c'est-à-dire des dérogations à l'égale application de la loi – pour les zones extrêmes. Par exemple : Ley N° 20.655 que establece incentivos especiales para las zonas extremas del país (D.O. de 1 de febrero de 2013); Ley N° 20.093 que establece un régimen transitorio para la aplicación del nuevo impuesto al gas como combustibles en la XII Región y modifica el artículo primero de la Ley N° 19.709. (D.O. de 21 de enero de 2006); Ley N° 20.058 que aumenta feriado anual a veinte días hábiles para los trabajadores que presten servicios en la XII Región de Magallanes y de la Antártica Chilena en la XI Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y en la provincia de Palena (D.O. de 26 de septiembre de 2005); Ley N° 19.946 que modifica la ley Austral en materia de crédito tributario y establece la ampliación de la zona franca de extensión de Punta Arenas a la Región de Aysén para bienes de capital. (D.O. de 11 de mayo de 2004); Ley N° 19.709 que establece régimen de zona franca industrial de insumos partes y piezas para la minería en la comuna de Tocopilla en la II Región. (D.O. de 31 de enero de 2001); Ley N° 19.669 que establece nuevas medidas de desarrollo para las provincias de Arica y Parinacota (D.O. de 5 de mayo de 2000); Ley N° 19.606 que establece incentivos para el desarrollo económico de las regiones de Aysén y de Magallanes y de la provincia de Palena (D.O. de 14 de abril de 1999); Ley N° 19.149 que establece un régimen preferencial aduanero y tributario para las comunas de Porvenir y Primavera de la Provincia de Tierra del Fuego de la XII región de Magallanes y de la Antártica Chilena. (D.O. de 6 de julio de 1992).

¹⁴¹⁵ Cf. supra chapitre 5.

¹⁴¹⁶ G. CHAVRIER, par exemple, a écrit récemment que «l'intérêt de reconnaître un pouvoir initial au sens de Maurice BOURJOL et Jean-Marie AUBY – c'est-à-dire non subordonné à l'intervention d'une loi l'autorisant – est assez faible, voir négatif. (...) En revanche, la possibilité d'une autonomie du pouvoir réglementaire à l'égard du pouvoir réglementaire étatique – c'est-à-dire la possibilité de disposer d'un pouvoir réglementaire local non résiduel tout étant subordonné à la loi – est cardinale.», CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local : en jeux et débats*, op. cit, p. 101.

décentralisées. La reconnaissance à toutes les autorités territoriales d'un pouvoir d'application des lois «permettrait de se rapprocher de la quête d'unité dans la diversité et mettrait fin à de nombreux effets pervers de l'accaparement de cette compétence par le gouvernement.»¹⁴¹⁷

B. Les hypothèses de décentralisation du pouvoir d'adaptation

Bien que consacrée seulement en droit français, cette technique juridique peut être d'intérêt pour le législateur chilien. Sans aller aussi loin, le Tribunal constitutionnel chilien estime quand même que, s'agissant du pouvoir réglementaire municipal, l'égalité devant la loi n'exige pas une uniformité rigoureuse et monolithique des ordonnancements juridiques, principalement en matière économique où l'on ne peut prétendre à une réglementation uniforme si chaque réalité municipale est distincte.¹⁴¹⁸

Le Conseil d'Etat avait souligné dans un avis que la possibilité, pour la collectivité territoriale de Corse, d'adapter des mesures réglementaires, était subordonnée à l'exigence qu'elle ne « porte pas atteinte à la compétence qui appartient au Premier ministre d'édicter des règles nationales applicables à l'ensemble du territoire »¹⁴¹⁹. Cette solution consisterait finalement à la généralisation ou extension des dispositions concernant l'outre-mer (art. 73 et 74) – c'est-à-dire l'existence d'une sphère de compétences protégées des empiètements de l'exécutif national - à l'ensemble des collectivités territoriales françaises. Mais cette solution, à l'instar d'autres propositions formulées ici, nécessiterait une révision constitutionnelle. Il s'agirait ni plus ni moins que d'un pas de plus vers l'abandon de l'unité normative et de l'égalité des citoyens devant l'application de la loi.

Le pouvoir réglementaire des collectivités d'outre-mer est régi par les dispositions des articles 72-3 à 74-1 de la Constitution.¹⁴²⁰ L'article 72-3 désigne nominativement chacune de ces collectivités et définit deux catégories statutaires.

¹⁴¹⁷ Ibid.

¹⁴¹⁸ STC Rol 1669-10, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*, op. cit, cons. 65.

¹⁴¹⁹ Cité par BARELLA, X., *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, op. cit., p. 260, nbp n° 919.

¹⁴²⁰ La Nouvelle-Calédonie est régie par les dispositions du titre XIII et n'a pas, de toute façon, le statut de collectivité territoriale.

D'une part, celles qui ont le statut de département et de région d'outre-mer (DROM) où s'appliquent de plein droit les lois et règlements en vertu du principe d'assimilation législative et qui, régies par l'article 73, peuvent bénéficier d'un pouvoir d'adaptation.

D'autre part, les collectivités d'outre-mer (COM) régies par l'article 74 et le principe de spécialité législative (cf. infra).¹⁴²¹

L'article 73 de la Constitution fixe le régime des départements et régions d'outre-mer, en indiquant qu'ils sont soumis au principe de l'assimilation législative¹⁴²², mais à un principe assoupli. Le régime antérieur à la réforme de 2003 entendait l'assimilation comme impliquant l'application de plein droit du droit de la métropole à ces collectivités territoriales, sauf adaptation des textes rendue nécessaire par des contraintes et caractéristiques particulières. L'article 73 autorise désormais des assouplissements permettant de mieux prendre en compte la spécificité et les attentes des départements et régions d'outre-mer.¹⁴²³

En premier lieu, s'inspirant de la rédaction de l'article 299-2 du traité d'Amsterdam¹⁴²⁴, il ouvre plus largement la possibilité d'apporter des adaptations aux lois et règlements¹⁴²⁵, en autorisant, non plus les seules adaptations nécessitées par la situation particulière de ces collectivités, mais l'ensemble des adaptations qui tiennent à leurs caractéristiques et contraintes particulières (art 73 alinéa1).

En deuxième lieu, il permet au législateur ou au gouvernement d'habiliter la collectivité qui le souhaite à fixer elle-même ces adaptations, lorsque les dispositions en cause sont au nombre de celles qui régissent l'exercice de ses compétences (art. 73 alinéa 2). Cette nouveauté permet de parler d'une *décentralisation du pouvoir d'adaptation* car

¹⁴²¹ Le passage de l'un à l'autre de ces régimes est subordonné à l'intervention d'une loi organique, après qu'ait été recueilli le consentement préalable des électeurs de la collectivité intéressée, convoqués par décision du Président de la République (art. 72-4).

¹⁴²² La loi n° 46-451 du 19 mars 1946 a établi les règles d'application du principe d'assimilation législative et réglementaire (arts. 2 et 3).

¹⁴²³ Comme l'avait indiqué Mme B. GIRARDIN, Ministre de l'outre-mer, lors de son audition par le Sénat, les règles relatives au transport scolaire en Guyane, qui s'effectue par pirogue, ou les procédures applicables en matière de délégations de service public s'agissant de «taxis brousse» ne sauraient être les mêmes qu'en métropole, et leur inadéquation outre-mer aboutissait à un phénomène de rejet de la part des populations s'estimant être «les grandes oubliées de la République».

¹⁴²⁴ Aujourd'hui article 349 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

¹⁴²⁵ Il était paradoxal que le droit communautaire permette des adaptations plus larges aux départements d'outre-mer que le droit constitutionnel national.

une collectivité se voit dotée d'un pouvoir réglementaire lui permettant d'adapter les textes réglementaires et législatifs par délibération de son assemblée.¹⁴²⁶

Néanmoins, deux limites sont prévues : il doit s'agir d'une intervention dans ses domaines de compétences¹⁴²⁷ et il doit y avoir une habilitation réglementaire ou législative préalable.

En troisième lieu, toujours sur sa demande et pour tenir compte de ses spécificités, la collectivité peut être habilitée en vertu de l'article 73 al. 3¹⁴²⁸ à **fixer elle-même la norme applicable sur son territoire**, sous une double réserve: ces règles ne peuvent porter sur une liste de matières considérées comme régaliennes (73 al. 4).¹⁴²⁹ Elles ne peuvent également intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti (73 al. 6).

C. Les recours aux expérimentations-dérogations normatives

L'établissement ou la reconnaissance de statuts spécifiques est la première pierre qui peut permettre des évolutions normatives, comme celle de l'adaptation, mais la technique des expérimentations-dérogations normatives pose également des questions.

¹⁴²⁶ Avant la réforme constitutionnelle, les collectivités ne disposaient d'un pouvoir d'adaptation que dans le domaine réglementaire de leurs compétences. L'article 73-2 permet désormais à des assemblées locales d'adapter des lois. Lors de son audition par la commission des lois du Sénat relative au projet de loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République M. O GOHIN avait estimé qu'une telle possibilité de procéder à des adaptations dans des matières relevant du domaine de la loi créait la confusion avec le régime juridique de l'article 74 qui s'appliquait aux collectivités soumises au principe de la spécialité législative. Audition de M. O. GOHIN, (17 octobre 2002) par la commission des lois du Sénat relative au projet de loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.

¹⁴²⁷ Rappelons qu'outre les compétences normalement dévolues aux collectivités métropolitaines, les régions d'outre-mer bénéficient de compétences plus larges, notamment en matière de développement et d'aménagement et en matière financière : réglementation de l'assiette, du taux et des exonérations de l'octroi de mer, avec la possibilité d'instituer un droit additionnel au profit de la région ; fixation du taux de la taxe spéciale de consommation des produits pétroliers.

¹⁴²⁸ «Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement.»

¹⁴²⁹ C'est-à-dire les règles relatives à «la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique.» M. O. GOHIN avait observé que la liste des matières régaliennes insusceptibles d'être transférées aux collectivités n'était pas semblable à celle figurant à l'article 34 de la Constitution, ce qui pouvait être préjudiciable aux libertés publiques. Audition de M. O. GOHIN, (17 octobre 2002) par la commission des lois du Sénat relative au projet de loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.

L'article 72 al. 4 dispose que « dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. » Les articles LO1113-1 à LO1113-7 constituent le chapitre III : «Expérimentation » de la première partie du Code général des collectivités territoriales.

Il s'agit, sans pour autant modifier la répartition normale du pouvoir normatif entre le législateur, le gouvernement et les collectivités territoriales, de permettre une application limitée de la loi ou du décret quant à l'objet, l'espace et le temps.

On a déjà évoqué les expérimentations utilisées par le législateur ou le gouvernement pour transférer des compétences et, « force est de reconnaître qu'il existe entre les deux types d'expérimentation, expérimentations-transferts et expérimentations-dérogrations, une véritable différence de nature ; dans le premier cas, il s'agit de confier une nouvelle compétence à une collectivité et, dans le second, de confier à cette collectivité un pouvoir normatif intervenant dans le champ de la loi. Alors que le premier représente un épisode courant de la décentralisation, le second est une innovation juridique qui modifie la hiérarchie des normes et exige en conséquence un encadrement suffisant. »¹⁴³⁰ Car, dans cette perspective, les collectivités territoriales pourront élaborer elles-mêmes les conditions d'exercice de leurs compétences¹⁴³¹.

Jusqu'à présent, seul l'outre-mer pouvait connaître des adaptations normatives. Avec la réforme constitutionnelle de 2003, « la Constitution ne prévoyant pas une possibilité d'adaptation des règles à la spécificité de chacune des collectivités métropolitaines, cette intervention prend la forme d'une expérimentation »¹⁴³².

S'agissant de l'encadrement des expérimentations normatives, les textes législatifs et réglementaires qui les prévoient, et contingentant à cet effet le champ d'application de la nouvelle norme, doivent fixer un ensemble de conditions permettant d'assurer un équilibre

¹⁴³⁰ Rapport de M. PIRON au nom de la commission des lois de l'A.N., n° 955.

¹⁴³¹ BARELLA, X., *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, op. cit. p. 263.

¹⁴³² CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local : en jeux et débats*, op. cit., p. 72.

entre l'intérêt général qui s'attache à la mise à l'essai de nouvelles règles et les exigences du principe d'égalité. L'article 1^{er} (aujourd'hui art. L.O 1113-1 CGCT) de la loi organique du 1^{er} août 2003¹⁴³³ dispose que ce sera une loi ou un règlement qui devra autoriser l'expérimentation, fixer son objet, préciser les dispositions auxquelles il peut être dérogé et la durée qui ne peut excéder cinq ans. Ainsi la durée pendant laquelle coexisteront les normes anciennes et celles dont l'on souhaite éprouver la pertinence doit être fixée avec précision, en fonction du temps requis pour que, compte tenu de la matière en cause, les résultats de la mise à l'essai puissent être efficacement évalués. Cette durée expirée, c'est une règle unique qui trouvera à s'appliquer, soit parce que le législateur ou le pouvoir réglementaire seront intervenus afin de généraliser la norme ayant donné lieu à expérimentation, le cas échéant amendée au vu des résultats de sa mise à l'essai, soit parce que, en l'absence de nouvelle intervention, c'est la norme ancienne qui retrouvera son entier champ d'application.¹⁴³⁴

A côté des limites constitutionnelles aux autorisations¹⁴³⁵, il faut compter sur celles posées par la jurisprudence constitutionnelle, particulièrement en ce qui concerne le principe d'égalité devant la loi¹⁴³⁶, et enfin l'intervention du représentant l'État qui peut être suspensive¹⁴³⁷.

¹⁴³³ Loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, J.O., 2 août 2003, p. 13217 et CC, CC. Décision n°2003-478 DC, du 30 juillet 2003, Rec. 406.

¹⁴³⁴ Voir l'exposé des motifs du *projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Texte n°24 (2002-2003) de M. D. PERBEN, garde des Sceaux, ministre de la justice, déposé au Sénat le 16 octobre 2002, N° 24 rectifié Sénat, session ordinaire de 2002-2003, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 octobre 2002.

¹⁴³⁵ Art. 72 al. 4: sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti.

¹⁴³⁶ Le droit à l'expérimentation doit donc être concilié avec le principe d'égalité ayant valeur constitutionnelle reprenant ainsi une jurisprudence constitutionnelle ancienne relative à la décentralisation. CC, Déc. n°84-185 DC du 18 janvier 1985, *Rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, Rec. 36, cons. 18 : « Si le principe de libre administration des collectivités territoriales a valeur constitutionnelle, il ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire. Également CC. Décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, Rec. 9, cons. 27 ; CC. Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, rec. 70, cons. 29.

¹⁴³⁷ Art. 72 al. 6 : « Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois. » et art. LO1113-4 CGCT.

On est donc, selon B. FAURE¹⁴³⁸, plutôt en présence d'un « droit à demander l'expérimentation » que d'un « droit à l'expérimentation » car c'est l'État, et comment en serait-il autrement, qui continue à décider en dernier ressort.¹⁴³⁹ La loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 prévoit que la liste des collectivités territoriales autorisées à procéder à l'expérimentation est établie par décret du gouvernement. De la sorte, le pouvoir réglementaire national reste maître. Il faut donc souligner le caractère résiduel et subordonné de l'expérimentation normative.

Par ailleurs, la possibilité ouverte aux collectivités territoriales de déroger, à titre expérimental, à la loi ou aux règlements, « ne peut intervenir que pour écarter ou compléter une loi [ou un règlement] existante et uniquement dans un domaine relevant des compétences de la collectivité. »¹⁴⁴⁰

Les dispositions de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution ont commencées à être appliquées, par exemple à propos du RSA¹⁴⁴¹ dans la loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (TEPA).¹⁴⁴² Mais selon F. CROUZATIER-DURAND, « la décentralisation telle qu'elle est prévue s'arrête aux portes du pouvoir normatif. L'émancipation juridique des collectivités territoriales n'a pas abouti à leur donner une réelle autonomie dans la conception des politiques dont elles ont la charge ».¹⁴⁴³

Il est un fait que les expérimentations normatives ne connaissent pas un grand succès. Selon le même auteur¹⁴⁴⁴, cela peut s'expliquer par l'importance des transferts de compétences effectués par l'État au titre de l'article 37-1 qui bloqueraient, en quelque sorte, l'initiative des collectivités territoriales. Mais cela est certainement dû –également– à

¹⁴³⁸ FAURE, B., « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mélanges en l'honneur de F. Moderne. Mouvement du droit public*, Dalloz 2004, p. 184-185.

¹⁴³⁹ Voir article LO 1113-2 CGCT.

¹⁴⁴⁰ CROUZATIER-DURAND, F., « L'expérimentation juridique », in PAVIA, M.-L. (dir.), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales: aujourd'hui et demain?*, op. cit. 2010, p. 127.

¹⁴⁴¹ Le revenu de solidarité active (RSA) doit faciliter et rendre attractif le retour à l'emploi pour les bénéficiaires de minima sociaux et remplacer à terme le RMI.

¹⁴⁴² Cf. Loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (TEPA), art. 18 à 21 ; JO 22 août 2007 et le Décret n°2007-1879 du 26 décembre 2007 (JO 30.12.2007, p. 21891) donnant la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à cette expérimentation, fondée sur la combinaison des art. 37-1 et 72 al. 4 CPR.

¹⁴⁴³ CROUZATIER-DURAND, F., « Le succès des expérimentations normatives étatiques face aux échecs de l'expérimentation normative locale », in BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, op. cit. pp. 227.

¹⁴⁴⁴ CROUZATIER-DURAND, F., « L'expérimentation juridique », op. cit. p. 127-128

l'importance et à la quantité des conditions de mise en œuvre. « Néanmoins, force est de reconnaître que les dangers de la méthode expérimentale au regard des principes fondamentaux d'égalité des citoyens devant la loi, d'indivisibilité de la République et de souveraineté, puisqu'elle suppose une délégation de compétence, imposent cet encadrement juridique »¹⁴⁴⁵.

Malgré toutes les précautions prises et les discours rassurants, des doutes demeurent quant aux dangers, ou du moins aux conséquences, de différenciation de la législation applicable sur l'ensemble du territoire. Plus important encore, l'expérimentation-dérogation de l'art 72 al. 4 peut être mise en œuvre par des groupements de collectivités territoriales. C'est-à-dire que les notions de libre administration, de collectivité territoriale ou encore de représentants élus au suffrage universel direct ne sont plus des notions essentielles pour fonder l'existence d'un pouvoir réglementaire territorial, qui peut de surcroît déroger aux dispositions législatives ou réglementaires.

Les dispositions sur l'expérimentation-dérogation mettent à mal le principe d'indivisibilité du territoire et d'égale application de la loi et peuvent conduire à renforcer les inégalités entre collectivités. Ainsi les collectivités les plus riches pourront plus facilement entreprendre des expérimentations que les plus pauvres. Lors de son audition par la commission des lois du Sénat, J.-B. AUBY avait relevé que les expérimentations permettraient une différenciation entre collectivités territoriales et qu'elles risquaient de se heurter au principe d'égalité, ajoutant que la principale difficulté technique serait liée à la nécessaire réversibilité des expérimentations.¹⁴⁴⁶ Le problème posé par l'intangibilité des décisions individuelles créatrices de droit est réel. En effet, si l'habilitation à déroger aux règles en vigueur, de même que l'abandon de règles dérogatoires, peut être associée à une application du principe d'adaptation de la réglementation administrative aux besoins du moment et/ou du lieu¹⁴⁴⁷, «en revanche, les décisions individuelles qui auront été prises à cette occasion sur le fondement des règlements dérogatoires seront quasiment irrévocables

¹⁴⁴⁵ *Idem.*, p. 128.

¹⁴⁴⁶ Audition de M. J.-B. AUBY, (17 octobre 2002) par la commission des lois du Sénat relative au PROJET de loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.

¹⁴⁴⁷ GUIHEUX, G. évoque une simple déclinaison du principe de mutabilité. GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, op. cit. «Introduction », p. 8.

si elles ont conféré des droits ou des avantages à leur destinataire. »¹⁴⁴⁸ Ainsi, l'expérimentation doit bien s'analyser comme une dérogation au principe de l'égalité des citoyens devant la loi.¹⁴⁴⁹ De telles dispositions n'existent pas, à ma connaissance, en droit chilien.

Par ailleurs, les dispositions de l'article 72-4 peuvent, le cas échéant, être combinées avec celles de l'article 37-1¹⁴⁵⁰, de manière à réaliser des expériences portant, à la fois, sur le transfert aux collectivités territoriales d'une compétence jusque-là détenue par l'Etat et sur l'évolution des normes concernées par ce transfert.

Il s'agit bien de créer, adapter ou développer un ordre juridique libéré en partie des entraves d'une norme supérieure d'ordre étatique. Elle semble pouvoir résoudre le problème constitutionnel de la conciliation entre le principe d'égalité entre les territoires et leur liberté, c'est-à-dire l'unité du territoire national et l'autonomie des territoires. Pour résoudre cette contradiction, l'uniformité laisse la place à une nouvelle définition de l'unité et l'égalité se fait complexe¹⁴⁵¹.

Enfin, si l'on a pu parler pour les dispositions de l'art. 73 de la Constitution, relatif aux départements et régions d'outre-mer, de transfert d'un véritable pouvoir normatif car il ne s'agit plus de simples adaptations de lois ou règlements nationaux, mais de la capacité à réglementer dans le domaine de la loi ou du règlement -donc de la compétence de l'Etat et non plus de la collectivité -, la combinaison de ces dispositions avec celle de l'article 72 al. 4 présente une autre interrogation.

En effet, les alinéas 2 et 3 de l'article 73 ont introduit beaucoup d'interrogations car ils ne reprendraient pas les garanties fixées par l'article 74. Les procédures mise en place par ces dispositions, en se superposant aux possibilités générales d'expérimentation prévues par l'article 72 et aux possibilités d'adaptation ouvertes au premier alinéa de l'article 73, portent une atteinte très importante au principe de l'assimilation législative.

¹⁴⁴⁸ FAURE, B., « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », op. cit. p. 177.

¹⁴⁴⁹ BARELLA, X., *Les collectivités et la loi*, Thèse UT1, 2010, p. 263.

¹⁴⁵⁰ Voir par exemple l'article 142 de la loi de finances pour 2007 à propos du financement de la prime de retour à l'emploi pour les bénéficiaires du RMI et la possibilité de déroger à certaines dispositions du Code du travail.

¹⁴⁵¹ M. WALZER, *Las esferas de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 17-43.

Cependant, en plus des limites quant aux matières pouvant faire l'objet de telles interventions, leur place secondaire, voire tertiaire dans hiérarchie des normes est maintenue. Et ceci, en vertu du principe général selon lequel, sauf disposition constitutionnelle contraire, les délibérations d'une assemblée territoriale ont valeur réglementaire.

Comme en France, la situation ne tardera pas à s'amplifier et la question à se poser au Chili. L'éloignement et la diversité des situations ne permettent pas que tout soit réglé par des lois spécifiques et des décrets présidentiels. Le seul argument qui peut encore servir à la centralisation normative existante est la faiblesse démocratique desdites régions et l'exigence de garantir une égale protection des droits fondamentaux. Tout ne pouvant être réglé à l'avance, il serait peut-être utile de prévoir au niveau constitutionnel des mécanismes d'évolution. Au moment où les débats sur la nécessité d'une nouvelle Constitution s'intensifient, les expériences et situations étrangères peuvent être intéressantes à prendre en compte.

§ 2. Les agencements constitutionnels de répartition du pouvoir normatif

L. LEMOUZY posait la question de savoir s'il est « si révolutionnaire, dans cette période d'accélération et donc d'adaptation permanente, d'introduire une certaine diversification territoriale des normes juridiques adoptées par les élus du suffrage universel direct ? Faut-il rappeler que des exemples étrangers mettent en évidence qu'il est possible, même dans un Etat unitaire, de découpler les responsabilités nationales des responsabilités territoriales. Le dispositif normatif français actuel est momifié, comme vitrifié par les principes fondateurs de l'Etat républicain. La tradition politique jacobine, insistant sur l'Unité nationale et le principe d'Egalité, s'est longtemps heurtée à l'idée d'une différenciation de l'action publique en fonction des contextes territoriaux. Aujourd'hui pourtant, (...) il serait temps que les normes soient édictées non pas sous la « dictature de l'urgence » mais simplement dans l'idée que l'Etat n'est pas le seul capable de promouvoir l'intérêt général. »¹⁴⁵²

¹⁴⁵² LEMOUZY L., Editorial, «*Quel pouvoir normatif aux territoires?*», *Pouvoirs Locaux* N° 86.

Ce pluralisme juridique est déjà présent comme on l'a vu, mais il reste sous contrôle du juge administratif ou ordinaire en raison d'une répartition normative opérée par le législateur et non par le constituant

Au niveau constitutionnel, on peut dégager, selon une perspective croissante d'atteinte à la souveraineté du législateur, des solutions déjà à l'œuvre ou à l'étude. Ainsi, la France a consacré le principe de spécialité législative et les lois du « pays » polynésiennes (A). Il semble cependant que c'est du côté des traités internationaux que vient la « menace » (B). Enfin, l'examen des solutions existantes dans des formes d'Etats qualifiés de régionaux ou autonomiques (C) peut aider à conceptualiser un nouveau dispositif normatif qui bénéficie à l'Etat mais aussi aux entités territoriales (D).

A. Les collectivités françaises d'outre-mer (COM) régies par l'art. 74: principe de spécialité législative et lois du pays

L'article 74 de la Constitution établit le régime constitutionnel des collectivités d'outre-mer. Cette catégorie, dont le régime d'application des lois n'est pas uniforme, est constituée de la Polynésie française, des îles Wallis-et-Futuna, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Le régime de spécialité impose au législateur de mentionner expressément l'application des lois métropolitaines à ces collectivités. Elles disposent d'un statut particulier, défini par la loi organique, après avis de son assemblée délibérante, qui, compte tenu de ses intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République, fixe les conditions dans lesquelles les lois et les règlements y sont applicables, définit l'étendue de sa compétence normative, sous réserve de la liste des matières régaliennes énumérées au quatrième alinéa de l'article 73, et détermine les modalités de sa consultation sur les projets de texte comportant des dispositions qui lui sont particulières ou, avant leur ratification ou leur approbation, sur les engagements internationaux conclus dans des matières relevant de sa compétence.

Mis à part ces statuts dérogatoires, l'article 74 comporte des mentions réservées aux collectivités jouissant de l'autonomie, c'est-à-dire (pour l'instant) la Polynésie française, Saint-Barthélemy et Saint-Martin.

D'abord, elles se voient reconnaître la possibilité de prendre des mesures en faveur de leur population-justifiées par les nécessités locales¹⁴⁵³- en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier. Comme cela existait déjà pour la Nouvelle-Calédonie, il s'agit de permettre à ces collectivités de déroger au principe d'égalité au bénéfice de la préférence locale en ces domaines.

Ensuite, l'État peut associer les institutions de la collectivité à l'exercice des compétences qu'il a conservées. Ces mécanismes d'association peuvent en particulier être mis en œuvre en matière de conduite des relations extérieures dans son cadre régional. Ils pourront également concerner la procédure pénale pour permettre à une collectivité ayant compétence pour édicter des réglementations dont elle punit le non-respect de peines contraventionnelles, de relever les infractions commises, les personnels effectuant ce constat devant y être habilités par l'État.

L'élément le plus symbolique du régime applicable à la Polynésie française réside dans le fait qu'elle peut adopter des «lois du Pays», en sus des délibérations traditionnelles.¹⁴⁵⁴ Si l'allusion à un pouvoir législatif local a été avancée, cela est plus «vraisemblable» dans le cas des lois du pays de Nouvelle-Calédonie car leur contentieux relève du juge constitutionnel¹⁴⁵⁵. En revanche, cette solution est plus difficile à retenir pour les «lois du pays» polynésiennes car leur contentieux relève du Conseil d'État.¹⁴⁵⁶

Le constituant donne ainsi, une fois de plus, au législateur organique une habilitation qui lui permet d'établir une application non uniforme de la loi, considérée non

¹⁴⁵³ Notons que le dispositif se réfère, comme l'article 56 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à la notion de «*nécessités locales*». Le contrôle exercé par le juge administratif en 1^{er} et dernier ressort sur les actes des collectivités d'outre-mer (art. 74) offre ainsi l'avantage d'intégrer le contrôle de conventionalité.

¹⁴⁵⁴ Art. 140 et s. Loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie.

¹⁴⁵⁵ Art. 77 al 1 tiré 2 : « Après approbation de l'accord lors de la consultation prévue à l'article 76, la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre : - les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie pourront être soumises avant publication au **contrôle du Conseil constitutionnel**.»

¹⁴⁵⁶ Art. 74, al. 3 tiré 1 : «La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui **sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles**: - le **Conseil d'État** exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi»

pas comme une dérogation du principe d'égalité mais comme une adaptation de celui-ci. C'est l'égalité elle-même, entendue comme non égalitaire, qui permet que la loi puisse être appliquée de manière différente. La loi du 27 février 2004 relative au statut d'autonomie de la Polynésie française fait une première application de cette réforme, puisqu'il lui est reconnu la compétence de fixer, par des "lois du pays", pour chaque type et chaque secteur d'activité, des mesures qui favorisent la population locale. L'article 74 de la Constitution, en permettant aux collectivités d'outre-mer d'adopter des mesures justifiées par leur situation particulière, comporte un risque de remise en cause des principes fondamentaux de la République et la compatibilité de ces dispositions avec les libertés publiques était posée.

Saisi de cette loi, le Conseil constitutionnel a indiqué que « rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, selon les cas, dérogent aux règles et principes de valeur constitutionnelle »¹⁴⁵⁷.

Comme le remarque G. CHAVRIER, malgré le caractère valorisant de la dénomination de ces actes, les « lois du Pays » sont toujours citées entre guillemets, « pour les distinguer des vraies lois du pays de Nouvelle-Calédonie à valeur législative »¹⁴⁵⁸. Par ailleurs, l'ajout « du pays », comme pour la Nouvelle-Calédonie, est une façon de marquer que, tout de même, on ne peut pas les ranger dans la même catégorie que les Lois votées par le Parlement dont elles ne sauraient avoir la même puissance juridique.

Il ne faut jamais perdre de vue que ce dernier peut toujours modifier l'amplitude matérielle comme normative des compétences octroyées. Les « lois du pays », n'ont donc qu'une valeur réglementaire. Et le juge du contrôle susceptible d'être exercé sur les actes des assemblées délibérantes des collectivités d'outre-mer, est le même que pour tous les actes administratifs.

Cependant, leur statut est tout de même particulier car il a été créé un mécanisme de protection des compétences de la Polynésie française par le Conseil constitutionnel à

¹⁴⁵⁷ CC, Déc. n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 8.

¹⁴⁵⁸ CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local : en jeux et débats*, op. cit. p. 66.

l'encontre d'éventuelles immixtions du législateur¹⁴⁵⁹. Cela signifie donc que dans ces collectivités d'outre-mer la norme réglementaire nationale peut trouver à s'effacer devant la norme locale – bien que celle-ci ait rang règlementaire et non législatif – si elle est intervenue dans leur champ de compétences réservées.¹⁴⁶⁰ Elles ont donc la faculté d'exercer un pouvoir règlementaire dont l'ampleur excède celle des collectivités continentales. En effet, il leur a été permis de prendre des décisions à caractère général dans des domaines où le législateur ordinaire comme l'exécutif ne peuvent intervenir. Une fois de plus, cette réforme et la constitutionnalisation de mesures qualifiables de discriminations positives, conduisent à s'interroger sur les transformations du principe d'égalité.

B. Les conséquences de la ratification de traités internationaux

Les débats liés au caractère multiculturel et plurinational de l'État, après l'adoption en 1989 de la Convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail, ont repris de la force avec l'adoption dans les pays andins de Bolivie et d'Équateur de Constitutions affirmant le caractère plurinational de l'État.

D'une part, ce phénomène, qui s'inscrit dans un mouvement plus large de réflexions sur un pluralisme juridique basé sur la reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones¹⁴⁶¹, est lié d'une manière générale à la reconnaissance universelle des droits de l'homme, aux droits des minorités et aux débats relatifs aux différentes formes de

¹⁴⁵⁹ Art. 74 al. 9: «l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité».

¹⁴⁶⁰ Comme le signale AUBY: «Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, c'est même la loi nationale qui s'inclinera devant la «loi de pays» si celle-ci est bien située dans une matière réservée au territoire. » AUBY, J.-B., «Réflexion sur la territorialisation du droit», in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 13.

¹⁴⁶¹ Voir par exemple, au sein d'une littérature abondante: BELLO M., Á. y AYWIN, J (compil.), *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*. Chile, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008; BELLIER, I. (dir.), *Peuples autochtones dans le monde : les enjeux de la reconnaissance*, L'Harmattan, coll. Horizons Autochtones, 2013; BORELLO, R. G., «Ponencia Sobre el pluralismo jurídico», *XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Argentina, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2001. <http://www.aafd.org.ar/jornadas-15.php#.T1DfAZg6tEQ>; DE SOUSA SANTOS, B., *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Alianza Interinstitucional CENDA-CEJIS-DEDIB, 2007; NORBERT, R; PIERRÉ, S. y POUMARÉDE, J., «Derechos de las minorías y pueblos autóctonos». México: Siglo Veintiuno, 1999; SÁNCHEZ C., A., «Los Orígenes del Pluralismo Jurídico». in: ALBA S., O. y CASTRO, S. R. (coord.), *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*. Sucre-Bolivia, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente; YRIGOYEN F., R., *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999

citoyenneté « postmoderne ». D'autre part, ce « nouveau » pluralisme juridique questionne la souveraineté des États de manière plus profonde que la territorialisation du droit inhérente aux processus de décentralisation.

En effet, la Convention 169 est le seul instrument juridique international contraignant¹⁴⁶² relatif aux peuples indigènes et tribaux car elle a, une fois ratifiée, force de traité international. En la ratifiant les États s'engagent à garantir de manière effective l'intégrité culturelle des peuples indigènes vivant sur leur territoire et à lutter contre toute discrimination à leur égard, en respectant leur forme d'organisation culturelle, politique et social. Elle reconnaît l'existence de systèmes juridiques propres aux peuples indigènes¹⁴⁶³.

Surtout, elle reconnaît leurs droits collectifs à la terre et leur droit à l'autodétermination¹⁴⁶⁴. Bien que ses partisans se défendent de poursuivre un objectif politique séparatiste, « il est évident - comme le souligne A. PECHEUL - que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, (qui) n'est finalement que leur droit à la souveraineté.»¹⁴⁶⁵ Il est encore trop tôt pour évaluer son impact sur la société chilienne, le Chili ayant ratifié la Convention en 2009, mais - en puissance - c'est bien sa souveraineté ou ses modalités qui sont en jeu.

La France pour sa part se refuse à ratifier la convention. Premièrement, c'est la notion d'unité nationale qui est avancée par les différents gouvernements au nom du principe d'indivisibilité de la République et de l'égalité de tous les citoyens devant la loi.

¹⁴⁶² Contrairement à la Déclaration sur les droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies en septembre 2007 dont la portée est purement symbolique.

¹⁴⁶³ Convention 169, art. 8 :1. En appliquant la législation nationale aux peuples intéressés, **il doit être dûment tenu compte de leurs coutumes ou de leur droit coutumier** ; 2. Les peuples intéressés doivent avoir **le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international**. Des procédures doivent être établies, en tant que de besoin, pour résoudre les conflits éventuellement soulevés par l'application de ce principe ; art. 9 : 1. Dans la mesure où cela est compatible avec le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international, **les méthodes auxquelles les peuples intéressés ont recours à titre coutumier pour réprimer les délits commis par leurs membres doivent être respectées** ; 2. Les autorités et les tribunaux appelés à statuer en matière pénale doivent tenir compte des coutumes de ces peuples dans ce domaine.

¹⁴⁶⁴ Convention 169, art. 7 : 1. Les peuples intéressés **doivent avoir le droit de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus du développement**, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre. **En outre, lesdits peuples doivent participer à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation des plans et programmes de développement national et régional susceptibles de les toucher directement.**

¹⁴⁶⁵ PECHEUL, A., « Rapport de synthèse », in MAILLARD DESGRÉES du LOU, D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006, p. 227.

C'est sur ces fondements que le Conseil constitutionnel s'était opposé à la consécration de la notion de peuple corse dans sa décision du 9 mai 1991¹⁴⁶⁶. Parallèlement à l'indivisibilité de la République, la Constitution affirme, dans son article 3, **l'unicité de la souveraineté** qui appartient au peuple dans son ensemble et non à une section de celui-ci. Cet article reprend l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux termes duquel «le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.» Dans sa décision du 9 mai 1991, le Conseil constitutionnel avait admis la conformité à la Constitution des compétences reconnues à l'assemblée et au conseil exécutif de Corse, dans la mesure où ils ne se voyaient pas «attribuer des compétences ressortissant au domaine de la loi.» Dans sa décision du 17 janvier 2002, il a estimé «qu'en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déferée [était] intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution.»¹⁴⁶⁷

En ce qui concerne son identité, la France, selon le Conseil constitutionnel, ne reconnaît pas d'autres peuples – comme composantes du peuple français- que le seul peuple français qui est uniformément soumis aux principes qui constituent son identité.

Plus, l'identification de groupes au sein du peuple français, équivaudrait à nier l'égalité et constater l'échec de cet idéal. Du “ principe de l'unicité du peuple français, duquel aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale”, le Conseil constitutionnel a déduit le principe de l'indivisibilité de ladite souveraineté et de l'égalité de tous les citoyens devant la loi.

Il précise ensuite que les principes fondamentaux “s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini comme une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance”.¹⁴⁶⁸

¹⁴⁶⁶ CC, Déc. n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, Rec. p. 50, GDCC n° 44.

¹⁴⁶⁷ CC, Déc. n° 2001-454 DC, du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, cons. 21, Rec. p. 70 ;; P. FERRARI, *AJDA*, 2002, p. 86 ; J.-E. SCHOETTL, *AJDA*, 2002, p. 100 ; J.-B. AUBY, *Droit Administratif*, 2002, p. 3 ; B. FAURE, *RFDA*, 2002, p. 469 ; M. VERPEAUX, *RFDA*, 2002, p. 459 ; F. LUCHAIRE, *RDP*, 2002, p. 885 ; L. FAVOREU, *RFDC*, 2002, p. 410 ; X. MAGNON, *D.*, 2003, p. 1124.

¹⁴⁶⁸ Voir MARCOU, G., « Le principe d'indivisibilité de la République, *Pouvoirs* n° 100, janvier 2002.

Ensuite, sont avancées les diverses dispositions relatives à l'outre-mer et à la Nouvelle-Calédonie (art. 73 et s. de la Constitution) qui prendraient en compte et garantiraient une protection adéquate des populations.

Cela ne signifie pas que la France soit à l'écart de ce mouvement. La construction européenne qui met en cause les compétences de souveraineté tout comme la souveraineté des compétences, renvoie également à cette thématique et risque d'atteindre de manière plus sûre la souveraineté de l'État français. O. GOHIN prédisait ainsi qu'« il va de soi que la mise en cause de la souveraineté de l'État par la construction européenne ne permettra pas, sur la durée, la préservation de sa souveraineté dans la décentralisation territoriale. Avec la protection des « *minorités* » ou encore le droit à la « *diversité culturelle, religieuse et linguistique* », des armes ont été forgées à l'encontre du caractère unitaire de l'État français. »¹⁴⁶⁹

C. Les exemples étrangers

Les interrogations, liées à l'influence¹⁴⁷⁰ des processus de régionalisations « authentiques »¹⁴⁷¹ et la possible reconnaissance d'un pouvoir législatif régional, sont dues essentiellement aux exemples apparemment réussis des Constitutions de pays européens qui ont consacré l'unité de l'Etat ou de la nation et la reconnaissance de certaines formes d'autonomie territoriale¹⁴⁷². C'est-à-dire qui ont su accepté de décentraliser le pouvoir.¹⁴⁷³

¹⁴⁶⁹ GOHIN, O., «Souveraineté et compétences en droit constitutionnel français depuis 1946», op. cit., p. 112, nbp. n° 59.

¹⁴⁷⁰ C'est un fait que l'«on ne peut négliger l'attrait que peut produire le statut de certaines collectivités infra-étatiques existant en Europe, au moins sur les régions situées à la périphérie du territoire français, entretenant avec elles des réseaux de plus en plus denses de relations de coopération » FIALAIRE, J. (dir.), *principe de subsidiarité, droit à l'expérimentation et organisation territoriale*, Rapport de recherche pour le compte du CNADT, février 2003, p.52.

¹⁴⁷¹ Cf. Supra chap. 1.

¹⁴⁷² Ainsi, de l'article 5 de la Constitution italienne qui signale que « La République, une et indivisible, reconnaît et favorise les autonomies locales », ou de l'article 2 de la Constitution espagnole qui dispose que « La Constitution a pour fondement l'unité indissoluble de la Nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols. Elle reconnaît et garantit le droit à l'autonomie des nationalités et des régions qui la composent et la solidarité entre elles.»

¹⁴⁷³ «On peut en effet affirmer que le pouvoir, depuis la fin de l'état de nature, prend la forme d'une puissance normative. Or, c'est cette fonction normative qui peut être décentralisée à divers degrés, à l'image de ce qui existe dans d'autres États européens : pouvoir législatif et pouvoir réglementaire d'application des lois des régions en Italie, ou des communautés autonomes en Espagne.» CHAVRIER, G., «Les nouveaux mots de la décentralisation. Analyse rhétorique d'une réforme», in PAVIA, M.-L.(dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain ?*, op. cit. p. 154.

Quelque soit le type d'État, le constat est le suivant: les lois nationales du gouvernement central s'imposent aux normes infranationales. Mais dans les États régionaux, il existe un juge de la répartition des compétences. On a vu cependant qu'il est impossible de figer et fixer une répartition des compétences de manière définitive (d'où l'existence de compétences partagées, concurrentes, etc.). Même dans les États fédéraux dont les États-Unis constituent le meilleur exemple, l'extension des compétences impliquées¹⁴⁷⁴ (avec l'aide de la Cour suprême) en est la manifestation la plus éclatante.

En ce qui concerne les États régionaux ou autonomistes, certes les régions disposent d'un pouvoir réglementaire élargi, voire d'un pouvoir législatif secondaire, permettant d'adapter aux réalités régionales les normes nationales¹⁴⁷⁵, mais la situation est relativement identique. Il n'existe qu'un seul ordonnancement constitutionnel, un seul titulaire de l'autonomie constitutionnelle, et une pluralité de sources législatives qui proviennent du pouvoir constituant national.

L'autonomie régionale en Italie implique, dans le cadre supérieur de l'État, la reconnaissance de l'existence de régions autonomes, lesquelles (tant les régions ordinaires que les régions spéciales) jouissent d'une autonomie ample qui comprend divers pouvoirs: un pouvoir législatif¹⁴⁷⁶, une autonomie administrative, un certain degré d'autonomie juridictionnelle. La Constitution italienne précise que les lois régionales doivent respecter les «principes fondamentaux fixés par les lois de l'État» et ne pas être «en opposition avec l'intérêt national et avec celui d'autres régions»¹⁴⁷⁷. Sur ce plan, les modifications introduites par le *bienio* 1999-2001 sont importantes et approfondissent le modèle régionaliste par accroissement de l'autonomie des régions. La Loi Constitutionnelle 3/2001¹⁴⁷⁸ a établi une nouvelle délimitation du pouvoir législatif des régions, introduisant

¹⁴⁷⁴ Cf. supra chapitre 4.

¹⁴⁷⁵ PASQUIER, R., «1986-2004 : dix-huit ans de démocratie régionale – Vers une maturité politique des régions françaises ?», *Les Cahiers de l'Institut de la Décentralisation*, N°7 – I/2004, p.29

¹⁴⁷⁶ Dont le pouvoir de s'auto-organiser ou pouvoir statutaire.

¹⁴⁷⁷ Art.117 Constitution de la République italienne du 27/12/1947.

¹⁴⁷⁸ Quant à la Loi Constitutionnelle 1/1999, elle concentre la totalité du pouvoir statutaire des régions ordinaires dans la propre région, éliminant les contrôles qu'exerçait auparavant l'État central: depuis 2001, le nouvel article 127 CI prévoit comme seul recours pour le gouvernement, lorsqu'il estime qu'une loi régionale excède la compétence de la région, de saisir la Cour constitutionnelle dans les 60 jours qui suivent la publication de la loi. La région se voit aussi accorder la même possibilité à l'égard de la loi d'une autre région ou de la loi étatique. La loi constitutionnelle 1/1999 permet aux régions non seulement de pouvoir opter entre maintenir le système de l'élection directe du président de région ou introduire une forme de gouvernement

un élément proprement fédéral : L'État a des compétences *exclusives* dans les matières mentionnées expressément dans la Constitution. L'État et les régions ont des *compétences concurrentes*, pour lesquels le premier fixe les principes fondamentaux et les régions les normes législatives particulières expressément indiquées par la Constitution. Enfin, le nouvel article 117 prévoit *une clause de compétence législative résiduelle*¹⁴⁷⁹ et précise que toute matière non réservée expressément à la législation de l'État sera de la compétence résiduelle des régions.¹⁴⁸⁰ Il ne s'agit cependant pas d'une authentique répartition de compétences législatives analogue à celle des ordonnancements fédéraux, car il est établi une *clause de niveau essentiel des prestations relatives aux droits* (art. 117), afin de maintenir sauve la prétention universelle des droits fondamentaux¹⁴⁸¹. Ainsi, « l'Etat doit définir les niveaux minimum et uniformes pour l'ensemble du territoire en matière de droits civils et sociaux, cette compétence relevant d'un devoir de bien-être national qu'il se doit d'assurer¹⁴⁸².

Dans le cas de l'Espagne, les Communautés autonomes ont un pouvoir législatif et réglementaire reconnu dans leur champ d'intervention et de larges domaines de compétences garantis par la Constitution (article 148), leur assurant une autonomie statutaire, des prérogatives vis-à-vis des collectivités locales inférieures¹⁴⁸³ et une habilitation à intervenir dans tout domaine non exclusivement réservé à l'Etat. Les statuts des «autonomies» sont des lois organiques qui s'intègrent dans le bloc de constitutionnalité. S'agissant de la répartition des compétences, on distingue les compétences exclusives des Communautés ; des domaines où l'Etat a une compétence exclusive pour fixer les normes essentielles¹⁴⁸⁴ (également appelées compétences concurrentes) et dans lesquels les

parlementaire, mais le Décret Législatif N° 267/2000 (art. 4) leur donne également une fonction spécifique dans l'organisation des gouvernements locaux.

¹⁴⁷⁹ D'ATENA, A., "La reforma constitucional del regionalismo italiano", *REAF*, N° 4, 2007. Pág. 14-15.

¹⁴⁸⁰ Les compétences résiduelles sont exercées par les régions grâce au principe de subsidiarité. La Cour constitutionnelle a confirmé cette interprétation en estimant que la validité constitutionnelle d'une loi régionale n'implique plus « une recherche d'un titre constitutionnel spécifique autorisant l'intervention régionale, mais au contraire la recherche de l'existence de réserves de compétences étatiques exclusives ou partielles » (décision N°282, 2002).

¹⁴⁸¹ Celle-ci est assurée par une tutelle de ces niveaux essentiels de prestations en matière de droits qui est de la compétence exclusive de l'État. ANGUIA, A., "Reperto de competencias y derecho civiles tras la reforma del título V de la Constitución italiana", en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 22, 2008. p. 339.

¹⁴⁸² ELIE, M.-P., «L'Italie, un Etat fédéral ? A propos des lois constitutionnelles de 1999 et 2001 », *RFD Constit.*, 2002, N°52, p.753.

¹⁴⁸³ Elles peuvent même modifier les limites territoriales des municipalités établies sur leur territoire.

¹⁴⁸⁴ Justifiées par la sauvegarde de l'intérêt général, tel que la protection de l'environnement (art.149.3)

Communautés autonomes peuvent intervenir au niveau législatif et au stade de l'exécution ; des domaines (comme la législation sociale) où l'Etat a la compétence exclusive législative et réglementaire, et les Communautés autonomes disposent uniquement d'une compétence d'exécution et d'organisation des services.

Cependant, la Constitution espagnole a posé également, dans le cas de compétences concurrentes, le principe de la prévalence du droit de l'État sur celui des Communautés autonomes¹⁴⁸⁵. D'où la supériorité des lois « de base » sur la législation régionale.

Plus près des cas chilien et français, la Constitution du Portugal, État unitaire fortement décentralisé, dispose que les régions autonomes ont en effet le pouvoir de « légiférer, en respectant la Constitution et les lois générales de la République, dans les matières qui présentent pour elles un intérêt spécifique et qui ne sont pas réservées à la compétence propre des organes de souveraineté »¹⁴⁸⁶.

Ces différentes solutions semblent pouvoir être adaptées aux situations chilienne et française.

D. Les lois territoriales

Il convient également de rappeler la proposition de loi constitutionnelle de sénateurs français *tendant à la reconnaissance de lois à vocation territoriale*¹⁴⁸⁷. Au-delà des mots utilisés par la proposition de loi, qui ont dû effrayer plus d'un parlementaire, celle-ci avait pour objet, selon leurs auteurs, d'« approfondir la décentralisation en ce qui concerne les conditions d'exercice du pouvoir normatif, pour habiliter les collectivités locales, dans des matières et des limites précisément définies par la loi, à fixer des modalités d'application qui tiennent compte des réalités locales. »

¹⁴⁸⁵ Il résulte de l'article 149.3 CE que les normes de l'Etat « doivent primer sur celles des Communautés autonomes en cas de conflit portant sur un sujet ne relevant pas de leur compétence exclusive ».

¹⁴⁸⁶ Art.229 Constitution portugaise du 2/4/1976. le Tribunal Constitutionnel a eu l'occasion de réaffirmé l'encadrement du pouvoir législatif des régions: "le pouvoir législatif régional est un pouvoir conditionné, assujéti à des limites diverses: il peut seulement traiter des matières présentant un intérêt spécifique pour la région concernée et qui n'ont pas été réservées à la compétence propre des organes de souveraineté; outre le fait de devoir obéissance à la Constitution, il ne peut édicter des normes contraies aux lois générales de la République...." Décision TC portugais n° 190:87 du 4/6/87. Cité par MODERNE, F., «Les régions autonomes dans la jurisprudence constitutionnelle du Portugal», in BON, P. et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Économica, 1989, p. 357.

¹⁴⁸⁷ Texte n°269 (2001-2002) de P. GIROD, déposé au Sénat le 14 mars 2002 et rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 21 février 2002.

La proposition de loi constitutionnelle tendait à reconnaître dans la Constitution, à côté des lois organiques et des lois ordinaires, une nouvelle catégorie de lois, les lois à vocation territoriale qui auraient été adoptées selon la procédure de l'article 46 de la Constitution, applicable aux lois organiques.

Une fois adoptées, celles-ci auraient été appliquées par les conseils régionaux, dans des conditions prévues par une loi organique, et se seraient vu reconnaître un pouvoir réglementaire spécifique. De la sorte, les autorités régionales auraient élaboré les normes d'application en lieu et place du gouvernement. D'une certaine manière, les expérimentations de l'article 72 reprennent certaines de ces idées. Le contexte avancé par les parlementaires français peut être facilement appliqué à la situation chilienne. En effet, ils affirmaient, au-delà de l'impossibilité de continuer à prétendre régler de manière uniforme et centralisée des situations toujours plus diverses, que la conjonction d'une étendue géographique et d'une faible densité de population forme une particularité de notre pays au regard de la situation d'États voisins, justifie la recherche de solutions institutionnelles adaptées et spécifiques qui permettent de concilier l'indispensable unité avec la prise en compte de la diversité des territoires.¹⁴⁸⁸

Conclusion du chapitre 6

S'agissant d'un approfondissement du pouvoir réglementaire territorial, deux conclusions provisoires peuvent être faites: sur le plan politique et sur le plan technique.

Les différentes solutions en faveur de l'autonomie normative modifient le domaine traditionnel de validité (territoriale) des normes territoriales et, plus que l'unité de l'Etat, c'est l'exigence d'égalité devant l'application de la loi qui est en jeu. Comme le signalait le doyen FAVOREU, « la limite, cependant, à l'expansion de la libre administration est l'indivisibilité c'est-à-dire en définitive le principe d'égalité : on peut étendre la libre administration jusqu'au point où il y aura rupture d'égalité manifeste. »¹⁴⁸⁹

¹⁴⁸⁸ Idem, Exposé des motifs.

¹⁴⁸⁹ FAVOREU, L., «Les bases constitutionnelles de la décentralisation», in MOREAU J. et VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*. Actes du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris: Economica, pp. 83-88, part. p. 88

L'Etat qui veut continuer sa décentralisation doit naviguer entre cette notion de *rupture d'égalité manifeste* et celle de *gestionnaire manifeste* des politiques publiques dans lequel il tend à maintenir les entités territoriales.

Pour ce faire, des aménagements constitutionnels sont possibles. Pour G. CHAVRIER, « dans la mesure où la nation décentralisée constituera toujours une nation unique et qu'il demeurera toujours une « souveraineté politique primitive »¹⁴⁹⁰, l'attribution d'un pouvoir législatif limité aux collectivités locales peut être compatible avec l'unité de l'État ». ¹⁴⁹¹

S'agissant des moyens techniques, les transferts de compétences à la carte des régions chiliennes produisent de fait une territorialisation du droit. Il faut leur rapprocher certaines modalités françaises de transfert comme la différenciation des compétences par territoire et par collectivité territoriale à l'intérieur d'une même catégorie.

De même, « la dévolution asymétrique des compétences par l'appel à compétences ou la gestion concurrentielle de celles-ci¹⁴⁹² sont aussi un moyen silencieux d'instaurer progressivement un différencialisme dans la République. »¹⁴⁹³

G. CHAVRIER en définitive conclut, pour deux raisons, que les collectivités françaises doivent être autorisées à fixer des normes réglementaires et non législatives, d'une part, et que ces normes peuvent être d'application de la loi, d'autre part. Ces deux raisons valent en tout point pour le Chili :

La première, c'est que les deux Constitutions opèrent un partage entre les matières les plus importantes (et notamment celles relatives aux entités territoriales), qui sont de la compétence du législateur, et celles qui le sont moins et ressortent au pouvoir réglementaire. Il ne pourrait donc y avoir que déléation de la compétence réglementaire.

La seconde est que « dans un État dans lequel tous les pouvoirs ont toujours été captés par l'État, il semble impensable de passer directement d'une faiblesse normative locale à l'existence de lois locales. Une étape intermédiaire semble nécessaire : l'attribution

¹⁴⁹⁰ La référence à la «souveraineté politique primitive» d'HAURIUO peut être «rapprochée de la théorie de CARRE de MALBERG s'agissant de la puissance territoriale qui permet de distinguer fédération et décentralisation» CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local : en jeux et débats*, op. cit. p. 41

¹⁴⁹¹ Idem., p. 44.

¹⁴⁹² Auxquelles il convient d'ajouter le droit à l'expérimentation et la technique de la collectivité « chef de file ».

¹⁴⁹³ CHAVRIER, G., «Les nouveaux mots de la décentralisation. Analyse rhétorique d'une réforme», op. cit., p. 169

d'un pouvoir réglementaire d'application des lois semble impérative ». ¹⁴⁹⁴ Pour l'auteur, la question peut être résolue en deux temps.

Le premier temps, «conceptuel», comprend deux points.

Le premier point consiste à «récuser cette assimilation entre unité de l'État et unité du pouvoir réglementaire», car l'unité de l'État ne suppose que l'existence d'une Constitution unique et d'un législateur unique. Pour G. CHAVRIER, le problème vient de la conception originaires «exclusivement étatique du pouvoir normatif» établie par la Constitution de 1958 : « Dans un tel contexte, explique-t-elle, on a réparti le pouvoir de commander entre deux pouvoirs étatiques et on a fini par se convaincre que si l'État disposait de ces deux pouvoirs normatifs, c'était bien parce que l'unité de l'État l'impliquait. Mais en vérité, le choix était donné de répartir ce pouvoir entre les autorités étatiques et les autorités locales, et dans cette dernière hypothèse, d'envisager un pouvoir réglementaire local subordonné et résiduel, ou bien encore subordonné et autonome par rapport au pouvoir réglementaire étatique. » ¹⁴⁹⁵ C'est la première solution qui a été choisie, mais le second était et est encore possible.

Le second point implique de «renoncer à fonder une hiérarchie entre les actes nationaux et locaux sur une hiérarchie organique et formelle » ¹⁴⁹⁶ et donc entre pouvoir réglementaire étatique et pouvoir réglementaire local, car les relations hiérarchiques n'existent – normalement – qu'au sein d'une même personne publique. Si l'on accorde la personnalité juridique aux entités territoriales, il faut leur reconnaître le droit de défendre leur capacité juridique, même limitée, même octroyée.

Une fois acceptés ces présupposés, il est possible de passer au second moment, technique celui-là. Là aussi, deux mesures sont proposées. L'une consisterait à identifier des domaines réservés au bénéfice des collectivités territoriales, l'autre à modifier l'article 21 de la Constitution qui donne la compétence réglementaire générale et de principe au Premier ministre.

S'agissant du Chili, on peut s'inspirer de ces réflexions et se demander pourquoi et comment le Président de la République, par le biais de l'intendant, peut continuer à

¹⁴⁹⁴ CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local : en jeux et débats*, op. cit., p. 62.

¹⁴⁹⁵ CHAVRIER, G., *Idem*, p. 112-113.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*

entretenir avec les régions des relations de tutelle, voire de type hiérarchique. Peut-être parce que ces dernières ne sont pas des personnes publiques et que seul le gouvernement régional jouit de la personnalité juridique. Encore que dans ce cas, un problème demeure: le gouvernement régional est composé du conseil régional et de l'intendant qui le préside...

Conclusion de la Partie 2

L'étude des répartitions actuelles des compétences matérielles et normatives des deux systèmes juridiques attestent d'une situation insatisfaisante, voire sclérosée. Les multiples projets d'approfondissement de la décentralisation, pour des raisons fonctionnelles et managériales, comme pour des exigences de démocratie locale, en attestent. Il convient cependant de prendre la mesure des implications politiques et juridiques en termes de forme d'Etat.

Ainsi, instaurer constitutionnellement des répartitions de compétences par matières n'aurait de sens qu'avec un approfondissement du pouvoir réglementaire territorial. Mais alors, une troisième mesure s'imposerait : réformer les mécanismes de contrôle de répartition des compétences. Les variations introduites par les modalités de transfert de compétences renforcent encore plus le pouvoir du juge constitutionnel (subsidiarité, répartition de compétences), ce qui peut confirmer une société toujours plus juridicisée, et le problème est plus du côté de l'indéfinition du législateur qu'ailleurs.

Si, «objectivement parlant, la difficulté tenant à l'attribution d'un pouvoir législatif limité résulte davantage du principe d'égalité que d'unité de l'État. »¹⁴⁹⁷, il faut garantir la protection de ce principe, non seulement en ce qui concerne les personnes privées, mais également celle des entités territoriales. Il est donc nécessaire, avant de proposer de telles modifications, de prendre la mesure du contrôle exercé d'une part sur les empiètements du pouvoir central sur les compétences des entités territoriales et, d'autre part, sur les actes de celles-ci (partie 3).

¹⁴⁹⁷ Idem, p. 60.

Partie III. Garanties et limites à l'exercice du pouvoir territorial

Les entités territoriales, comme personnes juridiques, ont des droits et des devoirs.

Comme personnes juridiques de droit public secondaires, elles sont dans une relation particulière à l'État. Le pluralisme juridique qu'elles mettent en évidence par l'exercice de leurs droits doit se concilier avec l'égalité des citoyens et une certaine unité de l'ordre juridique, faute de quoi il n'y aurait plus un État décentralisé, mais plusieurs entités souveraines.¹⁴⁹⁸

Il est complexe d'étudier – mais également de dissocier- la protection d'un côté et le contrôle de l'autre, ou vice-versa, car l'un renvoie à l'autre, de manière circulaire. Toute question intéressant l'un renvoie à un aspect de l'autre. Par exemple, la protection des compétences transférées aux entités territoriales est un contrôle exercé sur l'arbitraire du pouvoir central, mais le contrôle des actes des entités territoriales s'inscrit dans la préservation du caractère unitaire de l'Etat et est une garantie des citoyens contre les agissements discrétionnaires des pouvoirs territoriaux.

L'étude de l'autonomie des entités territoriales doit donc être menée désormais par une réflexion sur les garanties constitutionnelles des entités territoriales (chapitre 7), et l'exigence d'unité de l'État assurée par les contrôles de ce dernier sur celles-là (chapitre 8).

¹⁴⁹⁸ REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1982, p. 30

Chapitre 7. Des garanties de l'autonomie territoriale limitées

Si les entités territoriales peuvent revendiquer des droits garantis par la Constitution, c'est par l'application qui leur est faite des différents concepts juridiques liés aux droits fondamentaux. La constitutionnalisation des ordres juridiques post seconde guerre mondiale a imposé partout (au moins sémantiquement) le primat de la dignité humaine. Les entités territoriales ne jouissent cependant pas des mêmes droits que les personnes physiques (section 2). Cette différence se traduit d'abord par des mécanismes de protection propres et limités (section 1).

Section 1. Nature et mécanismes de protection des garanties de l'autonomie territoriale

Les évolutions du contrôle de constitutionnalité sont marquées par le déclin du sens traditionnel de la Constitution comme synonyme de séparation des pouvoirs au profit du sens de charte des droits et libertés des gouvernés.¹⁴⁹⁹ Dès lors, la libre administration des collectivités territoriales françaises ou le caractère autonome des municipalités chiliennes leur accordent-elles des droits fondamentaux et des libertés constitutionnelles (§ 1) que, comme tout gouverné, elles devraient être à même de faire respecter par le juge constitutionnel, voire par les juridictions ordinaires (§ 2) ?

§ 1. La nature juridique de la libre administration des collectivités territoriales françaises et de l'autonomie municipale chilienne

Le droit des entités territoriales n'a pas échappé à la constitutionnalisation de l'ensemble des branches du droit et à l'irruption des droits fondamentaux. Ainsi, l'autonomie individuelle des êtres physiques qui implique les droits fondamentaux aurait déteint ou atteint (ou le pourrait) les entités territoriales qui bénéficient -selon les pays et les textes – de l'autonomie ou de la liberté d'administration (B). Mais ne sont-ils pas avant tout des principes s'appliquant à l'organisation de l'Etat et se plaçant ainsi sur un autre plan (A)?

¹⁴⁹⁹ ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1992, p 373.

A. Des principes d'aménagements de l'État

En droit français de la décentralisation, il faut toujours se reporter à la libre administration des collectivités territoriale car elle «constitue -selon B. FAURE - la protection avancée de toutes les garanties dont les collectivités doivent profiter, à l'image de la sûreté pour l'individu. C'est la liberté de base qui garantit toutes les autres.»¹⁵⁰⁰ Là est bien la question: originairement pensée comme un principe d'organisation ou de fonctionnement de l'Etat, elle a été déclinée en liberté (puisque le mot libre est compris dans l'expression), puis droit, voire liberté fondamentale.

Érigée en principe à valeur constitutionnelle pour la première fois en 1979¹⁵⁰¹, elle a été qualifiée de «notion plus prometteuse que précise»¹⁵⁰². C'est que cette qualification semblait la ranger dans la catégorie de principe d'organisation de l'État qui s'imposait au législateur duquel découlerait certains droits ou libertés. A ce titre, M. VERPEAUX fait un intéressant parallèle entre la libre administration et le principe de séparation des pouvoirs d'une part et, d'autre part, la séparation verticale et la séparation horizontale des pouvoirs. C'est-à-dire que «l'une comme l'autre ne sont pas des droits mais des moyens d'asseoir des droits ou des libertés, ils sont des moyens, ils ne constituent pas des buts».¹⁵⁰³

Pour sa part, la Constitution chilienne enjoint aux organes de l'État de «promouvoir le renforcement de la régionalisation du pays et le développement équitable et solidaire entre les régions, provinces et communes» (article 3 al. 2) et consacre l'autonomie des municipalités chiliennes (118 al. 3). Le mandat donné par la Constitution comme le respect de l'autonomie joue également comme un principe d'organisation de l'État. Le Tribunal constitutionnel a signalé que l'autonomie constitutionnellement reconnue à certains organes

¹⁵⁰⁰ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 27 p. 29.

¹⁵⁰¹ CC., Déc. n°79-104 DC du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*, Recueil, p. 27 cons. 9 ou il estime que le législateur «n'a méconnu ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre ou qui consacrent la libre administration des collectivités territoriales», JO du 25 mai 1979 et surtout CC, Déc. n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, Recueil, p. 38 et CC, Déc. n° 82-138 DC du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*, Recueil, p. 41.

¹⁵⁰² BOULOUIS, J., *AJDA*, 1982, p. 304.

¹⁵⁰³ VERPEAUX, M., Note sous CE, Sect., 18 janv. 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli*, concl. L. TOUVET, *RFDA*, n° 3, 2001, p. 684.

ou entités se projette en trois dimensions : organisationnelle, institutionnelle et normative.¹⁵⁰⁴

La compréhension actuelle de l'autonomie municipale dérive directement de la notion de garantie institutionnelle importée du droit espagnol lequel l'a reprise de la doctrine et jurisprudence allemande, comme on l'a déjà signalé (cf. Chap. 6). Or, comme on l'a vu, la théorie des garanties institutionnelles s'appuie sur un « noyau essentiel » quelque peu introuvable¹⁵⁰⁵ et la distinction d'avec la reconnaissance de droits «fondamentaux» constitutionnellement garantis tend à s'estomper. Le mouvement n'épargne pas la France et comme ailleurs, les apports de la jurisprudence constitutionnelle sont fondamentaux.

B. La question de l'existence de droits ou libertés fondamentales des entités territoriales

Dès les années 1980¹⁵⁰⁶, comme le rappellent L. FAVOREU et A. ROUX¹⁵⁰⁷, le Conseil constitutionnel avait déclaré que «le principe d'égalité [entendu comme droit fondamental et pas seulement comme principe] n'est pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes physiques.»¹⁵⁰⁸ À l'occasion d'un «référé-liberté», le Conseil d'État avait répondu positivement en 2001¹⁵⁰⁹ à la question de savoir si la libre administration des collectivités territoriales constituait une liberté fondamentale. Le

¹⁵⁰⁴ STC 80-89 du 22.09.1989 *Requerimiento formulado por la Junta de Gobierno en virtud del artículo 82 N° 2 de la Constitución, respecto del proyecto de ley que establece normas para resolver las cuestiones de competencia entre autoridades administrativas.*

¹⁵⁰⁵ Le Tribunal Constitutionnel espagnol (STC. 32/1981, de 28 de julio de 1981) signala, la première fois qu'il utilise la notion de garantie institutionnelle (à propos d'ailleurs de l'autonomie locale) que: « Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.», cons. N° 3.

¹⁵⁰⁶ Une des origines de l'application de la notion de droits fondamentaux appliquée aux entités territoriales viendrait de la consécration «des droits de la personne morale secondaire, à l'exercice régulier de la tutelle », CE 27 décembre 1948, *Commune de Champigny-sur-Marne*, D. 1949. III. 408, concl. GUIONON, cité par S. REGOURD, p. 90.

¹⁵⁰⁷ FAVOREU, L. et ROUX, A. «La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?», *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, mai 2002.

¹⁵⁰⁸ CC, Décision. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, *Loi de nationalisation*, Rec. p. 18, *RJC I-104; GDCC*, Dalloz, 11e éd., 2001, n° 31.

¹⁵⁰⁹ CE, Sect., 18 janvier 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles*, Rec. p. 18 ; *GAJA*, Paris, Dalloz, 14e édition, 2003, p. 836 ; *RFDA* 2001 p. 378, concl. L. TOUVET et p. 681, note M. VERPEAUX ; *AJDA* 2001 p. 153, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN.

Conseil constitutionnel a eu depuis l'occasion de préciser, et le rappelle désormais régulièrement au travers des questions prioritaires de constitutionnalité (cf. Infra), que « la libre administration des collectivités territoriales figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit »¹⁵¹⁰.

On sait la difficulté de distinguer entre les notions de droits de l'homme, droits fondamentaux et libertés publiques. Les collectivités territoriales ne sont pas des personnes comme les autres et ne peuvent prétendre à l'ensemble des droits fondamentaux.¹⁵¹¹ Dès lors, si l'on voulait essayer de distinguer ces expressions, il faudrait conclure, d'une part, que les droits fondamentaux recourent matériellement les libertés publiques, mais qu'ils les dépassent à certains égards¹⁵¹² en ce sens que, selon L. FAVOREU, « les libertés publiques se situent dans un régime légicentriste à un niveau législatif et apparaissent essentiellement comme des concessions ou des limites arrachées à l'administration »¹⁵¹³ alors que l'expression « *droits fondamentaux* » désignerait les droits et libertés constitutionnellement protégés. D'autre part, les droits fondamentaux seraient plus amples et plus « nobles » (ou plus fondamentaux en quelque sorte) que les droits de l'homme, puisque -selon les États- certains de ces derniers peuvent concerner des institutions et seuls les premiers se fonderaient sur la dignité humaine.¹⁵¹⁴

Mais cette catégorisation est difficile à être maintenue, puisque le législateur comme le juge (administratif) français utilisent également l'expression de "liberté fondamentale"¹⁵¹⁵, que ce soit pour des particuliers ou pour les collectivités territoriales. Il semble bien en définitive que, mis à part un noyau dur de droits de l'Homme correspondant aux "libertés classiques inhérentes à la dignité même de la personne", les libertés et /ou droits fondamentaux ne se distinguent pas des libertés publiques. En définitive, lorsque le Conseil constitutionnel déclare que « la libre administration des collectivités territoriales figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit », le conseil ne reconnaît que la garantie de pouvoir s'administrer librement dans le cadre de la loi. Ceci ne s'oppose

¹⁵¹⁰ Par ex: CC., CC, Décision n°2010-12 QPC du 02.07.2010, *Commune de Dunkerque*, cons. 4.

¹⁵¹¹ Comme la liberté de circulation ou le droit de mener une vie familiale normale, par exemple.

¹⁵¹² RICHER, L., Editorial, *A.J.* 1998, p. 1.

¹⁵¹³ FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 21ème éd. 2002, introduction p. 1.

¹⁵¹⁴ Voir En ce sens la jurisprudence européenne et le traité de Lisbonne qui place comme première valeur, avant toutes les autres valeurs, principes et autres droits, le respect de la dignité humaine.

¹⁵¹⁵ Voir la loi française du 30 juin 2000 qui a inséré dans le code de justice administrative, un article L521-2 et donné au juge des référés administratifs le pouvoir d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale.

pas à la reconnaissance aux entités territoriales de certains droits constitutionnels d'habitude réservés aux particuliers, établissant un pont entre garanties et droits fondamentaux mais ils ne sont pas équivalents.¹⁵¹⁶

L'expression de libertés publiques n'a pas cours en droit chilien qui utilise plus volontiers celles de droits fondamentaux et de droits de l'homme, les premiers étant généralement conçus comme des droits de l'homme positivés, c'est-à-dire reconnus normativement et protégés par des procédures. Ils trouvent également leur fondement dans la dignité humaine.¹⁵¹⁷ Le rapport entre garanties institutionnelles et droits fondamentaux semble aujourd'hui celui de complémentarité, même si les termes n'apparaissent pas dans les différentes jurisprudences. Cette solution fait passer directement la protection de l'autonomie territoriale du statut de garantie institutionnelle et de protection de répartition des compétences à la protection des droits fondamentaux dans leur ensemble. Il reviendra à la jurisprudence de préciser les limites de ces droits.

J. BAÑO LEON¹⁵¹⁸ estime que les droits fondamentaux comprennent les droits subjectifs fondamentaux et les garanties institutionnelles «fondamentales». Les deux aspects, subjectif et objectif, constituent les deux faces et les deux procédés juridiques des droits fondamentaux: «de même que l'opposition antithétique entre égalité et liberté est toujours une fausse alternative car les deux sont des valeurs complémentaires, de même la liberté individuelle et la fonction objective des droits fondamentaux doivent s'harmoniser»¹⁵¹⁹. Mais, en définitive, si l'on pousse le raisonnement plus loin, «dans l'absolu, la *délimitation* du *noyau essentiel* de la garantie institutionnelle et du *contenu essentiel* du droit fondamental répondent à la même idée force: assurer la primauté de la Constitution sur le législateur, fixer une limite qu'il ne peut dépasser. Mais dans les deux

¹⁵¹⁶ En ce sens, il n'est pas certain que « les libertés locales ont autant de valeur que les libertés individuelles, elles sont de la même essence et ont les mêmes sources idéologiques. Elles sont le fondement d'un pouvoir local qui n'est pas le concurrent du pouvoir central mais son contrepoids », DRAGO, R., « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, 1998, n° spécial, *Droits fondamentaux*, p. 130.

¹⁵¹⁷ NOGUEIRA, H., *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Santiago de Chile, Librotecnia, 3^a Edición 2010, T. I; ALDUNATE, E., *Derechos Fundamentales*, Santiago, Legal Publishing, 2008.

¹⁵¹⁸ L'influence de la doctrine espagnole sur le droit chilien, inspirée de l'allemande est un fait incontournable des dernières décennies.

¹⁵¹⁹ BAÑO LEÓN, J. M., «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 24, septembre-décembre, 1988, p. 179.

concepts, la précision de ce qui est essentiel est également indéterminable de manière abstraite.»¹⁵²⁰

Cependant, il ne s'agit pas du même contrôle lorsque le législateur viole un droit fondamental subjectif, et lorsqu'il lui est reproché de ne pas mettre en œuvre les conditions objectives et procédurales de réalisation d'un droit. Ce ne sont pas les mêmes exigences pour le législateur (obligation de moyens et/ou résultat ; responsabilité de l'État pour faute du législateur), ni les mêmes critères (incompétence positive ou négative, erreur manifeste d'appréciation, opportunité ou contrôle «politique») que le juge constitutionnel sera(it) amené à mettre en œuvre, au risque de se transformer en colégislateur ou dernier législateur.

Ainsi, à la question de savoir si la libre administration du droit français ou l'autonomie du droit chilien constituent de véritables " libertés " ou « droits fondamentaux » ou s'il ne s'agit pas plutôt de principes d'organisation de l'État desquels découleraient certains droits ou libertés, nous penchons pour la seconde solution. Reprenant les termes de M. VERPEAUX, «le principe de libre administration des collectivités territoriales constitue... une garantie, au même titre que le principe de la séparation des pouvoirs. *L'un comme l'autre ne constituent pas des droits mais peuvent être conçus comme des conditions jugées constitutionnellement nécessaires*, par l'article 72 de la Constitution pour l'un, par l'article 16 de la Déclaration des droits pour l'autre, *pour l'affirmation des libertés reconnues dans d'autres dispositions qui ne sont plus alors organiques mais qui concernent des droits substantiels.*»¹⁵²¹

§ 2. L'existence ou non d'un recours au juge pour les entités territoriales

Comme l'affirmait déjà L. LE FUR en 1911, les garanties de la décentralisation « ne peuvent guère consister qu'en des recours juridictionnels ».¹⁵²² Les conflits de compétences sont généralement tranchés par une juridiction suprême, qui n'est pas forcément constitutionnelle (A), en référence à la loi de l'État central qui – sur mandat de la Constitution - a transféré des compétences *administratives* aux entités décentralisées. La

¹⁵²⁰ Idem., p. 169.

¹⁵²¹ VERPEAUX, M., Note sous CE, Sect., 18 janv. 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli*, concl. L. TOUVET, *RFDA*, n° 3, 2001, p. 684. Je souligne.

¹⁵²² LE FUR, L., «La protection juridictionnelle des franchises locales», *Rev. Générale d'Administration*, 1911, Tome 1, p. 6. Cité par REGOURD, S., *L'acte de tutelle...*, op. cit. p. 43, nbp. N° 35.

constitutionnalisation des notions d'autonomie et de libre administration comme principe d'organisation de l'État pose la délicate question du contrôle de leur réalisation par le législateur (B).

A. Contre les atteintes aux compétences décentralisées par le législateur

L'accès à un juge pour sanctionner le respect des compétences réparties par le législateur ne pose normalement pas de problème, en application du principe universellement consacré de légalité. Ayant la personnalité juridique, les entités territoriales jouissent de la possibilité de faire respecter leurs compétences - principalement par le juge ordinaire - des agissements de l'exécutif mais aussi d'autres entités territoriales (de même niveau ou non) ou d'autres organes administratifs.

En ce qui concerne le Chili, l'article 126 de la Constitution est équivoque car il renvoie à la loi le soin d'établir les modalités de résolution des conflits de compétences, qu'il s'agisse de litiges entre autorités nationales, régionales, provinciales et communales, comme entre exécutifs régionaux et municipaux et les conseils respectifs. En l'absence d'adoption de la loi, ce sont donc les différents tribunaux, avec la participation de la *Contraloría General de la República* de manière préventive¹⁵²³, qui interviendront pour garantir les entités territoriales des atteintes à leurs compétences, droits et garanties constitutionnelles, de la part d'autres organes que le législateur. Ainsi, la Cour Suprême accepte que les municipalités, en tant que personnes juridiques autonomes de droit public, puissent présenter un recours de protection si leurs droits sont violés ou menacés¹⁵²⁴, avec les limites inhérentes à sa qualité de personne juridique de droit public¹⁵²⁵ (Cf. Chap. 2).

¹⁵²³ Par le biais du contrôle préventif de légalité des actes de l'exécutif et des autres organes administratifs.

¹⁵²⁴ SCS Rol 2791-12 de 03.07.2012, *Municipalidad de Zapallar contra Contraloría Regional de Valparaíso*, cons. 3: "siendo las Municipalidades personas jurídicas de derecho público autónomas nada obsta a que si sus derechos son vulnerados por actos administrativos de otros órganos de la Administración, tanto activa como de control, puedan recurrir de protección ante los tribunales superiores de justicia." Voir également SCA de Rancagua, confirmada por la Corte Suprema, "*Municipalidad de Marchigüe con Errázuriz y otros*", *Gaceta Jurídica* N°285, marzo 2004, pp.71-74 et SCA de Santiago, "*Municipalidad de Portezuelo y otros con CONAMA*", *Gobierno y Administración del Estado*, año IX, N°105, pp.161-193.

¹⁵²⁵ Voir SCA de Concepción, confirmé par la Corte Suprema, "*Municipalidad de Santa Juana con COREMA VIII Región*", *Gobierno y Administración del Estado*, año IX, N°105, pp.123-127. cons. 3: "Que. efectivamente la recurrente persona jurídica de derecho público, no puede tener la calidad de afectada en los derechos a la vida, a la salud y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por cuanto tales derechos son inherentes a las personas naturales".

Le Tribunal constitutionnel veille à ce que législateur ne se dessaisisse pas de ses responsabilités¹⁵²⁶. Le problème principal apparaîtra à propos de l'exercice du pouvoir réglementaire autonome par le Président de la République qui ne doit respecter que les domaines respectifs de la loi et des règlements autonomes. Il n'est pas tenu par le principe de légalité inhérent aux lois attributives de compétences matérielles mais par le principe de l'autonomie des municipalités qui interdit toute relation de subordination à l'administration centrale¹⁵²⁷. Il relèvera donc du contrôle de constitutionnalité et non de légalité (cf. Infra).

L'autonomie des municipalités n'est qu'administrative. Il s'agit d'une autonomie d'autorégulation – en termes de SILVA B. – dans le cadre de la fonction et des attributions fixées par la Constitution et les lois, limitée par les compétences que peuvent exercer, dans ce domaine, le législateur, l'autorité administrative, l'autorité judiciaire et la *Contraloría General de la República*.¹⁵²⁸

Dans le système français, la protection de la libre administration est proclamée par le juge constitutionnel, assurée désormais par lui-même et de manière générale par le juge administratif mais elle n'échappe pas totalement aux atteintes du pouvoir réglementaire central. Il s'agit principalement de se défendre des autres autorités administratives centrales mais également des cas d'incompétence négative du législateur.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel réaffirme régulièrement l'exclusivité de la compétence législative en matière de décentralisation¹⁵²⁹. Ainsi, le législateur ne peut

¹⁵²⁶ STC 370-03, op. cit., cons. 19: *No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica*”

¹⁵²⁷ Voir STC 80-89, op. cit., régulièrement rappelé: STC Rol 1501- 2008, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública*, cons. 37 y 41: “La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.

¹⁵²⁸ SILVA B., A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T. 10, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 130-131.

¹⁵²⁹ La combinaison des articles 34 et 72 de la constitution restreint considérablement les possibilités d'auto-dessaisissement du législateur au profit du pouvoir réglementaire en matière de libre administration des collectivités territoriales. Dès CC, Déc. n° 65-34 L du 2 juillet 1965, *Nature juridique des articles 1er, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce*, Recueil, p. 75 : “considérant que selon l'article 37 de la Constitution, les matières autres que celles de la loi ont un caractère réglementaire, et que ce champ est fixé non seulement par

éluder ses compétences en renvoyant à une convention conclue entre collectivités le soin de fixer les conditions d'exercice des compétences¹⁵³⁰.

S'agissant des éventuelles immixtions du pouvoir exécutif national dans le champ des compétences transférées par le législateur, les collectivités territoriales disposent des recours ouverts à toute personne juridique: recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs¹⁵³¹, recours indemnitaire¹⁵³² mais également depuis la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 des procédures de référé et, particulièrement, du référé-liberté¹⁵³³.

Cependant, du fait de l'application de la théorie de l'écran législatif par le juge administratif, un décret d'exécution de la loi n'est pas illégal s'il ne fait que compléter des dispositions législatives qui portent atteinte à la libre administration des collectivités territoriales¹⁵³⁴, provoquant, selon certains, un véritable « phénomène d'immunité constitutionnelle » des décrets d'exécution des lois¹⁵³⁵ et par suite un « déni de justice ». ¹⁵³⁶ Il faut sans doute relativiser aujourd'hui cette affirmation et la théorie de la loi écran en général car, comme l'a rappelé fortement le Conseil d'Etat dans son arrêt d'Assemblée *Commune d'Annecy* du 3 octobre 2008¹⁵³⁷, les dispositions du bloc de constitutionalité ont, pour le juge administratif, une valeur constitutionnelle et « s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs ».

B. Contre les atteintes par le législateur aux droits garantis par la Constitution

A la suite du déclin des conceptions politiques légicentristes de la séparation des pouvoirs¹⁵³⁸, le principe historiquement premier de hiérarchie des normes a été atténué par

l'article 34, mais également par d'autres dispositions de la Constitution, et particulièrement ses articles 72 à 74."'

¹⁵³⁰ CC, Déc. n° 94-358 DC du 26 janvier 1995 *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, Rec., p. 183.

¹⁵³¹ CE, 18 avril 1902, *Maire de Nérès-les-Bains c/ Préfet de l'Allier*, S. 1902.3.81, note M. HAURIOU.

¹⁵³² CE, 30 décembre 2009, *Département de la Seine-Saint-Denis et département de Saône-et-Loire*, requête n°325824 ; *AJDA* 2010, p. 389, note P. CASSIA ; *Revue Lamy des collectivités territoriales 2010*, n°55, p. 19, note E. GLASER et n°57, p. 10, note E. LANZERONE ; *LPA* 8 mars 2010, n°47, p. 3, note M-C. ROUAULT.

¹⁵³³ CE, 12 juin 2002, *Communes de Fauillet, Montpouillan et Sainte-Marthe*, R. 215 ; *AJDA* 2002 p. 590, chron. F. DONNAT et D. CASAS.

¹⁵³⁴ CE, 18 juin 1965, *Bellet*, Rec., p. 370

¹⁵³⁵ Voir CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, Rec. 1.

¹⁵³⁶ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 563 et 564 p. 430.

¹⁵³⁷ CE, Ass, 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, Rec. p. 322.

¹⁵³⁸ On le sait, cette conception qui liait la hiérarchie des normes à la hiérarchie des institutions ou organes au sein de l'État visait à justifier la suprématie du parlement, représentant de la volonté générale, sur l'exécutif.

le principe de répartition des compétences normatives. Mais, le remplacement de la toute-puissance de la loi par la toute-puissance de la Constitution attributive de compétences, ne va pas de soi dans les États unitaires, même décentralisés. Ainsi, à la différence des Constitutions fédérales ou des États dits «autonomiques»¹⁵³⁹, les Constitutions chilienne et française ne comportent aucune répartition matérielle des compétences entre l'État et les entités territoriales.

La Constitution française reconnaît d'une part, la libre administration des collectivités territoriales (article 72 al. 3) et, d'autre part, le rôle déterminant du législateur dans la détermination des principes fondamentaux de cette libre administration (art. 34 al. 13)¹⁵⁴⁰. De même, la Constitution chilienne consacre l'autonomie des municipalités et la nécessaire intervention du législateur organique pour déterminer leurs compétences (art. 118 al. 4 et 5).

1. L'absence de participation directe des entités territoriales au contrôle abstrait de constitutionnalité

L'instauration définitive de la démocratie constitutionnelle (ou État de droit) implique le contrôle des actes législatifs au vu des corpus constitutionnels.

Les deux systèmes étudiés prévoient un contrôle de constitutionnalité des lois mais toutes les lois ne sont pas obligatoirement soumises à l'examen du juge constitutionnel. Le Tribunal constitutionnel chilien exerce sur les lois organiques un contrôle préventif obligatoire de constitutionnalité¹⁵⁴¹ et le Conseil constitutionnel français également.¹⁵⁴²

C'est-à-dire du Politique sur l'administratif. Son représentant le plus illustre dans la doctrine française était CARRÉ de MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 167.

¹⁵³⁹ En Espagne, «la loi autonome a la même force juridique que la loi étatique. Leurs rapports sont résolus non par l'application du principe de hiérarchie, mais par l'application du principe de compétence: prévaut la loi – étatique ou autonome – qui est compétente pour régir telle matière donnée, la loi incompétente étant inconstitutionnelle car méconnaissant la répartition des compétences définies par le bloc de constitutionnalité» BON, P., «Espagne: l'État des autonomies», in C. BIDEGARAY (dir.), *L'État autonome: forme nouvelle ou transitoire en Europe ?*, Economica, 1994, p. 123.

¹⁵⁴⁰ Voir CC, Déc. n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, Rec. p. 50: «Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution la loi "détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources" ; que relèvent par suite du domaine de la loi la détermination des transferts de compétences entre l'État et les collectivités territoriales, de même que la répartition entre plusieurs catégories de collectivités territoriales de leurs attributions respectives».

¹⁵⁴¹ Art. 93 CPR.

¹⁵⁴² Art. 61 de la Constitution française.

Seule la Constitution chilienne envisage un contrôle obligatoire des lois de décentralisation au titre de leur caractère organique. Cependant, les deux systèmes prévoient des recours par des autorités étatiques déterminées (art. 93-3 Constitution chilienne et art. 61 de la Constitution française).

D'une part, cette organisation des juridictions constitutionnelles chilienne et française révèle une conception exclusivement horizontale de la séparation des pouvoirs, ainsi que de la production normative. La participation des entités territoriales est exclue de cette dernière¹⁵⁴³ par «la force du dogme de l'État unitaire qui tient en échec toute forme d'ingérence des collectivités décentralisées dans le processus de fabrication de la loi de l'État, expression de la souveraineté nationale.»¹⁵⁴⁴

D'autre part, et en conséquence, seuls les systèmes fédéraux ou les États «autonomiques» ou régionaux¹⁵⁴⁵ prévoient une intervention des autorités de leurs composantes territoriales. C'est-à-dire que, à de rares exceptions¹⁵⁴⁶, les communes comme entités territoriales de base n'ont pas cette faculté.

2. L'absence (de principe) de recours spécifiques des entités territoriales au juge constitutionnel

Les entités territoriales disposent-elles d'une garantie juridictionnelle leur permettant de faire respecter la répartition des compétences attribuées, c'est-à-dire, disposent-elles de recours contre des actes législatifs recentralisateurs? Peuvent-elles revendiquer des «compétences acquises» contre le législateur?

En droit comparé, «les voies d'accès au juge constitutionnel peuvent être principalement de trois types : le contrôle des normes (projet Italien), la protection des droits constitutionnels (Allemagne et Autriche) et la résolution des conflits de compétence (Espagne). »¹⁵⁴⁷

¹⁵⁴³ DELOOZ, B., "Separación de poderes y Descentralización", in *Actas oficial de las XL Jornadas de Derecho Público (11 y 12 de noviembre de 2010)*, Editorial Legal Publishing, 2011.

¹⁵⁴⁴ ALLART L., « la question prioritaire de constitutionnalité, voie d'accès des collectivités territoriales au juge constitutionnel ? », VIII^e Congrès français de droit constitutionnel, atelier 8 : « aspects territoriaux », *AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011*.

¹⁵⁴⁵ Par exemple : art. 93 de la Loi fondamentale allemande, art. 162 de la Constitution espagnole.

¹⁵⁴⁶ Voir par exemple l'art. 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 de la Cour constitutionnelle de Belgique.

¹⁵⁴⁷ Voir BON, P., "L'accès des collectivités locales au juge constitutionnel", in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 45-61.

Dans les deux systèmes étudiés, il n'existe pas de recours juridictionnels spécifiques prévus au profit des collectivités territoriales pour défendre les compétences attribuées et leur exercice. Dès lors, même si la France a ratifié la Charte européenne de l'autonomie locale¹⁵⁴⁸ qui prévoit un droit de recours juridictionnel au profit des collectivités territoriales pour faire respecter leur autonomie¹⁵⁴⁹, « le droit constitutionnel positif français ne confère...aucune garantie dans l'attribution des compétences aux collectivités territoriales»¹⁵⁵⁰, si ce n'est l'élection de leurs conseils et un pouvoir réglementaire¹⁵⁵¹. Par ailleurs, il ne semble pas, à ce jour, que le juge administratif français se soit permis d'exercer un contrôle de conventionalité des lois avec la Charte¹⁵⁵².

Au Chili, la Constitution ne prévoit aucun recours juridictionnel spécifique au bénéfice des entités territoriales. Plus, GÓMEZ B. affirme qu'il n'existe aucun mécanisme de résolution des conflits entre le pouvoir central et le peu d'entités décentralisées que compte le système de gouvernement régional et municipal. Ceci est dû, naturellement, à l'influence de l'État unitaire en vigueur et au puissant régime présidentiel régnant.¹⁵⁵³

L'absence de recours spécifiques au Chili est d'une certaine manière compensée par l'applicabilité immédiate et l'effet direct de la Constitution¹⁵⁵⁴ pour et sur toutes les autorités publiques et privées et tous les citoyens. Les principes et droits fondamentaux sont donc directement exigibles sans que soit nécessaire une médiation législative. Si les actes administratifs peuvent être contestés *a posteriori* devant tout juge lors d'un litige par les recours de nullité de droit public (pour incompétence) ou de protection¹⁵⁵⁵ (des garanties constitutionnelles), sous réserve de leurs conditions de recevabilité, ce dernier ne peut être

¹⁵⁴⁸ Adoptée à Strasbourg le 15 octobre 1985 et ratifiée le 17 janvier 2007 suite à l'adoption de la loi n°2006-823 du 10 juillet 2006, elle est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2007.

¹⁵⁴⁹ Art. 11 de la Charte: «Les collectivités locales doivent disposer d'un droit de recours juridictionnel afin d'assurer le libre exercice de leurs compétences et le respect des principes d'autonomie locale qui sont consacrés dans la Constitution ou la législation interne».

¹⁵⁵⁰ PRIET, F., «Sur une notion désormais constitutionnalisée: la décentralisation», in *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, p. 263.

¹⁵⁵¹ Cf. supra chapitre 4 et infra ce chapitre, section 2.

¹⁵⁵² Cela semble d'autant plus douteux que les termes de la Charte sont vagues et laissent donc une marge d'appréciation au législateur national difficile à apprécier par le juge administratif.

¹⁵⁵³ GÓMEZ B., G., «La justicia constitucional en Chile», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n°1, Enero/Diciembre 1997, p. 121-156, p. 126.

¹⁵⁵⁴ Art. 6°, al.1 CPR: «Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella».

¹⁵⁵⁵ Ainsi, «la acción puede ser interpuesta por cualquier persona natural o jurídica afectada, incluso por entes colectivos, sin personalidad jurídica, o por cualquiera otra persona a su nombre», NOGUEIRA A., H., «El recurso de protección en Chile», NOGUEIRA A., H., «El recurso de protección en Chile», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 3, 1999, p. 157-179, ici: p. 161.

utilisé contre la loi pour laquelle existe l'action d'inapplicabilité pour inconstitutionnalité¹⁵⁵⁶. Par ailleurs, l'incompétence législative est rare et la possibilité d'écarter un précepte législatif, autrefois reconnue au juge ordinaire, est aujourd'hui réservée au juge constitutionnel qui peut même la déclarer inconstitutionnelle *erga omnes* (cf. Introduction et Infra 3).

L'incompétence de principe des juridictions ordinaires françaises pour écarter des dispositions législatives¹⁵⁵⁷ concentrait le contrôle de constitutionnalité dans les mains du Conseil constitutionnel et ce de manière a priori sur le fondement de l'article 61 al. 2 de la Constitution, pour méconnaissance de la libre administration des collectivités territoriales.¹⁵⁵⁸ Ainsi, les entités territoriales comme les particuliers ne pouvaient recourir (directement) au juge constitutionnel (cf. Infra 3). Cependant, la loi constitutionnelle n°98-610 du 20 juillet 1998 *relative à la Nouvelle-Calédonie* et la loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 *relative à l'organisation décentralisée de la République* avaient prévu, respectivement, des recours spécifiques au profit de la première¹⁵⁵⁹ et des collectivités d'outre-mer jouissant de l'autonomie.

¹⁵⁵⁶ Mais, *quid* des décrets-lois? Pour NOGUEIRA "Los Decretos con Fuerza de Ley, por su equivalencia con la ley, nos parece que se encuentran excluidos del recurso de protección" Idem, p. 166.

¹⁵⁵⁷ Le Conseil d'État ne déclare pas la loi inapplicable mais déclare l'acte administratif contesté contraire à la constitution. Car comme l'a rappelé le Vice-président du Conseil d'État, J.-M. SAUVE, «le Conseil d'État fait de la Constitution, avant même les engagements internationaux auxquels la France est partie, la norme de référence (...) dans l'exercice de sa mission contentieuse, ainsi que l'a rappelé la décision d'assemblée *Sarran, Levacher et autres* du 30 octobre 1998. » Ainsi, les dispositions constitutionnelles sont une source directe de principes et de normes que le Conseil d'État rend opposables à l'administration. Mais il utilise aussi, pour contourner l'écran législatif, les *principes généraux du droit*, la *technique de l'interprétation conforme de la loi au regard de la Constitution*. Le Conseil d'État a également jugé que, pour l'application et l'interprétation d'une loi, le juge administratif est lié par *les réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel* dans sa décision statuant sur la conformité de la loi en question à la Constitution (CE, Ass. 11 mars 1994, *SA La Cinq*, Rec. p. 117, Conclusions P. FRYDMAN). V. SAUVE, J.-M., «L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État». *Exposé de synthèse de lors de la Journée d'étude organisée au Conseil d'État* par le Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne le 1er avril 2011.

¹⁵⁵⁸ On notera cependant que rares sont les cas d'invalidation de lois pour violation du principe de libre administration. Voir les quatre décisions du CC., Déc. n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, Rec. p. 38, cons. 10; Déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Rec. p. 14, cons.43; Déc. n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, Rec., p. 21, cons. 26 ; et Déc. n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, Rec., p. 176, cons. 47.

¹⁵⁵⁹ Comme déjà signalé, le cas de la Nouvelle-Calédonie n'est pas étudié ici. On peut cependant signaler que la loi constitutionnelle mentionnée a « rétabli un article 77 » dans le titre XIII de la Constitution qui prévoit un contrôle par le Conseil constitutionnel : « Après approbation de l'accord lors de la consultation prévue à l'article 76, la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine,

S'agissant de cette dernière, l'alinéa 3 (tirés 1 et 2) de l'article 74 de la Constitution prévoit que la loi organique peut déterminer, pour les collectivités dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles: d'une part, le Conseil d'État exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ; d'autre part, que l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité.

Il s'agit d'une double garantie juridictionnelle – constitutionnelle et administrative – de la répartition des compétences décentralisées, par un contrôle des conflits éventuels d'attribution entre l'État et la Polynésie française.

On notera que le contrôle du Conseil d'État sur les «lois du pays»¹⁵⁶⁰ de la Polynésie française est un contrôle de constitutionnalité et de conventionalité ¹⁵⁶¹ bien que celles-ci

pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre : (...) les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel ». Les articles 104 et 105 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, prise pour l'application des Accords de Nouméa et l'article 77 de la Constitution précité, précisent que les « lois du pays » de Nouvelle-Calédonie sont des actes qui peuvent, après avoir fait l'objet d'une nouvelle délibération, être déférés avant publication au Conseil constitutionnel qui dispose d'un délai de trois mois pour statuer. Comme le signale P. BON, « on remarquera que la nature politique de l'autonomie accordée à la Nouvelle-Calédonie et qui se matérialise par l'attribution à ce territoire d'un pouvoir législatif (il est vrai limité), si elle a paru au législateur impliquer que les lois du pays relèvent du Conseil constitutionnel, n'a pas eu la conséquence inverse de permettre au territoire de déférer au Conseil constitutionnel les lois de l'État qui portent atteinte à son autonomie, à la différence de ce qui se passe dans un État régional. » BON, P., "L'accès des collectivités locales au juge constitutionnel", in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 50, note de pas de page 9.

Par ailleurs, s'agissant des actes administratifs, l'article 205 de la loi organique 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie prévoit que le Conseil d'État rend son avis lorsque le tribunal administratif lui transmet une demande en ce sens, après qu'il ait été saisi d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un recours en appréciation de légalité fondé sur un moyen sérieux invoquant l'inexacte application de la répartition des compétences entre l'Etat, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes. Cette procédure semble inspirée du mécanisme des questions préjudicielles puisque « le tribunal administratif statue dans un délai de deux mois à compter de la publication de l'avis au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie ou de l'expiration du délai imparti au Conseil d'Etat. »

¹⁵⁶⁰ Selon l'art. 140 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, « les actes de l'assemblée de la Polynésie française, dénommés " lois du pays ", sur lesquels le Conseil d'Etat exerce un contrôle juridictionnel spécifique, sont ceux qui, relevant du domaine de la loi, soit ressortissent à la compétence de la Polynésie française en application de l'article 13, soit sont pris au titre de la participation de la Polynésie française à l'exercice des compétences de l'Etat dans les conditions prévues aux articles 31 à 36. »

aient le statut d'actes administratifs, ce qui est compréhensible puisqu'elles interviennent dans le domaine de la loi. On remarquera surtout que ce contrôle de répartition des compétences n'est pas prévu pour protéger cette collectivité territoriale d'outre-mer, mais l'État contre les éventuels empiètements de celle-ci puisque seul est prévu «le contrôle juridictionnel spécifique des "lois du pays" » (titre du chapitre II du titre VI de la loi organique) et non un contrôle des lois de l'État.

En revanche, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel permet de déclasser ou délégaliser une disposition législative adoptée par le Parlement dans le champ des compétences décentralisées par le législateur organique, et autoriser ces collectivités territoriales à la modifier ou l'abroger. Excepté ces deux hypothèses, il semble bien que malgré l'hypothétique introduction du principe de subsidiarité à l'article 72 al. 2 de la Constitution, les collectivités territoriales françaises ne peuvent recourir au juge constitutionnel pour leur protection.

Aujourd'hui, les entités territoriales dépendent donc, en cas d'atteinte à leurs droits constitutionnellement garantis par une loi de transfert de compétences, soit des autorités de saisine, conformément à chaque système et sur lesquelles elles peuvent faire pression, soit des nouveautés que constituent la question prioritaire de constitutionnalité en France (*QPC*) et la question d'inapplicabilité (*INA*) et éventuellement une action d'inconstitutionnalité (*INC*) au Chili.

3. Les possibilités d'appropriation par les entités territoriales de nouveaux recours destinés aux particuliers

Ces nouveaux instruments (*QPC*, *INA* et *INC*) ont été prévus à l'origine pour renforcer les droits fondamentaux des citoyens. Dans les deux cas, le juge constitutionnel peut désormais être amené à se prononcer sur des textes législatifs qui ne lui auraient pas été soumis par les autorités étatiques de saisine.

¹⁵⁶¹ Art. 176-III de la loi organique n° 2004-192: « le Conseil d'Etat se prononce sur la conformité des actes prévus à l'article 140 dénommés "lois du pays" au regard de la Constitution, des lois organiques, des engagements internationaux et des principes généraux du droit. La procédure contentieuse applicable au contrôle juridictionnel spécifique de ces actes est celle applicable en matière de recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. - Les actes prévus à l'article 140 dénommés "lois du pays" ne peuvent plus être contestés par voie d'action devant aucune autre juridiction. »

La réforme de la Constitution chilienne de 2005 est venue réunir dans le Tribunal constitutionnel le contrôle *a priori* sur les projets de lois, semblable à celui existant en France, et un contrôle *a posteriori* sur des normes législatives¹⁵⁶².

La révision constitutionnelle française du 23 juillet 2008 a introduit un article 61-1¹⁵⁶³ aux termes duquel « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

On peut relever les similitudes et divergences entre les deux mécanismes en matière de protection juridictionnelle des entités territoriales, et ce quant au dispositif, aux normes de référence et à la portée des décisions.

A propos des mécanismes de l'accès au juge constitutionnel, à la différence du système français, le dispositif chilien ne prévoit pas de filtrage juridictionnel préalable de la part des tribunaux ordinaires. Le contrôle d'inapplicabilité de l'article 93 N° 6, concret et avec effets *inter partes*, prévoit que tout tribunal ordinaire ou spécial a l'obligation de soumettre d'office au Tribunal constitutionnel s'il estime que, durant un litige dont il a connaissance, un ou plusieurs préceptes légaux dont l'application peut résulter décisive pour sa résolution sont inconstitutionnels, ce qui ne fait pas obstacle à ce que la question soit également formulée par les parties. Ainsi, les juges ne peuvent écarter d'eux-mêmes des normes légales, mais doivent poser la question d'inconstitutionnalité au Tribunal constitutionnel ou se conformer aux critères jurisprudentiels déterminés dans des décisions antérieures pour des cas analogues.

Les conditions ou critères d'admissibilité de l'action d'inapplicabilité, fixées par l'art. 93 al. 11 de la Constitution ainsi que la loi organique relative au Tribunal

¹⁵⁶² L'article 80 CPR de 1980 prévoyait jusqu'en 2005 la compétence de la Cour Suprême pour déterminer l'inapplicabilité de préceptes légaux.

¹⁵⁶³ Voir Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République et loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

constitutionnel¹⁵⁶⁴, et examinés directement par lui, sont au nombre de sept.¹⁵⁶⁵ L'admission de l'action d'inapplicabilité suspend d'office, ou à la demande des parties, le jugement en cours.

Dans le système français, une QPC ne peut jamais être posée par le juge lui-même. Elle est réservée uniquement aux parties. Par contre, le mécanisme établit un double filtre juridictionnel¹⁵⁶⁶ afin de prévenir un engorgement du rôle du Conseil constitutionnel. Ce filtrage correspond à l'examen des conditions d'admissibilité par le Tribunal constitutionnel chilien et si l'on n'en dénombre que trois¹⁵⁶⁷, c'est parce que une partie des sept posées par le droit chilien sont des conditions purement formelles examinées en amont par le juge du fond français. Selon certains, le Conseil d'Etat, qui apprécie seul en définitive si le moyen d'inconstitutionnalité soulevé réunit les conditions du renvoi au Conseil constitutionnel, pourrait jouer un rôle de protection avancée des exactions du gouvernement et du législateur. Enfin, la juridiction du fond suspend la procédure dans l'attente de la décision des juridictions suprêmes puis, éventuellement, du Conseil Constitutionnel.¹⁵⁶⁸

Les deux systèmes font donc entrer les juridictions ordinaires dans le contrôle de constitutionnalité des lois. On notera cependant que les juridictions ordinaires françaises,

¹⁵⁶⁴ Voir arts. 47A a 47N, párrafo 6 “Cuestiones de Inaplicabilidad” del título II “De la competencia y funcionamiento del Tribunal Constitucional” de la ley 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional

¹⁵⁶⁵ 1.- Debe tratarse de un precepto legal ; 2.- Que exista gestión pendiente ante otro tribunal ordinario o especial 3.- Que la aplicación del precepto resulte decisivo en la resolución del asunto; 4.- Que la ley contraría la Constitución en su aplicación; 5.- Que lo solicite la parte o el juez; 6.- Que la impugnación esté fundada razonablemente; 7.- Que el requerimiento se promueva respecto de un precepto legal que no haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y que no se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva.

¹⁵⁶⁶ Ce double filtre s'appuie d'abord sur le juge du fond, puis sur la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat selon la nature de la juridiction devant laquelle la question a été posée. La juridiction du fond doit procéder sans délai à un premier examen. Elle examine si la question est recevable et si les critères fixés par la loi organique du 10 décembre 2009 sont remplis. Si ces conditions sont réunies, la juridiction saisie transmet la question prioritaire de constitutionnalité selon le cas au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Le Conseil d'État ou la Cour de cassation procède à leur tour à un examen plus approfondi et décide de saisir ou non le Conseil constitutionnel. Le refus, par les juridictions suprêmes, de saisir le Conseil constitutionnel ne peut faire l'objet d'aucun recours. Quand la juridiction du fond refuse de transmettre une QPC, cette décision ne peut être contestée que lors d'un appel ou d'un pourvoi en cassation.

¹⁵⁶⁷ L'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 introduit par la loi organique du 10 décembre 2009, précise que « dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission (...), le Conseil d'État se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° [la disposition législative critiquée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites] et 2°[la disposition législative critiquée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel] de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ».

¹⁵⁶⁸ Sauf si est en jeu une mesure privative de liberté ou que la loi prévoit de statuer en urgence ou dans un délai déterminé.

lorsqu'elles transmettent des dispositions législatives contestées, se limitent à motiver très sommairement et même laconiquement les décisions de transmission sans entrer dans une démonstration de l'inconstitutionnalité de la loi. En revanche, la pratique des juridictions chiliennes, à l'instar par exemple des décisions de renvoi préjudiciel de juridictions allemandes à la Cour Constitutionnelle fédérale, doivent indiquer en détail les motifs qui, selon elles, justifient l'inconstitutionnalité de la norme et exercent un réel pré-jugement de constitutionnalité.¹⁵⁶⁹

S'agissant des normes de références, dans les deux systèmes, seules les dispositions législatives (ou ayant rang législatif¹⁵⁷⁰) peuvent faire l'objet de ces recours.

L'article 93 n° 6 de la Constitution chilienne établit que le Tribunal constitutionnel doit résoudre la question d'inapplicabilité d'une norme légale dont l'application se révélerait contraire à la Constitution, alors que la *QPC* prévoit la protection des « droits et libertés que la Constitution garantit ». Il faut certes comprendre l'ensemble des « droits et libertés » du « bloc de constitutionnalité », c'est-à-dire le corps de la Constitution du 4 octobre 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁵⁷¹, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Charte de l'environnement de 2004. Il n'en reste pas moins que le cadre protecteur semble *a priori* moindre en France qu'au Chili.

S'agissant des pouvoirs du juge constitutionnel, le Tribunal constitutionnel peut, au moyen de la déclaration d'inapplicabilité, dans un premier temps écarter une disposition légale et, dans un second temps, d'office ou moyennant l'action d'inconstitutionnalité, déclarer inconstitutionnelle *erga omnes* cette même disposition qui est abrogée à compter

¹⁵⁶⁹ GÓMEZ B. signale que les juges soumettent la «cuestión» de inaplicabilidad directement ante el Tribunal Constitucional, a través de un auto motivado (tal como se conoce en el derecho constitucional español) y que el juez explicita los fundamentos de su impugnación, esto es, las razones que le inducen a pensar que la ley es inconstitucional y por ello inaplicable al caso que debe decidir. Así, por diseño del constituyente los jueces pasan a integrar la jurisdicción constitucional". GÓMEZ B., G., *las sentencias del tribunal constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Ed. Universidad Diego Portales, 2013.

¹⁵⁷⁰ Il peut s'agir, en France, des ordonnances ratifiées par le parlement. Pour le Chili, il en est de même, pour les *decretos con fuerza de ley* et les traités internationaux.

¹⁵⁷¹ Le Conseil a déjà retenu le bénéfice des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 relatifs au droit de propriété des personnes publiques dans le cadre du contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois. CC., Décision n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*, Rec. p. 61 ; *AJDA* 1986, p. 575, note RIVERO, J.; *AIJC* 1986, p. 427, note GENEVOIS, B.; *RDP* 1989, p. 458, note FAVOREU. L. Également, plus récemment: CC., Décision n°2009-594 DC du 3 décembre 2009, *Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, Rec. p. 200

de la publication de la décision au journal officiel.¹⁵⁷² Si le Conseil constitutionnel déclare la disposition contestée contraire à la Constitution, l'application de la disposition est écartée du procès en cours¹⁵⁷³ et la disposition est abrogée soit immédiatement, soit à compter d'une date ultérieure fixée par le Conseil lui-même. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours.

En conclusion sur ce point, on peut relever que les entités territoriales ne disposent d'aucune voie particulière d'accès direct au juge constitutionnel. Cependant, elles peuvent utiliser les instruments de droit commun pour tenter de protéger leurs compétences et leurs droits. La quasi impossibilité de définir à l'avance et de manière définitive les contours de l'autonomie territoriale oblige à prendre en compte des critères définis *a priori* et à les confronter à la pratique législative et son contrôle par le juge constitutionnel, principalement. Se dessine ainsi de manière impressionniste le contenu de ce tableau des relations État-entités territoriales.

Section 2. Le contenu des garanties constitutionnelles de l'autonomie territoriale

La doctrine juridique chilienne s'étant peu préoccupée du contenu de l'autonomie territoriale, c'est à la jurisprudence constitutionnelle qu'il convient de se reporter. Celle-ci a précisé que l'autonomie constitutionnelle (en général) implique que - dans les domaines organisationnel, institutionnel et normatif - son exercice ne soit pas subordonné à des organes liés, même de manière indirecte, aux fonctions de gouvernement et d'administration propres à l'exécutif national.¹⁵⁷⁴ Elle n'est donc pas à l'abri du

¹⁵⁷² L'al. 3 de l'art. 94 précise que, «el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo». Et, l'art. 93-7° énonce effectivement que le TC devra: «Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior»

¹⁵⁷³ Ceci n'empêche pas le juge du fond d'exercer un contrôle de conventionalité.

¹⁵⁷⁴ STC 80-89, op. cit. Également STC 1501- 08, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública*, cons. 37 y 41: «La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción [organizativa, institucional y normativa] no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.»

législateur¹⁵⁷⁵ et ce n'est qu'une partie de la doctrine qui se réfère aux garanties institutionnelles, s'inspirant des doctrines espagnoles et allemandes. Or, d'autres l'ont montré avant nous (cf. chap. 6), ces garanties correspondent aux garanties comprises dans le concept français de libre administration.

En France, relève du champ d'application de la libre administration des collectivités territoriales, tout ce qui concerne leurs garanties « dans tous les aspects de leur existence (caractère électif des conseils, ressources suffisantes, liberté contractuelle...) »¹⁵⁷⁶. En effet, elle englobe l'autonomie institutionnelle et l'autonomie de gestion tout comme l'autonomie financière. On peut regrouper ces différentes composantes dans les deux caractéristiques de toute institution : les garanties liées à l'organe (§ 1) et celles liées à ses fonctions (§ 2). C'est d'ailleurs ce qui ressort des conditions fixées par le Conseil constitutionnel concernant le respect de la libre administration des collectivités territoriales par le Parlement. Il en résulte notamment que toute collectivité doit « *disposer d'un conseil élu* » et être doté « *d'attributions effectives* »¹⁵⁷⁷. De même, dans la décision citée du Tribunal constitutionnel chilien, les trois domaines cités (organisationnel, institutionnel et normatif) correspondent sans difficulté à cette présentation en diptyque.

En la matière, les limites imposées au législateur par les Constitutions à l'étude sont floues et c'est donc par une analyse essentiellement de la jurisprudence constitutionnelle qu'il faut aborder ces deux grands ensembles. Un constat préalable peut être dressé: le juge constitutionnel français peut difficilement s'opposer au législateur à qui la Constitution renvoie justement l'organisation de l'administration décentralisée du territoire.¹⁵⁷⁸ Il s'agira ici d'un équilibre subtil, plus qualitatif que quantifiable, qui relève du cas par cas et il est donc difficile de dessiner un cadre définitif de ce qui est permis et interdit au législateur.

¹⁵⁷⁵ On notera également que le Tribunal constitutionnel n'impose une protection qu'à l'égard de l'exécutif national. Le législateur pourrait donc soumettre l'autonomie municipale à d'autres entités territoriales, à des établissements ou entreprises publics ?

¹⁵⁷⁶ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 27 p. 29.

¹⁵⁷⁷ CC, Déc. n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 10.

¹⁵⁷⁸ Comme il a été rappelé: « le conseil constitutionnel, qui n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du parlement, ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé » CC, Déc. n° 2012-660 du 17 janvier 2013, *loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social*, cons. 30.

§ 1. Le droit à exister et la liberté «d’être»: les garanties de l’autonomie organique

N’étant que des entités administratives au sein de l’Etat unitaire, la garantie d’existence des entités territoriales est toute relative (A), laquelle se traduit par un nombre également limité d’attributions organiques propres et protégées constitutionnellement (B).

A. Une garantie constitutionnelle d’existence relative

Les catégories d’entités territoriales existantes dans les deux systèmes sont *a priori* protégées constitutionnellement.

En France (art. 72 al. 1), “les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d’outre-mer régies par l’article 74.” Ces catégories possèdent un statut privilégié: elles ne peuvent être supprimées sans une révision préalable de la Constitution.

Cependant, la seconde phrase du même alinéa 1 prévoit que d’autres « collectivités territoriales peuvent être créées par la loi, le cas échéant en lieu et place d’une ou de plusieurs collectivités mentionnées au précédent alinéa. » A la différence des collectivités territoriales de l’al. 1 de l’art. 72 précité, les collectivités ainsi créées peuvent donc également être supprimées par la loi.¹⁵⁷⁹ Il n’y a donc pas de garantie absolue d’existence des catégories puisqu’existe l’hypothèse de substituer par la loi une nouvelle collectivité appelée Z, par exemple, à un certain nombre de communes (et ainsi jusqu’à l’épuisement de toutes les communes) puis de la supprimer par une autre loi. Par ailleurs, la possibilité de constituer une nouvelle catégorie en lieu et place d’une commune et d’une région, par exemple, existe déjà.

La question est d’importance puisque le gouvernement VALLS envisage la suppression des départements à l’horizon 2020 sans passer par une révision constitutionnelle. Sur ce point, les analyses des juristes du gouvernement et des élus territoriaux comme d’une bonne partie des sénateurs s’opposent.

En fait, c’est la portée de l’al. 3 de l’art. 72 (ex-al. 2) qui est au cœur du débat. Les opposants à la réforme font valoir que dans sa décision de 1991 relative à la Corse¹⁵⁸⁰, le

¹⁵⁷⁹ Mais, tant qu’elles ne le sont pas, leur statut constitutionnel ne diffère pas de celui des collectivités mentionnées dans la constitution.

¹⁵⁸⁰ Voir CC, Déc. n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, Rec. p. 50.

Conseil constitutionnel a rappelé que «le deuxième alinéa du même article *prescrit* que "ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi" (cons. 17) puis, «que le deuxième alinéa du même article *implique* que pour s'administrer librement, toute collectivité territoriale doit disposer d'une assemblée délibérante élue dotée d'attributions effectives» (cons. 32)¹⁵⁸¹.

Les partisans de la réforme avancent pour leur part qu'il ne s'agit pas d'éliminer les départements en tant que circonscriptions administratives déconcentrées mais de supprimer les conseils départementaux ou d'envisager de leur retirer toutes leurs compétences, ce qui rendrait leur existence sans objet.

Sur ce point, le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, J.-J. URVOAS, a estimé qu'«en conditionnant l'existence de la collectivité territoriale constitutionnellement protégée à "l'existence d'une assemblée délibérante élue et dotée d'attributions effectives", conformément au principe lui-même constitutionnel de libre administration des collectivités locales par des conseils élus (art. 72, alinéa 3 de la Constitution), la jurisprudence du Conseil écarte, par exemple, l'idée selon laquelle on pourrait sans supprimer le département en tant que tel faire seulement disparaître son instance élective (aujourd'hui dénommée "conseils départementaux"). Conserver la circonscription administrative départementale – le ressort des préfectures, en substance – en maintenant une assemblée départementale dénuée de toutes "attributions effectives" serait donc contraire à l'art. 72 tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel. Il en serait de même, a fortiori, si l'on supprimait purement et simplement les conseils départementaux (anciennement "conseils généraux"). »¹⁵⁸²

Le projet de loi se dirige pourtant vers la première solution puisqu'il prétend transférer les compétences des départements vers les régions et les intercommunalités, et que l'absorption de départements dans des collectivités à statut particulier est déjà une réalité.¹⁵⁸³

¹⁵⁸¹ C'est moi qui souligne.

¹⁵⁸² <http://www.urvoas.org/2014/05/07/fautil-reviser-la-constitution-pour-supprimer-les-departements/> Publié le 7 mai 2014, consulté le 10 juin 2014.

¹⁵⁸³ Cette dernière solution a d'ailleurs été initiée par la métropole de Lyon instituée par la loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 en application de la dernière phrase de l'alinéa 1 de l'art. 72. Voir la décision du conseil qui valide cette solution: CC, Déc. n° 2013-687 DC du 23 janvier 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*, cons. 72 : « Considérant que, par la loi déferée, le législateur a créé une nouvelle collectivité territoriale à statut particulier au sens de l'article 72 de la Constitution ; que

Enfin les fusions de communes ou l'absorption de différentes collectivités au sein des intercommunalités témoignent de leur précarité et de leur dépendance du bon vouloir du législateur. A ce titre, la dernière phrase de l'alinéa 3 de l'article 72-1 de la Constitution, suivant laquelle « la modification des limites des collectivités territoriales peut également donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi », « n'institue pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution »¹⁵⁸⁴. Dès lors, les articles L. 2113-2 et L. 2113-3 CGCT qui prévoient un référendum décisionnel avant toute fusion de communes ne sont pas contraires à la Constitution¹⁵⁸⁵.

La Constitution chilienne ne prévoit que les régions, les municipalités et désormais les territoires spéciaux de l'île de Pâques et de l'archipel Juan Fernandez. L'alinéa 2 de l'article 110¹⁵⁸⁶ de la Constitution chilienne envisage la création, la fusion ou la suppression d'entités territoriales au sein des catégories des régions et des communes¹⁵⁸⁷. L'autonomie constitutionnelle des municipalités consiste en fait en l'application de l'idée de garantie institutionnelle que doit respecter le législateur, à l'inverse des organes autonomes créés par le législateur¹⁵⁸⁸.

cette collectivité se substituera à compter du 1er janvier 2015, non seulement à la communauté urbaine de Lyon, mais également, dans les limites précédemment reconnues à celle-ci, au département du Rhône ; qu'à partir de 2020, les électeurs des communes faisant partie de la métropole n'éliront plus de conseillers départementaux dans la métropole de Lyon ni, au moment des élections municipales, des délégués à l'assemblée délibérante de la communauté urbaine de Lyon, mais ils éliront des conseillers métropolitains ; que le conseil de la métropole élira le président et les autres membres de la commission permanente ».

¹⁵⁸⁴ CC, Déc. n°2010-12 QPC, *Commune de Dunkerque*, op. cit.

¹⁵⁸⁵ La commune requérante présentait trois griefs relatifs à l'inconstitutionnalité de ces deux articles du CGCT : 1) l'institution en matière de fusion de communes d'un référendum ayant une portée décisionnelle serait contraire au troisième alinéa de l'article 72-1 de la Constitution qui ne prévoit qu'une consultation ; 2) en prévoyant, sans habilitation constitutionnelle, un référendum décisionnel en matière de fusion de communes, le législateur aurait porté atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales ; 3) en conférant à une section du peuple un pouvoir de décision, le législateur aurait méconnu le principe de la souveraineté nationale.

¹⁵⁸⁶ Art. 110 al 2 CPR: "La creación, supresión y denominación de regiones, provincias y comunas; la modificación de sus límites, así como la fijación de las capitales de las regiones y provincias, serán materia de ley orgánica constitucional."

¹⁵⁸⁷ Art. 120 al. 2 CPR: "Asimismo, la ley orgánica constitucional de municipalidades establecerá los procedimientos que deberán observarse en caso de supresión o fusión de una o más comunas."

¹⁵⁸⁸ Par ex: CORDERO Q. E., "La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía", en *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, novembre 2012, pp 22-23.

En comparaison avec le système français, l'existence des entités territoriales chiliennes, et donc leur autonomie, semble mieux protégée car la Constitution chilienne exige une loi organique dont l'approbation, modification ou abrogation exige le vote d'un quorum des quatre septièmes des députés et sénateurs en exercice¹⁵⁸⁹ pour procéder à de telles opérations, alors que la Constitution française n'exige qu'une loi normale.¹⁵⁹⁰ Certes, l'article 118 al. 1 de la Constitution chilienne dispose que « l'administration locale de chaque commune ou groupement de communes déterminé par la loi réside dans une municipalité »¹⁵⁹¹, mais tout ce qui a trait aux municipalités (comme aux régions d'ailleurs) est du domaine de la loi organique. Il s'agit simplement d'une imprécision du texte constitutionnel.

Cela signifie, par ailleurs, que même si les lois françaises de décentralisation devaient être votées en forme organique, l'Assemblée nationale pourrait avoir le dernier mot puisqu'elle peut adopter le texte en discussion en dernière lecture à la majorité absolue de ses membres.¹⁵⁹² Preuve de plus que, dans la conception française, ce sont les seuls représentants de la nation dans son ensemble qui comptent.

B. Des exigences constitutionnelles au nombre réduit et encadrées

1. Des conseils élus dotés d'un pouvoir réglementaire

La Constitution française a fixé comme exigence que les collectivités territoriales « s'administrent librement par des conseils élus » (art. 72 al. 3). Cette disposition constitutionnelle, de par l'emploi du présent de l'indicatif, pose donc l'exigence d'une structure démocratique à laquelle le législateur ne peut déroger. De même la Constitution chilienne indique que les conseils régional et municipal sont intégrés par des conseillers élus au suffrage universel¹⁵⁹³.

Les mandats constitutionnels du caractère électif des autorités territoriales correspondent « à l'exercice d'une compétence décentralisée de désignation des

¹⁵⁸⁹ Art. 66 al 2 CPR.

¹⁵⁹⁰ Art. 46 al. 4: Seules « les lois organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées », alors même qu'il « assure la représentation des collectivités territoriales de la République » (art. 24).

¹⁵⁹¹ Art. 118 al. 1 CPR: « La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad. »

¹⁵⁹² Art. 46 al. 3.

¹⁵⁹³ CPR: Arts 113 al. 2 et 119.

représentants, et d'organisation de la collectivité secondaire ». ¹⁵⁹⁴ C'est d'ailleurs une des rares dispositions de rang constitutionnel définissant un domaine de compétence (cf. supra chap. 4).

Si dans les deux systèmes, il revient au législateur de la mettre en œuvre ¹⁵⁹⁵, en l'absence de vote des dispositions relatives à l'élection du Président du conseil régional, la *Contraloría General de la República* ¹⁵⁹⁶ a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'attendre la loi qui définit les fonctions du président, puisque l'article 113 al. 5 de la Constitution dispose que «le conseil régional élit à la majorité de ses membres un président parmi ceux-ci». C'est qu'ici le texte constitutionnel est clair et définit lui-même le mode d'élection ¹⁵⁹⁷, ce qui n'est pas le cas pour les municipalités chiliennes ou les collectivités territoriales françaises.

Par ailleurs, l'élection comme procédé permettant l'indépendance organique ne peut faire l'objet d'un contrôle administratif. Cette compétence de désignation des représentants territoriaux constitue la manifestation d'un pouvoir d'application directe de la loi – dont un règlement national peut certes préciser les conditions de déroulement des élections – qui est, de plus, exercé par une portion du peuple et non par des autorités administratives désignées. Il ne saurait donc y avoir de contrôle administratif (hiérarchique ou de tutelle) sur les élections territoriales, mais seulement d'éventuels contrôles juridictionnels. ¹⁵⁹⁸

Les conceptions actuelles qui associent décentralisation et «démocratie locale» ¹⁵⁹⁹ confirment sur un point –celui de l'élection -les vues de HAURIOU qui a pu écrire que la décentralisation «se caractérise essentiellement par la participation directe du corps électoral, c'est-à-dire du Souverain, à la nomination des autorités administratives locales ou

¹⁵⁹⁴ REGOURD, S., *L'acte de tutelle...*, p. 108.

¹⁵⁹⁵ On sait ce qu'il advint du mandat constitutionnel de la constitution chilienne de 1925 de créer des tribunaux administratifs ou des Assemblées provinciales. Elles ne furent jamais mises en œuvre par le législateur

¹⁵⁹⁶ Dictamen, CGR n° 21666 du 26.03.2014, *Secretario Ejecutivo del Consejo Regional de los Ríos*, op. cit. : “procede que los miembros del Consejo Regional de Los Ríos, luego de su instalación, elijan a su Presidente, tal como lo ordena el indicado artículo 113 de la Constitución Política de la República.”

¹⁵⁹⁷ « El consejo regional, por mayoría absoluta de sus integrantes en ejercicio, elegirá un presidente de entre sus miembros.”

¹⁵⁹⁸ Cf. Également Chap. 8, les développements sur le contrôle disciplinaire pour manquement aux devoirs et à la probité administrative.

¹⁵⁹⁹ L'usage tant galvaudé du terme de démocratie l'associe à tout mouvement émancipateur et électif. Or l'élection – en soi – ne garantit pas forcément des institutions « démocratiques » au fonctionnement « démocratique ». La réélection indéfinie de potentats locaux par le jeu des divers favoritismes et actes de corruption en sont les symptômes. Il est donc nécessaire, bien souvent, que le législateur intervienne pour garantir les conditions de l'élection.

spéciales. Les autorités locales peuvent être constituées de deux façons différentes : ou bien elles sont nommées par le pouvoir central et agissent par délégation de celui-ci, ou bien elles sont nommées par le corps électoral et agissent par délégation du Souverain (...). Dans le premier cas, il y a centralisation et dans le second, décentralisation. C'est le seul signe auquel il faille s'attacher. »¹⁶⁰⁰

On notera enfin que dans le système français, la Constitution n'exige l'élection que des conseillers et que c'est la loi qui fixe le régime de désignation de l'exécutif, les pouvoirs centraux semblant être libres sur ce point de décider si l'exécutif est nommé par l'Etat, élu au sein du conseil, élu à côté du conseil, s'il est unipersonnel ou collégial, etc.¹⁶⁰¹

En revanche, la Constitution chilienne exige l'élection des conseils comme des exécutifs¹⁶⁰².

L'autre compétence constitutionnellement décentralisée, l'autre garantie fondamentale de l'autonomie municipale « se reflète clairement -selon HUIDOBRO S.- dans les compétences essentielles des municipalités, parmi lesquelles figure celle d'édicter des résolutions de caractère général et particulier »¹⁶⁰³ Les deux Constitutions à l'étude affirment que ces conseils disposent d'attributions normatives ou d'un pouvoir réglementaire pour mettre en œuvre leurs compétences.¹⁶⁰⁴

2. L'absence d'un principe d'auto-organisation

Comme on l'a vu, les Constitutions n'imposent-en termes d'instruments tangibles de l'autonomie territoriale- que l'existence de conseils élus et un pouvoir réglementaire. C'est

¹⁶⁰⁰ HAURIOU, M., *Etude sur la décentralisation*, Paris, éd. Dupont, 1892, pp. 9-10.

¹⁶⁰¹ La Constitution française ne donne effectivement pas de consigne sur ce point et ces modalités sont décidées au niveau législatif. Par exemple, pour les communes l'article L2122-1 CGCT prévoit qu' "il y a, dans chaque commune, un maire et un ou plusieurs adjoints élus parmi les membres du conseil municipal" (de même pour le département: article L3122-1; et la région: article L4133-1).

¹⁶⁰² Par ex. Art. 119 al. 1: "En cada municipalidad habrá un concejo integrado por concejales elegidos por sufragio universal en conformidad a la ley orgánica constitucional de municipalidades.(...) La misma ley determinará (...) la forma de elegir al alcalde." Pour les régions; art. 113 al. 2 et 5. Cf supra

¹⁶⁰³ HUIDOBRO S., R., "La potestad normativa municipal, estudio histórico-doctrinario para la reconstrucción del derecho municipal chileno", en PANTOJA B., R. (Coord.), *Derecho administrativo : 150 años de doctrina*, 1a. ed., Santiago : Jurídica de Chile, 2009., p. 203.

¹⁶⁰⁴ Pour le Chili, v. les arts 113 al. 1 et 119 al. 2. Pour la France, art. 72 al. 3. Cf. supra chap. 5 et 6.

un principe général que les municipalités n'ont pas la liberté de se constituer elles-mêmes mais qu'elles dépendent de la loi¹⁶⁰⁵ ou de la Constitution¹⁶⁰⁶.

En France, à la suite de la décision 2010-12 QPC du 2 juillet 2010 *Commune de Dunkerque*¹⁶⁰⁷ qui a consacré une distinction entre ce qui relève de la libre administration des collectivités territoriales et ce qui relève de leur organisation, un commentaire est venu préciser que « si la Constitution permet aux collectivités territoriales de s'administrer librement par des conseils élus dans les conditions prévues par la loi, elle ne leur garantit aucune compétence en ce qui concerne leur organisation. Celle-ci relève du pouvoir législatif¹⁶⁰⁸, dans sa définition, ou du pouvoir exécutif, dans sa mise en œuvre. Il n'existe en effet aucun principe d'auto organisation des collectivités territoriales. »¹⁶⁰⁹

Ainsi, ne relèverait pas de la libre administration, et de sa protection à l'égard du législateur, ce qui concerne le nom et le territoire d'une collectivité, la composition, le fonctionnement et les attributions de ses organes, le régime juridique des actes des organes, les procédures décisionnelles. Si cette décision remet en cause la liberté d'organisation et de fonctionnement de la collectivité, on ne peut nier que tous ces domaines sont en droit et en fait de la compétence du législateur, au Chili comme en France. Il est vrai que ceci n'aide pas à distinguer les différentes facettes de l'autonomie, mais on ne peut nier que cela fasse partie de l'organisation dans son sens le plus large (c'est-à-dire organisation structurelle ou institutionnelle et organisation fonctionnelle).¹⁶¹⁰

¹⁶⁰⁵ BERNASCHINA, op. cit., chap 6, n° 22.

¹⁶⁰⁶ Cf. chapitre 2.

¹⁶⁰⁷ JO du 3 juillet 2010, p. 12121, consultable sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010-12-qpc/decision-n-2010-12-qpc-du-02-juillet-2010.48551.html>, GEFFRAY, E., «La procédure de consultation des électeurs en cas de fusion de communes », *RFDA*, 2010, n° 4, p. 713-716; PISSALOUX, J.-L., «Constitutionnalité des mécanismes de consultation sur les fusions de communes», *Droit administratif*, 2010, n° 11, p 26-28 ; PONTIER, J.-M., «Refus de fusion de communes par un préfet : première QPC sur le droit des collectivités territoriales », *Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2010, n°36 p. 24-28; VERPEAUX, M., «Question prioritaire de constitutionnalité et libre administration des collectivités territoriales», *AJDA*, 2010, n°28, p. 1594-1598.

¹⁶⁰⁸ En effet, l'article 39 al. 2 de la Constitution dispose que « les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat ».

¹⁶⁰⁹ Commentaire dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel* (Cahier n° 30), consultable sur le site du conseil : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010-12-qpc/decision-n-2010-12-qpc-du-02-juillet-2010.48551.html>

¹⁶¹⁰ On ne traitera pourtant ici que de l'organisation de la structure, étant donné que les attributions ou compétences sont liées au pouvoir réglementaire, c'est-à-dire au pouvoir de décider (cf. § 2). Que le pouvoir réglementaire soit vidé de sa substance pour ne pas avoir de compétences matérielles à mettre en œuvre ou que ses conditions d'exercice soient encadrées drastiquement par la loi, c'est un autre problème. Ce qui est sans ambiguïté, c'est qu'elles relèvent de la loi et non de la Constitution.

Ressort donc du domaine de la loi, la définition des règles organiques des collectivités territoriales et de leurs groupements.¹⁶¹¹ Ainsi la libre administration ne fait pas obstacle à l'obligation légale faite aux collectivités d'adhérer à un établissement public¹⁶¹² ou à un syndicat mixte¹⁶¹³. Cependant, il semble que le Conseil se soit décidé à exercer un contrôle plus approfondi du législateur. En effet, alors qu'il avait décidé en 2013 que le législateur peut apporter des tempéraments à la libre administration des collectivités territoriales au nom de l'intérêt général¹⁶¹⁴, il a signalé récemment que désormais il en contrôlerait les atteintes manifestement disproportionnées.¹⁶¹⁵

De manière analogue, l'organisation des régions et municipalités chiliennes fait l'objet d'une réglementation rigoureuse. S'agissant des atteintes à l'autonomie des municipalités chiliennes par le législateur, au nom de l'«intercommunalité», la situation ne se pose pas dans les mêmes termes. En effet, on peut d'une part considérer que celle-ci est à

¹⁶¹¹ CE, 18 juin 1965, *Bellet*, Rec. CE 1965, p. 370; CC, Déc. n° 64-29 L du 12 mai 1964, *Nature juridique de certaines dispositions relatives à l'administration départementale et à l'administration communale et figurant dans les ordonnances n° 58-937 du 11 octobre 1958, n° 59-29 du 5 janvier 1959, n° 59-30 du 5 janvier 1959, n° 59-33 du 5 janvier 1959 et n° 59-150 du 7 janvier 1959 et dans la loi n° 62-873 du 31 juillet 1962*, Rec. 1964, p. 37; CC, Déc. n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 1985, p. 63.

¹⁶¹² CC, Déc. n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, cons. 4 et 5.

¹⁶¹³ CC, Déc. n° 2007-548 DC du 22 février 2007 *Loi relative aux règles d'urbanisme applicables dans le périmètre de l'opération d'intérêt national de La Défense et portant création d'un établissement public de gestion du quartier d'affaires de La Défense* (cons. n° 12) : « Considérant, toutefois, que l'adhésion obligatoire des trois collectivités concernées à ce syndicat affecte leur libre administration ; qu'elle ne pouvait donc résulter que de la loi ; qu'il appartenait au législateur de définir de façon suffisamment précise les obligations mises à la charge de ces collectivités quant à leur objet et à leur portée »

¹⁶¹⁴ Pour l'obligation d'intégrer un établissement public de coopération intercommunale CC., Déc. n° 2013-303 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Puyravault*, cons. 10 : « Le législateur a pu, dans les buts d'intérêt général " d'achèvement et de rationalisation de la carte de l'intercommunalité ", apporter ces limitations à la libre administration des communes. Tout maire qui en fait la demande est entendu par la commission départementale de la coopération intercommunale. Dans ces conditions, le grief tiré de la méconnaissance de la libre administration des collectivités territoriales doit être écarté. » FIALAIRE, J., «L'intercommunalité face au principe de la libre administration», *AJDA*, 8 juillet 2013, n° 24, p. 1386-1392; De même pour le retrait d'une commune membre d'un EPCI : Déc. n° 2013-304 QPC du 26 avril 2013 *Commune de Maing*, cons. 5 et 6.

¹⁶¹⁵ CC., Déc. n° 2014-391 QPC du 25 avril 2014, *Commune de Thonon-les-Bains et autre* [Rattachement d'office d'une commune à un EPCI à fiscalité propre], cons. 8 et 9. En l'espèce, fin 2013, quelques dizaines de communes ont été rattachées d'office par les préfets à une intercommunalité à fiscalité propre, parce qu'elles n'appartenaient encore à aucune structure intercommunale, ou parce qu'elles étaient enclavées dans le territoire d'une autre intercommunalité que la leur. Les communes faisaient valoir que ces mesures ne sont pas limitées dans le temps et qu'elles ne prévoient aucune consultation de la commune faisant l'objet du rattachement. La décision du Conseil est applicable aux "affaires nouvelles", ainsi qu'aux affaires "non jugées définitivement" au 25 avril 2014.

l'état embryonnaire¹⁶¹⁶ et/ou, d'autre part, que l'intercommunalité forcée a déjà eu lieu puisque « l'administration locale de chaque commune ou groupement de communes déterminé par la loi réside dans une municipalité ». ¹⁶¹⁷ Dès lors, le législateur chilien a les mains libres pour construire et déconstruire les municipalités.

Cette absence ou impossibilité générale de s'auto-organiser est cependant tempérée par une certaine liberté d'organisation interne.

En France, la libre administration s'oppose à ce que l'État intervienne de manière trop poussée dans le détail du fonctionnement des collectivités. ¹⁶¹⁸

Le constituant chilien, pour sa part, a réformé le texte fondamental qui attend toujours une modification de la loi organique municipale pour être mis en œuvre. L'actuel article 121 ¹⁶¹⁹ de la Constitution chilienne est le résultat d'une importante réforme ¹⁶²⁰ en matière municipale, car elle prive le Président de la République de l'exclusivité des initiatives en matière de création et suppression d'emplois municipaux et de leur rémunération ¹⁶²¹. Un autre aspect fondamental est la possibilité d'adapter la structure administrative interne de chaque municipalité à ses réalités. Cependant ces nouvelles compétences doivent bien sûr être exercées dans le cadre fixé par la loi organique municipale, dont l'initiative appartient au Président de la République, ce qui limite la marge de manœuvre des maires mais rassure les fonctionnaires municipaux qui redoutaient de possibles mesures arbitraires de ceux-là.

¹⁶¹⁶ Cf. Chap. 3 de cette thèse et plus généralement le titre VI de la LOCMU: « De las corporaciones, fundaciones y asociaciones municipales »

¹⁶¹⁷ CPR Art. 118 al. 1: « La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad. »

¹⁶¹⁸ CC, Dec. n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*: Le juge constitutionnel avait censuré sur le fondement de la liberté d'administration une disposition législative imposant la publicité des séances des commissions permanentes régionales, « plutôt que de laisser au règlement intérieur du conseil régional le soin de déterminer cette règle de fonctionnement »

¹⁶¹⁹ Art. 121 CPR: « Las municipalidades, para el cumplimiento de sus funciones, podrán crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones, como también establecer los órganos o unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita. - Estas facultades se ejercerán dentro de los límites y requisitos que, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, determine la ley orgánica constitucional de municipalidades. »

¹⁶²⁰ La réforme provient d'une modification de l'ex art. 110 par la loi n° 19.526 de novembre de 1997.

¹⁶²¹ Actuellement régis par l'art. 65, al. 4 n° 2 CPR.

En définitive, les jurisprudences constitutionnelles défendent l'idée d'une autonomie institutionnelle, mais censurent rarement le législateur. Les collectivités locales peuvent toujours faire pression sur les autorités de saisine afin qu'elles défèrent au juge constitutionnel les actes législatifs qui portent atteinte à leur autonomie. En ce sens, le mode d'élection des représentants nationaux est présenté régulièrement comme un outil de protection avancée de l'autonomie territoriale.

Les députés français représentent la nation dans son ensemble et les sénateurs français assurent «la représentation des collectivités territoriales de la République»¹⁶²², c'est-à-dire des régions, des départements et des communes et dont le collège électoral rend compte.¹⁶²³

En revanche, ni les députés ni les sénateurs chiliens ne représentent l'ensemble des entités territoriales chiliennes, contrairement à ce qu'il est parfois soutenu¹⁶²⁴. En effet, les députés sont élus sur la base d'une circonscription électorale composée d'un ensemble de communes (le district) et les sénateurs sur la base des circonscriptions sénatoriales¹⁶²⁵, formées de plusieurs districts d'une même région. Mais dans aucun des deux cas, les uns ou les autres n'ont pour fonction de représenter les intérêts des municipalités et des régions.

C'est bien parce que ces deux Constitutions ne retiennent qu'une conception administrative des entités territoriales qu'elles ne sont pas représentées individuellement au sein d'une chambre. Les entités territoriales ne sont pas des sujets originaires et constituants de l'État, contrairement aux États fédéraux régis par un «principe de représentation

¹⁶²² Art. 24, al. 3 de la Constitution française.

¹⁶²³ Art. L280 du Code électoral.

¹⁶²⁴ En ce sens les auteurs de la proposition de réforme constitutionnelle (Boletín N° 9143-07 Miércoles 16 de Octubre, 2013) qui vise à modifier l'art. 50 et rétablir l'obligation de résidence de 2 ans dans une région pour être élus sénateurs confondent la circonscription électorale et la représentation des intérêts régionaux, même si les deux ne sont pas totalement étrangers. En effet, ils affirment que «el argumento que con más fuerza se esgrimió para realizar la reforma de la Ley N° 20.050, que elimino la obligación de residencia en la respectiva región para los senadores, fue que el Senado a diferencia de la Cámara de Diputados, históricamente ha sido un órgano político central y no requiere una relación más estrecha con las regiones, como los diputados quienes son representantes distritales. El Senado representa a la nación y no a una determinada Región.» Or, d'une part la chambre des députés est un bien un organe politique central et, d'autre part, la constitution ne dit pas que les députés représentent les districts mais qu'ils sont élus par les districts électoraux : « Art. 47 CPR: "La Cámara de Diputados está integrada por 120 miembros elegidos en votación directa por los distritos electorales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva." La rédaction n'est pas heureuse car en réalité, ce sont les citoyens des communes comprises dans chaque district qui élisent et non les représentants de chaque commune.

¹⁶²⁵ Ainsi l'article 49 al. 1 CPR stipule que «el Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales, en consideración a las regiones del país, cada una de las cuales constituirá, a lo menos, una circunscripción.» Je souligne.

divisible et fractionnée [où] c'est chaque État, en tant que collectivité spécifique, en tant que « sujet » qui se trouve représenté»¹⁶²⁶. Elles sont des objets constitués par l'État qui veut bien leur donner le statut de sujet, la personnalité morale. Mais il peut toujours la reprendre. Ce que ne peut faire le gouvernement fédéral vis-à-vis des États fédérés.

Enfin, il y a une inversion de l'importance des rôles respectifs des chambres parlementaires: alors qu'en France, c'est la Chambre basse, l'Assemblée nationale, qui a le rôle prépondérant¹⁶²⁷ et le dernier mot sur la majorité des textes de lois (sauf les textes relatifs au Sénat)¹⁶²⁸, au Chili, c'est le Sénat qui jouit du prestige le plus grand. Dans le cas français, ce sont donc les représentants directs de la Nation qui décident en dernier ressort, les sénateurs ne pouvant s'opposer à la volonté générale.

§ 2. L'autonomie fonctionnelle ou le droit à agir et la «liberté de faire»

On peut distinguer, au sein de l'autonomie fonctionnelle les domaines d'interventions (ou compétences matérielles)¹⁶²⁹ et les moyens qui permettent justement à l'entité territoriale de fonctionner. Pour que cette dernière fonctionne de manière autonome, il faut qu'elle puisse décider de façon indépendante sur les compétences décentralisées et qu'elle puisse mettre en œuvre ses décisions. L'autonomie territoriale suppose donc l'autonomie dans la prise de décision administrative (A) et l'autonomie financière (B). Comme le souligne G. MARCOU, « si l'entité territoriale ne dispose, ni de pouvoir d'action, ni de moyens qu'elle utilise librement, elle n'est plus qu'un agent de l'autorité supérieure dans l'exercice de la compétence matérielle qui lui est attribuée. En vérité, elle n'est plus réellement titulaire d'une compétence. »¹⁶³⁰

A. Les garanties de l'exercice de la faculté de décider

Si la garantie d'existence de l'entité territoriale est relativement assurée, encore faut-il qu'elle puisse exercer les compétences décentralisées. Sur ce point, c'est le

¹⁶²⁶ MAZERES, J.-A., «Les collectivités locales et la représentation», *RDP*, 1990, p. 620.

¹⁶²⁷ Art. 45 al. 4 : «Si la commission mixte ne parvient pas à l'adoption d'un texte commun ou si ce texte n'est pas adopté dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par l'Assemblée nationale et par le Sénat, demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement»

¹⁶²⁸ Art. 39 al. 2 cité plus haut et art. 46 al 4. : « Les lois organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées. »

¹⁶²⁹ Cf. Chap. 4.

¹⁶³⁰ MARCOU, G., «Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe », op. cit. pp. 199-220.

législateur qui détermine les compétences des collectivités territoriales (1) mais également leurs conditions d'exercice (2).

1. Un champ de compétences matérielles limité par la loi

Le principe de «subsidiarité» qui serait visé par l'article 72, alinéa 2¹⁶³¹ de la Constitution française n'institue pas un droit ou une liberté garanti par la Constitution au profit des collectivités territoriales¹⁶³². Pour sa part, le Tribunal constitutionnel chilien, on l'a vu, dénie aux régions comme aux communes le bénéfice d'un tel principe (cf. chap. 4).

La libre administration suppose, en vertu du troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution, l'exercice du pouvoir réglementaire des collectivités, mais le Conseil constitutionnel a écarté l'existence d'une clause de compétence générale des collectivités¹⁶³³ au titre d'un *principe fondamental reconnu par les lois de la république* qui pourrait être invoqué devant le juge. Mais ici, le Conseil a simplement dit qu'il ne figure pas parmi les lois constitutionnelles de la IIIème République, pas que le juge administratif ne peut pas la prendre en compte.

Le Tribunal constitutionnel chilien reconnaît son caractère inexorable et le fonde constitutionnellement sur les premiers articles de la Constitution (cf. Chap. 5). Mais dans les deux cas, il n'existe pas de «compétences propres» et définitives des entités territoriales et l'on reste dans une logique d'autolimitation de la loi par elle-même qui ne peut qu'acter «l'existence d'une réserve d'initiative des collectivités dans un certain nombre de domaines considérés comme plus appropriés à leurs interventions et dans lesquels l'action locale ne devrait pas subir trop de contraintes.»¹⁶³⁴

¹⁶³¹ "Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon".

¹⁶³² CC, Déc. n° 2013-304 QPC du 26 avril 2013 *Commune de Maing*, cons. 7.

¹⁶³³ CC, Déc. n° 2010-618 DC du 09 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, cons. 52 à 56, à propos de l'existence d'une telle clause au profit du département : les «dispositions [de la loi du 10 août 1871] n'ont eu ni pour objet ni pour effet de créer une « clause générale » rendant le département compétent pour traiter de toute affaire ayant un lien avec son territoire ; [...] par suite, elle ne saurait avoir donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République garantissant une telle compétence».

¹⁶³⁴ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 648, p. 492.

Par ailleurs, en France, seul le parlement est apte à transférer à l'État des compétences antérieurement exercées par une collectivité territoriale.¹⁶³⁵ Sur ce point, les possibilités offertes par la Constitution chilienne sont, comme on l'a vu, différentes et l'on perçoit combien seraient précaires des compétences qui seraient transférées par décrets présidentiels. D'ailleurs, la Constitution chilienne ne fait pas mystères des compétences qui peuvent être transférées à titre provisoire (art. 114 et 118 al. 9).

Enfin, la liberté contractuelle des collectivités territoriales est de celles que la Constitution garantit¹⁶³⁶, que seul le législateur peut restreindre¹⁶³⁷ et qu'elle ne peut subir « *sans justification appropriée une contrainte excessive*¹⁶³⁸ ».

Il en est de même au Chili où seul le législateur peut légiférer sur ce droit de propriété sacralisé par la Constitution pinochétiste et économiquement néolibérale de 1980.

2. Le caractère discrétionnaire (ou non) de la prise de décision

Il faut ici envisager deux questions.

La première tient à celle de savoir si le législateur est libre de poser les limites qu'il désire à l'exercice du pouvoir réglementaire des entités territoriales. Si « le pouvoir discrétionnaire de l'Administration ne peut jamais être que limité, puisqu'elle est toujours liée par la loi, de quelque façon ; [et que] c'est en dehors du droit administratif, dans une sphère supérieure à celle de l'Administration que se rencontre le paroxysme du pouvoir discrétionnaire qui est le pouvoir souverain »¹⁶³⁹, l'introduction ou l'application des notions de droits et/ou libertés fondamentaux des entités territoriales, peuvent-elles limiter justement l'appréciation souveraine du législateur ?

¹⁶³⁵ CC, Déc. n° 71-70 L du 23 avril 1971, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 10, alinéa 3, de la loi du 10 juillet 1964 portant réorganisation de la région parisienne et articles 98, dernier alinéa, et 115, alinéa 2, modifié du code de l'administration communale*, cons. 2, Rec., p. 39.

¹⁶³⁶ CC, Déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie (GDF-Suez)*, cons. 28 à 31.

¹⁶³⁷ CE 6 juillet 1977, *Syndicat Nat. des ingénieurs techniciens agréés*, Rec. 306.

¹⁶³⁸ CC, Déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, cons. 43.

¹⁶³⁹ EISENMANN, *Écrits de droit administratif* (édités par S. RIALS), LGDJ, t. II, 1983, p. 673 cité BEAUD, O., « Compétence et souveraineté », in *La compétence*. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis, p. 13

L'organisation des procédures de prise de décision des entités territoriales, dans leur domaine de compétence, relève de la compétence du législateur, ce dont les lois organiques chiliennes comme le CGCT rendent compte précisément.

Dans le cas français, le législateur est relativement libre et l'examen du juge constitutionnel se limite à un contrôle restreint qui ne censure que les atteintes disproportionnées qui consistent à imposer des contraintes ou des sujétions ayant pour effet de restreindre la libre administration ou autonomie de la collectivité.

Furent ainsi jugées contraires à la Constitution des dispositions qui privaient les collectivités territoriales du droit de se prononcer librement sur les créations et suppressions d'emplois et de procéder librement à la nomination de leurs agents¹⁶⁴⁰. De même, le Conseil a censuré la faculté reconnue au représentant de l'Etat de provoquer la suspension des actes des collectivités territoriales pendant trois mois.¹⁶⁴¹

Par contre, le législateur a pu prévoir l'intervention du représentant de l'État pour remédier, sous le contrôle du juge, aux difficultés résultant de l'absence de décision de la part des autorités décentralisées compétentes, en se substituant à ces dernières lorsque cette absence de décision risque de compromettre le fonctionnement des services publics et l'application des lois.

En effet, dans sa décision n° 2013-309 QPC du 26 avril 2013 SARL SCMC, le Conseil a validé l'exercice par le préfet du droit de préemption des communes ayant méconnu leurs engagements de réalisation de logements sociaux afin de remédier au non-respect, par la commune en cause, de l'objectif de construction ou de réalisation de logements sociaux fixé par le législateur. D'une part, les dispositions légales attaquées sont justifiées par un but d'intérêt général. D'autre part, l'objet et la portée de la compétence ainsi conférée au préfet est précisément définie en adéquation avec l'objectif poursuivi. L'atteinte

¹⁶⁴⁰ CC, Déc. n°83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*.

¹⁶⁴¹ CC, Déc. n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, *Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, cons. 2. Pour une décision plus ancienne, voir CC, Déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993.

portée à la libre administration des collectivités territoriales qui en résulte ne revêt pas un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi¹⁶⁴².

Dans le système chilien, le législateur semble beaucoup plus libre. Les règles relatives à la préparation, l'adoption et l'exécution des budgets régionaux comme municipaux en sont de bons exemples. Ainsi, le chapitre V de la LOCGAR¹⁶⁴³ est un bon exemple de l'encadrement par les textes législatifs de l'«autonomie» de décision budgétaire des régions. L'article 71 prévoit que «durant le second trimestre de chaque année et tenant en considération les objectifs stratégiques du gouvernement régional et des services qui opèrent dans la région, l'intendant, avec la participation des représentants du conseil régional, des secrétaires régionaux ministériels et des directeurs régionaux des services publics, élaborera l'avant-projet régional d'investissement, correspondant à l'année suivante, lequel devra être pris en compte par les projets de budgets du gouvernement régional et des ministères respectifs».

Par ailleurs, l'article 73 dispose que «le budget du gouvernement régional constituera annuellement, les plans et programmes de la région ajustés à la politique nationale de développement et au budget de la Nation. Ce budget sera régi par les normes de la Loi Organique d'Administration Financière de l'État, Décret-Loi N° 1.263, de 1975, et comprendra aux moins les programmes budgétaires suivants... » : a) un programme de dépenses de fonctionnement du gouvernement régional, et b) un programme d'investissement régional. »

Sachant que les dépenses de fonctionnement sont fixées par loi de finances et le programme d'investissement régional préparé par l'intendant qui est le représentant du gouvernement central, on ne peut que constater un encadrement vraiment fort des régions. Surtout que le projet de budget du gouvernement régional, proposé par l'intendant au conseil régional pour son approbation, doit ensuite être envoyé au ministère des finances et faire l'objet d'évaluation et de discussion entre le niveau central et chacune des régions.

¹⁶⁴² CC., Déc. n° 2013-309 QPC du 26 avril 2013, *SARL SCMC* (Exercice par le préfet du droit de préemption des communes ayant méconnu leurs engagements de réalisation de logements sociaux), cons. 3 à 6.

¹⁶⁴³ Relatif au «patrimoine et Systeme budgétaire régional (“Del Patrimonio y del Sistema Presupuestario Regionales”)

Enfin, l'exercice (chaque jour plus) partagé des compétences impose une mise en ordre ou en œuvre de l'action des différents acteurs qui fait logiquement prévaloir les règles nationales sur les règles de portée moindre. La problématique de l'urbanisme, par exemple, est directement liée à la politique de décentralisation et à la répartition des compétences entre les communes, (les départements) et les régions et l'État. Le législateur peut imposer aux collectivités de tenir compte des projets d'intérêt général dans l'élaboration de leurs documents locaux d'urbanisme, puisque lui seul a le pouvoir de répartir les compétences en matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme entre l'État et les entités territoriales¹⁶⁴⁴.

La seconde question renvoie au problème déjà évoqué de la concurrence des pouvoirs réglementaires nationaux et territoriaux et aux limites posées à ce dernier par l'exécutif national. Les entités territoriales peuvent-elles réellement prendre des décisions sur les matières décentralisées où la manière de les mettre en œuvre leur est-elle dictée par le pouvoir exécutif central ?

Le Tribunal constitutionnel assure la garantie d'exercice du pouvoir réglementaire des municipalités par rapport au pouvoir exécutif puisqu'il énonce qu'il n'existe pas de normes qui permettent aux autorités administratives nationales d'empêcher une décision locale ou de la suspendre¹⁶⁴⁵. Cependant, dans les deux systèmes juridiques est consacrée la mission de l'exécutif national d'exécuter les lois voire de les compléter, y compris pour des compétences décentralisées qualifiées d'exclusives, ce qui «peut conduire à annihiler au plan normatif une décentralisation qui avait été installée au plan institutionnel par l'élection des responsables locaux.»¹⁶⁴⁶

Le juge administratif français, quant à lui, contrôle également les empiètements de l'exécutif national et fait respecter la répartition des compétences normatives. Il a ainsi considéré que la modification des pouvoirs des conseils municipaux touche à la libre

¹⁶⁴⁴ CC, Déc. n° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autre [Projet d'intérêt général]*, cons. 4 et 5.

¹⁶⁴⁵ STC 1669-10, op. cit., cons. 18: “Producto de la autonomía decisoria que tienen en el ámbito de su competencia, por de pronto, no hay normas que permitan vetar o suspender decisiones que adopten sus autoridades por parte de las autoridades administrativas nacionales. En este sentido, deciden de manera definitiva, sin que sus opciones puedan ser sustituidas o mediatizadas jurídicamente por actos del poder central.”

¹⁶⁴⁶ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit n° 561, p. 428.

administration des collectivités territoriales qui ressortent donc du domaine de la loi, et ne peut être effectuée par décret¹⁶⁴⁷. A l'inverse, quand le pouvoir réglementaire national ne remet pas en question la libre administration des collectivités territoriales, il peut intervenir plus librement¹⁶⁴⁸.

Enfin, les mécanismes de transferts en vogue aujourd'hui et prévus par les législateurs apparaissent plus comme des menaces pour l'autonomie de décision des autorités territoriales qu'un renforcement. D'abord, les contrats « simples » entre État et entités territoriales ne cachent pas l'inégalité des parties. Ensuite, dans les contrats multi-parties ou les actions communes, le plus souvent imposés par l'État, les entités territoriales perdent de leur liberté d'appréciation puisqu'en général les décisions sont prises à la majorité et les droits de veto rares.

B. L'encadrement de l'autonomie financière

Le second problème fondamental est de savoir si les entités territoriales disposent des moyens de mettre en œuvre leurs politiques territoriales. En effet, sans des moyens matériels et financiers adéquats, l'exercice « libre » des compétences matérielles par les entités territoriales est illusoire.

Si l'autonomie financière est parfois présentée comme un principe constitutionnel à lui seul, on peut certainement appliquer à la situation chilienne l'affirmation du Conseil constitutionnel selon laquelle il ne résulte d'aucune disposition constitutionnelle que les collectivités territoriales bénéficient d'une autonomie fiscale¹⁶⁴⁹, d'autres ressources provenant de l'extérieur (1). Bien que l'article 72-2 de la Constitution française, introduit par la révision constitutionnelle de 2003, consacre l'autonomie financière des entités territoriales¹⁶⁵⁰, il vaudrait certainement mieux parler, comme le fait la Constitution

¹⁶⁴⁷ CE, Ass., 21 juillet 1972, *Sieur Saingery*, Rec. 555. Sur une autre affaire, voir CE, Ass., 18 juillet 1973, *Département des Hauts-de-Seine*, rec. 500.

¹⁶⁴⁸ CE, Ass., 13 décembre 1968, *Fédération nationale des élus républicains, municipaux et cantonaux*, Rec. p. 644.

¹⁶⁴⁹ CC, Déc. n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 60 à 65.

¹⁶⁵⁰ CC, Déc. n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux* et CC, Déc. n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, cons. 19 et 20.

chilienne pour les municipalités, de l'autonomie pour l'administration de leurs finances¹⁶⁵¹, c'est-à-dire être libre de s'administrer comme l'ont décidé des autorités territoriales élues (2). Or, là encore, les limites sont claires et strictes.

1. Les ressources et leur origine: première condition de l'autonomie financière

a) Le principe du pouvoir fiscal des entités territoriales

Le principe d'un pouvoir fiscal territorial existe dans les deux systèmes juridiques, est consacré expressément dans les Constitutions française¹⁶⁵² et chilienne¹⁶⁵³ et renvoie sa mise en œuvre à la loi¹⁶⁵⁴.

Les impôts locaux au Chili sont constitués principalement¹⁶⁵⁵ des droits d'enlèvement d'ordures ménagères, des impôts sur les permis de circulation, la taxe professionnelle¹⁶⁵⁶ et sur les établissements distributeurs d'alcool¹⁶⁵⁷, entre autres. Cependant, leur rentabilité est faible du fait de la multitude d'exemptions des immeubles soumis à l'impôt territorial¹⁶⁵⁸, et surtout d'un maximum de perception de la taxe professionnelle qui procure aux municipalités des rentrées fiscales bien limitées, eu égard

¹⁶⁵¹ Art.122 CPR: "Las municipalidades gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas". En ce qui concerne les gouvernements régionaux, comparés aux expériences étrangères, ceux-ci n'ont qu'une très relative autonomie financière – non reconnue dans la Constitution - si on entend par ce terme la capacité de décider des ressources et dépenses régionales. NOGUEIRA A., H., *El gobierno y la administración interior del Estado: región, provincia, comuna*. Santiago, Chile : Ed. PARTICIPA (sin fecha), p. 35.

¹⁶⁵² V. art. 72 al. 2: Les collectivités territoriales « peuvent recevoir tout ou partie du produit des impositions de toutes natures. La loi peut les autoriser à en fixer l'assiette et le taux dans les limites qu'elle détermine.» et art. 72 al. 3 « Les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales...»

¹⁶⁵³ De manière générale, l'art. 19-20^o stipule que " la ley podrá autorizar que los (tributos) que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo". v. également les articles 113 al. 7 et 122 qui se réfèrent, respectivement, à la notion de ressources propres des régions et municipalités.

¹⁶⁵⁴ Le Conseil aborde désormais ses décisions relatives à l'autonomie financière par ce considérant de principe : « Si, en vertu des articles 72 et 72-2 de la Constitution, les collectivités territoriales " s'administrent librement par des conseils élus " et " bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement ", chacune d'elles le fait " dans les conditions prévues par la loi ". L'article 34 réserve au législateur la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources. » Pour le Chili, voir les arts. 113 al. 7 et 122 déjà mentionnés.

¹⁶⁵⁵ L'impôt territorial n'est pas mentionné ici, car l'entité responsable de l'administrer, de le calculer et d'émettre le rôle fiscal est le service des impôts internes et qu'il est perçu par la Trésorerie Générale. Il s'agit donc d'un impôt centralisé bien que son produit soit destiné en totalité aux gouvernements locaux, constituant ainsi une de leurs principales sources de revenus et de financement.

¹⁶⁵⁶ Decreto Ley n°3.063, de 1979, *Sobre rentas municipales*, arts 7, 12, 23.

¹⁶⁵⁷ Art. 3^o de la Ley 19.925 sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas.

¹⁶⁵⁸ Voir Cuadro Anexo Nómina de Exenciones al Impuesto Territorial de la ley 17.235 *Sobre impuesto territorial*.

au bénéfice réalisé par les grandes enseignes ¹⁶⁵⁹. En ce qui concerne les régions, la situation est pire : elles ne perçoivent qu'une faible partie des droits (*patente*) liés aux casinos et aux entreprises minières. Toutes ces limites sont bien sûr des décisions du législateur, seul autorisé à intervenir.

En France, les ressources propres des collectivités territoriales sont constituées des impositions de toutes natures dont la loi les autorise à fixer l'assiette, le taux ou le tarif, ou dont elle détermine, par collectivité, le taux ou une part locale d'assiette, des redevances pour services rendus, des produits du domaine, des participations d'urbanisme, des produits financiers et des dons et legs.¹⁶⁶⁰ Avec quelques variantes, la nature des impôts des collectivités territoriales est proche de celle des entités territoriales chiliennes¹⁶⁶¹.

Les différences apparaissent quant aux titulaires du droit de lever l'impôt et à la part des ressources fiscales dans les ressources propres.

En France, c'est un principe constitutionnel que l'ensemble des collectivités territoriales (régions, départements, communes) est habilité à percevoir des impôts et, surtout, que «les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources.»¹⁶⁶² Par cette disposition constitutionnelle, absente du système chilien, si «le législateur peut déterminer les limites à l'intérieur desquelles une collectivité territoriale peut être habilitée à fixer elle-même le taux d'une imposition établie en vue de pourvoir à ses dépenses», «les règles posées par la loi ne sauraient avoir pour effet de restreindre les *recursos fiscales* des collectivités territoriales au point d'*entraver* leur libre administration».¹⁶⁶³ Mais le Conseil constitutionnel a également relevé, à

¹⁶⁵⁹ Art. 24 al. 2 Decreto Ley n°3.063, DE 1979, *Sobre rentas municipales*: "El valor por doce meses de la patente (...) no podrá ser (...) superior a ocho mil unidades tributarias mensuales.

¹⁶⁶⁰ Art. LO1114-2 CGCT.

¹⁶⁶¹ Ainsi, on retrouve la taxe foncière (sur les propriétés bâties et les propriétés non bâties) et la taxe professionnelle. Supprimée par la loi de finances pour 2010, cette dernière a été remplacée par la Contribution Economique Territoriale. Existe également la taxe d'habitation qui n'existe pas au Chili. Enfin, de même qu'au Chili, à côté de ces principaux impôts locaux existent aussi des droits ou taxes, comme la taxe de balayage, de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères.

¹⁶⁶² Art. 72-2 al. 3.

¹⁶⁶³ CC, Déc. n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, Recueil, p. 70, cons. 14; également CC, Déc. n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 38.

l'occasion de l'examen de la loi organique du 29 juillet 2004 relative à l'autonomie financière¹⁶⁶⁴, que « la première de ces conditions exige que la part déterminante garantisse « la libre administration des collectivités territoriales relevant de cette catégorie, compte tenu des compétences qui leur sont confiées» [...] la seconde fixe un seuil minimal correspondant au niveau constaté au titre de l'année 2003 »¹⁶⁶⁵. Cette définition n'empêche pas les différentes limitations dont peut faire l'objet l'autonomie financière par d'autres mesures, telles que les dépenses obligatoires.

Le Conseil constitutionnel a reconnu que cette *notion de part déterminante des ressources propres* peut être invoquée par les collectivités territoriales à l'appui d'une *QPC* visant à reconnaître une méconnaissance du principe d'autonomie financière.¹⁶⁶⁶ Cependant, celle-ci doit être prise en compte par catégorie de collectivités, et non pour chaque collectivité distinctement. Si le Conseil constitutionnel constate que leur part n'est pas inférieure à un certain seuil (distinct pour chaque catégorie de collectivités), le législateur peut redistribuer sans difficulté, par un mécanisme de péréquation, une fraction d'une ressource propre d'une catégorie de collectivité au sein de cette même catégorie de collectivités.¹⁶⁶⁷

Plusieurs enseignements peuvent être tirés. D'abord, la liberté d'administration n'est pas la seule disposition constitutionnelle qui puisse être invoquée par les collectivités territoriales au titre des droits et/ou garanties constitutionnelles accordés par la Constitution française. Ensuite, cette possibilité met le Conseil dans une position délicate car, entre le contrôle de proportionnalité et celui d'opportunité, la frontière est mince. Estimant à raison ne pas avoir la même légitimité et compétence que le Parlement pour juger de l'intérêt

¹⁶⁶⁴ Loi organique n° 2004-758 du 29 juillet 2004 *prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*.

¹⁶⁶⁵ CC, Déc. n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Rec., p. 116. L'article LO 1114-3 du CGCT reprend, dans son dernier alinéa, cette exigence: «Pour chaque catégorie, la part des ressources propres ne peut être inférieure au niveau constaté au titre de l'année 2003.»

¹⁶⁶⁶ CC, Déc. 2012-255/265 *QPC*, 29 juin 2012, *Départements de la Seine-Saint-Denis et du Var*, cons. 9

¹⁶⁶⁷ Idem, cons. 6: « Il ressort de la combinaison des dispositions des trois premiers alinéas de l'article 72-2 de la Constitution et l'article L.O. 1114-2 CGCT que les recettes fiscales qui entrent dans la catégorie des ressources propres des collectivités territoriales s'entendent, au sens de l'article 72-2 de la Constitution, du produit des impositions de toutes natures non seulement lorsque la loi autorise ces collectivités à en fixer l'assiette, le taux ou le tarif ou qu'elle en détermine, par collectivité, le taux ou une part locale d'assiette, mais encore lorsqu'elle procède à une répartition de ces recettes fiscales au sein d'une catégorie de collectivités territoriales.

général¹⁶⁶⁸, ses positions réservées lui valent le feu d'une certaine critique, et particulièrement des élus locaux qui lui reprochent de ne pas définir le seuil en deçà duquel toute nouvelle suppression de recettes fiscales serait considérée comme une entrave à la libre administration. Il semble qu'il faut s'en tenir pour l'instant à l'erreur manifeste d'appréciation.

D'une manière générale, l'impression est que la part des ressources propres, et parmi elles les rentrées fiscales, dans l'ensemble des ressources des entités territoriales chiliennes comme françaises diminuent.¹⁶⁶⁹

b) Les autres limites à l'obtention de ressources propres

Des compensations financières de transferts de compétences limitées

Le principe de la compensation des transferts de compétences existe dans les deux pays. Son inscription -désormais à l'article 72-2 alinéa 4¹⁶⁷⁰ de la Constitution française- en fait pour le Conseil constitutionnel un droit constitutionnellement garanti qui lui permettrait d'exercer éventuellement un contrôle minimum de proportionnalité, protection dont il ne jouit pas au Chili, puisqu'il n'apparaît que dans la loi organique¹⁶⁷¹.

Au plan normatif, les solutions ne sont pas toujours claires et définitives quant au(x) mécanisme(s) de compensation financière. Doivent-ils être prévus et déterminés par la loi et exécutés par voie réglementaire ou les lois de transfert de compétence peuvent-elles simplement renvoyer au pouvoir réglementaire leur mise en œuvre? La question est d'importance car il s'agit de savoir qui va déterminer le régime juridique (les critères donc)

¹⁶⁶⁸ « Si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général. Le prélèvement sur les recettes fiscales des communes prévu (...) n'a pas pour effet de réduire les ressources globales des communes ni de diminuer leurs ressources fiscales au point de porter atteinte à leur libre administration », CC, Déc. n° 2012-660 DC du 17 janvier 2013, *Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social*, cons. 15, 16, 20 et 21.

¹⁶⁶⁹ Certains parlant même d'un véritable démantèlement de la fiscalité locale française, dont la part dans les ressources globales (hors emprunt) a été réduite à 36% pour les régions, 43% pour les départements et 48% pour les communes, ces dernières années. Rapport n°33 (2000-2001) de M. P. GÉLARD, fait au nom de la commission des lois, déposé le 18 octobre 2000.

¹⁶⁷⁰ « Tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi ».

¹⁶⁷¹ Ley N° 18.695 (LOCMU), Art. 5°, al. 5 : "Cualquier nueva función o tarea que se le asigne a los municipios deberá contemplar el financiamiento respectivo".

des compensations financières et leur niveau de protection. Par ailleurs, doivent être prises en compte également les compensations, non pas seulement des transferts de compétences, mais des créations et extensions de compétences.

La majorité des transferts de compétences aux municipalités chiliennes comme aux collectivités territoriales françaises sont insuffisamment compensées. De plus, les recettes transférées ont tendance à augmenter moins vite que les charges transférées. En France, a été instituée une Commission consultative des transferts de charges (CCTC), une formation restreinte du Comité des finances locales, qui doit être consultée « pour chaque transfert de compétences [...] sur l'évaluation des charges » financières nouvelles qui en résulte, en vue de leur compensation.¹⁶⁷²

Quoi qu'il en soit, cette situation a pour conséquence de rendre nécessaire l'intervention de l'État dans la gestion de compétences qu'il a décentralisées, notamment par la technique des fonds de péréquation.

Les fonds de péréquation

Même si les mécanismes de péréquation financière sont parfois présentés comme ayant pour objet de concilier le principe de liberté avec celui d'égalité, par une redistribution de recettes inégalement réparties à l'échelle du territoire national, c'est le second de ces principes qui en est le fondement. Les fonds de péréquation ont pour objet de remédier aux inégalités entre entités territoriales, lesquelles se sont souvent accrues du fait de la liberté ou l'autonomie octroyée.

En ce sens, toutes les Constitutions modernes affichent un principe de solidarité minimum¹⁶⁷³ - exigé par l'intérêt général et la prévention des explosions sociales – ou le constitutionnalisent directement moyennant le principe des fonds de péréquation¹⁶⁷⁴ mais là encore c'est à la loi de les mettre en œuvre.

¹⁶⁷² Voir sa composition, art. L. 1211-4-1 CGCT.

¹⁶⁷³ Art. 115 al. 1 CPR: “.- Para el gobierno y administración interior del Estado a que se refiere el presente capítulo se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos.”

¹⁶⁷⁴ Art. 72-2 al. 5 Constitution française: «La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales.» pour la France. Et pour le Chili: art 115 al. 2: “la Ley de Presupuestos de la Nación (...) contemplará una proporción del total de los gastos de inversión pública que determine, con la denominación de fondo nacional de desarrollo regional” et Art. 122: « Una ley orgánica

Si leur importance est distincte selon les pays, au Chili et en France les fonds de péréquation représentent de l'ordre de 30% des ressources des entités territoriales.¹⁶⁷⁵

Le scénario le plus inquiétant est, au-delà de la dépendance des municipalités chiliennes envers le FCM, la dépendance de la majorité des municipalités envers les dotations reçues du Fond National de Développement Régional (FNDR) qui leur sont donc distribués par les gouvernements régionaux, organes dirigés par l'agent de confiance du président de la république.

Les tensions habituelles entre liberté et égalité n'échappent pas au domaine des entités territoriales et sur ce point la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas très claire pour l'instant. En effet, il a pu juger dans un premier temps que le principe de péréquation posé par l'article 72-2 dernier alinéa ne figure pas au nombre des droits ou libertés que la Constitution garantit¹⁶⁷⁶ et, dans un second temps, que les règles fixées par la loi sur le fondement de cette disposition constitutionnelle ne doivent pas restreindre les ressources des collectivités territoriales au point de dénaturer le principe de libre administration de ces collectivités, tel qu'il est défini par l'article 72 de la Constitution.¹⁶⁷⁷

Enfin, les possibilités d'emprunts sont nulles au Chili et très encadrées en France, les temps de crise favorisant une reprise en main par l'État.

2. Principe et limites à la liberté d'utilisation des ressources

En premier lieu, le juge constitutionnel français a attribué la qualification de droit constitutionnellement garanti, de façon implicite, au principe de la libre disposition de leurs ressources par les collectivités territoriales¹⁶⁷⁸ consacré à l'alinéa 1^{er}¹⁶⁷⁹ de l'article 72-2 de la Constitution. L'article 122 de la Constitution chilienne évoque l'autonomie des municipalités pour l'administration de leurs finances, mais à ma connaissance il n'y a pas eu de conflit sur ce point.

constitucional contemplará un mecanismo de redistribución solidaria de los ingresos propios entre las municipalidades del país con la denominación de fondo común municipal. Las normas de distribución de este fondo serán materia de ley.”

¹⁶⁷⁵ Cependant 90% des municipalités et toutes les régions chiliennes en dépendent vitalement.

¹⁶⁷⁶ CC, Déc. n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre [Instruction CNI et passeports]*, cons. 5.

¹⁶⁷⁷ CC, Déc. 2012-255/265 QPC, op. cit, cons. 7.

¹⁶⁷⁸ CC, Déc. n°2011-149 QPC, op. cit.

¹⁶⁷⁹ «Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi.»

Ensuite, la liberté financière de l'article 72-2 de la Constitution française autorise les collectivités à décider des modalités selon lesquelles elles accordent une subvention¹⁶⁸⁰, possibilité que ne connaissent pas les entités chiliennes.

Par ailleurs, les limites peuvent provenir des dépenses obligatoires imposées par le législateur ou le pouvoir exécutif. C'est un fait que l'inscription obligatoire de telles dépenses dans les budgets territoriaux réduit par là même leur –déjà- faible autonomie budgétaire.¹⁶⁸¹ Ici encore, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution française, le législateur peut définir des catégories de dépenses obligatoires pour une collectivité territoriale, mais à condition qu'elles soient définies avec précision quant à leur objet et à leur portée.¹⁶⁸² S'agissant du Chili, les budgets des régions comme des municipalités sont strictement encadrés par leur loi organique respective et la loi organique financière de l'Etat.

Enfin, il est certain que les prélèvements obligatoires au titre des fonds de péréquation (cf. supra) ont pour conséquence de limiter la marge de manœuvre des collectivités visées, mais là encore l'intérêt général prime. Sur ce point, l'usage des ressources par les municipalités chiliennes non seulement est contrôlée par la *Contraloría General de la República*¹⁶⁸³, mais elles doivent également rendre compte à la SUBDERE de leurs passifs accumulés¹⁶⁸⁴ – laquelle tiendra la *Contraloría* informée semestriellement -

¹⁶⁸⁰ CC, Déc. n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011, *Département des Landes [Aides publiques en matière d'eau potable ou d'assainissement]*, cons. 5 : « 5. Considérant que, par la disposition contestée, le législateur a entendu interdire aux collectivités territoriales, et notamment aux départements, de moduler les aides allouées aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement en fonction du mode de gestion du service en cause ; que cette interdiction de moduler les subventions, selon le mode de gestion du service d'eau potable et d'assainissement, restreint la libre administration des départements au point de méconnaître les articles 72 et 72-2 de la Constitution.

¹⁶⁸¹ V. PHILIP, L., « Les garanties constitutionnelles du pouvoir financier local », *RFDA*, mai-juin 1992, p. 460.

¹⁶⁸² CC, Déc. n° 90-274 DC, 29 mai 1990 *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*: « si le législateur est compétent pour définir les catégories de dépenses qui revêtent pour les collectivités territoriales un caractère obligatoire (...), toutefois les obligations ainsi mises à la charge d'une collectivité territoriale doivent être définies avec *précision* quant à leur *objet* et à leur *portée* et ne sauraient *méconnaître la compétence propre* des collectivités territoriales ni *entraver leur libre administration* ».

¹⁶⁸³ Art. 51 à 55 LOCMU.

¹⁶⁸⁴ LOCMU, art. 27: « La unidad encargada de administración y finanzas tendrá las siguientes funciones

c) Informar trimestralmente al concejo sobre el detalle mensual de los pasivos acumulados desglosando las cuentas por pagar por el municipio y las corporaciones municipales. Al efecto, dichas corporaciones deberán informar a esta unidad acerca de su situación financiera, desglosando las cuentas por pagar.

d) Mantener un registro mensual, el que estará disponible para conocimiento público, sobre el desglose de los gastos del municipio. En todo caso, cada concejal tendrá acceso permanente a todos los gastos efectuados por la municipalidad.

ainsi que de l'usage des fonds perçus au titre du fond de péréquation municipal (art. 13, c LOCMU), des apports du gouvernement régional (art. 13 b LOCMU) ou directement du budget de l'État.

Conclusion du chapitre 7

Les entités territoriales ont acquis une certaine autonomie organique, voire une garantie relative d'exister mais ceci ne les soustrait pas à leur dépendance fonctionnelle à l'égard du pouvoir central qui définit leurs missions et leurs moyens.

Si on relève des domaines de compétences permettant d'exercer une autonomie (ou libre administration) garantie constitutionnellement plus restreints au Chili qu'en France, on ne peut que constater –dans les deux cas – que beaucoup d'autres garanties qui apparaissent nécessaires pour une décentralisation minimum (pouvoir réglementaire territorial, pouvoir fiscal minimum, libre disposition des ressources locales, compensation des transferts de charge et péréquation financière) sont neutralisées par le caractère unitaire des États étudiés.

Même si les effets tardent à se faire sentir, nul doute que les nouvelles procédures d'accès au juge constitutionnel (QPC et INA) constituent une évolution importante. On est surpris d'ailleurs du faible usage qu'en font les entités territoriales chiliennes dont les autorités n'ont peut-être pas perçu toutes les possibilités, notamment pour contester les compensations financières ou les péréquations assurées par l'Etat.

Dans l'attente de l'instauration d'une voie de recours permettant aux collectivités d'accéder directement au juge constitutionnel, les entités territoriales ont un rôle actif à jouer pour la protection effective des règles fondamentales qui garantissent leur autonomie administrative et financière.

e) Remitir a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, en el formato y por los medios que ésta determine y proporcione, los antecedentes a que se refieren las letras c) y d) precedentes. Dicha Subsecretaría deberá informar a la Contraloría General de la República, a lo menos semestralmente, los antecedentes señalados en la letra c) antes referida.

f) El informe trimestral y el registro mensual a que se refieren las letras c) y d) deberán estar disponibles en la página web de los municipios y, en caso de no contar con ella, en el portal de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo en un sitio especialmente habilitado para ello.”

Chapitre 8. La permanence des contrôles de l'État sur ses entités territoriales

La fonction de contrôle de l'Administration peut être justifiée, entre autres, par l'intérêt général sur les intérêts particuliers et communautaires, par l'égalité devant la loi, ou encore par les exigences d'un régime démocratique de gouvernement¹⁶⁸⁵.

Les contrôles que l'Etat exerce sur les entités territoriales trouvent, quant à eux, un fondement supplémentaire dans l'exigence du maintien d'une unité minimum de l'ordre juridique national¹⁶⁸⁶ ou, si l'on veut mettre l'accent sur les droits de chacun, «dans la nécessité d'assurer la continuité d'une vie juridique régulière»¹⁶⁸⁷.

Les modalités sont des plus diverses, elles peuvent se combiner et sont difficilement synthétisables tant les éléments à prendre en compte sont nombreux¹⁶⁸⁸, et leurs exceptions ou aménagements non moindres. Elles sont propres à chaque pays et aux logiques et techniques normatives (constitutionnelles, législatives et réglementaires) à l'œuvre.

L'analyse comparée d'un certain nombre de grands systèmes juridiques permet de dégager trois caractéristiques ou tendances.

D'abord, quelle que soit la forme de l'Etat, il existe toujours¹⁶⁸⁹ un contrôle de légalité des actes des entités territoriales dont les modalités peuvent être définies au niveau central (cas du Chili et de la France), ou fédéré¹⁶⁹⁰ et régional (ou «autonomique»)¹⁶⁹¹,

¹⁶⁸⁵ SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 15. "el control es de la esencia y está íntimamente vinculado a un régimen democrático de gobierno. Bien podríamos expresar que no hay democracia sin control, ni control sin democracia. En efecto, así como para que el control se perfeccione y desarrolle en su amplio sentido es menester la existencia de un sistema que implique garantía de respeto e independencia de su gestión; así también para la acción de las esferas políticas y administrativas de un Estado importe garantía de que ese actuar no caerá en los límites de la arbitrariedad, es necesario un control jurídico fuerte, sereno, eficaz, objetivo e independiente."

¹⁶⁸⁶ Car, «la décentralisation ne peut exister dans un ordre juridique donné que sous la condition d'un minimum de centralisation, c'est-à-dire d'unité. » KELSEN, H. Cité par EISENMANN, CH., *Centralisation et décentralisation*, LGDJ, 1948, p. 161.

¹⁶⁸⁷ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. n° 784, p. 600.

¹⁶⁸⁸ Pour être exhaustif, il faudrait prendre en compte comme critères d'étude des contrôles: leur nombre, leur nature, les actes contrôlés, les normes de référence, le moment des contrôles, la nature des organes de contrôle, les titulaires du droit de recours, l'intensité des contrôles, les conditions tenant à l'intérêt à agir, les moyens invocables, les effets des recours, les pouvoirs du juge, les possibilités d'appel ou cassation, etc. L'ensemble mériterait certainement une thèse propre aux contrôles.

¹⁶⁸⁹ Dans ce sens, SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. V.3 El control público*, Editorial Jurídica de Chile, 1^a ed., 1994, p. 101: "Es el caso de los Estados, Regiones y Municipios como entidades territorialmente descentralizadas. El control ha de extenderse también a ellos, porque el principio es que ningún organismo de administración quede al margen de él".

¹⁶⁹⁰ En Allemagne par exemple, le droit local est de la compétence des *Länder*.

¹⁶⁹¹ Ceci est également applicable aux autorités écossaises, irlandaises et galloises en ce qui concerne les actes locaux en vertu du processus de *devolution*. Mais pas à l'Angleterre qui reste centralisée sur ce point.

rapprochant encore plus ces deux dernières formes d'État¹⁶⁹². Dans les deux derniers cas, le contrôle de légalité de l'Etat sur les régions ou du gouvernement fédéral sur les États fédérés est remplacé par un contrôle de constitutionnalité, exceptions faites des illégalités portant atteinte aux intérêts supérieurs de la collectivité nationale.¹⁶⁹³

Ensuite, s'agissant des entités territoriales ne jouissant pas de compétences législatives, la tendance est à la généralisation des contrôles *a posteriori*. L'absence de contrôle *a priori* des actes a pour contrepartie, compte tenu de la variété des traditions juridiques et des organisations administratives des États considérés, une non moins grande diversité des modalités et du contenu des contrôles qui sont mis en œuvre. Cependant, là aussi une tendance se dessine, celle de la disparition du contrôle d'opportunité au bénéfice des seuls contrôles de légalité.¹⁶⁹⁴

Enfin, à de rares exceptions près, il existe en dernier recours un contrôle juridictionnel des actes des entités territoriales. Ainsi, les contrôles peuvent être seulement administratifs¹⁶⁹⁵ ou seulement juridictionnels - comme dans le cas de l'Italie¹⁶⁹⁶, ce qui laisserait penser *a priori* que le système chilien se rapproche de ce dernier - ou mixtes, c'est-à-dire combinant l'administratif et éventuellement le juridictionnel, comme en France ou en Espagne¹⁶⁹⁷.

¹⁶⁹² FOUGEROUSE, J., « La révision constitutionnelle du 18 octobre 2001 : l'évolution incertaine de l'Italie vers le fédéralisme », *RIDC*, Vol. 55 N°4, Octobre-décembre 2003, pp. 923-961.

¹⁶⁹³ Par exemple, en Italie, depuis la révision constitutionnelle du 18 octobre 2001 : « lorsqu'une loi régionale excède la compétence régionale, le Gouvernement peut promouvoir la question de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle dans les soixante jours de sa publication » Art. 127 al. 1 Constitution italienne.

¹⁶⁹⁴ Dans le même sens : SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. V.3 El control público*, Editorial Juridica de Chile, 1^a ed., 1994, p. 101.

¹⁶⁹⁵ On pense ici au cas de l'Allemagne où les lois des *Länder* confient le contrôle des actes des collectivités locales aux autorités administratives de tutelle du *Land*.

¹⁶⁹⁶ Aucun contrôle administratif de légalité n'existe plus en Italie, les actes des entités locales étant soumis au contrôle de la juridiction administrative dans les conditions du droit commun. Cependant, le Gouvernement italien et la région disposent d'un pouvoir de substitution sur les actes des provinces et des communes. Pour le premier, ce pouvoir est identique à celui qu'il exerce sur les actes des régions en cas de non respect des normes et traités internationaux, des règles communautaires, d'un grave péril pour la sécurité publique ou encore pour préserver l'unité juridique ou économique, en particulier la sauvegarde des niveaux essentiels des prestations qui concernent les droits civils et sociaux. Pour les secondes, il peut s'exercer, dans les matières qui relèvent de leur compétence, en cas d'abstention des provinces ou des communes, sous réserve que ce pouvoir soit exercé par un organe de la région ou mis en œuvre sur la base d'une décision d'un tel organe.

¹⁶⁹⁷ En vertu de l'article 56 de la *LRBRL* et des articles 208 et 196 du décret royal n° 2568 du 28 novembre 1986, une copie des actes des entités locales, qui sont immédiatement exécutoires, doit être remise au représentant de l'État et à l'administration de la communauté autonome dans les six jours suivant leur adoption. Lorsqu'ils estiment qu'un acte est entaché d'illégalité, l'État et la communauté peuvent en application des articles 65 de la *LRBRL* et 215 du décret n° 2568 précités :

Par ailleurs, les normes de référence des contrôles administratifs et/ou juridictionnels se rapprochent également, délaissant le simple contrôle de légalité *stricto sensu* pour s'élargir aux normes constitutionnelles voire internationales¹⁶⁹⁸, en tous cas au respect des droits fondamentaux.

Si une présentation exhaustive des systèmes de contrôle chilien et français serait fastidieuse, on peut dégager les traits caractéristiques de ces modalités à partir de la fonction que leur assigne l'ordonnancement juridique, c'est-à-dire leur nature (Section 1). Mais les contrôles sur les entités territoriales ne se limitent pas au contrôle sur les actes et comprend bien – contrairement aux « idéaux » de la décentralisation – des contrôles sur les organes (Section 2).

L'analyse juridique des contrôles administratifs¹⁶⁹⁹ pesant sur les actes des entités décentralisées montre l'état de décentralisation d'un système juridique et permet d'aller au-delà des qualificatifs donnés par les constituants et législateurs, bref au-delà des discours politiques qui ne se soucient parfois guère de précisions terminologiques. Malgré les discours décentralisateurs, l'emprise étatique sur les collectivités territoriales persiste.

Section 1. Nature(s) juridique(s) des contrôles de l'État sur les actes des entités territoriales

L'affirmation selon laquelle «la permanence du contrôle de légalité constitue la marque du caractère unitaire de l'État et trace la frontière entre décentralisation et

-
- dans les quinze jours suivant la réception de cet acte enjoindre, par un acte motivé précisant la norme réputée violée, à l'entité locale qui en est l'auteur de procéder à son annulation dans le délai d'un mois et à défaut saisir la juridiction administrative dans les deux mois suivant l'expiration de ce délai ;
 - saisir directement la juridiction administrative sans demander l'annulation de l'acte par son auteur, dans les deux mois suivant la transmission de l'acte ou à défaut dans les délais du recours contentieux.

¹⁶⁹⁸ Dans les deux systèmes juridiques, les juridictions ordinaires et/ou administratives sont appelées à exercer un contrôle de conventionalité des actes administratifs. Selon la CJUE, les collectivités territoriales sont tenues de respecter le droit de l'Union, de le mettre en œuvre (CJCE, 10 avril 1984, *Von Clon et Kamann*, point 26) et d'écarter les normes nationales contraires (CJCE 22 juin 1989, *Costanzo*. Dans ce dernier sens v. CE, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire et Rassemblement des opposants de la chasse* à propos de l'obligation d'écarter une loi non conforme à une directive).

¹⁶⁹⁹ Ces contrôles administratifs faisant l'objet d'un contrôle juridictionnel, les particularités éventuelles de ce dernier (par exemple le déféré préfectoral en France ou les recours pour illégalité municipaux et régionaux au Chili) seront mentionnées de manière incidente dans le corps du texte. En effet, ce qui nous intéresse ici, ce ne sont pas tant les recours offerts aux particuliers que les contrôles des institutions étatiques centrales sur les entités décentralisées.

fédération»¹⁷⁰⁰ doit être précisée. La doctrine française, pour le moins, est quasi unanime pour reconnaître au contrôle de l'État sur les collectivités territoriales l'un des critères distinguant l'État unitaire, même décentralisé, de l'État fédéral.¹⁷⁰¹ D'autres sont moins radicaux et s'ils ne l'affirment pas explicitement, ils ne le réfutent pas non plus. Ainsi, MM. RIVERO et WALINE soulignent que «la décentralisation n'exclut pas, à la différence du fédéralisme, le contrôle de l'État»¹⁷⁰². Le contrôle des actes administratifs territoriaux découle certes de la forme unitaire de l'État, mais celle-ci n'implique pas *ipso facto* un contrôle par (ou déclenché par) le pouvoir exécutif. Celui-là peut relever des juridictions, du moment que les modalités de recours sont correctement organisées et qu'elles fonctionnent.¹⁷⁰³

Les dispositions de droit positif des deux pays étudiés ne se prêtent pas *a priori* à une analyse facile, encore moins à une synthèse (§ 1). La théorie de la tutelle, initialement développée pour expliquer la décentralisation et le contrôle sur les entités territoriales, ne correspondrait plus au droit positif. En fait, ce sont plutôt les modalités du contrôle de tutelle administrative qui ont évolué mais l'institution n'a pas disparu. Les principes de l'institution demeurent (§ 2).

§ 1. Les dispositions de droit positif chiliennes et françaises

Conformément à la tendance générale en droit comparé, le système français a instauré un contrôle *a posteriori* qui s'applique, par principe, de manière uniforme à l'ensemble des collectivités territoriales (A). À l'opposé, le système chilien semble caractérisé par une dualité des contrôles, selon le type d'entité territoriale dont il s'agit (B).

A. Le principe de l'uniformité du contrôle administratif a posteriori français

Parmi les différents articles de la Constitution française qui se réfèrent aux collectivités territoriales, seul l'article 72 al. 6 traite spécifiquement de leur contrôle. Les

¹⁷⁰⁰ COUINTET-HAUTIER, C., « La mise en œuvre de la décentralisation », in PAVIA, M.-L., *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain?*, op. cit. p. 75.

¹⁷⁰¹ Par exemple : FLOGAÏTIS, S., *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, LGDJ, 1979, p. 22 « la collectivité décentralisée est soumise au contrôle de l'État central, fait inexistant dans le cas fédéral ».

¹⁷⁰² RIVERO, J. et WALINE, J., *Droit administratif*, 15^e éd., Précis Dalloz, Droit public, 1994, n° 325, p. 272.

¹⁷⁰³ L'exigence d'une information correcte et suffisante des citoyens des actes pris par les autorités locales, de leur droit à les contester et des voies de droit, est ici fondamentale.

prérogatives du représentant de l'Etat découlent du principe d'égalité devant la loi et d'indivisibilité de la République. La libre administration des collectivités territoriales ne saurait remettre en cause l'unité de l'ordre juridique. Aussi, un certain nombre de dispositifs de contrôle ont-ils été prévus par le législateur afin de prévenir ou de sanctionner le non-respect des lois et des règlements nationaux. Malgré son uniformité de principe, le contrôle de légalité du représentant de l'État (1) présente des formes alternatives, notamment en matière d'urbanisme et concernant certains actes des collectivités d'outre-mer (2).

1. Les caractères du contrôle administratif de droit commun

L'article 72 al. 6 de la Constitution française énonce que « dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois. ». Ce contrôle administratif est un contrôle de légalité *a posteriori* qui a remplacé - textuellement- la tutelle administrative *a priori*, et qui peut déboucher sur une saisine du juge administratif qui examinera dès lors le bien-fondé de la demande d'annulation de l'acte.

Celui-ci se rapproche du classique recours pour excès de pouvoir, dont il n'est finalement qu'une variante. Selon R. CHAPUS, « le déféré est lui-même un recours pour excès de pouvoir qui ne présente de particularités que dans la mesure où la loi déroge au droit commun »¹⁷⁰⁴. Sa particularité principale est qu'il a été prévu en remplacement du contrôle de tutelle qu'exerçait le préfet et reste donc principalement un outil de contrôle de l'État sur les collectivités territoriales.

La loi du 2 mars 1982¹⁷⁰⁵, en supprimant¹⁷⁰⁶ la tutelle administrative sur les collectivités locales, a(urait¹⁷⁰⁷) ainsi remplacé le procédé de tutelle¹⁷⁰⁸ par ce contrôle de légalité.

¹⁷⁰⁴ CHAPUS, R., *Droit administratif général*, T 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001, n° 999.

¹⁷⁰⁵ Modifiée par la loi du 22 juillet 1982 suite à la décision du Conseil constitutionnel: CC. Décision n° 82-137 DC, du 25 février 1982, *Lois de décentralisation*, Rec., p. 38

¹⁷⁰⁶ C'est le titre du *Chapitre Ier : Suppression de la tutelle administrative* du *Titre Ier : Des droits et libertés de la commune* de la loi du 2 mars 1982.

¹⁷⁰⁷ REGOURD, S., «La prétendue suppression de la tutelle», *Rev. Adm.*, 1982, p. 613

¹⁷⁰⁸ Sur la tutelle, voir les travaux incontournables de MASPETIOL, R. ET LAROQUE, P., *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930; MELLERAY, G., *La tutelle de l'État sur les communes*, Sirey,

Par sa décision n° 82-137 DC, du 25 février 1982, le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle du contrôle administratif de légalité du représentant de l'État. Mais le Conseil constitutionnel a considéré que le préfet devait avoir connaissance de l'acte avant que celui-ci ne devienne exécutoire au nom des «prérogatives de l'Etat». Prévoir que les actes des collectivités territoriales seraient exécutoires de plein droit «avant même leur transmission au représentant de l'Etat, c'est-à-dire alors qu'il n'en connaît pas la teneur et n'est donc pas en mesure de saisir la juridiction administrative d'un recours assorti d'une demande éventuelle de sursis à exécution»¹⁷⁰⁹, était inconstitutionnel. La loi du 22 juillet 1982 a donc précisé les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des collectivités territoriales qui, désormais, ne deviennent exécutoires qu'à la double condition d'avoir été publiés et transmis au représentant de l'Etat.¹⁷¹⁰

L'utilisation des termes «contrôle administratif» serait plus à même d'exprimer la suppression d'un certain nombre de pouvoirs contraignants –symboles de la tutelle– par lesquels le préfet agissait directement sur les actes locaux (annulation, approbation, autorisation, substitution¹⁷¹¹), au profit d'un contrôle de légalité strictement *a posteriori* qui lui permet seulement de déférer au tribunal administratif les actes administratifs qui lui paraissent illégaux¹⁷¹². Ce principe est tempéré par deux exceptions : les référendums locaux¹⁷¹³ et les actes pris au titre des expérimentations- dérogations normatives¹⁷¹⁴ sont

Bibliothèque des collectivités locales, 1981 ; REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1982.

¹⁷⁰⁹ CC. Décision n° 82-137 DC, du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, Rec., p. 38, cons. 6.

¹⁷¹⁰ Sur les dérogations apportées à cette obligation de transmission pour rendre exécutoires certains actes, cf. infra section 2.

¹⁷¹¹ Cependant pour le contrôle budgétaire comme en matière de police, les lois de décentralisation ont maintenu un pouvoir de substitution du préfet. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a jugé à plusieurs reprises que l'instauration d'un pouvoir de substitution du préfet n'était pas contraire à la libre administration des collectivités territoriales en matière de blocage des organes décisionnels locaux. V. CC, Décisions n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*, cons. 11 à 13 ; n° 87-241 DC du 19 janvier 1988, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 7 ; et n° 2007-559 DC du 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*, cons. 17 à 19. D'une manière générale, la tutelle n'a pas été supprimée en matière d'urbanisme ou d'environnement pour lesquelles demeurent des pouvoirs d'approbation ou de substitution.

¹⁷¹² Cf. infra les développements sur l'opportunité du déféré.

¹⁷¹³ Art. LO1112-3 CGCT : «...l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale, par une même délibération, détermine les modalités d'organisation du référendum local, fixe le jour du *scrutin*, qui ne peut intervenir moins de deux mois après la transmission de la délibération au représentant de l'Etat, convoque les électeurs et précise le projet d'acte ou de délibération soumis à l'approbation des électeurs.

soumis au principe du contrôle *a priori* du préfet, manifestant la méfiance ou du moins le souci de contrôler une autonomie normative naissante.

2. Les contrôles sur les Collectivités d’Outre-mer (COM)

La possibilité pour l'assemblée délibérante des territoires d'outre-mer d'adopter des délibérations dans des matières qui correspondent, en métropole, à des matières relevant du domaine de la loi, est reconnue par le Conseil constitutionnel depuis 1965.¹⁷¹⁵

Cependant, le Constituant décide de ne pas se référer pour ces collectivités aux « lois du pays » de Nouvelle-Calédonie visée par l'article 77 de la Constitution et relevant d'un contrôle éventuel du Conseil constitutionnel.¹⁷¹⁶ La crainte de fournir un argument normatif à d'éventuelles revendications indépendantistes nouvelles, explique sans doute en partie la position du constituant.

En conséquence, si ces délibérations sont législatives *rationae materiae*, elles demeurent formellement des actes administratifs et sont donc soumises au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Mais du fait de la catégorie particulière de délibérations dont il s'agit

L'exécutif de la collectivité territoriale transmet au représentant de l'Etat dans un délai maximum de huit jours la délibération prise en application de l'alinéa précédent.

Le représentant de l'Etat dispose d'un délai de dix jours à compter de la réception de la délibération pour la déférer au tribunal administratif s'il l'estime illégale. Il peut assortir son recours d'une demande de suspension.

Le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué par lui statue dans un délai d'un mois, en premier et dernier ressort, sur la demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué ou du projet de délibération ou d'acte soumis à référendum.

Lorsque la délibération organisant le référendum local ou le projet de délibération ou d'acte soumis à référendum est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué par lui en prononce la suspension dans les quarante-huit heures.»

¹⁷¹⁴ CGCT, art. LO1113-3: «Les actes à caractère général et impersonnel d'une collectivité territoriale portant dérogation aux dispositions législatives mentionnent leur durée de validité. *Ils font l'objet, après leur transmission au représentant de l'Etat, d'une publication au Journal officiel de la République française. Leur entrée en vigueur est subordonnée à cette publication*» et art. LO1113-4 : « *Le représentant de l'Etat peut assortir un recours dirigé contre un acte pris en application du présent chapitre d'une demande de suspension ; cet acte cesse alors de produire ses effets jusqu'à ce que le tribunal administratif ait statué sur cette demande. Si le tribunal administratif n'a pas statué dans un délai d'un mois suivant sa saisine, l'acte redevient exécutoire.* »

¹⁷¹⁵ CC, Déc. n° 65-34 DC, du 2 juillet 1965, *Nature juridique des articles 1^{er}, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce.*

¹⁷¹⁶ En vertu des articles 104 et 105 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, prise pour l'application des Accords de Nouméa, les « lois du pays » de Nouvelle-Calédonie sont des actes qui peuvent, après avoir fait l'objet d'une nouvelle délibération, être déférés avant publication au Conseil constitutionnel qui dispose d'un délai de trois mois pour statuer.

– le caractère législatif des matières – l'article 74¹⁷¹⁷ autorise qu'une loi organique puissent prévoir un contrôle spécial ressortissant directement du Conseil d'État.¹⁷¹⁸

En comparaison avec le principe de l'uniformité du contrôle en France (et ses quelques exceptions), le système chilien se caractérise par des dispositions radicalement différentes selon qu'il s'agisse des régions ou des municipalités.

B. La dualité des contrôles sur les régions et municipalités chiliennes

La Constitution chilienne contient plusieurs dispositions qui intéressent directement ou indirectement les contrôles sur les entités territoriales. Ceux-ci diffèrent sur la forme et sur le fond – l'intensité du contrôle – selon la conception de la décentralisation que le système étudié se propose d'établir. Ainsi, contrairement à la tendance générale en droit comparé, il est maintenu un contrôle préventif sur les actes des régions (1). Et, dans un système approchant celui de l'Italie, les municipalités se voient exonérer par les textes de tout contrôle administratif de légalité (2).

1. Le contrôle préventif sur les régions

Les règlements régionaux sont soumis au contrôle préventif ou préalable de juridicité¹⁷¹⁹ de la *Contraloría General de la República*, qui prend la forme de la «*toma de razón*», et doivent se conformer aux normes constitutionnelles, légales et aux décrets du Président de la République.¹⁷²⁰ Ce contrôle juridique mais non juridictionnel - la *Contraloría General de la República* n'est pas une juridiction - qualifié de «*légalité*»¹⁷²¹ en droit chilien est un contrôle qui se rapproche sur bien des aspects de la tutelle administrative¹⁷²². A la différence d'un contrôle *a posteriori*, les actes soumis au contrôle

¹⁷¹⁷ Art. 74 al. 3, tirés 1 et 2 : « La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles: le Conseil d'État exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ;

¹⁷¹⁸ Voir: Loi organique n°2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

¹⁷¹⁹ C'est-à-dire un contrôle de légalité ou constitutionnalité de l'acte visé. Cf. Supra Chap. 1

¹⁷²⁰ Cf. Arts. 87 et 88 CPR, art. 16 d) LOCGAR, art. 10 LOCCGR n° 10.336 et resolución 520/1996 CGR.

¹⁷²¹ Mais la doctrine chilienne le qualifie également de contrôle administratif. CORDERO Q., E., «La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales», op. cit., p. 123.

¹⁷²² Cf. Infra § 2.

ne sont pas exécutoires de plein droit¹⁷²³ puisque l'acte ne peut produire d'effets si la *Contraloría* s'y oppose. Face à la décision de rejet pour « illégalité » de la part de la *Contraloría General de la República*, le gouvernement régional n'a aucune solution d'appel¹⁷²⁴ et ne peut que se conformer à celle-ci ou abandonner son projet étant donné qu'il ne peut pas insister comme cela est prévu pour les actes réglementaires du Président de la République.¹⁷²⁵ Si la situation à ma connaissance ne s'est pas posée, il semblerait logique qu'un membre du gouvernement régional puisse contester devant les tribunaux la décision de la *Contraloría General de la República*, étant donné que ses décisions sont des actes administratifs.

A ce titre, il est difficile de comprendre l'argumentation de la décision de la Cour suprême selon laquelle « *la toma de razón* constitue une fonction de caractère constitutionnel qui est de la compétence exclusive du *Contralor General*, raison pour laquelle elle ne peut être contestée par le moyen du recours de protection»¹⁷²⁶. On ne perçoit effectivement pas la relation logique, de cause à effet, entre le caractère réservé d'une compétence et le fait que son exercice ne puisse être contrôlé par les juridictions.

Ce contrôle préalable dénote le manque de confiance du constituant et du législateur chilien envers les gouvernements régionaux en ce qui concerne leur respect de la légalité mais également leur capacité et leur efficacité à gérer les affaires les concernant. Plus généralement, comme en France avant 1982, ce contrôle est réducteur de l'autonomie décisionnelle des régions puisqu'il s'exerce *a priori* et par un organe non juridictionnel, pouvant aller en pratique jusqu'au contrôle d'opportunité.

Mais, surtout, si elle ne fait pas de la *Contraloría General de la República* un organe de co-administration (même en cas de rejet de l'acte), elle en fait bien une autorité de tutelle puisque c'est par son approbation de la légalité de l'acte que celui-ci acquerra

¹⁷²³ Sans "toma de razón", "no es posible cumplir ninguna decisión del administrador, no cabe su aplicación; es más, su ejecución, en el supuesto que se pretenda hacerlo, acarrea por ese solo hecho la pérdida del empleo del funcionario ejecutor". SOTO, E., "La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría", in *Libro Homenaje a la Contraloría General*, Departamento de Derecho Público, Santiago de Chile, 1977, p. 174.

¹⁷²⁴ Art. 9 al. 4 LOCCGR: "Las resoluciones definitivas que, tanto en estas materias como en otras de su incumbencia, dicte el Contralor, no serán susceptibles de recurso alguno ante otra autoridad".

¹⁷²⁵ Cf. les articles 99 CPR, l'article 13 de la loi n° 10.336 LOCCGR, ainsi que la resolución 520/1996 CGR.

¹⁷²⁶ "El trámite de toma de razón constituye una función de carácter constitucional que es de uso exclusivo y excluyente del Contralor General, razón por la cual no puede ser impugnada a través de un recurso de protección" C.A. de Santiago, Rol N° 2.767-2006, confirmado por la C.S., Rol N° 5.057-2007.

validité juridique.¹⁷²⁷ Ainsi, de même que le préfet français avant 1982, la *Contraloría General de la República* - comme les autorités de tutelle traditionnelles – « édicte, ou participe à l'édiction, de normes modifiant l'ordonnement juridique et correspondant à l'exercice d'un pouvoir réglementé, c'est-à-dire soumis au droit et fondé sur une habilitation juridique ». ¹⁷²⁸ Par ailleurs, la *toma de razón* n'accorde aux actes normatifs des régions qu'une présomption de légalité qui peut être contesté devant les tribunaux.

Il faut conclure que les régions font l'objet d'un contrôle de tutelle administrative dans la tradition la plus classique¹⁷²⁹ dont la pesanteur pourrait déjà être assouplie en réduisant la liste des actes soumis au contrôle¹⁷³⁰.

Par ailleurs, s'il n'existe pas de déféré dans le style français qui est mis en œuvre par un représentant de l'Etat *a posteriori*, il existe un recours pour illégalité régional¹⁷³¹ qui peut être déclenché par toute personne contre des décisions qu'elle estime illégales et qui

¹⁷²⁷ Voir, contre ceci, l'opinion de VERGARA B., A.: "Se dice, por alguna jurisprudencia, que la toma de razón es un requisito esencial del acto administrativo para el cual se exige, de modo que el acto que no lo cumple carece de eficacia jurídica. Dicho acto no produciría efectos en la vida jurídica, aun cuando se haya notificado o publicado, requisitos que establece la LBPA para tales efectos. Es un trámite que, a nuestro juicio, no forma parte o no contribuye –por lo menos directamente– en la formación de la voluntad de la Administración contenida en el acto administrativo. Aún así, es considerado un requisito esencial de este último, y no como lo que realmente es: un requisito de legalidad del acto administrativo, que no puede provocar por sí mismo la falta de validez y eficacia del acto, pues su falta o ausencia en la tramitación de un acto que lo requiera sólo produce un vicio de ilegalidad del acto, lo que no genera directamente la falta de eficacia o validez del acto jurídico." VERGARA B., A., "El rol de contraloría general de la república: desde el control de legalidad a los nuevos estándares de buena administración", en *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, noviembre 2012, pp. 103-110. Cependant, s'agissant des actes des gouvernements régionaux, s'il s'agit bien d'une condition de légalité (externe pourrait-on dire), l'acte non revêtu de la « toma de razón » n'est pas exigible et les particuliers peuvent lui opposer ce défaut procédural. Il ne sera donc pas valide ou efficace juridiquement.

¹⁷²⁸ S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1982, p. 91, nbp. N° 14

¹⁷²⁹ Comme l'a noté un ex *Contralor General de la República* E. SILVA C., le contrôle de légalité "puede ser previo o a posteriori. En el primer supuesto, se trata de que el acto sea controlado antes de su ejecución y, por lo tanto, de que no llegue a ejecutarse si es ilegal. SILVA, E., "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, T. III, 1994, p. 46.

¹⁷³⁰ La propre *Contraloría General de la República*, sur la base de l'article 10 alinéa 5 de sa loi statutaire a émis la résolution n° 55 du 31 janvier 1992 par laquelle elle a établi la liste des décisions dont le contrôle de légalité préalable n'est pas nécessaire. L'article 7 al. 2 stipule: "El Contralor dispondrá por medio de resoluciones acerca de los asuntos que son de su incumbencia y que él determine en forma definitiva." Les résolutions du gouvernement régional ne sont pas incluses dans cette liste.

¹⁷³¹ Art. 108 LOCGAR: "Las resoluciones o acuerdos ilegales de los gobiernos regionales serán reclamables en conformidad a las reglas siguientes: a) Cualquier particular podrá reclamar ante el intendente contra las resoluciones o acuerdos que estime ilegales, cuando éstos afecten el interés general de la región o de sus habitantes. Este reclamo deberá entablarse dentro del plazo de treinta días hábiles, contado desde la fecha de publicación de la resolución o desde que se adoptó el acuerdo; b) El mismo reclamo podrán entablar ante el intendente los particulares agraviados, en los casos y dentro del plazo señalado en la letra a) precedente, evento en el cual el plazo se computará desde que el afectado fue notificado de la resolución o del acuerdo".

portent atteinte à l'intérêt général de la région ou de ses habitants. A l'instar du recours pour excès de pouvoir français, ce recours prévoit une phase administrative et contentieuse. La différence entre le recours français et chilien réside dans le caractère obligatoire du recours administratif préalable du second. En effet, ce recours spécifique contre les actes de la région ne peut être présenté devant le juge avant d'avoir épuisé les recours possibles -gracieux et hiérarchique -devant l'intendant. Ce recours peut donc être déclenché par une autorité publique- agissant à titre particulier- autre que l'intendant.

2. L'absence théorique de contrôle sur les municipalités

C'est la *Contraloría General de la República*, organisme constitutionnellement autonome qui exerce, en vertu de l'article 98¹⁷³² de la Constitution, un contrôle administratif préventif de légalité sur l'ensemble des actes de l'Administration. L'article 99 de la Constitution renvoie à la loi la définition des actes soumis à ce contrôle obligatoire ainsi que ses modalités¹⁷³³ et l'article 53 de la LOCMU les dispense de ce contrôle préventif de légalité. Dans le cas chilien, la déclaration de l'autonomie des municipalités empêchait de parler de contrôle de tutelle.

Il faut d'abord distinguer deux types d'organes autonomes en droit chilien.

Les organismes *sui generis*, qui prennent au Chili le nom d'organes autonomes non décentralisés, car ils ne jouissent pas de la personnalité juridique mais ne sont pas non plus soumis à des liens hiérarchiques ni aucun contrôle de tutelle¹⁷³⁴, et correspondent aux autorités administratives indépendantes (AAI) françaises. Comme elles, elles disposent d'une indépendance « organique » et d'une indépendance fonctionnelle, sont privées de la personnalité juridique¹⁷³⁵ et font partie de l'Administration. Certains organes autonomes

¹⁷³² Art. 98.- "Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva."

¹⁷³³ Art. 99.- "En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer."

¹⁷³⁴ C'est le cas de la *Contraloría General de la República* ou du Ministère public.

¹⁷³⁵ Il existe des exceptions à ce principe. Ainsi l'Autorité des marchés financiers (AMF), créée en 2003 et qualifiée par le législateur d' « autorité publique indépendante », dispose de la personnalité morale. De même au Chili, v. Ley N° 20.285 (D.O. 20.08.2008), art. 31 : "Créase el Consejo para la Transparencia, como una

chiliens, dont la *Contraloría General de la República*, jouissent d'une protection constitutionnelle à l'égard du législateur.

Existent ensuite les municipalités, organes administratifs autonomes jouissant de la personnalité juridique et qui ne seraient pas non plus soumis à des liens hiérarchiques ni à des contrôles de tutelle. Le Tribunal constitutionnel a précisé que les fonctions et attributions des municipalités situent les organes municipaux à un échelon supérieur d'autonomie vis-à-vis du pouvoir central que les organes décentralisés, et qu'ils ne sont pas soumis à la tutelle. Pour arriver à cette conclusion, il signale d'abord que les organes centralisés sont soumis à un contrôle hiérarchique et que les organes décentralisés sont sujets à un contrôle de surveillance ou de tutelle¹⁷³⁶. Il déclare ensuite que les municipalités ne sont soumises ni au pouvoir hiérarchique du Président de la République¹⁷³⁷, ni au contrôle indirect ou de tutelle propre aux organismes décentralisés¹⁷³⁸.

L'État chilien pourtant n'est ni fédéral, ni régional, ni autonome et, «malgré l'autonomie dont la Constitution dote les municipalités, celles-ci maintiennent certains liens avec l'autorité centrale conformément à leur loi organique.»¹⁷³⁹ Il existe bien un contrôle et la première distinction réside donc dans le moment du contrôle (cf. Infra).

Par ailleurs, de même que pour les régions, il existe un recours spécial pour illégalité municipal qui peut être mis en œuvre par toute personne s'estimant lésée ou ayant intérêt à sauvegarder l'intérêt général municipal. Il prévoit une phase administrative et

corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio”; ou Ley N° 20.405 (D.O. 10.12.2009), art. 1° : “Créase el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en adelante también ‘el Instituto’, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio”.

¹⁷³⁶ Art. 29, LOCBGAE.

¹⁷³⁷ STC 78-89, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional sobre el Banco Central*; STC 216-95, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley General de Bancos y otros cuerpos legales, y dispone un nuevo tratamiento para la obligación subordinada de los bancos que señala con el Banco Central de Chile*.

¹⁷³⁸ STC Rol 1669-10, “Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle”, op. cit., cons. 18 : “Enseguida, son órganos cuyas funciones y atribuciones se ubican en un escalón superior de autonomía respecto del poder central en relación a los órganos descentralizados. Mientras los órganos centralizados están sujetos a un control jerárquico, los descentralizados están sujetos a un control de supervigilancia o de tutela (...). Esta Magistratura ha resaltado el hecho de que estos entes no están sujetos al poder jerárquico del Presidente de la República (...) Pero, más aún, los órganos autónomos no están sujetos ni siquiera al control indirecto o de tutela propio de los organismos descentralizados”.

¹⁷³⁹ Idem, cons. 22: “ Que no obstante la autonomía con que la Constitución dota a los municipios, éstos mantienen ciertos vínculos con la autoridad central, que establece la Ley Orgánica de Municipalidades.

contentieuse¹⁷⁴⁰ et ne peut être présenté devant le juge avant d'avoir épuisé les recours possibles - gracieux et hiérarchique - devant le maire¹⁷⁴¹. Les différences avec le recours régional concernent les actes attaquables et les délais¹⁷⁴². On peut donc en déduire, comme dans le recours régional, qu'il peut être déclenché par toute autre autorité publique que le maire.

En conclusion sur les textes chiliens et leur interprétation par la jurisprudence, la situation des gouvernements régionaux chiliens est un bon exemple des confusions possibles générées par l'utilisation du terme de tutelle en droit administratif. Un avis émis par la *Contraloría General de la República* en 1996 affirme que les gouvernements régionaux ne sont pas soumis à la tutelle des autorités du pouvoir central car l'article 3 de la propre Constitution se réfère aux régions et à leur administration qui est fonctionnellement et territorialement décentralisée ou déconcentrée selon les cas¹⁷⁴³. Premièrement, il est vrai que les gouvernements régionaux ne sont pas soumis à tutelle puisque ce sont des organes en partie déconcentrés. Ils n'ont aucune initiative et sont phagocytés et présidés par un organe déconcentré : l'intendant régional. Deuxièmement, s'ils étaient décentralisés, ils seraient soumis à une modalité de tutelle. Ou la *Contraloría General de la República* confirme la position antérieure (organe déconcentré) ou elle affirme que les organes décentralisés ne font pas l'objet d'un contrôle de tutelle (sauf que les régions sont soumises à tutelle comme on l'a vu). Ne se rendant apparemment pas compte de ces incohérences, la *Contraloría General de la República* rappelle ensuite que «l'article 100 (aujourd'hui 111 al. 2 et 3) de la Constitution situe l'administration supérieure de chacune des régions en un gouvernement régional constitué par l'intendant et le Conseil régional. De même la loi 18575 (organique de l'administration de l'État) développe dans ses articles 37, 38 et 39 ces concepts décentralisateurs et la loi 19175 en son article 22 réitère la configuration du

¹⁷⁴⁰ Arts. 151 lettres d) à i) LOCMU.

¹⁷⁴¹ Art. 151 d), LOCMU.

¹⁷⁴² Le recours doit être présenté dans un délai de trente jours à compter de la publication d'une résolution ou d'une omission du maire ou d'un fonctionnaire municipal (Art. 151 a) et b)). Le recours régional prévoit 30 jours ouvrables.

¹⁷⁴³ CGR, Dictamen n° 11395 de 1996, *Convenio Gobierno Regional aprobación*: "Los gobiernos regionales no están sometidos a la supervigilancia de las autoridades del poder central. Así se infiere de la propia constitución política (texto en el cual encuentra su fundamento ley 19175, sobre gobiernos regionales), que en su artículo 3 se refiere a las regiones y su administración la que es funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso..."

gouvernement régional¹⁷⁴⁴ ». L'ensemble de ces textes soulignent le caractère d'agent naturel et de confiance du Président de la République, de chef de l'administration régional, d'exécutif du gouvernement régional....

§ 2. L'analyse du droit positif

Originellement associée au contrôle des entités territoriales, la tutelle a vu sa vertu explicative bouleversée par l'apparition des phénomènes dit de décentralisation fonctionnelle ou technique d'une part et, d'autre part, par celui des organismes *sui generis* ne correspondant à aucuns types de décentralisation. La tutelle, symbole du respect de l'autonomie territoriale voit son champ élargi au premier phénomène cité¹⁷⁴⁵ ou, à l'opposé, ne sert plus à expliquer les nouvelles formes d'autonomie du pouvoir exécutif central caractéristiques du second phénomène.

Par ailleurs, les droits positifs chilien et français ne se prêtent pas à une systématisation facile car, au-delà des textes, ils semblent avoir développé des conceptions différentes relatives au pouvoir hiérarchique et au pouvoir de tutelle (A). Or, l'esprit de la tutelle, caractéristique même de la décentralisation, demeure pour expliquer les contrôles de l'Etat sur ses entités décentralisées (B).

¹⁷⁴⁴ "... y en su artículo 100 radica la administración superior de cada una de ellas en un gobierno regional constituido por el intendente y el consejo regional. También de la ley 18575 que en sus artículos 37, 38 y 39 desarrolla esos conceptos descentralizadores y, finalmente, de la ley 19175 que en su artículo 22 reitera la conformación del gobierno regional y en su artículo 24 letra h) establece que corresponde al intendente "representar judicial y extrajudicialmente al gobierno regional, pudiendo ejecutar los actos y celebrar los contratos de su competencia o los que le encomiende el consejo".

¹⁷⁴⁵ Art.28 LOCGBAE- Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 22, inciso tercero, y 30. - La ley podrá, excepcionalmente, crear servicios públicos bajo la dependencia o supervigilancia directa del Presidente de la República.

A. Les difficultés posées à l'analyse par la dichotomie contrôle hiérarchique-contrôle de tutelle

En droit comparé, et particulièrement en droit chilien et français, il y a consensus sur l'importance des deux notions dans la détermination des systèmes d'administration. Les difficultés sont d'ordre terminologique¹⁷⁴⁶ et conceptuel.

1. Exposé des conceptions françaises relatives à la tutelle

La notion de pouvoir hiérarchique a une place centrale dans la présentation classique de l'organisation territoriale de l'administration. Elle est, positivement, constitutive de la centralisation. A partir de ce postulat, c'est l'absence de tout pouvoir hiérarchique des autorités centrales sur les autorités locales qui leur assurerait la liberté et l'autonomie induites par la décentralisation. La décentralisation suppose le dépassement de la structure hiérarchique, car celle-ci est considérée comme l'élément moteur de la centralisation. Elle présume la personnification d'entités différentes de l'Etat sur la base de critères d'ordre territorial ou matériel, et qui exercent leurs compétences de manière émancipée de l'Administration centrale, c'est-à-dire sans être sujet à des relations de dépendance hiérarchique sinon de contrôle.

La décentralisation se détermine donc par opposition au principe hiérarchique – duquel elle serait la négation- et se référerait à tous les types de relation avec les autorités centrales, qui ne sont pas hiérarchiques. Historiquement¹⁷⁴⁷, la doctrine française a utilisé le terme de tutelle pour désigner l'ensemble des contrôles de l'État sur les entités décentralisées.

A. de LAUDABÈRE¹⁷⁴⁸ dans son “analyse juridique de la décentralisation” précise qu'il existe deux types de contrôles qui différencient la centralisation et la décentralisation. Pour les distinguer, on les a dotés de noms différents: le contrôle exercé par le pouvoir central sur l'activité des agents de type centralisé, s'appelle pouvoir hiérarchique, pendant que le contrôle exercé sur les actes des autorités territoriales, s'appelle “tutelle administrative.” Pour les auteurs “anciens” comme, par exemple, ROLLAND, HAURIU,

¹⁷⁴⁶ Comme le notait S. REGOURD, “comme ce fut déjà le cas, le procès fait à la tutelle ressort avant tout de l'ordre de la terminologie”. REGOURD, S., « La prétendue suppression de la tutelle », *Rev. Adm.*, 1982, p. 619.

¹⁷⁴⁷ REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982, op. cit. p. 21-22.

¹⁷⁴⁸ LAUBADERE, A. (de), *Traité de droit administratif*, 9^{ème} éd. 1984.

MASPETIOL et LAROQUE, la “tutelle administrative” apparaît bien comme un des critères de la décentralisation avec le pouvoir de décision ou encore l’élection¹⁷⁴⁹. Pour ces derniers, « la tutelle est la traduction juridique de la décentralisation »¹⁷⁵⁰. HAURIOU consacre toute l’étude du régime juridique de la décentralisation aux règles de la tutelle, à un point tel que celle-ci semble se manifester entièrement en elle¹⁷⁵¹, elle semble être LE critère de la décentralisation.¹⁷⁵²

Parmi les auteurs plus récents, la majorité présente la tutelle comme un élément, une composante de la décentralisation, susceptible d’être déterminante (ils ne sont donc, en définitive, pas très loin de leurs prédécesseurs)¹⁷⁵³, avec le risque de s’enfermer dans une impasse, une tautologie sans vertu explicative: il n’y a pas de tutelle sans décentralisation ni de décentralisation sans tutelle.¹⁷⁵⁴

Un second groupe adopte une position plus indécise qui situe la tutelle comme “limite” de la décentralisation¹⁷⁵⁵. On sait enfin la position critique adoptée par Ch. EISENMANN¹⁷⁵⁶ - à propos de la position classique sur la tutelle comme élément de définition de la décentralisation - et sa réfutation par S. REGOURD¹⁷⁵⁷ qui, fondant son analyse sur le critère du respect de l’initiative des entités décentralisées, montre que la tutelle est un élément certes essentiel mais non pas l’unique élément de leur autonomie.¹⁷⁵⁸

2. Les conceptions liées à la notion de tutelle en droit chilien

De même que la doctrine française, son homologue chilienne considère que les principes qui informent les systèmes d’administration, territoriale comme fonctionnelle,

¹⁷⁴⁹ HAURIOU, M., *Etude sur la décentralisation*, Paris, éd. Dupont, 1892, pp. 9-10. Cf. chapitres 4 et 7.

¹⁷⁵⁰ MASPETIOL, R. et LAROQUE, P., *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930, p. 26. Contre cette affirmation, voir HOUTEER, C. *Les bases constitutionnelles de la décentralisation territoriale*, thèse Toulouse, 1987, 2 vols.

¹⁷⁵¹ REGOURD, S., *L’acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982, op. cit., p. 33.

¹⁷⁵² On sait la difficulté que l’on peut avoir à essayer de figer la pensée d’un auteur comme HAURIOU sur des critères définitifs. Sur la décentralisation, comme sur d’autres points, sa pensée a toujours été en évolution. Ainsi, le critère de la décentralisation a-t-il pu être également pour lui l’élection des autorités locales. Mais les deux notions sont intimement liées. Il est difficile de dire un mot de l’une sans mentionner l’autre.

¹⁷⁵³ WALINE, M., *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, Sirey 1950; BOULOUIS, «Décentralisation», Répertoire Dalloz, mais également VEDEL, de LAUBADERE, DUEZ et DEBEYRE, BURDEAU.

¹⁷⁵⁴ CHAPUS, R. *Droit administratif général*, Tome 1, p. 403.

¹⁷⁵⁵ RIVERO, DEBBASH, AUBY et DUCOS-ADER

¹⁷⁵⁶ EISENMANN Ch., *Centralisation - décentralisation, principes d’une théorie juridique*, L.G.D.J.1948.

¹⁷⁵⁷ REGOURD, S., *L’acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., 1982, op. cit.

¹⁷⁵⁸ Cf. *Infra*.

sont ceux de la hiérarchie et de la tutelle¹⁷⁵⁹. Le premier de ces principes est même qualifié par un auteur contemporain de « technique la plus élémentaire de distribution des compétences dans un système d'organisation administrative centralisé »¹⁷⁶⁰. H. NOGUEIRA A. et F. CUMPLIDO C., pour leur part, définissent la décentralisation comme le transfert de compétences de l'administration centrale de l'État vers de nouvelles personnes morales ou juridiques de droit public, lesquelles sont dotées d'un patrimoine propre et soumises à un contrôle de tutelle sur leurs actes.¹⁷⁶¹

Or, si en droit français la décentralisation - caractérisée par la tutelle- implique le contrôle sur des entités territoriales ou fonctionnelles non assujetties à l'Administration centrale, le droit chilien (législateur comme jurisprudence et une partie de la doctrine) utilise comme synonyme au terme de tutelle, non pas celui de contrôle mais celui de surveillance (*supervigilancia*). Il en découle, selon nous, une variété des usages du terme de tutelle en droit administratif¹⁷⁶² qui peut concerner aussi bien des situations de déconcentration que de décentralisation.

Une partie de la doctrine chilienne affirme que la tutelle ne concernerait que la décentralisation fonctionnelle. L'influence d'un auteur comme SILVA C. n'y semble pas étrangère et c'est par un détournement du concept, et de la terminologie française originaire, que la doctrine chilienne en est arrivée à ce résultat: là où le droit français associe la tutelle au contrôle, SILVA C. - et la doctrine qui l'a suivi¹⁷⁶³ - lui associe la surveillance. Ce qui est différent.

En effet, l'Académie Royale Espagnole (RAE pour son sigle en espagnol) définit le contrôle - précisant son origine française - comme la « *comprobación, inspección, fiscalización, intervención* », c'est-à-dire qu'elle met l'accent sur l'intervention *a posteriori*. Quant à la *supervigilancia*, le terme n'existe pas dans le dictionnaire de la RAE mais on

¹⁷⁵⁹ V. par ex pour la doctrine chilienne récente, BERMUDEZ, op. cit. p. 314: « los principios informadores de los sistemas de organización vistos (centralización, descentralización y el subsistema de desconcentración) son la jerarquía y la tutela o supervigilancia. »

¹⁷⁶⁰ Idem, p. 322

¹⁷⁶¹ NOGUEIRA A., H. et CUMPLIDO C., F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, 2 T., Editorial Universidad de Talca, 2001.

¹⁷⁶² Il faut noter également que dans la tradition hispanique, le mot de *tutela* se réfère plus aujourd'hui à la protection des droits individuels par les juridictions qu'au contrôle de l'État sur des entités décentralisées, et ce même en droit administratif. On parlera ainsi de la « *tutela efectiva de los derechos de los administrados* »

¹⁷⁶³ Par ex: CEA E., J.L. *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y comparado*. 1a. ed. act. Santiago, Chile, Eds. Universidad Católica de Chile, 2000, p. 150

trouve celui de *vigilancia* qui signifie “*cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno*”, c'est-à-dire la surveillance que chacun a sur des choses dont il a la charge ou qui lui appartiennent. La *super-vigilancia* ne peut que donc renforcer le caractère de surveillance de ce qui appartient à chacun. On voit donc ici la différence avec la conception française: les organes sous surveillance ne sont pas dans une situation d'altérité avec le contrôleur, comme le sont les collectivités territoriales françaises vis à vis de l'Etat, mais font corps avec lui.¹⁷⁶⁴

SILVA C. écrit que le contrôle de tutelle est une expression qui provient de la doctrine française qui sert à démontrer un certain degré de surveillance que l'exécutif exerce sur les institutions autonomes. Mais, poursuit-il, « en réalité la tutelle implique une sorte de contrôle administratif **interne** avec comme variante qu'il ne s'exerce pas sur les services de l'administration centrale mais **sur les services fonctionnellement décentralisés** et comme il n'y a pas ici de pouvoir hiérarchique proprement tel, étant donné leur caractère d'organismes autonomes, ce contrôle interne est nommé tutelle. C'est pour cela qu'il semble approprié, conclue-t-il, de ne pas confondre la tutelle exercée par l'exécutif sur les institutions fonctionnellement décentralisés avec le contrôle exercé par des organes externes.»¹⁷⁶⁵ SILVA C. réserve donc la tutelle pour les seuls organismes administratifs fonctionnellement décentralisés et ne qualifie pas la nature du contrôle – car il y en a un bien sûr – sur les entités territorialement décentralisées.

Contrairement à ce que SILVA C. affirme, la décentralisation ou l'autonomie suppose justement la dualité institutionnelle et donc il ne peut s'agir d'un contrôle interne. Par ailleurs, la tutelle est originellement associée au contrôle de l'administration territorialement décentralisée. Enfin, il étudie la tutelle parmi les contrôles internes de

¹⁷⁶⁴ On retrouve cette idée dans les arts. 28 et 30 LOCGBAE.

¹⁷⁶⁵ SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. V.3, op. cit. pp. 57-58: “*El llamado control de tutela*. Es ésta una expresión que proviene también de la doctrina francesa y con ella quiere demostrarse cierto grado de supervigilancia que el Ejecutivo ejerce sobre los institutos autónomos, que a pesar de su calida de tales realizan una función pública que a los Ejecutivos interesa grandemente. En realidad, la tutela implica una suerte de control administrativo interno, pero con la variante de que no se ejerce sobre los servicios de la administración central sino que funcionalmente descentralizados, y como no hay aquí en relación al máximo jerarca del Ejecutivo potestad jerárquica propiamente tal, dado el carácter de organismos autónomos que revisten, es que el control interno pasa a denominarse tutela. Es por eso que parece conveniente no confundir la tutela ejercida por el Ejecutivo sobre institutos funcionalmente descentralizados, con el control, especialmente a cargo de órganos externos.”

l'administration active qui ne ressortent pas du contrôle hiérarchique, ce qui n'est pas le cas pour la raison exposée précédemment.

L'autonomie dont jouissent les municipalités est administrative et non politique. Elle suppose donc – selon E. CORDERO Q. - des organes qui font partie de l'administration de l'Etat, dont la relation avec le pouvoir central est ténue ou quasi inexistante (sic), ce qui lui permet d'agir avec indépendance au moment d'adopter ses propres décisions.¹⁷⁶⁶ Il n'y a donc pas de différence avec les collectivités territoriales françaises, qui sont « seulement » décentralisées, sur ce point. Et comme elles, les municipalités chiliennes peuvent faire – et font – l'objet de contrôles à posteriori. En effet, « si les résolutions municipales ne sont pas soumises au contrôle de légalité administratif préventif (*toma de razón*), l'organisme de contrôle [la *Contraloría General de la República*] peut émettre des avis juridiques sur toutes les matières sujettes à son contrôle»¹⁷⁶⁷, en vertu de l'article 52¹⁷⁶⁸ de sa loi organique. Il eût été remarquable que les municipalités ne soient pas soumises à un contrôle de légalité, quelle que soit sa modalité.

L'autonomie des municipalités n'est donc que relative et leur statut correspond bien à celui d'entités décentralisées, rien de plus.¹⁷⁶⁹ Au même titre que les collectivités françaises, leur initiative est respectée et, au même titre, leurs actes font l'objet d'un contrôle de légalité *a posteriori*. Les différences sont de l'ordre des modalités. D'ailleurs, leur régime d'autonomie est défini – par opposition aux services publics centralisés qui sont soumis au contrôle hiérarchique –, par... la tutelle – également appelée surveillance.¹⁷⁷⁰

¹⁷⁶⁶ CORDERO Q. E., “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, en *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, novembre 2012, p. 16.

¹⁷⁶⁷ STC Rol 1669-10, “*Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*”, op. cit., cons. 13.: “si bien las resoluciones municipales están exentas de la toma de razón (artículo 53, Ley Orgánica de Municipalidades), el organismo contralor puede emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control (artículo 52)”.

¹⁷⁶⁸ Art 52 LOCMU: “En el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, la Contraloría General de la República podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control.”

¹⁷⁶⁹ Il est d'ailleurs notable, comme le signale encore CORDERO, que la loi générale de l'administration ne reprenne pas la catégorie des organes autonomes alors qu'ils sont consacrés par la Constitution: “Del análisis de la normativa de la LBGAE, es posible constatar que ésta no sigue en términos estrictos la nomenclatura utilizada por la Constitución. Así, guarda absoluto silencio respecto de los servicios públicos semifiscales y autónomos, a pesar de ser categorías consagradas por la Constitución. CORDERO Q. E., “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, op. cit. p. 19.

¹⁷⁷⁰ “Por el contrario, en el caso de la supervigilancia –también denominada tutela– dichos poderes o facultades desaparecen, en razón de que el órgano ya no se encuentra supraordenado al Presidente. En razón de lo anterior, este órgano goza de autonomía respecto del poder central” CORDERO Q. E., “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, op. cit., p. 20.

C'est le degré d'intensité de la tutelle qui donne le degré d'autonomie d'une entité décentralisée.¹⁷⁷¹ Il n'y a donc là rien de nouveau, si ce n'est l'utilisation de termes différents pour exprimer une même réalité. Si l'utilisation en droit chilien du vocable autonomie remonte à la seconde moitié du XIX^{ème} siècle¹⁷⁷², on ne peut l'ignorer mais il convient de savoir que cette autonomie n'a rien à voir avec les autonomies espagnoles, par exemple, sinon qu'elle décrit des phénomènes classiques de décentralisation territoriale ou fonctionnelle. On peut rappeler sur ce point, l'avis n°18646 de 1992 par lequel la Contraloría General de la República signalait que l' «autonomie municipale" constitue un principe de décentralisation administrative» et que les "municipalités ne sont pas soumises à un lien hiérarchique ou de dépendance avec le Président de la République, par le biais du ministère de l'intérieur, mais uniquement à la tutelle (*supervigilancia*) de ces organes et au contrôle de l'Intendant régional respectif"¹⁷⁷³.

L'État de droit ne peut tolérer des institutions sans contrôle. S'il est vrai que les municipalités chiliennes comme les collectivités territoriales françaises ne sont pas (ou plus) soumises à la tutelle administrative, c'est à ses manifestations classiques que ce contrôle ne répond plus. Celles-ci prétendaient distinguer clairement pouvoir hiérarchique et pouvoir de tutelle. Or, si la distinction s'est estompée, l'esprit de la tutelle demeure.

3. La (con)fusion du pouvoir hiérarchique et des pouvoirs de tutelle

Trois paramètres permettent généralement de distinguer pouvoir hiérarchique et pouvoirs de tutelle. Les deux premiers (pouvoir de droit commun du contrôle

¹⁷⁷¹ "En este contexto, el concepto de autonomía difiere abiertamente respecto de lo que se ha entendido en el ámbito de los Estados compuestos. Así, la autonomía dice relación con las facultades que tiene el Presidente de la República en relación a determinados órganos que integran la Administración del Estado, respecto de los cuales no existe un vínculo de jerarquía y los mecanismos de tutela o supervigilancia son bastante atenuados." Idem, p. 21.

¹⁷⁷² "A este respecto, se debe tener presente que en su origen la incorporación del concepto de autonomía en nuestro ordenamiento estaba asociada a la creación de entidades dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, distintas e independientes del Estado/Fisco. En efecto, desde mediados del siglo XIX comenzaron a surgir en Chile órganos con personalidad jurídica propia, como la Universidad de Chile en 1842, las cajas de ahorro y crédito y las Municipalidades, especialmente con la ley de la comuna autónoma de 1891" CORDERO Q. E., "La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía", op. cit., p. 21.

¹⁷⁷³ CGR, Dictamen 18646 de 29.07.1992, *Naturaleza jurídica municipalidades* texte original: la «referida "autonomía municipal" constituye un principio de descentralización administrativa» et "municipalidades no estan sometidas a un vinculo jerarquico o de dependencia del presidente de la republica, a traves del ministerio del interior, sino unicamente a supervigilancia de estos organos y a fiscalizacion del intendente regional respectivo"¹⁷⁷³.

hiérarchique¹⁷⁷⁴ et pouvoir d'exception pour la tutelle¹⁷⁷⁵ d'une part et, d'autre part, absence ou existence de recours des organes contrôlés contre les actes de l'autorité de contrôle¹⁷⁷⁶) font consensus et ne posent pas de problèmes. Le troisième en revanche, qui concerne les procédés mêmes, conduit la majorité des auteurs à relativiser la distinction entre pouvoir hiérarchique et pouvoir de tutelle, certains arrivants même à effacer toute différence entre eux et donc à nier la décentralisation... On peut déceler deux temps ou deux phases dans ce processus.

D'abord, l'examen des critères initialement proposés par la doctrine montre qu'ils ne sont jamais totalement et entièrement opérationnels pour maintenir la distinction. A l'origine, les auteurs ont tenté de bien distinguer la centralisation de la décentralisation à partir des pouvoirs mis en œuvre. Le pouvoir hiérarchique, caractéristique de la centralisation comprenait principalement le pouvoir d'instruction et d'annulation des actes¹⁷⁷⁷. Plus généralement, c'est à partir d'une identification *a contrario* des procédés hiérarchiques, que la doctrine a essayé de préciser ceux relevant seulement de la tutelle. Ainsi, «la doctrine dominante tend, par-delà les ambiguïtés de diverses formulations, à exclure de la tutelle, deux procédés attachés de façon spécifique à la hiérarchie: le pouvoir d'instruction et le pouvoir de réformation.»¹⁷⁷⁸

¹⁷⁷⁴ SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. V.3 El control público*, Editorial Juridica de Chile, 1^a ed., 1994, p. 44 "Es una de sus características que este control se ejercite de oficio, porque es emanación de las facultades de todo jerarca"

¹⁷⁷⁵ BERMUDEZ, p. 311: "el control ejercido sobre los organos descentralizados es de tutela o supervigilancia, el cuál sólo se ejerce en los casos taxativamente señalados por la ley" ou p. 312: "el control de tutela opera en aquellos casos o materias expresamente señalados por la ley – por el contrario, el control jerárquico se puede ejercer sobre todas las actuaciones de los órganos subordinados."

¹⁷⁷⁶ A. de LAUBADERE note ainsi que "l'autorité décentralisée peut employer le recours pour excès de pouvoir en vue de faire annuler l'acte de contrôle illégal. (...) Au contraire, les recours des agents centralisés sont irrecevables à l'égard des actes de contrôle hiérarchique qui les concernent », *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 5^{ème} éd., 1970, p. 94.

¹⁷⁷⁷ Par ex R. CHAPUS: "l'autorité déconcentrée est sous la dépendance d'un supérieur hiérarchique aux instructions duquel elle doit obéissance et qui détient de plein droit le pouvoir d'annuler ses décisions ». CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. Domat, 13^{ème} éd., 1999, T. 1, p. 369. BERMUDEZ signale qu'en général les facultés ou pouvoirs de hiérarchie incluent un pouvoir d'*impulsion*, un pouvoir de *direction* qui se manifeste au travers d'instructions et directives, un pouvoir d'*inspection*, surveillance ou contrôle qui consiste en la faculté de réviser à tout moment l'action de l'organe inférieur, un pouvoir d'*annulation* des actes de l'organe inférieur, un pouvoir *disciplinaire*, un pouvoir de *délégation* de compétences et le pouvoir de *résoudre les conflits de compétences* entre organes inférieurs. De même et antérieurement: SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. V.3 El control público*, Editorial Juridica de Chile, 1^a ed., 1994, p. 44: "...el jerarca tiene definidas potestades, entre otras la sancionadora o disciplinaria".

¹⁷⁷⁸ REGOURD, S., *L'acte de tutelle...*, op. cit. p. 41.

Il est cependant apparu rapidement qu'il était difficile d'isoler les procédés comme relevant exclusivement de l'un ou de l'autre¹⁷⁷⁹. Ainsi, par exemple, le pouvoir d'instruction ou d'annulation n'est pas propre à la structure de l'administration centralisée : l'autorité décentralisée «est elle-même un supérieur hiérarchique et elle dispose d'un pouvoir de décision autonome, qu'elle exerce sous la simple surveillance d'un représentant de l'État, l'autorité de tutelle.»¹⁷⁸⁰ De sorte que «les procédés de tutelle les plus utilisés et, à ce titre, le plus souvent cités en doctrine – annulations, approbations, autorisations, substitutions – ne sont pas propres à la tutelle »¹⁷⁸¹

Ensuite, l'association par la majorité de la doctrine – chilienne comme française - de procédés typiquement hiérarchiques à des modalités de tutelle a conduit à passer insensiblement selon chaque cas d'une différence de nature à une différence de degré.¹⁷⁸² Ainsi, M. DANIEL estime que plus les pouvoirs de tutelle que la loi établit seront intenses, plus ils se rapprocheront du lien hiérarchique et l'autonomie de l'organe décentralisé diminuera, et vice versa.¹⁷⁸³ De même, pour B. FAURE, « les pouvoirs de contrôle exercés au moyen de la tutelle (autorisation, approbation, substitution d'office) ne correspondent qu'à sa « conception idéale » mais elle est trop restrictive pour appréhender l'ensemble des possibilités permises à son titre. D'autres possibilités (annulation, nomination et révocation) vont jusqu'à conférer un véritable pouvoir de direction à l'autorité « de tutelle » à même de s'ingérer dans la marche des affaires décentralisées. »¹⁷⁸⁴

Cette démarche favorise cependant les processus de centralisation au nom de la décentralisation. Et confond la répartition entre compétences centralisées et décentralisées

¹⁷⁷⁹ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 11, n°9.

¹⁷⁸⁰ CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. Domat, 13^{ème} éd., 1999, T. 1, p. 369. Dans le même sens, BERMUDEZ relève que « la desconcentración puede darse al interior de cualquier órgano administrativo, sea centralizado o descentralizado, ya que en ambos casos se reproduce en su interior la relación de subordinación o jerarquía ». Cependant de manière incompréhensible, cet auteur écrit à la page précédente que « no habrá jerarquía sobre el asunto objeto de la desconcentración » et que « el superior no podrá anular, rectificar o revisar las decisiones del órgano subordinado en la materias desconcentradas »...BERMÚDEZ, op. cit., p. 307 y 308.

¹⁷⁸¹ REGOURD, S., *L'acte de tutelle*, op. cit., p. 16

¹⁷⁸² Voir, par ex, SILVA C., pour qui la tutelle est un « control que se caracteriza, además, por ser específico para cada órgano de que se trate, por lo que su extensión en cada caso particular se encontrará determinada en la correspondiente ley orgánica que regule al ente respectivo. » SILVA C. E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. V.3 El control público*, op. cit., p. 183.

¹⁷⁸³ « Mientras más intensos sean los poderes de tutela que la ley establezca, más se acercarán al vínculo jerárquico y en esa misma medida se disminuirá la autonomía del órgano descentralizado, y viceversa ». DANIEL A., M., *La organización administrativa en Chile. Bases fundamentales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, 2^ª ed., p. 81.

¹⁷⁸⁴ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 597, n° 780.

avec le contrôle sur les compétences décentralisées.¹⁷⁸⁵ Il semble que la confusion des procédés provienne de ce qu'on appelle à tort la « tutelle sur les personnes » qui ne recouvre aucune réalité spécifique, qui ne puisse être expliquée par la notion de pouvoir disciplinaire. Elle correspond à une fiction »¹⁷⁸⁶.

BERMUDEZ affirme ainsi qu'«au Chili, la manifestation la plus puissante du contrôle de tutelle sur les organes décentralisés est la désignation des autorités supérieures de tels organes. Ainsi des gouvernements régionaux (organes décentralisés territorialement, dotés de la personnalité juridique et d'un patrimoine propre) dont l'exécutif est l'intendant qui est nommé par le président de la république et qui est de sa confiance exclusive»¹⁷⁸⁷ La conclusion d'une telle présentation est pour le moins surprenante : d'une part, la tutelle est associée à la nomination d'un agent. D'autre part, elle serait exercée sur un agent déconcentré (l'intendant) soumis par définition au pouvoir hiérarchique. La tutelle c'est donc la hiérarchie et la décentralisation la centralisation (ou déconcentration)¹⁷⁸⁸!

De même, pour SILVA C.¹⁷⁸⁹, sont des matérialisations de la tutelle les pouvoirs du Président de la République de désignation des membres de direction des entités décentralisées, l'approbation de leur budget ou la détermination de leur personnel. Mis à part le fait que seule l'approbation peut s'entendre du pouvoir de tutelle – la désignation et

¹⁷⁸⁵ Dans le passage suivant E. CORDERO Q., ne semble pas se rendre compte d'une part, qu'il explique la différence de degré par des compétences de l'exécutif national et, d'autre part, qu'il introduit dans la même énumération, le pouvoir disciplinaire et des pouvoirs de tutelle ou hiérarchique : « Por el contrario, en el caso de la **supervigilancia –también denominada tutela–** dichos poderes o facultades desaparecen, en razón de que el órgano ya no se encuentra supraordenado al Presidente. En razón de lo anterior, este órgano goza de **autonomía respecto del poder central, salvo en los casos que la ley expresamente le atribuya determinadas potestades al Presidente de la República sobre él, como sería el nombramiento o remoción de su autoridad superior**; el ejercicio del control **disciplinario**; la **autorización o aprobación** de los actos del servicio descentralizado; la posible **revocación** de los mismos, entre otros. Es por tal razón que este vínculo no es uniforme en su intensidad, pues bien puede ocurrir que las potestades de tutela sean un número acotado de facultades, dando al servicio público una amplia autonomía (descentralización real) o sean de tal naturaleza que se acerque plenamente a los poderes propios de la jerarquía “descentralización ficta” CORDERO Q., E., “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, op. cit., p. 20.

¹⁷⁸⁶ REGOURD, S., *L'acte de tutelle*, op. cit., p. 110.

¹⁷⁸⁷ BERMUDEZ, p. 318: « En Chile la manifestación más poderosa del control de tutela sobre los órganos descentralizados es la designación de las autoridades superiores de tales órganos. Ejemplo de ello se encuentra en los Gobiernos Regionales (órganos descentralizados territorialmente, con personalidad jurídica y patrimonio propio) cuyo ejecutivo es el intendente, quien es nombrado por el Presidente de la República y es de su excluida confianza.”

¹⁷⁸⁸ Ou, comme le soulignait déjà S. REGOURD à propos de la doctrine française, «si l'on voulait reprendre sous forme de syllogismes les diverses propositions avancées, on n'aurait guère de difficulté à établir que la décentralisation n'est autre chose que la centralisation ou vice-versa.» REGOURD, S., *L'acte de tutelle*, op. cit., p. 68.

¹⁷⁸⁹ SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. V.3, op. cit. p. 183

le pouvoir de déterminer le personnel d'un service étant des compétences étatiques réservées et non des techniques de contrôle-, rappelons que cet auteur ne réserve la tutelle qu'à la décentralisation fonctionnelle, contrairement à la lettre de la loi organique. Il faut donc répéter que « le seuil de la décentralisation – et donc de la tutelle – est franchi lorsque la loi accorde aux autorités d'État la possibilité d'intervenir dans la direction des affaires locales par voie de nomination ou de sanction disciplinaire»¹⁷⁹⁰, entres autres.

On serait donc tenté, pour la comparaison des droits, d'abandonner toute référence de près comme de loin à la notion de tutelle car d'une part, une définition exhaustive semble impossible et d'autre part, elle recouvrerait dans les deux pays des réalités trop différentes et inconciliables. C'est sans doute le prix à payer de l'usage d'un terme aussi ample en droit administratif.

La tutelle a cependant la vie dure. Si le recours à la seule tutelle pour définir la décentralisation ne semble pas (ou plus) opportun aujourd'hui, «le maintien du concept de tutelle [en France] ne semble pas inapproprié»¹⁷⁹¹, malgré sa suppression officielle en 1982. Au Chili, c'est tout simplement le législateur organique qui ignore la distinction faite par la doctrine et les atermoiements des différentes jurisprudences ne change rien à cet état du droit positif. En effet, l'art. 29 de la loi organique constitutionnelle des bases générales de l'Administration de l'État dispose sans ambiguïté que: «les services publics seront centralisés ou décentralisés. Les services centralisés agiront sous la personnalité juridique et avec les biens et ressources de l'État et seront soumis à la dépendance du Président de la République, au travers du ministre compétent. Les services décentralisés agiront par le biais de leur personnalité juridique et patrimoine propres et seront soumis à la surveillance [autre nom de la tutelle en droit chilien] du Président de la République au travers de leur ministre respectif. La décentralisation pourra être fonctionnelle ou territoriale.» Les entités territoriales sont donc soumises au contrôle administratif de tutelle qui n'est pas réservé, comme l'affirme SILVA C., aux services ou entités fonctionnellement décentralisés. La majorité des jurisprudences et auteurs contemporains sont revenus sur cette vision erronée et se réfère donc bien à la tutelle. Les problèmes -aujourd'hui comme hier, au Chili comme

¹⁷⁹⁰ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, p. 617, n° 820

¹⁷⁹¹ Idem, p. 602.

en France – se situent au niveau de l'identification des critères de la tutelle par rapport à ceux du pouvoir hiérarchique. Mais peut-être vaut-il mieux retenir les principes permanents qui seront traduits par des modalités contingentes.

B. L'inévitable conclusion : le maintien des principes de la tutelle

Comme l'a écrit S. REGOURD, «par-delà les clivages méthodologiques et terminologiques, par-delà les nuances internes à la doctrine majoritaire, les manifestations de la tutelle participent à la définition de la décentralisation. Dans tous les cas, l'étude de la tutelle, se révèle inséparable de celle de la décentralisation. ». ¹⁷⁹²

A ce titre, il apparaît bien que contrôle hiérarchique et contrôle de tutelle sont de nature différente et qu'il ne s'agit pas que d'une question de degré mais qu'ils procèdent de principes différents. Il s'agit ¹⁷⁹³ d'un principe d'organisation - la dualité institutionnelle que traduit une personnalité juridique autre que celle de l'Etat – et d'un principe de fonctionnement.

Dans la mesure où elle est « exercée par l'État sur une personne publique décentralisée, mise en œuvre en vertu d'un texte et dans un but d'intérêt général, la tutelle préserve l'initiative et l'autonomie de la personne publique contrôlée ¹⁷⁹⁴ ». Ce principe de fonctionnement comprend donc, d'une part, le respect de la liberté et, d'autre part, le respect de la loi.

La liberté, c'est-à-dire la libre administration du droit français et l'autonomie du droit chilien - et dans les deux cas la défense et la satisfaction des intérêts locaux - doit se concilier avec le respect de la loi. Ce dernier ne doit pas seulement être conçu à partir du principe de légalité, de la protection des intérêts nationaux et du général sur les particuliers, bref du caractère unitaire de l'ordonnancement juridique. Il doit également s'entendre comme un mécanisme de protection des entités territoriales contre l'arbitraire du pouvoir central. Le respect de la loi signifie aussi pour l'exécutif national le contrôle juridictionnel de la « sanction » administrative qu'il serait tenté d'appliquer à l'entité territoriale.

Les deux systèmes juridiques se rejoignent sur le fait d'avoir banni des textes relatifs aux entités territoriales, toute référence à la notion de tutelle. On préférera donc, à

¹⁷⁹² REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, op. cit., p. 35.

¹⁷⁹³ Je reprends ici les grandes lignes et conclusions de la thèse de S. REGOURD, *L'acte de tutelle*, idem.

¹⁷⁹⁴ Idem., 1982, p. 201 et s.

l'ancienne affirmation selon laquelle « dans un État unitaire, la décentralisation ne va pas sans tutelle, ni la tutelle sans décentralisation »¹⁷⁹⁵, celle de M. LACHAUME pour qui « il est consubstantiel à toute décentralisation dans un État unitaire qu'il existe un contrôle de celui-ci sur les collectivités locales encore faut-il qu'il soit aménagé de façon à respecter le principe de libre administration des collectivités territoriales »¹⁷⁹⁶.

Si l'on accepte, comme l'écrivait HAURIOU, qu'«on appelle tutelle administrative, un pouvoir de contrôle que certaines personnes administratives exercent sur certaines autres, dans le but à la fois de protéger les intérêts de la personne en tutelle et de maintenir le bon ordre dans l'administration»¹⁷⁹⁷, on peut examiner les modalités de contrôle à l'œuvre au Chili et en France, en dégager les grandes lignes et de leur qualification résultera celle du ou des systèmes d'administration en place.

Section 2. Les modalités des contrôles de l'État

Malgré les difficultés que présente l'emploi du terme de tutelle, il reste en partie utilisé – principalement par la doctrine – pour analyser les contrôles sur les actes (§ 1) comme sur les personnes (§ 2). Même si la notion de contrôle est « l'une des plus inconsistantes de notre système administratif »¹⁷⁹⁸, le droit positif utilise le terme de contrôle et confirme que les recours offerts aux particuliers sont complétés – toujours – par des contrôles étatiques sur les organes et/ou les personnes et sur les actes réglementaires territoriaux. On n'échappera donc pas à la présentation binaire traditionnelle mentionnée. Les relations entre État et entités territoriales ne doivent pas se limiter aux seuls contrôles formels et annoncés comme tels. La direction à distance des entités territoriales a toujours existé. Elle est renforcée aujourd'hui par des méthodes en apparence moins autoritaires mais toujours aussi efficaces (§ 3).

¹⁷⁹⁵ MASPETIOL, R. ET LAROQUE, P., *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930, p. 9.

¹⁷⁹⁶ LACHAUME, J.-F., *L'administration communale*, LGDJ, Col. Système, 1994, p. 219.

¹⁷⁹⁷ ALONSO, Ch., *op. cit.*, p. 566.

¹⁷⁹⁸ RIVERO, J., cité par REGOURD, S., *L'acte de tutelle*, *op. cit.*, p. 22.

§ 1. Les contrôles sur les actes réglementaires des entités territoriales chiliennes et françaises

La philosophie générale des contrôles étudiés ici – déferé préfectoral et contrôle sur les municipalités - est bien celle d'un respect de l'autonomie: une phase administrative *a posteriori* débouchera éventuellement sur une phase juridictionnelle. L'intervention «neutre» de l'autorité ou pouvoir juridictionnel, comme arbitre entre le représentant de l'État et l'entité territoriale, semble donc adaptée aux exigences modernes de la démocratie locale au sein de la structure étatique.

L'examen du ou des titulaires du contrôle sur les actes (A), de l'objet du contrôle (B) et, enfin, de leurs modalités pratiques (peut-être plus que juridiques) (C) conduit à nuancer telle affirmation, au point que les phénomènes de centralisation ne sont peut-être pas là où les normes pourraient le laisser penser.

A. Qui? La ou les autorités en charge du contrôle

Ce qui distingue principalement les formes héritées de la tutelle administrative des recours des particuliers, c'est le rôle joué par un représentant de l'État dans le respect de la légalité générale et non pas les intérêts privés des premiers. C'est également l'argument principal pour montrer que le déferé reste bien dans la logique de la tutelle alors que les contrôles exercés sur les municipalités chiliennes sont le fait d'un organe administratif autonome sans lien avec l'administration centrale et donc avec la logique de tutelle. L'affirmation mérite d'être vérifiée.

1. Le «représentant» de l'État en France

Dans le système français, seul le préfet défère au juge¹⁷⁹⁹ - à son initiative ou sur demande - les actes des collectivités territoriales. En effet, s'agissant de la question importante de l'intérêt à agir (ou *legitimación activa*) et des actes concernés, un des éléments qui distingue les recours du représentant de l'État et ceux du simple particulier est que le premier n'a pas justifier d'un intérêt à agir pour intenter un recours devant le juge administratif. Par ailleurs, les articles L. 2131-6 et 2131-8 CGCT sont sans ambiguïté: le

¹⁷⁹⁹ Art. L2131-6 CGCT : « Le représentant de l'Etat dans le département *défère* au tribunal administratif les actes (...) qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission. »

préfet est seul compétent pour déférer au tribunal administratif un acte qu'il estime illégal. Le principe vaut aussi bien dans l'hypothèse d'un déferé exercé spontanément par le préfet que dans l'hypothèse d'un déferé sur demande d'une personne physique ou morale lésée par l'acte attaqué. En d'autres termes, est irrecevable le recours qui serait intenté par une autre autorité que le préfet lui-même.

L'autre conséquence est qu'il n'est pas tenu d'avoir informé sans délai l'autorité locale de l'exercice d'un déferé et de lui communiquer les illégalités invoquées à l'encontre de cet acte¹⁸⁰⁰, ou qu'il n'était pas lié par le fait d'avoir donné toutes assurances que l'acte en cause ne serait pas déferé à la juridiction administrative.¹⁸⁰¹ De même, est sans influence le fait que la décision de l'autorité locale aurait été prise après avoir reçu un avis favorable d'un service de l'Etat¹⁸⁰², ou que le déferé intervient contre un permis de construire délivré par une commune après son avis conforme.¹⁸⁰³

2. Les autorités en charge du contrôle au Chili

L'organe de contrôle par excellence de l'administration est la *Contraloría General de la República*. Par un exercice actif de sa mission de contrôle, elle en est arrivée à jouer un rôle ressemblant sur beaucoup de points à celui du préfet français dans le cadre du déferé. Elle n'est cependant pas la seule et, contrairement aux présentations classiques, l'intendant régional et le gouverneur provincial exercent un contrôle qui relève souvent purement et simplement des mécanismes de tutelle administrative.

En effet, le premier est chargé de veiller à ce que les municipalités agissent dans le cadre des plans nationaux et régionaux qui régulent telle ou telle activité particulière¹⁸⁰⁴. Si les modalités de la veille ne sont pas clairement définies dans la LOCMU, il faut se reporter à chaque loi particulière pour y trouver les mesures y afférent.

Par ailleurs, l'art. 10 de la LOCMU reconnaît au gouverneur provincial un pouvoir de substitution pour pallier au défaut d'accord entre municipalités et services publics pour

¹⁸⁰⁰ C.E. 24 avril 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, req. 58793, Rec. Leb. p. 522. Alors même que l'article L.2131-6 du code général des collectivités territoriales lui fait obligation de respecter ces prescriptions.

¹⁸⁰¹ C.E. 14 janvier 1991, *Deranlot*, req. 116145.

¹⁸⁰² CE, 25 mai 1988, *Commune de Goult*, req. 66907.

¹⁸⁰³ CE, 30 décembre 2002, *Rémi*, req. N° 239380.

¹⁸⁰⁴ LOCMU, art. 9°: "Las municipalidades deberán actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad. - Corresponderá al intendente de la región respectiva *velar* por el cumplimiento de lo que dispone el inciso anterior."

coordonner leur action.¹⁸⁰⁵ Le pouvoir de substitution vient compenser l'autonomie accordée.

S'agissant de la *Contraloría General de la República*, la présentation de la doctrine chilienne selon laquelle cet organe exerce un contrôle externe pourrait être opposée au contrôle du préfet, entendu comme contrôle interne à l'administration active. Cette présentation est toute relative pour deux raisons. D'abord, parce que par définition les collectivités territoriales françaises ont une personnalité juridique distincte des autres administrations et le préfet exerce donc bien un contrôle externe à l'administration territoriale. Ensuite parce que la *Contraloría General de la República* fait partie de l'Administration de l'État¹⁸⁰⁶ et l'unique différence –certes d'importance – est qu'elle n'est soumise à aucune instructions du gouvernement, contrairement au préfet.

On verra cependant qu'en pratique ceci n'est pas plus protecteur des administrés comme des municipalités, qu'un contrôle par un représentant du gouvernement et qu'en définitive la garantie réside dans les possibilités de recours au juge. Par ailleurs, on peut voir dans ses actes de contrôle administratif (avis ou *dictámenes*, contrôles de remplacement), des procédés plus rigides et des relations plus autoritaires que celles qui se sont en pratique installées entre le préfet et les collectivités territoriales, puis qu'elles s'imposent directement, ne permettent pas – ou peu- le dialogue entre contrôleur et contrôlées et oblige à la confrontation juridictionnelle.

B. Quoi? Les actes soumis au contrôle administratif de légalité

1. En France

L'intervention du préfet s'exerce sur des actes exécutoires de plein droit dès lors qu'ils ont été publiés (acte réglementaire) ou notifiés (décisions individuelles).

Le système français établit aussi un mécanisme de transmission obligatoire des actes les plus importants ou sensibles au préfet qui ne deviennent exécutoires qu'après cette

¹⁸⁰⁵ LOCMU, art. 10: “La coordinación entre las municipalidades y entre éstas y los servicios públicos que actúen en sus respectivos territorios, se efectuará mediante acuerdos directos entre estos organismos. **A falta de acuerdo, el gobernador provincial** que corresponda **dispondrá las medidas necesarias** para la coordinación requerida, a solicitud de cualquiera de los alcaldes interesados. - En todo caso, la coordinación deberá efectuarse sin alterar las atribuciones y funciones que correspondan a los organismos respectivos.”

¹⁸⁰⁶ Conformément à la clarification apportée par la loi n° 18.575 de 1986.

formalité¹⁸⁰⁷. Importante du point de vue des délais de recours¹⁸⁰⁸, la distinction entre les actes assujettis à l'obligation de transmission et les autres ne joue pas du point de vue de leur régime contentieux, les deux types pouvant faire l'objet d'un recours par le préfet.

Le Conseil d'État a ainsi jugé - après avoir rappelé la mission confiée au préfet par l'article 72 de la Constitution et la loi du 2 mars 1982- dans l'arrêt *Mutuelle générale des personnels* que «le législateur n'a pas entendu limiter la faculté qu'a le préfet de former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de tous les actes des collectivités territoriales»¹⁸⁰⁹. De la sorte, le juge a admis que le préfet était recevable à exercer un recours contre un contrat administratif non soumis à l'obligation de transmission¹⁸¹⁰, mais qu'il pouvait également déférer une décision implicite de refus de l'autorité locale qu'il a lui-même provoquée.¹⁸¹¹ De ce fait, «en privilégiant le critère de l'auteur du recours, le Conseil d'État se borne à prendre acte de la mission de contrôle administratif confiée au représentant de l'État par la Constitution et mise en œuvre par la loi du 2 mars 1982. Dans cette perspective, les actes soumis à ce contrôle peuvent être de nature différente sans que cela remette en cause l'unité du déféré préfectoral comme voie de recours»¹⁸¹². Ceci est confirmé par le fait que le représentant de l'État n'a pas à justifié d'un intérêt pour agir et par les facilités qui lui sont accordés en matière de suspension de certains actes territoriaux.¹⁸¹³

¹⁸⁰⁷ L'obligation du dépôt des délibérations du Conseil municipal à la préfecture ou à la sous-préfecture avant qu'elles ne deviennent exécutoires est un principe fondamental. CC, Déc. n° 75-84 L du 19 novembre 1975, *Nature juridique de diverses dispositions relatives à l'administration communale, aux syndicats de communes, aux fusions et regroupements de communes, aux districts et aux agglomérations nouvelles*, part. cons. 7. Aujourd'hui, il s'agit pour les communes, les départements et les régions des actes visés, respectivement, aux arts L2131-2, L3131-2 et L4141-2 CGCT.

¹⁸⁰⁸ Cf. *Infra*.

¹⁸⁰⁹ CE Sect. 13 janv. 1988, req. n°68166, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*, Rec. p. 6; *AJDA* 1988. 142, chron. AZIBERT et BOISDEFFRE. Le Conseil d'État juge que le préfet peut toujours décider de saisir le juge administratif dans le cadre du recours pour excès de pouvoir.

¹⁸¹⁰ CE 4 nov. 1994, *Département de la Sarthe*, req. n°99643, Rec. p. 1109; *AJDA* 1994. 898, concl. C. MAUGÛE. Voir MARCEAU, A., *Les règles et principes constitutionnels relatifs au contrôle des collectivités territoriales. Étude sur l'article 72 alinéa 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958*, Thèse, Université de Bourgogne, 2000.

¹⁸¹¹ CE Sect. 28 févr. 1997, *Commune du Port*, req. n°167483, Rec. p. 61; *RFDA* 1997, p. 1190, concl. J.-H. STAHL, note J.-C. DOUENCE; *AJDA* 1997. 421, chron. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT.

¹⁸¹² GOURDOU, J.; BOURREL, A., «Les recours contre les actes des collectivités locales» *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 4, Chap. 3 (folio n° 4570), mars 2011, Éd. 2013, n° 7.

¹⁸¹³ Cf. art. L. 2131-6 du CGCT qui permet au préfet d'assortir le déféré d'une demande de suspension en matière d'urbanisme, de marchés publics et de délégations de services publics.

Le contrôle du préfet s'exerce également sur les actes budgétaires des collectivités territoriales, attestant par là-même leur caractère normatif. Malgré sa suppression officielle par la loi du 2 mars 1982, on peut considérer que la tutelle budgétaire subsiste sur les collectivités territoriales car le préfet dispose d'un réel pouvoir de substitution au pouvoir délibérant de l'assemblée territoriale.¹⁸¹⁴ L'acte du préfet peut, bien sûr, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir de la part de tout intéressé comme de la collectivité territoriale.

2. Au Chili

Le système chilien établit également une obligation de transmission de certains actes à la *Contraloría General de la República*. La loi organique municipale précise en effet, après avoir établi que les actes administratifs des municipalités seront exemptés du contrôle préventif de légalité, que les actes qui concernent les fonctionnaires municipaux – c'est-à-dire principalement les nominations et sanctions disciplinaires- devront cependant être enregistrés par la *Contraloría* (art. 53 al. 1 LOCMU). Pour cela, la *Contraloría* devra tenir un registre du personnel municipal dans les mêmes formes et conditions que pour le reste du secteur public, les municipalités devant fournir tous les éléments que la *Contraloría* pourrait solliciter (al. 2).

Le sort de ces actes soumis à transmission soulève des difficultés d'un autre ordre que celui des délais de recours en France, puisque la *Contraloría* n'a pas cette compétence de pouvoir déférer d'elle-même des actes locaux au juge. Le problème a été déplacé par la *Contraloría* sur la nature de l'acte d'enregistrement. Celle-ci a prétendue qu'il constituait une condition de leur légalité et validité et s'est autorisée, par ce biais, à émettre des observations d'opportunité assorties d'injonctions au maire de modifier ces actes dans un

¹⁸¹⁴ Comme le signale F. LAFARGE, le cadre du contrôle de légalité de droit commun et les contrôles comptables prévus par le décret du 29 décembre 1962 « aurait pu suffire en matière budgétaire, mais la méfiance du pouvoir central en ce domaine et la volonté d'éviter d'éventuelles dérives financières des élus locaux, en raison même de la décentralisation, ont conduit à la mise en place...d'un contrôle budgétaire spécifique aux collectivités territoriales venant compléter les précédents. L'objet de ce contrôle, confié aux chambres régionales des comptes, est de permettre à celles-ci de proposer aux autorités locales les mesures financières nécessaires pour résoudre leurs difficultés et, éventuellement, en cas d'inaction, de permettre au représentant de l'État de régler le budget à leur place.» Selon cet auteur, le dispositif s'avère aujourd'hui «tout à fait inopérant» car les juridictions financières n'ont qu'un rôle subalterne, les problèmes étant réglés en amont directement par les préfets. LAFARGE, F., «Le contrôle des actes budgétaires des collectivités territoriales», *Mélanges DOUENCE*, pp. 287-300.

sens déterminé.¹⁸¹⁵ Le comportement de la *Contraloría General de la República* est un bon exemple de ce que l'autonomie constitutionnelle donnée à un organe « externe » de l'Administration ne confère pas une garantie supérieure dans l'application du droit. Les diverses « observations » de la *Contraloría General de la República*, si elles n'étaient pas soumises à révision juridictionnelle, pourraient¹⁸¹⁶ produire plus de dommages pour les administrés que des actes de tutelle administrative, qui sont depuis longtemps révisés par les juridictions.¹⁸¹⁷

S'agissant du caractère exécutoire des actes soumis à transmission, il semble, après des errements¹⁸¹⁸, qu'il ne soit pas lié à cette formalité.¹⁸¹⁹

Enfin, la *Contraloría General de la República* a élargi la liste des actes obligatoirement transmissibles aux délibérations approuvant les contrats passés par les municipalités. Ainsi, par la technique des contrôles de « prise de connaissance », la jurisprudence administrative a décidé que les contrats passés par l'administration devaient être validé ou approuvés unilatéralement par un acte administratif de la même personne administratif signataire du contrat. Appliquant cette solution aux municipalités, elle les

¹⁸¹⁵ Voir *Hormazábal Gómez c/Contralor Regional XIa.Región* (Corte de Apelaciones de Coyhaique, 28.04.1998, confirmada por la Corte Suprema, 25.05.1998, rol 1.462-98), cité par SOTO KLOSS, E., “El trámite de “registro” y problemas que suscita”, in *Contraloría general de la república. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, p. 325.

¹⁸¹⁶ Il semble que la *Contraloría General de la República* a pris acte des différents décisions de la Cour Suprême puis qu'elle a émis un avis 15700 du 16 mars 2012 selon lequel “éste **no tiene consecuencias jurídicas y que, por lo tanto, al efectuar el registro de un acto, esta Contraloría General no emite pronunciamiento jurídico alguno.**”

¹⁸¹⁷ Voir pour le droit français, REGOURD, S., *L'acte de tutelle....*, p. 381-391 qui mentionne, parmi d'autres, un arrêt de 1839, nbp. N°12, p. 383.

¹⁸¹⁸ Ainsi, la Cour Suprême a d'abord affirmé que la nomination d'un fonctionnaire municipal est exécutoire à partir de la notification du décret à son destinataire et son enregistrement à la Contraloría (Corte Suprema, 24.11.1998, confirma Corte de Apelaciones de Talca, 28.10.1998, *RDJ* t. 95/1998, 2.5, 238-246). Cependant, un an plus tard, la même Cour Suprême a déclaré que « la validité et l'efficacité de l'acte [qui mettait fin à un contrat de travail de droit privé d'un employé municipal] n'était en aucun cas subordonné à son enregistrement. » *Alcalde de Los Ángeles c/Contralor Regional (S) del Bío-Bío* (Corte de Apelaciones de Concepción, 23.8.1999, confirmada por la Corte Suprema, 21.10.1999, rol 3.167-99, consid. 7°), cité par SOTO KLOSS, E., “El trámite de “registro” y problemas que suscita”, in *Contraloría general de la república. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, p. 325

¹⁸¹⁹ JC. FERRADA remarque que « lo que no está en duda en la jurisprudencia (...) es la eficacia de los actos administrativos desde su notificación y antes de su registro y, al mismo tiempo, la incompetencia de la Contraloría para paralizar los efectos jurídicos del acto.” FERRADA B., JC., “La evolución del sistema chileno de control de la Administración del Estado: desde el control político y administrativo al control judicial”, en BORDALI, A. y FERRADA, JC. (Coord.), *Estudios de Justicia Administrativa*, LexisNexis, Santiago, 2008, p. 33.

oblige à lui communiquer les délibérations approuvant leurs contrats afin de procéder à leur contrôle.¹⁸²⁰

Il est difficile de porter un jugement sur le contrôle sans prendre en compte la pratique. S'il n'existe pas en droit chilien de contrôle de tutelle juridique sur les actes budgétaires, ou de procédure *ad hoc* de demande de suspension d'un acte, l'utilisation très large du recours de protection équilibre l'organisation législative du système. Pour l'instant, on peut constater que l'extension des actes soumis au contrôle d'organes étatiques (autonomes ou non) révèle une tendance à limiter l'autonomie des entités territoriales chiliennes et françaises.

C. Comment? Les modalités pratiques du contrôle de légalité

Des trois grands modèles de contrôle de légalité évoqués, le système français se caractérise par l'articulation d'une phase administrative et d'une phase juridictionnelle.

Le système chilien combine un contrôle exercé par une entité de rang supérieur¹⁸²¹ pour une part de ses affaires et, pour une autre, un contrôle administratif de la *Contraloría General de la República* sans relation apparente avec les recours juridictionnels. Ces derniers cependant ne sont pas réservés qu'au particulier et les interventions spontanées ou provoquées de la *Contraloría General de la República* peuvent être associées à la phase administrative devant le préfet. On peut en effet voir dans les avis, contrôles de remplacement, et «observations» contraignantes de la *Contraloría General de la República*, une phase administrative qui provoque un recours des municipalités si elles ne partagent pas la position de la *Contraloría General de la República* ou un recours des particuliers contre les municipalités pour ne pas s'être conformées à ladite position.

Par ailleurs, on peut constater des divergences sur l'opportunité dont dispose le préfet de donner suite à une demande faite par un particulier de déférer, et l'obligation qui pèse sur la *Contraloría General de la República* de se prononcer sur les demandes d'avis.

¹⁸²⁰ PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, N° 59 B., p. 223-224: « En materia municipal siguió un predicamento similar. Por dictamen n° 62.237, de 1978, estableció un trámite, que a falta de otro nombre se ha llamado de **conocimiento**, obligando a las municipalidades a remitirle copia de las resoluciones municipales aprobatorias de los contratos que celebren las corporaciones edilicias, con sus antecedentes, a fin de proceder a su control.»

¹⁸²¹ A la différence des régions italiennes ou des autonomies espagnoles, l'exécutif régional quand il contrôle agit comme agent déconcentré. Cf. Supra.

1. L'évolution du déféré: de la fonction de contrôle à celles de dialogue et conseil

Originellement, le préfet avait «un rôle mécanique»¹⁸²² car il était tenu de déférer au tribunal administratif les actes qu'il considérait illégaux¹⁸²³ afin de faire respecter la loi sur l'ensemble du territoire. L'obligation de transmission était justifiée par le fait que le représentant de l'Etat doit toujours être en mesure de connaître la teneur des actes locaux contraires à la loi.¹⁸²⁴ Mais, « la Constitution puis, pour son application, la loi ne pouvaient avoir pour objectif l'exercice mécanique et exclusif d'une fonction d'analyse juridique indépendante de toute appréciation des situations et des contextes »¹⁸²⁵. Un certain nombre de tempéraments sont donc apparus dans les modalités du contrôle administratif de légalité de droit commun.

Du fait du nombre d'actes qui pouvaient être déférés - J.-F. BRISSON parle d'un « simulacre » de contrôle dans la plupart des cas - le juge administratif suprême, le législateur, puis le gouvernement ont introduit de véritables dérogations.

S'agissant du Conseil d'État, celui-ci «a consacré la marge d'appréciation des préfets dans l'exercice du déféré»¹⁸²⁶, [et] leur a de surcroît offert - par la prolongation du délai de déféré¹⁸²⁷ - du temps pour négocier avec les autorités locales, tout en confortant un usage plus politique que « juridique ou technique » du déféré, prérogative exclusive du corps préfectoral¹⁸²⁸ »¹⁸²⁹. Cette non-obligation de déférer s'explique par le fait que son

¹⁸²² BRISSON, J.-F., « Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. A la recherche des illusions perdues », *AJDA* 2005 p. 126

¹⁸²³ Cf. l'article L. 2131-6 CGCT: « le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 2131-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission ».

¹⁸²⁴ CC. Décision n° 82-137 DC, du 25 février 1982, op. cit. part. le 6° cons : « à ce que le représentant de l'Etat soit en mesure de connaître la teneur des actes visés par eux au moment où ils sont rendus exécutoires et puisse, s'il y a lieu, saisir sans délai, la juridiction administrative »

¹⁸²⁵ Mission interministérielle, *Rapport de l'audit du contrôle de légalité, du contrôle budgétaire et du pouvoir de substitution*, remis au Premier ministre en juillet 2003, disponible sur le site www.dgcl.interieur.gouv.fr

¹⁸²⁶ CE Sect. 25 janvier 1991, *Brasseur*, *AJDA* 1991, p. 395 ; Rec. p. 23, concl. STIRN, B. ; *GADD*, Dalloz, 2^e éd., n° 37. Cependant, la marge de manœuvre ne doit pas conduire au laxisme. Ainsi, la responsabilité de l'État peut-elle être engagée du fait des manquements du préfet. Cf. TA Bastia, 3 juill. 1997, *Cne Saint-Florent* : *Juris-Data* n° 1997-850486 ; *Petites affiches* 10 sept. 1997, p. 12, concl. CHIAVERINI, note BRENET, B. ; *Petites affiches* 14 janv. 1998, note HOMONT. A propos de l'endettement d'un syndicat intercommunal à vocation multiple qui serait survenu du fait de l'abstention de déférer au juge administratif un acte illégal.

¹⁸²⁷ CE sect. 13 janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, Rec. p. 7 ; CE 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ile-et-Vilaine*, Rec. p. 423 ; CE 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, Rec. p. 433 ; *AJDA* 1997, p. 185, concl. MAUGÛE, C. ; *GADD*, Dalloz, n° 34.

¹⁸²⁸ Voir CE Ass. 15 octobre 1999, *Commune de Savigny-Le-Temple*, Rec. p. 309 ; *GADD*, Dalloz, n° 35.

refus ne fait pas obstacle à un recours direct contre l'acte litigieux. En conséquence, le refus du préfet de déférer un acte est insusceptible de recours. Par ailleurs, afin d'éviter la phase contentieuse¹⁸³⁰, le préfet peut adresser à la collectivité des observations¹⁸³¹ « qui peuvent s'analyser comme un recours gracieux et donnent lieu à une prorogation du délai de deux mois à compter de la réponse de la collectivité »¹⁸³². Le délai de recours contentieux ouvert au préfet est ainsi prorogé¹⁸³³ et court de nouveau pour sa durée entière à compter de la réponse - explicite ou implicite - de l'autorité locale.¹⁸³⁴ La particularité de l'absence de justification d'un intérêt à agir s'accompagne par ailleurs de la possibilité de demandes de suspension dispensées de la condition d'urgence¹⁸³⁵, justifiées par les exigences constitutionnelles de l'article 72 alinéa 6.

Ensuite, le législateur a décidé de « déclasser » certains actes de la catégorie des actes obligatoirement transférables.¹⁸³⁶ Cependant, les articles qui déterminent le régime des

¹⁸²⁹ BRISSON, J.-F., «Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. A la recherche des illusions perdues», *AJDA* 2005 p. 126

¹⁸³⁰ La distinction entre les actes des collectivités territoriales soumis à l'obligation de transmission et les autres est importante ici car elle joue sur la date à partir de laquelle l'acte est exécutoire et détermine donc le déclenchement du délai de recours.

¹⁸³¹ Mais n'est pas obligé : CE 1^{er} févr. 1989, *Commune de Briançon*, req. n° 92875. Le fait que le représentant de l'État n'aurait pas, avant de saisir le juge administratif, appelé l'attention de l'auteur de l'acte qu'il estime contraire à la légalité sur les illégalités dont cet acte serait entaché ainsi que le prescrivent des circulaires du ministre de l'intérieur est sans influence sur la recevabilité du déféré préfectoral.

¹⁸³² BARELLA, X., «Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales: entre nécessité et controverses», in REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (*dir.*), *La décentralisation 30 ans après*, op. cit. p. 110.

¹⁸³³ Dans le cas des actes soumis à obligation de transmission, le préfet peut demander à l'autorité locale la communication de documents annexes de l'acte transmis utiles à l'exercice de son contrôle de légalité. La demande du préfet a également pour effet de proroger les délais.

¹⁸³⁴ CE 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, req. n°62470, Rec. 658; *RFDA* 1987. 206, concl. ROUX.

¹⁸³⁵ La condition d'urgence est établie par l'art. L. 2131-6 al. 3 CGCT. A côté d'une faculté générale à l'égard de tous les actes, le préfet dispose également de celles de saisir le juge de demandes de suspensions spécifiques entraînant éventuellement une suspension automatique de l'acte litigieux. Il en est ainsi en matière d'urbanisme, de marchés et de délégations de service public où la demande de suspension formulée par le préfet dans les dix jours à compter de la réception de l'acte entraîne la suspension automatique de celui-ci (art. L. 2131-6 du CGCT); en matière d'expérimentation locale (art. L.O. 1113-4 du CGCT); en matière de libertés publique ou individuelle (CGCT : arts. L. 2131-6, al. 5 ; L. 3132-1 et L. 4142-1); en matière de défense nationale (art. L. 1111-7, al. 4 et 5 CGCT) ; en matière de référendum local (art. L.O. 1112-3 CGCT). Par ailleurs, il peut aussi mettre en oeuvre les procédures d'urgence de droit commun (référés), ouvertes au justiciable ordinaire.

¹⁸³⁶ La loi du 13 août 2004 *relative aux libertés et responsabilités locales pris en application de la révision constitutionnelle de 2003* a restreint la liste des actes soumis à l'obligation de transmission. Les articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du CGCT visent essentiellement trois domaines : la police administrative, la fonction publique territoriale et l'urbanisme.

actes non transmissibles¹⁸³⁷ sont complétés par un alinéa suivant lequel « le représentant de l'Etat peut en demander communication à tout moment ». Cette disposition introduit de fait une possibilité de contrôle différencié des normes locales selon les portions du territoire et donc une inégalité des citoyens devant l'application de la loi, selon la célérité ou la mansuétude du préfet.¹⁸³⁸

Le gouvernement, enfin, est intervenu par deux textes : d'abord, par la circulaire du Premier ministre du 17 janvier 2006 qui « modernise » le contrôle de légalité et le recentre sur les questions d'intercommunalité, de commande publique, d'urbanisme et d'environnement.¹⁸³⁹ Ensuite, l'ordonnance 2009-1401 du 17 novembre 2009 « portant simplification de l'exercice du contrôle de légalité » a retiré, après l'article 140 de la loi du 13 août 2004, un certain nombre de décisions de la liste de celles soumises à l'obligation de transmission aux termes des articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 CGCT.

Tous ces éléments portent à penser, avec J.-F. BRISSON, que « la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 entérine de fait l'échec d'une certaine conception du contrôle de légalité, qui voulait voir dans le préfet une sorte de commissaire à la loi tenu de déférer à la censure des tribunaux tous les actes des collectivités locales contraires à la légalité et qu'elle opère plutôt un « glissement du contrôle vers le conseil [qui] ajoute encore à la confusion des fonctions assignées au contrôle de légalité. »¹⁸⁴⁰ Comme pour confirmer cette évolution, la circulaire du 23 juillet 1993 invitait déjà les préfets à préférer le dialogue et l'arrangement au contrôle strict.

La montée en puissance de l'intercommunalité qui favorise la mutualisation des compétences, le développement des partenariats et des conventions entre collectivités sur les compétences transférées pose des questions nouvelles sur la pertinence du contrôle de légalité¹⁸⁴¹. Surtout, elle renforce non seulement le contrôle de gestion et la fonction de

¹⁸³⁷ Art. L. 2131-3, L. 3131-4 et L. 4141-4 CGCT

¹⁸³⁸ Le pouvoir discrétionnaire du préfet n'interdit pas cependant d'engager la responsabilité de l'État pour faute lourde. Par ex: CE 21 juin 2000, *Ministre de l'Équipement c. Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, req. n° 202058, Rec. 236; *RFDA* 2000, p. 1096, note P. BON; CE 6 oct. 2000, *Ministre de l'Intérieur c. Commune de Saint-Florent et autres*, req. n° 205959, Rec. 395; *RFDA* 2001, p. 152, note P.BON; *AJDA* 2001. 201, note CLIQUENOIS.

¹⁸³⁹ Voir COUINTET-HAUTIER, C., « La mise en œuvre de la décentralisation », in PAVIA, M.-L., *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain ?*, op. cit, p. 72.

¹⁸⁴⁰ BRISSON, J.-F., «Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. A la recherche des illusions perdues», *AJDA* 2005 p. 126

¹⁸⁴¹ Voir CAILLOSSE, J. « Un déféré préfectoral pour quoi faire ? », *Pouvoirs locaux*, n° 44, 2000.

conseil du représentant de l'État, mais également une recentralisation qui ne dit pas son nom. L'imprécision et la diversité des statuts mettent inexorablement ce dernier en position d'arbitre.

2. De l'absence de contrôle préventif à l'immixtion de la *Contraloría* dans les affaires locales

En ce qui concerne les modalités concrètes du contrôle sur les municipalités chiliennes, l'exemption légale du contrôle administratif préventif de légalité dont elles bénéficient a été palliée par l'application de dispositions qui permettent un contrôle *a posteriori*.

D'abord, on l'a vu, dans les deux systèmes est établi un mécanisme de transmission obligatoire de certains actes. Cependant, si la *Contraloría General de la República* ne doit pas se prononcer sur le fond et l'opportunité des actes soumis à transmission, elle a rappelé dans son avis du 16 mars 2012 que ceci ne faisait pas obstacle à ses contrôles de remplacement en matière d'audit ou sur demande des intéressés.¹⁸⁴² La *Contraloría General de la República* développe donc son contrôle au moyens des demandes d'avis (qui correspondraient ici aux demandes de déférer du système français)¹⁸⁴³, mais également par des contrôles exercés de son propre chef et qui peuvent être assimilés aux examens de légalité exercés d'office par le préfet sur l'ensemble des actes.

Par la technique des avis (*dictámenes*¹⁸⁴⁴), sollicités sur la base de l'article 19^o 14¹⁸⁴⁵ de la Constitution par toute personne qui s'estime lésée par des chefs de services

¹⁸⁴² Dictamen 15700 du 16 mars 2012, *Registro, Decretos municipales, anotación material*, "De este modo, corresponde a cada municipio verificar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos respecto de los actos administrativos que emitan, sin perjuicio de los controles de reemplazo que pueda llevar a cabo esta Contraloría General, sea con ocasión del ejercicio de la función de auditoría o de la atención de reclamos de los interesados."

¹⁸⁴³ La circulaire n°24.841, du 10 de avril 1974, a fixé les critères pour l'admission d'une demande d'avis (dictamen): "La Contraloría sólo conocerá y se pronunciará sobre las presentaciones deducidas por funcionarios públicos o particulares que se refieren a asuntos en que se haya producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa, habiéndola requerido el interesado".

¹⁸⁴⁴ L'avis de la CGR ou dictamen est "un acto de consulta formulado por los Ministerios o Jefaturas de Servicios en materias de competencia de la Contraloría General o un acto de respuesta a peticiones de particulares o funcionarios que reclamen el reconocimiento de derechos que les sean desconocidos por la administración y siempre que las situaciones que los afecten importen una violación de normas cuyo cumplimiento corresponda fiscalizar al organismo contralor". AYLWIN, P., *Derecho Administrativo*, Ed. Universidad Andrés Bello, Santiago, 1996, p. 320.

publics ou des ministères, la *Contraloría General de la República* dispose des facultés nécessaires pour interpréter les normes et de cette manière exercer le contrôle de légalité prévu par l'article 98¹⁸⁴⁶ de la Constitution¹⁸⁴⁷, et l'exemption du contrôle préventif de légalité ne s'oppose pas au contrôle a posteriori.¹⁸⁴⁸ L'étendue de ce contrôle est particulièrement ample puisque la *Contraloría General* peut émettre des avis juridiques sur toutes les matières sujettes à son contrôle¹⁸⁴⁹ et, particulièrement, sur tous les sujets ayant trait à l'application du statut administratif et au fonctionnement des services publics soumis à son contrôle¹⁸⁵⁰, parmi lesquels figurent les municipalités.¹⁸⁵¹

Par ailleurs, la *Contraloría General de la República* a développé des contrôles de remplacement (à l'interdiction légale d'exercer son contrôle *a priori*) autorisés par la loi organique municipale qui précise que « les municipalités [et donc tous ses actes] seront contrôlées par la *Contraloría General de la República* »¹⁸⁵².

L'effet des décisions, qui constituent la jurisprudence administrative¹⁸⁵³ de la *Contraloría General de la República*, est obligatoire¹⁸⁵⁴. Selon cette même jurisprudence administrative, l'ensemble des normes du secteur public est soumis à une interprétation et

¹⁸⁴⁵ Cet article autorise toute personne a “presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que de la proceder en términos respetuosos y convenientes”.

¹⁸⁴⁶ En application des arts 98 y 99 de la Constitución Política et des arts 1°, 5°, 6° y 9° de sa loi organique n° 10.336, la *Contraloría General* exerce le control de légalité des actes de l'Administration.

¹⁸⁴⁷ SCS, Rol 4533-09 de 13.10.2009, *Don Antonio César Jiménez Silva c/ Contralor General de la República*

¹⁸⁴⁸ SCS, Rol 5959-10 de 01.09.2010, *Alcalde de la I. Municipalidad de La Florida c/ Contraloría General de la República*: “ la exención de la toma de razón que beneficia a los actos municipales no significa que éstos queden al margen del control de legalidad, ya que el Órgano Contralor puede emitir dictámenes sobre todas las materias sujetas a su control, conforme lo reconocen los artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República, artículos 1, 5, 6 y 9 de la Ley N° 10.336 y artículos 51 y 52 de la Ley N° 18.695, sobre Municipalidades”

¹⁸⁴⁹ LOCMU, art. 52.- “En el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, la Contraloría General de la República podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control.”

¹⁸⁵⁰ PANTOJA parle de “la interminable casuística de sus dictámenes”PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit. N° 57, p. 218:

¹⁸⁵¹ CGR, Dictamen 28136 du 22 juin 2007, *Presidente Corte de Apelaciones de Santiago*

¹⁸⁵² LOCMU, art. 51: “Las municipalidades serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República, de acuerdo con su ley orgánica constitucional”

¹⁸⁵³ Art. 8°, inc. 3° Ley n° 10.336: “De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en los casos a que se refiere el artículo 10” Cf. AZÓCAR A., A., “Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República”, in *Veinte años de la Constitución chilena, 1981-2001*, Universidad Finisterrae, Editorial jurídica, Conosur, 2001, p. 154

¹⁸⁵⁴ Par exemple: STC Rol N° 5653-09 du 23 août 2011: “En efecto, de acuerdo a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades estos entes son fiscalizados por la Contraloría General de la República, la que en el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, podrá ésta emitir dictámenes jurídicos sobre las materias sujetas a su control, los que son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización.”

un contrôle centralisés uniquement et exclusivement au sein de la *Contraloría General de la República*.¹⁸⁵⁵

La *Contraloría General de la República* exerce ses contrôles en opportunité et discrétionnairement, palliant ainsi l'absence d'un représentant de l'État. Ceux-ci - contrôles de remplacements et « prise de connaissance », dont certains auteurs affirme le fondement juridique « douteux »¹⁸⁵⁶ - fonctionnent réellement comme des contrôles administratif de légalité *a posteriori*.

Les décisions ou résolutions qu'adopte la *Contraloría General de la República* de son propre chef mènent au même résultat que les remarques informelles ou formelles du préfet aux collectivités territoriales, à propos de la légalité d'une décision locale, car les deux peuvent ne pas être suivies par les organes des entités territoriales. Si la municipalité décide de ne pas suivre les décisions de la *Contraloría General de la República*, celles-ci peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel de la part de la municipalité¹⁸⁵⁷, alors que dans le cas français, c'est le préfet qui saisira le juge.

¹⁸⁵⁵ PANTOJA B., R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, N° 60 C. p. 226:

¹⁸⁵⁶ FERRADA B., JC., "La evolución del sistema chileno de control de la Administración del Estado: desde el control político y administrativo al control judicial", en BORDALI, A. y FERRADA, JC. (Coord.), *Estudios de Justicia Administrativa*, LexisNexis, Santiago, 2008, pp. 32-34.

¹⁸⁵⁷ Cf. La décision de la Cour suprême SCC Rol N° 2791-12 du 3 de juillet 2012, *Municipalidad de Zapallar contra Contraloría Regional de Valparaíso*, dans laquelle la haute juridiction rappelle *d'abord* que les avis (dictámenes) de la CGR sont des actes administratifs susceptibles de recours juridictionnels, *ensuite* qu'il y a lieu de distinguer entre les différents avis ceux qui ont le caractère d'acte administratif normatif, ceux qui sont des actes préparatoires et ceux qui s'apparentent à des circulaires (cons. 6) , par ailleurs qu'elle est compétente pour requalifier les actes de la CGR en avis même si celle-ci les dissimule sous un autre nom (cons. 6 également) et, enfin que les avis de la CGR ne constituent qu'une jurisprudence administrative qui doit se conformer à la jurisprudence juridictionnelle (cons. 7).

Cons. 6: "*Que con respecto a los dictámenes de la Contraloría, y no obstante que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en su artículo tercero, los califica como actos administrativos y por lo tanto claramente recurribles por la vía jurisdiccional, puede distinguirse entre: dictámenes constitutivos de "decisiones", que son verdaderos actos terminales; aquellos que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores, que constituyen actos de trámite; y por último, dictámenes que no son creadores de derecho y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal, tipo de dictámenes que no cabe dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la alusión de su artículo tercero inciso sexto está referida, cuando habla de "dictámenes o declaraciones de juicio", a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a verdaderas circulares. Tratándose de estos últimos lo que puede afectar las garantías constitucionales es la aplicación que cada servicio de la Administración haga del dictamen, pero éste en sí mismo no produce tal efecto, salvo en cuanto pueda constituir una amenaza*".

El Dictamen N° 648 de 11 de enero de 2012, calificado en autos en todo momento como oficio, pero que técnicamente constituye un dictamen, no obstante provenir de un Contralor Regional y no del Contralor General, al ordenar la devolución de los fondos percibidos por cobro de patente y por multas cursadas, constituye un acto administrativo terminal que produce efectos jurídicos precisos obligando a la

D'autre part, on peut voir également un parallèle entre les demandes d'avis (*dictámenes*) adressées à la *Contraloría General de la República* et les demandes de déferé des particuliers adressées au préfet. Effectivement, la position adoptée par la *Contraloría General de la República* sur la demande d'avis peut être comparée à la décision du préfet d'accéder ou non à la demande.

L'avis négatif de la *Contraloría General de la República* peut être assimilé au refus du préfet de donner suite à la demande du particulier. Dans les deux cas, les particuliers peuvent recourir directement aux juridictions. Dans le cas français par le biais du recours pour excès de pouvoir et dans le cas chilien, directement également contre l'acte de la municipalité par le recours de protection ou le recours spécial d'illégalité municipale.

Si le préfet donne raison à la demande du particulier ou que l'avis de la *Contraloría General de la República* lui est favorable, le litige se règlera également devant les tribunaux. En France, par le biais du déferé préfectoral et, au Chili, par le recours de la municipalité contre le dictamen de la *Contraloría General de la República* ou si la municipalité l'ignore, par les recours déjà mentionnés exercés par le particulier lui-même.

3. Essai d'appréciation comparée

On peut tirer les conclusions provisoires suivantes : le contrôle des actes relève de principes communs et il pourrait faire l'objet d'aménagements susceptibles d'améliorer l'autonomie territoriale tout en garantissant les principes de légalité et de sécurité juridique.

D'abord, les deux systèmes prétendent respecter l'initiative territoriale tout en substituant la hiérarchie des normes à la hiérarchie des organes. En ce sens, ces contrôles

Municipalidad, y no emitiendo solamente una opinión sobre el alcance o interpretación que debe darse a un precepto legal.

Cons. 7: Que, en todo caso, la Contraloría General de la República en su actuación debe respetar la Constitución y la ley y se encuentra sometida al principio de legalidad, *correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan.*

(...). Al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece - interpretando la ley- que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos "de la jurisprudencia administrativa" como señala el artículo 6 inciso final de su Ley Orgánica.

relèvent de la tutelle car ils protègent les entités territoriales et sanctionnent à la fois leurs actes illégaux. Aucun des deux systèmes de contrôles étatiques n'empêche un recours parallèle ou conjoint des particuliers, et les deux peuvent être provoqués par ces mêmes particuliers.

R. PANTOJA affirmait qu'en matière d'autonomie territoriale, la *Contraloría General de la República* avait eu une lecture jurisprudentielle plus statique et centralisatrice que dynamique et favorable à l'autonomie territoriale.¹⁸⁵⁸ Le système chilien apparaît en effet plus strict puisque les avis de l'organe de contrôle sont des actes contraignants pour les municipalités qui n'ont d'autre recours que le conflit juridictionnel. Au contraire, le système français semble plus flexible qu'il n'y paraît, puisqu'il permet d'instaurer un dialogue entre le préfet et la collectivité territoriale par le biais de la phase administrative du contrôle; laquelle s'est transformée en une véritable phase de négociation.

Cependant, au Chili comme en France se pose un problème de sécurité juridique pour les entités territoriales comme pour les administrés¹⁸⁵⁹.

Concernant les actes des municipalités chiliennes, l'absence d'un filtre préalable comme le contrôle de légalité par un représentant de l'État garant de l'intérêt général national, peut affecter l'égalité des administrés devant la Légimité, mais également la bonne gestion des collectivités territoriales. Le système chilien gagnerait certainement à ce que les compétences de la *Contraloría General de la República* soient mieux ou plus strictement définies. Par ailleurs, étant un organe administratif, il serait judicieux qu'elle se conforme aux décisions juridictionnelles. Son autonomie constitutionnelle, présentée par certains auteurs -et elle-même bien entendu- comme l'institution parfaite, ne justifie pas des positions de tranchée qui bloquent le système dans son entier. Encore faudrait-il que la Cour suprême montre l'exemple en se conformant aux sentences du Tribunal constitutionnel et que son autorité morale et technique influence également les cours d'appel et tribunaux de première instance.

¹⁸⁵⁸ PANTOJA B, R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y Modernidad*, op. cit. n° 67, p. 240.

¹⁸⁵⁹ L'«intelligibilité» du droit, de manière générale, a été érigée en objectif de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel français (CC, Décision n° 99-421 DC, du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* ; Rec., p. 136, JO 22 décembre 1999, p. 19041) Et celle-ci est une garantie de sécurité juridique. Sur la reconnaissance du «principe de sécurité juridique» par le Conseil d'État, voir CE, 24 mars 2006, *KPMG* (req. n° 188460), *JCP A*, 1120, 29 mai 2006 n° 22, note BELORGEY, J.-M.

En France, l'échec¹⁸⁶⁰ du contrôle juridictionnel de légalité instauré par la réforme de 1982 pose également de graves questions. D'abord, la prééminence du préfet dans un rôle de conseiller des collectivités territoriales plutôt que contrôleur de légalité pose les problèmes d'atteinte aux principes d'unité de la République, d'égalité devant la loi et finalement de sécurité juridique pour les administrés car celui-ci peut décider de ne pas déférer des actes manifestement illégaux¹⁸⁶¹. Ensuite, l'insécurité juridique concerne également les collectivités territoriales qui sont exposées à l'augmentation des recours des particuliers. Enfin, et surtout, « ce rôle de conseil risque à tout moment de muter en une régulation politique plus que juridique et de se transformer à terme en une tutelle pernicieuse; faisant du préfet le co-auteur de l'acte...[et mener à] une négation ou du moins un renoncement de l'idée de décentralisation». ¹⁸⁶²

Plusieurs propositions de réforme ont été avancées, dont celle de supprimer l'intervention du préfet¹⁸⁶³ – ce qui rapprocherait le système français du chilien, en laissant le rôle principal aux citoyens, ou celle de revenir au contrôle d'avant 1982¹⁸⁶⁴. On pourrait également limiter le contrôle préfectoral à certaines compétences territoriales sensibles¹⁸⁶⁵.

¹⁸⁶⁰ Le taux de recours comparativement au nombre d'actes transmis « montre sur dix ans qu'ils varient à l'intérieur d'une fourchette dont la valeur haute est 0,033% (en 1996) et dont la valeur basse est 0,016% (en 2002). *Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux. Vingtième rapport, années 2004, 2005, 2006*, Paris, *La documentation française*, p. 16.

¹⁸⁶¹ Les carences dans l'exercice du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales ne sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'État que si elles sont constitutives d'une faute lourde. Pour l'appréciation de la faute lourde par le juge, des critères ont été posés dans l'arrêt CE, 6 oct. 2000, *Commune Saint-Florent* ; *Juris-Data* n° 2001-150029 ; *Rec. CE*, p. 395 ; *Collectivités-Intercommunalité 2000*, chron. n° 11, concl. TOUVET ; *AJDA* 2001, p. 201, note M. CLIQUENNOIS). Peuvent ainsi être pris en compte le caractère aisément décelable de l'illégalité de la décision de la collectivité ou la gravité des conséquences dommageables de la décision illégale (les délibérations du syndicat intercommunal conduisirent à un endettement de 17 MF) et la durée de la carence du préfet (le préfet s'était abstenu pendant trois années consécutives de déférer au juge administratif les délibérations litigieuses). V. MOREAU J., « Responsabilité du fait des activités de contrôle » (refondu par BROYELLE C.), *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 918, Cote : 08,2003, Date de fraîcheur : 15 Mai 2003, n°24-26.

¹⁸⁶² BARELLA, X., «Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales: entre nécessité et controverses », in REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (*dir.*), *La décentralisation 30 ans après*, op. cit., p. 117.

¹⁸⁶³ Projet de réforme de P. RICHARD, *Le temps de citoyens: pour une démocratie décentralisée*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1995.

¹⁸⁶⁴ Proposition de loi de F. ROUSSEL, AN n° 3143, 14 novembre 1996.

¹⁸⁶⁵ Par exemple : les recours dans l'intérêt de la défense nationale (art. L. 1111-7 CGCT), les déférés spéciaux organisés en matière de référendum local (art. L.O. 1112-3) ou d'expérimentation (art. L.O. 1112-3), ou encore les matières où des procédures de suspension automatique à la demande du préfet ont été instituées par la loi (marchés et contrats publics, urbanisme).

On peut en fin de compte accepter le constat de B. FAURE selon qui « le pouvoir central s'est toujours efforcé de combiner décentralisation et déconcentration au sein d'une même personne morale dans le but de limiter l'ouverture vers l'autonomie que réalise l'octroi de la personnalité juridique »¹⁸⁶⁶.

§ 2. Les contrôles sur les organes des entités décentralisées

Un contrôle de l'exécutif national sur les élus territoriaux est *a priori* incompatible avec un système décentralisé. Pourtant, l'Etat, en tant qu'ordre juridique, organise de tels contrôles. Après des précisions conceptuelles et méthodologiques (A), on proposera ici une approche synthétique de ceux-ci (B).

A. Précisions conceptuelles

1. Responsabilité administrative et sanctions «disciplinaires»

Il est difficile de nier les contrôles de l'Etat sur les organes des entités territoriales à partir du moment où l'on constate «un contrôle sur l'exercice du mandat».¹⁸⁶⁷ Les hypothèses de contrôles correspondent ou à la vérification de l'application de sanctions légales de la survenance de faits objectifs, ou à la sanction de fautes de nature administrative, c'est-à-dire de responsabilité administrative. La responsabilité administrative répond à des comportements particuliers qui ne sont ni civils ni pénaux et qui sont prévus par un statut ou par des lois spéciales non applicables à l'ensemble des citoyens.

Le pouvoir disciplinaire dans son acception classique s'exerce à l'intérieur d'une même personne publique. Mais, comme l'a noté S. REGOURD, « toute limitation *a priori* du domaine des mesures disciplinaires à la structure centralisée paraît être arbitraire. S'il reste vrai que le pouvoir hiérarchique, comme tout pouvoir de direction appelle le pouvoir disciplinaire comme un complément naturel, rien ne permet d'établir que celui-ci ne se puisse concevoir indépendamment de celui-là.»¹⁸⁶⁸ C'est pour cela que la définition de la

¹⁸⁶⁶ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op cit. p. 617, n° 820.

¹⁸⁶⁷ ALONSO, Ch., *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2010, p. 569.

¹⁸⁶⁸ REGOURD, S., *L'acte de tutelle*, op. cit. p. 112.

faute disciplinaire «ne ressort ni de la hiérarchie, ni de la tutelle»¹⁸⁶⁹. Il s'agit généralement d'une morale «laïque», traduite en droit chilien -par exemple- par la loi sur la probité administrative¹⁸⁷⁰.

Dans ce sens, la responsabilité administrative ressort d'une discipline d'action au sein d'une organisation particulière qui en sanctionne les écarts de conduite moyennant un pouvoir disciplinaire. Du fait de leurs statuts et fonctions, les autorités territoriales, bien qu'élues et disposant à ce titre de garanties dont ne disposent pas les fonctionnaires, sont soumises au respect d'exigences légales -plus fortes que celles qui pèsent sur les particuliers - qui entraînent bien des sanctions de type disciplinaire.

2. Fondements normatifs et politiques

Les contrôles sur les autorités élues ne peuvent ressortir ni de la hiérarchie ni de la tutelle, c'est-à-dire de principes propres à l'organisation de l'administration, mais de principes supérieurs.

Principe d'abord légal¹⁸⁷¹ puis constitutionnel¹⁸⁷² au Chili, le principe de probité administrative trouve son fondement dans le fonctionnement démocratique de la société et en fin de compte dans l'intérêt général¹⁸⁷³. De même en France, le fondement du contrôle sur les organes des personnes publiques, quel que soit le nom qui lui est donné, doit être rattaché aux exigences de l'alinéa 6 de l'article 72 de la Constitution¹⁸⁷⁴ qui rendent l'État comptable de l'intérêt général. Dans les deux cas, c'est donc l'intérêt général qui justifie ces contrôles sans avoir besoin de recourir aux notions de sanction disciplinaire, ou de pouvoir hiérarchique.

¹⁸⁶⁹ Idem., p. 114.

¹⁸⁷⁰ A ce propos SILVA estime que «la probidad administrativa no es otra cosa que la rectitud y moralidad con que debe ejercer la función pública.», SILVA C., E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, T. IV. El servicio público., 1^a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 111.

¹⁸⁷¹ Ley n° 19.653 Sobre probidad administrativa aplicable de los órganos de la Administración del Estado, de 14 de diciembre de 1999.

¹⁸⁷² Art. 8 de la Constitution introduit par l'art. 1 n° 3 de la Ley N° 20.050 *Reforma constitucional que introduce diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República*, 26 de agosto, 2005.

¹⁸⁷³ LOCGBAE, artículo 52: «El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del **interés general** sobre el particular.»

¹⁸⁷⁴ « Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois. »

Comme ce contrôle ne peut être conçu comme disciplinaire – dans sa version classique- soit il est innommé (cas français), soit il est rebaptisé (la probité du droit chilien). La LOCBGAE est d'ailleurs claire: l'article 61¹⁸⁷⁵, relatif à la responsabilité et aux sanctions du principe de probité, réserve le terme de responsabilité administrative aux lois et statuts spéciaux, et garde la référence au terme englobant de probité pour toute faute à l'éthique publique¹⁸⁷⁶. Ce qui permet, par exemple, de prévoir que les conseillers municipaux sont soumis à ce principe mais ne relèvent pas de la responsabilité administrative propre aux fonctionnaires ou assimilés (comme le maire, cf. Infra).

B. La mise en œuvre des contrôles selon les sanctions et selon les organes

Les deux grands groupes de «sanctions» - sanctions légales d'office et sanctions «disciplinaires» - s'appliquent-elles de la même façon aux exécutifs et aux membres des assemblées territoriales ? La question ne se pose pas concernant les fonctionnaires territoriaux qui sont soumis non seulement au pouvoir hiérarchique de l'exécutif mais également à leur statut et à son contrôle.¹⁸⁷⁷ Ensuite, «l'exercice du pouvoir disciplinaire sur les organes décentralisés peut être théoriquement confié à une diversité d'autorités,

¹⁸⁷⁵ « La infracción a las conductas exigibles prescritas en este Título hará incurrir en responsabilidad y traerá consigo las sanciones que determine la ley. La responsabilidad administrativa se hará efectiva con sujeción a las normas estatutarias que rijan al órgano u organismo en que se produjo la infracción.»

¹⁸⁷⁶ LOCBGAE, art. 53: “El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.”

¹⁸⁷⁷ La Cour suprême a confirmé la position de la *Contraloría General* selon qui ses avis sont obligatoires pour les services administratifs des municipalités. Le caractère obligatoire des avis est fondé, selon la *Contraloría General de la república* sur les articles 6°, 7° et 98 de la Constitution; 2° de la loi N° 18.575 LOCBGAE; et 1°, 5°, 6°, 9°, 16 et 19 de la loi organique N° 10.336 relative à la CGR. Leur défaut d'application peut entraîner la responsabilité administrative des fonctionnaires qui doivent adopter les mesures adéquates à l'exécution de la loi dont la portée est fixée par lesdits avis. Dictamen CGR N° 49.909 du 9 août 2011 « Por consiguiente, procede que la Municipalidad de Peñaflor... [dé]...estricto cumplimiento a los dictámenes N°. 50.213, de 2008; y 146 y 73.045, de 2010, toda vez que éstos son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización,... por lo que **su no acatamiento por parte de los funcionarios municipales y de las autoridades edilicias significa la infracción de sus deberes funcionarios**, comprometiendo su responsabilidad administrativa (aplica criterio contenido en el dictamen N° 14.283, de 2009).” A ce titre, la LOCBGAE prévoit l'ouverture d'une procédure administrative, dont l'ouverture et l'instruction est décidée librement par le Contralor General. La formule que nous avons surlignée est ambiguë car toutes les autorités municipales n'ont pas le statut de fonctionnaires et ne peuvent donc pas enfreindre de tels devoirs.

aussi bien juridictionnelles qu'administratives, ainsi qu'aux organes décentralisés sur leurs propres membres.»¹⁸⁷⁸

1. Les sanctions légales d'office

Les deux systèmes prévoient bien sûr des cas d'incompatibilité pour exercer des fonctions publiques et qui ont pour but d'éviter la corruption et les conflits d'intérêts¹⁸⁷⁹.

Les deux systèmes prévoient également la démission d'office – prononcée par le juge – pour une cause d'inéligibilité ou d'incompatibilité survenue après l'élection du conseiller¹⁸⁸⁰.

2. Les sanctions «disciplinaires»

Au-delà des formes qu'elle peut prendre, la sanction de « la faute permet au pouvoir central de remettre en cause par la voie disciplinaire ce qu'il avait concédé par l'élection, tendant ainsi à unifier les positions respectives des organes décentralisées et des agents centralisés à l'égard du nécessaire respect de la discipline »¹⁸⁸¹. L'aspect moral prédomine car quels que soient les termes utilisés par le législateur¹⁸⁸², l'élu qui a contrevenu à des règles de discipline peut encourir parallèlement des sanctions pénales¹⁸⁸³. Les sanctions disciplinaires concernent les exécutifs (a) comme les membres des assemblées (b), ou encore les instances collégiales (c).

a) Sur les exécutifs

Les logiques à l'œuvre dans les deux systèmes sont similaires s'agissant des maires français et des intendants régionaux chiliens qui sont à la fois exécutif de leur entité

¹⁸⁷⁸ REGOURD, S., *L'acte de tutelle*, op. cit., p. 113.

¹⁸⁷⁹ “Las causales de inhabilidad referidas están vinculadas a situaciones que configuran las situaciones que doctrinariamente y en la legislación comparada se denominan conflictos de interés” Historia de la Ley N° 19.653 Sobre probidad administrativa aplicable de los órganos de la Administración del Estado, p. 6.

¹⁸⁸⁰ Code électoral, art. L236 pour les conseillers municipaux ; arts L205 et L 210 pour les conseillers départementaux et L 341 et L 344 al. 2 pour les conseillers régionaux. Pour le Chili, voir les art. 74 a 76 LOCMU et 32 a 34 LOCGAR.

¹⁸⁸¹ REGOURD, S., *L'acte de tutelle*, op. cit. p. 113.

¹⁸⁸² «Contravención a las normas sobre probidad administrativa», ou «notable abandono de sus deberes» ou encore «manquement aux devoirs de la loi».

¹⁸⁸³ BERMÚDEZ, p. 327: “una de las formas más ordinarias de vulnerar dicho principio [de probidad administrativa] lo constituyen los actos de corrupción que se pueden producir dentro de la Administración del Estado.”

territoriale et agents de l'État. En tant qu'agents déconcentrés de l'État, ils sont soumis à un contrôle disciplinaire classique, c'est-à-dire hiérarchique : s'exerçant au sein d'une même personne publique. On notera cependant que l'existence du contrôle hiérarchique de l'exécutif national sur le maire français peut faire l'objet d'un contrôle de la part du juge¹⁸⁸⁴ alors que l'Intendant reste en fonction tant qu'il a la confiance du Président de la République. Le contrôle sur l'exécutif des régions chiliennes est donc d'abord un contrôle politique, puisqu'il est de la confiance exclusive du Président de la République qui peut le démettre à tout moment, alors que le maire français sera sanctionné en tant qu'agent de l'État et non en tant qu'élus.

En revanche, pour les présidents des collectivités territoriales françaises (dont les maires quand ils agissent au nom de la commune) et les maires chiliens, leurs situations diffèrent.

Dans le système français, les exécutifs suivent le même régime que les élus des assemblées territoriales et ne peuvent se voir infliger des sanctions disciplinaires. Mais la loi s'applique à eux également, et peut-être même plus qu'aux autres personnes.

Le maire chilien, pour sa part, est considéré en vertu de l'article 40¹⁸⁸⁵ LOCMU comme fonctionnaire municipal auquel s'appliquent les dispositions relatives aux devoirs et droits de ce corps de fonctionnaires et la responsabilité administrative correspondante, ainsi que les normes relatives à la probité administrative.¹⁸⁸⁶

¹⁸⁸⁴ Art. L2122-16 CGCT: "Le maire et les adjoints, après avoir été entendus ou invités à fournir des explications écrites sur les faits qui leur sont reprochés, peuvent être suspendus par arrêté ministériel motivé pour une durée qui n'exécède pas un mois. Ils ne peuvent être révoqués que par décret motivé pris en conseil des ministres. - Le recours contentieux exercé contre l'arrêté de suspension ou le décret de révocation est dispensé du ministère d'avocat. - La révocation emporte de plein droit l'inéligibilité aux fonctions de maire et à celles d'adjoint pendant une durée d'un an à compter du décret de révocation à moins qu'il ne soit procédé auparavant au renouvellement général des conseils municipaux. »

¹⁸⁸⁵ Art. 40 LOCMU: Para los efectos anteriores, se entenderá que son funcionarios municipales el alcalde... (...) No obstante, al alcalde sólo le serán aplicables las normas relativas a los deberes y derechos y la responsabilidad administrativa. Asimismo, al alcalde y a los concejales les serán aplicables las normas sobre probidad administrativa establecidas en la Ley N° 18.575."

¹⁸⁸⁶ Art. 60 LOCMU: "El alcalde cesará en su cargo en los siguientes casos: c) Remoción por **impedimento grave, por contravención de igual carácter a las normas sobre probidad administrativa, o notable abandono de sus deberes**; les nouveaux alinéas 4 à 7 de l art. 60 issus de la loi n° 20742 du 1^{er} avril 2014 (Art. 1 N° 8 a) (*D.O. 01.04.2014*) précise que "La causal establecida en la letra c) será declarada por el tribunal electoral regional respectivo, a requerimiento de, a lo menos, un tercio de los concejales en ejercicio, observándose el procedimiento establecido en los artículos 17 y siguientes de la ley N° 18.593, de los Tribunales Electorales Regionales, para lo cual no se requerirá patrocinio de abogado. En el requerimiento, los concejales podrán pedir al tribunal electoral regional respectivo la cesación en el cargo o, en subsidio, la

b) Sur les membres des assemblées territoriales

Par principe, la responsabilité disciplinaire des élus territoriaux membres des assemblées délibérantes est incompatible avec leur autonomie de décision. Comme le souligne B. FAURE, « démocratiquement désigné, il ne relève pas d'un chef hiérarchique à même de lui infliger des mesures disciplinaires pour ne pas avoir obtempéré à ses instructions. »¹⁸⁸⁷

Dans le cadre chilien, la mise en œuvre par les élus eux-mêmes ou par un représentant de l'État – ici la *Contraloría General de la República*¹⁸⁸⁸, du respect de règles «déontologiques»¹⁸⁸⁹ s'inscrit dans un processus d'uniformisation des comportements des élus par le législateur. Le contrôle de ces règles est certes lui-même contrôlé par les tribunaux¹⁸⁹⁰, mais elles sont bel et bien définies par lui. Par ailleurs, dans le cas chilien, les contrôles financiers ou de gestion exercés par la *Contraloría General de la República* peuvent aboutir à l'application des mêmes règles, même si – là encore – la décision administrative est contrôlée par le juge¹⁸⁹¹.

aplicación de alguna de las medidas disciplinarias dispuestas en las letras a), b) y c) del artículo 120 de la ley N° 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

¹⁸⁸⁷ FAURE, B., *Droit des collectivités* ..., op. cit. p. 637, n° 841.

¹⁸⁸⁸ La loi n°19.653 de 1999 est venue renforcer le rôle de la CGR en tant qu'organe de contrôle de la probité administrative des employés, fonctionnaires et agents publics. Celle-ci d'ailleurs peut jouer un rôle préventif dans l'usage politique qu'ont tendance à en faire les opposants politiques au maire ou aux conseillers de la majorité. Pour un exemple récent en période de campagne politique : Dictamen 71422 de 5.11.2013, Mun, alcaldesa, actividad política, jornada, acto oficial, cuenta twitter

¹⁸⁸⁹ Cf. Art. 40 LOCMU précité qui prévoit l'application des règles relatives à la probité administrative aux conseillers.

¹⁸⁹⁰ Par ex: CGR Dictamen, n° 69 968 du 08-11-2011, *Sobre aplicación del principio de probidad a los consejeros regionales y a los concejales*: "...cabe hacer presente que el artículo 89 de la citada ley N° 18.695 prescribe que a estos representantes de los ciudadanos no les son aplicables las normas que rigen a los funcionarios municipales, salvo en materia de responsabilidad civil y penal, tal como se ha señalado por los dictámenes N°s. 20.063, de 2004 y 11.330, de 2010, ambos de este origen, y que conforme con lo establecido en los artículos 76, letra f), y 77 de la aludida ley, **la existencia de una conducta que implique una contravención al principio de probidad administrativa debe necesariamente ser declarada, al igual que en el caso de los consejeros regionales, por el Tribunal Electoral Regional respectivo.**"

¹⁸⁹¹ V. SCS, Rol 1773-13 du 13.05.2013, *Lidia Zapata Pasten y otros contra la Contraloría Regional de Coquimbo*, qui estime, à propos d'un recours de protection de conseillers régionaux contre la décision du contrôleur régional de restituer ou réembourser les sommes reçues au titre de l'assistance aux réunions de l'assemblée délibérante, que "la decisión del Contralor Regional de Coquimbo en cuanto dispone la obligación de reembolsar las sumas percibidas en exceso por los recurrentes no constituye un acto arbitrario o ilegal, todo lo contrario, importa el cumplimiento de la obligación legal que pesa de velar por el adecuado uso de los fondos públicos, que el principio de probidad administrativa impone a los consejeros regionales, lo que no puede importar privación, perturbación, o amenaza de los derechos y garantías que denuncian amagadas en el recurso, por lo que éste será rechazado." Cette solution n'est pas applicable en France, même

En ce qui concerne le droit français, il prévoit la démission d'office du conseiller - déclarée par le tribunal administratif - « qui, sans excuse valable, a refusé de remplir une des fonctions qui lui sont dévolues par les lois »¹⁸⁹².

Au-delà des particularités de chaque système, la logique est bien celle de l'intervention en dernier ressort des juridictions.

c) Le cas des instances collégiales

Si l'Intendant régional est dans une situation clairement hiérarchique et subordonnée au Président de la République¹⁸⁹³, les rapports entre les gouvernements régionaux et l'État central ne sont pas clairement définis.¹⁸⁹⁴ De telle sorte que l'on ne saurait dire s'ils sont dans une situation de tutelle ou pas. Un tel dispositif n'est pas propice, à l'évidence, au développement de l'autonomie des régions.

Par ailleurs, existe en France la possibilité pour le gouvernement de dissoudre l'instance collégiale¹⁸⁹⁵. La loi ne précise pas les raisons d'une telle sanction mais la jurisprudence donne à penser que son fondement se trouverait dans le principe constitutionnel de continuité du service public qu'une assemblée administrative ne peut mettre en échec.¹⁸⁹⁶ C'est donc la paralysie de l'institution communale qui doit être évitée. Sa mise en œuvre est rare.

Cette solution n'est pas prévue en droit chilien : ni pour le conseil régional ni pour la municipalité parce que le maire n'est pas élu parmi les conseillers municipaux mais à part (cf. Chap. 4). Il faut donc se demander si le conseil municipal pourrait être dissout. A

si elle peut sembler bien libérale, car "l'assistance aux séances résulte d'un « droit qu'ils tirent de leur élection ». V. La jurisprudence citée par B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, p. 91, n° 95.

¹⁸⁹² Arts. L2121-5, L 3121-4 et L4132-2-1 CGCT pour les conseillers municipaux, départementaux et régionaux, respectivement.

¹⁸⁹³ Arts 1 et 2 LOCGAR: "Corresponderá al intendente, en su calidad de representante del Presidente de la República en la región: d) Mantener permanentemente informado al Presidente de la República sobre el cumplimiento de las funciones del gobierno interior en la región"

¹⁸⁹⁴ L'article 16 i) de la LOCGAR dispose que i) Serán funciones generales del gobierno regional... **Mantener relación permanente con el gobierno nacional** y sus distintos organismos, a fin de armonizar el ejercicio de sus respectivas funciones"

¹⁸⁹⁵ Art. L2121-6 CGCT: "Un conseil municipal ne peut être dissous que par décret motivé rendu en conseil des ministres et publié au Journal officiel. S'il y a urgence, il peut être provisoirement suspendu par arrêté motivé du représentant de l'Etat dans le département. La durée de la suspension ne peut excéder un mois"; art. L3121-5 pour le conseil général, art. L4132-3 pour le conseil régional.

¹⁸⁹⁶ FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales*, op. cit. p. 94, n° 100, qui cite CE 3 nov. 1989, *Gaillot*, Rec. 223; *AJDA* 1990, p. 425, note. J. MOREAU.

propos de la démission du maire de la Florida le 2 mars 2011¹⁸⁹⁷, des interrogations et des demandes de légiférer (venant même de la part de certains des conseillers municipaux concernés) sont apparues. On peut penser que le défaut de remplir l'obligation légale qui pèse sur les conseillers d'élire le maire en cas de vacance du poste (art. 62 LOCMU) pourrait entraîner une procédure (multiple ou collective ?) de manquement aux devoirs et d'infraction à la probité.

§ 3. Les contrôles innommés

Le contrôle, dans une acception large, est « l'opération consistant à vérifier si un organe public, un particulier ou un acte respectent ou ont respecté les exigences de leurs fonctions ou des règles qui s'imposent à eux »¹⁸⁹⁸. Toute règle impliquant un contrôle, ceux de l'État peuvent prendre les formes les plus diverses dont on mentionnera ici les principales.

On peut d'abord mentionner l'ensemble des situations dans lesquelles l'auteur de l'acte est nominativement une autorité décentralisée mais sa marge de manœuvre quasi inexistante. L'État pratique le *faire-faire* de ses compétences, au lieu du *laissez-faire* dans le cadre de compétences décentralisées. La seule différence avec la déconcentration – et ce qui permet aux autorités étatiques de dire qu'elles décentralisent – c'est que l'organe non central n'est pas dans une relation hiérarchique, mais est obligé d'agir conformément aux instructions du pouvoir central. Dans ce sens, elle se rapproche du *new public management* qui confie à l'État central le rôle de stratège et d'évaluation - sur la base d'indicateurs de performance - d'agences autonomes à qui il a confié les missions préalablement exercées par les administrations centrales. Cela correspond un peu à ce qu'a théorisé SCHMIDT-ASSMANN pour le droit administratif sous le nom de « nouveau modèle de direction »¹⁸⁹⁹

¹⁸⁹⁷ Après la démission, le conseil municipal est resté bloqué durant 3 mois et demi et ce n'est qu'au bout de 15 sessions extraordinaires qu'a pu lui être trouvé un successeur.

¹⁸⁹⁸ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Éditions PUF, Quadrige, 9e éd., 2011.

¹⁸⁹⁹ SCHMIDT-ASSMANN écrit sur ce « denominado « nuevo modelo de dirección », SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, Ed. INAP/Marcial Pons, 2003, p. 32-33, n° 41: « El modelo gira en torno a la idea directriz de « la Administración municipal como empresa prestadora de servicios », y en donde la prestación administrativa es concebida como « producto » y la relación con el ciudadano como « relación con los clientes ». Su objeto consiste en construir una estructura organizativa y de dirección descentralizada, de carácter análogo al modelo empresarial. Uno de sus elementos más característicos reside en el claro deslinde, en el seno de las Corporaciones locales, entre la

qui, au-delà de modèle pour les relations État-entités territoriales, peut servir à l'organisation interne des entités territoriales elles-mêmes ou, plus intéressant, pour les intercommunalités¹⁹⁰⁰.

Il pourra ainsi s'agir, d'abord, du transfert d'une politique publique nationale aux entités territoriales convertissant celles-ci en simples organes de gestion déconcentrés. C'est-à-dire que les critères et conditions d'application d'une politique nationale sont définis par les services centraux pendant que la gestion des dépenses relatives à cette politique -dépenses qui sont imputées sur le budget de l'État - est transférée au niveau des entités territoriales. C'est ce qui s'est passé en France avec la « départementalisation » du RMI¹⁹⁰¹, ou au Chili avec la municipalisation de l'éducation primaire et secondaire. Dans les deux cas, les entités territoriales se sont converties en guichet de l'État et leur marge de manœuvre quasi inexistante.

La généralisation des procédures de convention de délégation d'exercice d'une compétence étatique à une collectivité territoriale participe de cette logique. A ce titre, le nouvel article L. 1111-8-1 du CGCT issu de la loi de modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles (MAPTAM) consacre et accentue définitivement la territorialisation de l'application et de l'exécution de la loi par le législateur lui-même et augmente le pouvoir de l'exécutif puisqu'il lui appartiendra de préciser les modalités des nouvelles conventions de délégation de compétences étatiques.¹⁹⁰²

D'une manière générale, les phénomènes de «coadministration», conventions d'objectifs, de «compétences partagées» sont bien souvent des pilotages à distance du

responsabilidad y las tareas propias del ámbito político, de un lado, y el ámbito propiamente administrativo, de otro. (...) La Administración deberá cumplir los deberes prestacionales previamente establecidos. (...) Frente a esa organización descentralizada se establece un área centralizada, responsable de la dirección estratégica y de las tareas de control.”

¹⁹⁰⁰ Idem, n° 42, p. 33: “este modelo puede iniciarse fácilmente en el Régimen local sin necesidad de grandes reformas legales”.

¹⁹⁰¹ Revenu minimum d'insertion, aujourd'hui RSA : revenu de solidarité active. Loi n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion.

¹⁹⁰² Puisque l'art. 1 –II al. 3 de la Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales (1), NOR: INTX0300078L, ne permet une expérimentation que pour 5 ans dans le cadre du schéma régional de développement économique expérimental. Quand celui-ci « est adopté par la région, celle-ci est compétente, par délégation de l'Etat, pour attribuer tout ou partie des aides qu'il met en oeuvre au profit des entreprises et qui font l'objet d'une gestion déconcentrée. Une convention passée entre l'Etat, la région et, le cas échéant, d'autres collectivités ou leurs groupements, définit les objectifs de cette expérimentation, les aides concernées, ainsi que les moyens financiers mis en oeuvre par chacune des parties. Elle peut prévoir des conditions d'octroi des aides différentes de celles en vigueur au plan national. » Désormais la convention n'est pas enfermée dans une durée fixée par la loi, ses modalités devant faire l'objet de précisions par décret en Conseil d'État, cf.art. L. 1111-8-1 CGCT.

gouvernement central qui impose des contrats-types, des cahiers des charges, etc. Un ensemble de mesures contraires à l'autonomie de la volonté des personnes morales de droit public que sont les entités territoriales. Ces phénomènes mettent en évidence les limites de la décentralisation, entendue comme l'optimum de la gestion de proximité, et la méfiance d'un État qui -tout en proclamant les libertés locales, ciment de la démocratie, etc. - maintient les entités décentralisées sous un contrôle sévère, voire sous un régime de déconcentration déguisé¹⁹⁰³. C'est, comme l'a très bien imaginé un auteur, «Napoléon au pays du New Public Management».¹⁹⁰⁴

On trouve ensuite les phénomènes des tutelles « techniques »¹⁹⁰⁵ qui ont été officiellement supprimées en France par les lois de décentralisation¹⁹⁰⁶. Celles-ci s'entendaient comme l'ensemble des règles techniques ou des documents types confectionnés par les services déconcentrés de l'État et les administrations centrales et imposées aux autorités locales. Il est difficile cependant de ne pas retrouver en France comme au Chili des manifestations de celles-ci.

Pour éviter d'avoir à sanctionner, l'État se propose - souvent avec insistance si ce n'est en l'imposant¹⁹⁰⁷ - d'aider préventivement les entités territoriales à respecter les règles qu'il a lui-même posées. Outre le fait qu'il s'agit ici d'un processus « d'incapacitation », on est alors dans le cadre de ce que l'on nomme parfois les contrôles centralisateurs. Mais, d'une part, ce ne sont en fait tout simplement que des mesures de déconcentration et, d'autre part, ce ne sont pas réellement des contrôles puisque « tout contrôle suppose une action à contrôler »¹⁹⁰⁸.

¹⁹⁰³ Ce qui s'explique également par le manque de personnel territorial en général - et de personnel qualifié en particulier dont le respect des procédures n'est pas le moindre des problèmes -, et les phénomènes possibles de clientélisme et népotisme qu'il s'agit d'éviter.

¹⁹⁰⁴ PIERRU, F., « Napoléon au pays du New Public Management : l'exemple de la « déconcentration » de la politique de santé », *Savoir/Agir*, n° 11, 2010, pp. 29-37.

¹⁹⁰⁵ MODERNE, F., « Variations sur le mythe de l'autonomie communale : L'État prestataire de services des communes », *AJDA* 1976, p. 478 et s.

¹⁹⁰⁶ Voir aujourd'hui l'art. L. 1111-5 CGCT.

¹⁹⁰⁷ Voir Art. 16 a) LOCGAR dispose que « Para efectos de asegurar la congruencia entre las políticas y planes nacionales y regionales, el Ministerio de Planificación y Cooperación asistirá técnicamente a cada gobierno regional en la elaboración de los correspondientes instrumentos, emitiendo, a solicitud del gobierno regional, los informes pertinentes ».

¹⁹⁰⁸ REGOURD, S., *L'Acte de tutelle*, p. 98.

Au Chili, il est difficile de parler de contrôle ou de tutelle « technique » s'agissant des régions, étant donnée l'imbrication et l'intervention des services de l'État central dans tout ce qui concerne la région.¹⁹⁰⁹ En France, existent d'autres types d'interventions – moins dirigistes en apparence –, par lesquelles l'État continue de jouer un rôle d'impulsion, d'orientation et de contrôle¹⁹¹⁰. C'est le cas notamment des concours apportés par les services techniques de l'État en vertu de conventions conclues avec les collectivités locales.¹⁹¹¹ On l'a vu, dans le cas des régions chiliennes, il n'est pas possible de parler de conventions puisque l'intervention des services techniques de l'État est imposée par leur loi organique.

Enfin, prennent chaque jour plus d'importance les schémas régionaux qui s'imposent aux autres entités territoriales mais qui n'acquièrent une portée normative qu'avec l'approbation du gouvernement central.

Dans ce sens, en matière de développement social et culturel, le gouvernement régional chilien – contrôlée par le représentant de l'État – est chargé de distribuer entre les municipalités de la région les fonds nécessaires au «financement des bénéfiques et programmes sociaux administrées par elles, en vertu des attributions que leur octroie la loi».¹⁹¹²

La législation relative à l'aménagement du territoire est également un terrain privilégié pour ces processus qui caractérisent de véritables pouvoirs de tutelle sur les municipalités de la part des régions chiliennes, et donc également du gouvernement. En

¹⁹⁰⁹ Le chapitre IV de la LOCGAR relatif à « la structure administrative du gouvernement régional et des autres organes de l'Administration publique dans les régions » donne une bonne image de ceci. Il faut d'abord savoir que les ministères se déconcentrent territorialement moyennant les secrétaires régionaux ministériels (ou SEREMI) (art 61). Chaque secrétaire régional ministériel, tout en étant représentant d'un ou de plusieurs ministres dans la région, est le collaborateur directe de l'intendant auquel il est subordonné pour tout ce qui concerne l'élaboration, l'exécution et la coordination des politiques, plans, budgets, projets de développements et autres matières qui sont de la compétences du gouvernement régional ! Au cas où l'imbrication et le mélange des genres ne seraient pas suffisamment clairs, l'article 64 précise que parmi les missions des SEREMI figurent celles a) d'élaborer et exécuter les politiques, plans, budgets, et projets régionaux, pouvant adopter pour cela les mesures de coordination nécessaires des différentes organes relevant de leur secteur ; ou c) de préparer l'avant-projet de budget régional dans leur sphère de compétence en coordination avec le ministère respectif. Le reste des articles de ce chapitre témoigne d'une structure de gouvernement, gestion et administration totalement déconcentrée et en rien décentralisée (Cf les articles 65, 66 et 68 de la LOCGAR).

¹⁹¹⁰ BOUYSSOU, F., « Le retour des tutelles techniques », *RFDA*, 1999, p. 590 et s.

¹⁹¹¹ MOREAU J., « Responsabilité du fait des activités de contrôle » (refondu par BROUELLE C.), *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 918, Cote : 08,2003, Date de fraîcheur : 15 Mai 2003, n° 36

¹⁹¹² Art. 19 d). LOCGAR.

résumé, la loi régionale consacre l'approbation par le conseil régional des plans régulateurs de chaque commune de la région avant leur publication¹⁹¹³ et son rôle d'arbitre (tout en sachant qu'il est présidé par l'intendant, chef des services ministériels en régions) entre une municipalité et le ministère du logement en cas de désaccord....Le projet de modification de la loi organique régionale qui introduit l'instrument du plan régional d'aménagement territorial (PROT)¹⁹¹⁴ renforcera les pouvoirs des régions sur les municipalités.¹⁹¹⁵

En France, le projet de loi clarifiant l'organisation territoriale de la République¹⁹¹⁶ prévoit que «l'article 7 crée un schéma régional d'aménagement et de développement durable du territoire (SRADDT). Il fait de ce schéma un document de planification majeur, élaboré par la région, avec une valeur prescriptive» (p.7), puisque «le SRADDT est doté d'effets prescriptifs à l'égard des documents d'urbanisme (schémas de cohérence territoriale - SCOT, plans locaux d'urbanisme - PLU) élaborés par les communes ou leurs groupements compétents» (p. 8), mais surtout qu'il «est approuvé par arrêté du représentant de l'Etat dans la région. Cette approbation lui confère sa valeur prescriptive à l'égard des documents de planification des autres collectivités territoriales.» Il ne s'agit ni plus ni moins que du retour de la tutelle administrative dans sa forme classique.

Conclusion du chapitre 8

Plusieurs conclusions s'imposent.

¹⁹¹³ La loi organique municipale prévoit en effet que parmi les fonctions privatives (donc *a priori* exclusives) des municipalités figure celle de confectionner le plan régulateur communal, conformément aux normes légales en vigueur (art. 3 b) LOCMU), compétence on l'a vu sur laquelle l'intendant régional dispose d'un pouvoir de surveillance. Mais il y a plus. L'art. 20. f) LOCGAR) prévoit que le gouvernement régional approuve les plans régulateurs métropolitains, les plans régulateurs intercommunaux et communaux et même les plans sectionaux, qui plus est sur proposition des services déconcentrés du ministère du logement et de l'urbanisme. Lorsque les plans régulateurs communaux et sectionaux ne sont pas compris dans des plans régulateurs intercommunaux (Art. 36 c) LOCGAR), cette compétence revient au conseil régional. Enfin, il revient à l'intendant, de promulguer les plans régulateurs régionaux, communaux et intercommunaux qui ont été préalablement approuvés par le conseil régional (Art. 24 p) LOCGAR).

¹⁹¹⁴ Boletín N°5872-06, projet de loi introduit le 13 mai 2008! L'idée est d'éliminer l'actuel *Plan Regional de Desarrollo Urbano* contenu dans l'art. 32 de la *Ley General de Urbanismo y Construcciones* et de le remplacer par ce nouveau plan.

¹⁹¹⁵ Par ailleurs, on peut rappeler que le maire n'est pas compétent pour révoquer un permis de construire délivré par le directeur des travaux de sa propre municipalité car les actes de celui-ci ne sont appelables que devant le secrétaire régional du logement et de l'urbanisme (Art. 11 LGUC). Cette solution introduit donc un élément de déconcentration au sein du fonctionnement de municipalités textuellement autonomes.

¹⁹¹⁶ NOR : RDFX1409402L/Rose-1.

D'abord, si «la construction d'une définition juridique du pouvoir local doit logiquement s'engager par une réflexion sur le principe de légalité »,¹⁹¹⁷ la tutelle remplit ce rôle car elle ne se situe pas sur le plan de l'opportunité des actes, mais du droit, et respecte l'initiative de l'entité décentralisée.

La décentralisation implique une territorialisation du droit qui affecte l'unité de l'ordre juridique. La réflexion est valable même en l'absence de reconnaissance d'aucun pouvoir législatif ou réglementaire territorial. Et les contrôles sont ainsi toujours fragmentaires, jamais complets, car «l'autorité locale peut décider plus ou moins vite, elle peut motiver ses décisions plus ou moins complètement, elle peut accepter le risque de contentieux, ou le redouter absolument, et tout cela crée *in concreto* de la variété juridique, même secondaire.»¹⁹¹⁸

Le contrôle sur des autorités territoriales élues démocratiquement est désormais insupportable car « la notion d'autonomie exclut la subordination à une autorité supérieure mais autorise le contrôle des actes locaux afin de vérifier que ceux-ci sont conformes aux normes juridiques supérieures »¹⁹¹⁹.

Aucune entité non-étatique (territoriale ou non), même qualifiée d'autonome, ne l'est donc réellement puisqu'elle ne le sera que dans le cadre de sa loi statutaire. C'est donc une autonomie conditionnée et toujours provisoire.

¹⁹¹⁷ FAURE, B., *Le pouvoir règlementaire des collectivités locales*, op. cit., p. 206.

¹⁹¹⁸ AUBY, J.-B., «Réflexion sur la territorialisation du droit», in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, p. 4

¹⁹¹⁹ ALLEMAND, R. « Les modalités de contrôle administratif des actes locaux dans les pays de l'Union européenne (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne et Italie) », in *Les contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales aujourd'hui* (sous la dir. de COMBEAU, P.), Paris, L'Harmattan, 2008, p. 246.

Conclusion de la partie 3

Les recours juridictionnels contre le pouvoir central constituent la garantie fondamentale des entités territoriales qui, paradoxe, n'existent que parce qu'il le veut bien et n'agissent que comme il le veut bien. Le paradoxe n'est qu'apparent, car l'État unitaire décentralisé s'inscrit toujours dans la dialectique entre unité et pluralisme. L'autonomie territoriale au sein de l'État unitaire reste conditionnée, provisoire et donc précaire.

Cependant, face aux aspirations régionalistes ou aux tendances fédéralistes, voire indépendantistes, l'État a compris que pratiquer un « pluralisme ordonné c'est prendre le pari qu'il est possible de renoncer au pluralisme de séparation », « sans adhérer pour autant à l'utopie de l' [uniformité] juridique »¹⁹²⁰.

L'organisation de ce « pluralisme ordonné » exige de *donner certaines garanties aux entités territoriales*¹⁹²¹ pour que puissent s'exprimer les aspirations démocratiques locales, *tout en garantissant l'égalité des droits des individus* et la permanence de mécanismes de solidarité inhérents à toute société.

Au-delà des décisions politiques d'agencement des compétences, cela passe par l'établissement de règles juridiques claires et stables – c'est-à-dire transparence et sécurité juridique – pour tous les acteurs. En ce sens, les mécanismes juridiques de contrôle de l'État sur les entités territoriales comme les instruments juridiques de protection de l'autonomie territoriale demandent certainement à être améliorés.

¹⁹²⁰ DELMAS-MARTY, M., « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, 2006, n° 14, pp. 951-957.

¹⁹²¹ Entre autres: compétences et marge de manœuvre minimums garanties, pouvoir réglementaire territorial, pouvoir fiscal minimum, libre disposition des ressources locales, compensation des transferts de charge et péréquation financière, etc.

Conclusion générale

Au Chili, comme en France, les entités territoriales ont pour première et principale fonction d'administrer, c'est-à-dire de prendre en charge des services publics conformément aux politiques publiques décidées au niveau national ou dans les limites posées par les autorités étatiques. Si elles peuvent disposer d'une certaine marge de manœuvre, elles ne jouissent, contrairement à des Etats fédérés et contrairement à ce que pourraient laisser croire certaines expressions du texte constitutionnel, d'aucune autonomie constitutionnelle ou législative réelle.¹⁹²²

Elles ne possèdent ni une compétence d'auto-organisation ni celle de définir leurs propres compétences. Si certaines d'entre elles bénéficient d'une autonomie réglementaire, c'est dans le sens où elles peuvent appliquer directement les lois les concernant, mais elles ne détiennent pas un pouvoir autonome directement fondé sur la Constitution. Les actes qu'elles adoptent, même lorsque cela peut être dans le domaine de la loi, restent des actes réglementaires et le droit qu'elles édictent ne peut se comprendre en dehors du droit originaire de l'État.

Les recours juridictionnels des entités territoriales contre le pouvoir central -quand ils existent- restent des recours devant les juridictions ordinaires. Sans attribution de compétences vraiment exclusives et d'un pouvoir législatif, la saisine directe du juge constitutionnel n'est pas reconnue.

Dans ce contexte, l'estimation de la qualité ou du degré de l'autonomie territoriale pourrait s'arrêter là, mais elle serait sans doute superficielle. Il a semblé au contraire, qu'au-delà de ce constat, il est possible d'affiner la méthode pour mieux connaître cette autonomie, moyennant le déploiement d'une batterie de critères au sein de ce que on peut appeler les «invariants les plus marquants de la décentralisation».

Cette méthode progressive n'est pas et ne peut être figée, elle ne peut qu'être approfondie. Une meilleure connaissance ou évaluation des différents critères et/ou sub-critères permet de montrer que l'observation pressée de la réglementation de tel pays, qui

¹⁹²² On pense bien sûr à l'autonomie des municipalités chiliennes ou à la Polynésie française.

peut apparaître comme une mesure « plus » décentralisatrice que celle d'un autre pays, est souvent tempérée ou contrebalancée sur un autre point.

Par ailleurs, cette approche comparative permet à la fois de montrer en détail les différents éléments qui entrent en jeu dans toute politique décentralisatrice et qu'il faudrait prendre en compte non seulement pour dresser un constat mais également pour légiférer, comme pour étudier l'état de la décentralisation dans un pays donné. Mais le propos n'était pas d'apporter des réponses définitives en matière de décentralisation. La vision globale souhaitée est sûrement impossible, d'autant que le processus est sans cesse en mouvement, fait de pas en avant et de marches arrière.

Si la décentralisation est le plus souvent présentée par ses thuriféraires comme gage de liberté et terreau de la démocratie, son nœud gordien réside dans le principe d'égalité, source d'unité de l'État mais également, durant un temps, d'uniformité institutionnelle et normative.

L'étude des éléments nécessaires à l'existence et à l'exercice d'un pouvoir territorial montre que celui-ci peut être étendu jusque et dans la limite où il reste circonscrit par le principe d'égalité. Le pouvoir dans l'État unitaire ne s'exerce plus au nom de l'unité de l'État et de l'égale application de la loi, caractérisées par l'uniformisation¹⁹²³ des structures et des règles de comportements, c'est-à-dire de compétences, mais au nom d'un principe d'égalité renoué. Celui-ci prend une forme, négative ou positive selon que l'on se place du côté des partisans de plus d'autonomie territoriale ou des gardiens d'une certaine unité de l'État : l'affirmation du nécessaire maintien d'éléments régaliens autorise l'existence et l'exercice dudit pouvoir, comme elle en fixe les limites au nom de la cohésion nationale et de la solidarité, forme renouée de l'égalité des droits et des devoirs au sein d'une communauté humaine.

En dehors de ces compétences régaliennes, le droit à la différence dans l'égalité des droits autorise une différenciation institutionnelle¹⁹²⁴ qui ne fait que renforcer l'inévitable territorialisation du droit. A l'ancienne organisation pyramidale se substituerait Le Réseau.

¹⁹²³ PORTELLI, H., «La fin du principe d'uniformité. Approche comparative», in *Mélanges Ardant*, LGDJ, 1999, p. 453 s.

¹⁹²⁴ MELIN-SOUCRAMANIEN, F., «Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires», *RFDA*, 1997, p. 906 s.

La diversité territoriale permettrait d'encadrer le tout, en donnant de l'oxygène aux phénomènes de différenciation juridique.

Or, les deux Etats se trouvent devant (au moins) une contradiction assumée qui se manifeste de deux manières : institutionnelle et normative.

D'une part, l'État continue d'affirmer l'autonomie constitutionnelle des municipalités (Chili) et l'égalité juridique entre catégories de collectivités territoriales (France), tout en privilégiant les régions comme axe centrale de leurs politiques économiques. La diversification statutaire des entités territoriales « tourne à l'avantage » - organisé par l'État - des régions et métropoles qui deviennent les nouveaux vecteurs d'unité du territoire.

La pyramide continue de « couvrir » les réseaux anciens¹⁹²⁵ comme nouveaux¹⁹²⁶, se réinvente et se recompose par le biais de ces nouveaux acteurs (historiquement parlant), de la même manière que la plante émerge et surplombe le rhizome qui se déploie sous terre. Les États chilien et français installent ou renforcent, selon le cas, une hiérarchie entre entités territoriales dont ils restent les maîtres-d'œuvre. Sous couvert d'avancées décentralisatrices, l'État central ne fait que se redéployer, paradoxalement, plus près du citoyen. Car, la différenciation institutionnelle apparente cache avec peine une régionalisation qui n'est pas aussi attentatoire à la forme unitaire de l'État qu'on voudrait le présenter.¹⁹²⁷ D'une certaine manière, il semble que l'uniformité institutionnelle d'antan, au même titre que le principe d'égalité, a été rénovée ou réinterprétée.¹⁹²⁸

D'autre part, alors que l'État constate la territorialisation du droit qu'implique la diversité institutionnelle, il la contient, limitant les aspirations à la « liberté » d'exister et d'agir des entités territoriales. Il le fait de plusieurs manières. Non seulement par une certaine uniformité des contrôles de l'État sur les actes des entités territoriales, mais également, et surtout, par ses politiques législatives de décentralisation.

¹⁹²⁵ Communes, départements, *municipalidades*.

¹⁹²⁶ Régions, intercommunalités, par exemple.

¹⁹²⁷ DEPUSSAY, L., « L'unité étatique au moyen des asymétries institutionnelles », *Revue française d'administration publique* 1/ 2007 (n° 121-122), p. 35-48, n° 3.

¹⁹²⁸ GUIGNARD, D., *La notion d'uniformité en droit public français*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2002, Lille, ANRT, 2003.

Les maigres concessions de l'État central pour des pouvoirs réglementaires d'application des lois s'inscrivent dans une double stratégie de contention des revendications de ses composantes territoriales, alliée à une exigence de modernisation et d'efficacité de son action¹⁹²⁹. Par ailleurs, la contractualisation des transferts de compétence n'engage que les entités territoriales et assure à l'État la diffusion de ses nouvelles méthodes de *management* du territoire, donc de son Droit.

Enfin, même lorsqu'il s'agit d'un pouvoir d'application directe des lois, voire même lorsqu'il envisagerait un pouvoir législatif régional, il reste la seule source originaire du pouvoir. C'est ce qu'enseigne même, au-delà des constructions théoriques, les processus régionalistes et autonomistes : la distribution des compétences commande celle du pouvoir normatif, et celle-là reste définie par l'État central.

Il se pourrait donc bien que l'affirmation du pouvoir territorial au nom d'une conception rénovée du principe d'égalité ne soit qu'un leurre, ou une manière de voir les choses –ce qui revient au même–, et qu'en définitive aujourd'hui, au Chili comme en France, «décentraliser, c'est re-centraliser. Re-centraliser au profit de capitales régionales qui reconstituent la norme unitaire»¹⁹³⁰. Cette nouvelle unité – qui favorise une certaine diversité sans nier totalement l'uniformité - rejoint l'égalité, et celle-ci est un gage de liberté.

¹⁹²⁹ MICHALON, Th., «La République et sa périphérie. La légitimité par la décentralisation ?», in *La profondeur du droit local, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2006, p. 329-346.

¹⁹³⁰ SFEZ, L. «Introduction au colloque» *L'objet local*, SFEZ, L. (dir.), Coll. 10-18, n°1170, 1977, p. 18.

Bibliographie

Œuvres générales, Traités, Manuels et Cours

AI CAMP, R. (compil.), *La democracia en América Latina*. México, Editorial Siglo XXI, 1997.

AMUNÁTEGUI G., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1950.

ANDRADE GEYWITZ, C., *Elementos de Derecho constitucional chileno*. Chile, Editorial jurídica de Chile, 1963.

ARISTOTE, *Les politiques* (Trad. et prés. P. Pellegrin), Flammarion, Paris, 2^o éd., 1993.

AYLWIN AZÓCAR, P., *Derecho Administrativo*, 2 T., Editorial Universitaria S. A., 1959.

AYLWIN, P. et AZÓCAR, E., *Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1996.

BADIE, B. et BIRNBAUM, P., *Sociologie de l'État*, Ed. Grasset, collection *Pluriel*, 1979.

BENOIT F.P., *Le droit administratif français*, DALLOZ 1968.

BERMAN, H. J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, FCE, México, 1996. (Edición original: *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1983).

BERMÚDEZ SOTO, J., *Derecho Administrativo General*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot / Legal Publishing, 2010.

BERNASCHINA GONZALEZ, M., *Derecho Constitucional Chileno*. Santiago de Chile, Publicaciones de Derecho Público de la Escuela de Ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, 1944.

BOBBIO N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, FCE, México, 1987 (1era ed.).

-----, *Igualdad y libertad*, Pensamiento Contemporáneo n° 24, Ed. Paidós, 1993.

BORJA y BORJA, R., *Teoría general del derecho y del Estado*. Buenos Aires, Depalma, 1977.

BURDEAU, G., *Traité de science politique*. Paris, LGDJ, 1967.

-----, *L'Etat*, París, 1970.

-----, *Traité de science politique*. Paris, LGDJ, 1980, tome I & II.

-----, *La democracia*. Barcelona, Editorial Ariel, 1992.

BRAIBANT, G. et STIRN, B., *Le droit administratif français*, 6° éd., Paris, Presses de Sciences Po: Dalloz, 2002.

CALDERA, H., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Parlamento, Santiago, 2001.

CARRÉ de MALBERG, R., *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Dalloz, 2004.

-----., *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, T 1, Sirey 1920, réédition C.N.R.S., 1962.

-----., *Teoría general del Estado* (prefacio de Héctor Gros Espiel; traducción de José Lión Depetre). 2a. ed. en español. México, FCE, 1998.

-----., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933.

CEA EGAÑA, J. L., *Derecho constitucional chileno*. 2a. ed. act. Santiago, Chile, Eds. Universidad Católica de Chile, 2008.

-----., *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y comparado*. 1a. ed. Santiago, Chile, Eds. Universidad Católica de Chile, 2000

CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tome 1 & 2, Paris, Montchrestien, 15^{ème} ed., 2001.

-----., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2004

CHEVALLIER, J. *Science administrative*, Paris, PUF, 1994

CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago, Imprenta Cervantes, V. 5, 1927.

CONSTANTINESCO, L.-J., *Traité de droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 1972, vol. I & II.

DE JOUVENEL, B., *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Genève, 1947

DELMAS-MARTY, M., *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006

DUGUIT, L., *Manual de derecho constitucional: Teoría general del Estado, el Derecho y el Estado, las libertades públicas* (traducción, con prólogo y apéndice sobre la representación proporcional en España por José G. Acuña). Granada, Comares, 2005.

DUVERGER, M., *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, PUF, Thémis. 6a ed. 1962.

DWORKIN, R., *Los Derechos en serio*. 2ª. edición. España, Editorial Ariel, 1989.

-----., *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986. Traducción castellana, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992.

EISENMANN, Ch., *Cours de droit administratif*. 2 Tomes, LGDJ, 1983.

-----., *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques* (textes réunis par Ch. Leben), Édition Panthéon-Assas, Paris, 2002.

ESTEVEZ GAZMURI, C., *Elementos de Derecho Constitucional. Chile*, Editorial Jurídica de Chile, 1949.

FAVOREAU, L. (coord.), *Droit constitutionnel*. Paris, Dalloz, 1998.

FRIER, P.-L. et PETIT, J., *Droit administratif*, Paris, LGDJ, Lextenso éd., 8e éd., 2013.

FROMONT M., *Droit administratif des États européens*, Presses Universitaires de France - PUF – Coll. Thémis Droit, 2006) pp. 161-162

GARCÍA de ENTERRÍA, E. et FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 6ª edición, v. 1, 1993.

GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*. Madrid, Alianza editorial s.a., 1984

GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 12ª edición, v. 1, 1994, p. 78.

GAUDEMET, Y., *Traité de Droit Administratif*, Paris, LGDJ, t. 1, 2001.

GONOD, P., MELLERAY, F. et YOLKA, PH. (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, T. 1, 2011.

HAURIOU, M., *Principe de droit public*, 1^{ère} éd. 1910.

-----., *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 2^e éd. 1916

-----., *Principes de droit public a l'usage des étudiants en licence(3e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Sirey, Paris, 1910

-----., *Précis de droit administratif et de droit public : a l'usage des étudiants en licence* (2e et 3e années) et en doctorat ~es-science politiques, 8ème. ed. Paris: Recueil Sirey, 1914.

-----., *Précis de droit administratif*, 11^o éd. Paris, Sirey, 1927.

-----., *Principios de derecho público y constitucional: (con un prólogo para la edición española/ traducción, estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruiz del Castillo)*. 2a. ed. Madrid. Reus, 1927.

LAUBADERE, A. (de), *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 5^{ème} éd., 1970.
-----, *Traité de droit administratif*, 9^{ème} éd., 1984.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Derecho Constitucional*, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2^a ed. 1993, reimpresión 1997.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. y CUMPLIDO CERECEDA, F., *Instituciones políticas y teoría constitucional*, 2 T., Editorial Universidad de Talca, 2001.

SABINE, G. H., *Historia de la Teoría política*, FCE, México, 1945,(1era edición en inglés, 1937).

TOBAR, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Legal Publishing, 2012.

Oeuvres spécialisées: Thèses, monographies, Rapport, Colloques et Mélanges.

ALLIÈS, P., *L'invention du territoire*, Presses universitaires de Grenoble, col. «Critique du droit», n° 6, 1980.

ALONSO, Ch., *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, Thèse U. T 1 Capitole, 2010.

AUBY, J., *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, Col. Systèmes, 2006.

BACCOYANNIS, C. *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Thèse Aix-Marseille 1989 (dactylo.).

BALMACEDA LAZCANO, C., *El Estatuto de las personas jurídicas*, Santiago, Editorial Nascimento, 1943.

BARELLA, X., *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2011.

BARTHÉLÉMY, C.e, *Le régionalisme institutionnel en Europe. Droit comparé en Belgique, Espagne, Italie, Royaume-Uni, France*, L'Harmattan, Col. Logiques Juridiques, 2009.

BASCUÑAN VALDÉS, A., *Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno*, Materiales de estudio del Curso de Introducción al Derecho del Profesor Bascuñan Valdés (sin publicar) , 3era versión corregida y complementada por el Profesor Antonio Bascuñan Rodríguez, Universidad de Chile – Facultad de Derecho , Santiago, Marzo de 1998.

BEAUD, O., *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. Léviathan, 1994.

BELLO M., A. y AYWIN, J. (compil.), *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*. Chile, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008.

BELLIER, I. (dir.), *Peuples autochtones dans le monde : les enjeux de la reconnaissance*, L'Harmattan, coll. Horizons Autochtones, 2013.

GÓMEZ BERNALES, G., *las sentencias del tribunal constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, ED. Universidad Diego Portales, 2013.

BERNASCHINA GONZALEZ, M., *Derecho Municipal Chileno*, Col. Estudios Jurídicos y Sociales, n° XXVI, Editorial Jurídica de Chile, 1952.

BIGOT, G. *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'Administration. 1800-1872*, Paris. 1999.

BODINEAU P. et VERPEAUX M., *Histoire de la décentralisation*, Paris, 1997 PUF, 2eme éd., collection Que sais-je?.

BOURJOL, M. *Les biens communaux*, Paris, L.G.D.J., 1989.

BRIANT, V. (de), *L'action commune en droit des collectivités territoriales. Contribution à l'étude des compétences exercées en commun par l'État et les collectivités territoriales*, Paris, L'Harmattan, col. Logiques Juridiques, 2009.

BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, Actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen, L'Harmattan, 2009.

BRUNET, P., *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, LGDJ-Bruylant- PUR, col. *Pensée juridique*, 2004.

CAILLOSSE, J., *Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation*, LGDJ, Série politique n° 52, 2009.

CAPORAL S., *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la révolution française 1789-1799*, Paris : Economica; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995

CEA EGAÑA, J. L., *Escritos de justicia constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional n° 35, año 2007.

CHAPUISAT, L.-J., *La notion d'affaires locales en droit français*, Thèse Paris II, 1972.

CHAVRIER, G., *Le pouvoir normatif local: en jeux et débats*, Paris, LGDJ, Lextenso éd. 2011.

COLLIER, S., Chile. *La construcción de una República 1830-1865, políticas e ideas*, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2º Edición, 2008.

CONAREDE, *Chile descentralizado...desarrollado. Fundamentos y propuestas para construir una política de Estado 2014-2030 y un nuevo programa de Gobierno (2014-2018) en descentralización y desarrollo territorial*, Instituto de Desarrollo Local y Regional, IDER, Universidad de la Frontera, junio 2013.

CONSTANS, L., *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Paris, Dalloz, 1966.

CORDERO QUINZACARA, E., *La potestad reglamentaria en el Derecho Público Chileno*, Valparaíso, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales)--Universidad de Católica de Valparaíso, 1995.

CORNELOUP, V., *La notion de compétence des autorités administratives en droit français (Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir)*, Paris II, dactyl. 2000.

CREUSOT, S., *Une nouvelle organisation décentralisée de la République*, Paris, LGDJ, Col. Systèmes, 2012.

DANIEL A., M., *La organización administrativa en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1985.

DEBBASCH, R., *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Paris, Economica, PUAM, 1988.

DE LA CUÉTARA, J., *Las potestades administrativas*, Madrid, Tecnos, 1986.

DELCAMP, A. y LOUGHLIN, J., *La décentralisation dans les États de l'Union Européenne*, Paris, La documentation française, 2002.

DELCAMP, A., *Les collectivités décentralisées de l'Union Européenne*, Paris, La documentation française, 1995.

DELCAMP, A., *Les institutions locales en Europe*, Paris, PUF, 1980.

Dictionnaire de la culture juridique, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2007.

Diccionario de Administración Pública Chilena, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo y Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública de la Universidad Central de Chile, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2ª Edición, octubre 2002.

- DOAT M., *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, T. 230, 2003.
- DOUENCE, J.C. *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*. Thèse LGDJ 1968.
- DUFEY, P.J.S. *Histoire des communes de France et législation municipale depuis la fin du XI^e siècle jusqu'à nos jours*. Genève, 1976.
- DUFFAU, J. *Le pouvoir réglementaire autonome et le pouvoir réglementaire dérivé*. Thèse Paris, 1975.
- FABRY, E., *Qui a peur de la citoyenneté européenne? La démocratie à l'heure de la Constitution européenne*, P.U.F., Paris, 2005.
- FAGUET, E., *La politique comparée de Montesquieu, Rousseau et Voltaire*, Paris, Société Française d'Imprimerie et de Librairie, 1902.
- FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*. Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 200, 1998.
- ., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 2^e édition, 2011
- FERRADA BÓRQUEZ, JC (coord.), *La Justicia Administrativa*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005.
- FERRANDO BADÍA, J., *El Estado Unitario, el Estado federal y el Estado Regional*, Madrid, Tecnos, 1978.
- FERTSENBERT, J., *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, Thèse, Paris II, 1976.
- FIALAIRE, J. (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes*, PUR, 2005.
- FLOGAÏTIS, S., *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, LGDJ, 1979.
- FOUCAULT, M., *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*, édition établie, sous la direction de F. EWALD et Alessandra FONTANA, par M. SENELLART, Paris, Gallimard/Le Seuil, coll. «Hautes Études», 2004.
- ., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*.
- FOURNIÉ F., *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, Préface de J.-A. MAZERES, Avant-propos de J. MOREAU, Paris, LGDJ, 2005 T. n° 245.

GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid, Editorial Tecnos, 1970.

-----., *Revolución francesa y administración contemporánea*. 2ª ed. Madrid, edit. Taurus, s.a., 1981.

-----., *Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción singular la Plenitud Jurisdiccional. Un Cambio de Paradigma?*, 1ª ed. 2007, Editorial Aranzadi, S.A., Thomson.

GARCÍA RAMÍREZ, S. *Estudios Jurídicos*, 1ª edición. México, Ed. UNAM-IIIJ, 2000.

GOUIRAND, P. *Tocqueville, une certaine vision de la démocratie*, L'Harmattan, 2005.

GOYARD-FABRE, S., *La philosophie du droit de Montesquieu*, Kinksieck, Paris, 1973.

GUIGNARD, D., *La notion d'uniformité en droit public français*, Thèse, UT1 Capitole, 2002, Lille, ANRT, 2003.

GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation: étude comparée France, Belgique, Canada. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et de Science politique de Rennes 18 et 19 novembre 2004*, Bruylant Bruxelles – LGDJ Paris, 2006.

HAQUET, A., *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, col. Les grandes thèses du droit français, 2004.

HANSON, M., *La descentralización educacional*. Santiago de Chile. Chile, Preal, 1997.

HART., *El concepto de derecho (la textura abierta del derecho)*.

HECQUARD-THERON, M., *Essai sur la notion de réglementation*, L.G.D.J., 1977.

HEISE, G., *Historia Constitucional de Chile*, Ed. Jurídica de Chile, 1ª edición s/f, 3ª edición, Santiago 1959.

HELLER. H., *Teoría del Estado*. FCE, México D.F., 6ª ed., 1968 (1era ed. En alemán, 1934).

-----., *La soberanía*, UNAM, México D.F., 1965.

HERZOG, R., « Les relations entre collectivités territoriales dans une administration locale fragmentée : des régimes juridiques variés au service de finalités multiples », Rapport de synthèse du colloque du 28 janvier 2005, *Les relations entre collectivités territoriales*, Université Jean-Moulin-Lyon 3, Institut d'études administratives, L'harmattan, 2005.

HOUTEER, C. *Les bases constitutionnelles de la décentralisation territoriale*, thèse Toulouse, 1987, 2 vol.

HUIDOBRO SALAS, R., *Derecho y Administración comunal*, Tomo III del Tratado de Derecho Administrativo, Legalpublishing Chile, Ed. Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011.

HUNEEUS J., *La Constitución ante el Congreso*, tomo I, segunda edición, Imprenta Cervantes, Santiago, 1890.

JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Editorial Albro, 1973.

-----, *L'État moderne et son droit*, 2 T.

JIMÉNEZ CISNEROS, F.J., de., *Los organismos autónomos en el Derecho español: Tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987.

JOYAUX, M. *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises: Essai sur les libertés du pouvoir normatif local*, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome 198, LGDJ, Février 1998.

KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*. (trad. E. García Maynez) 1ª ed. México, DF, Imprenta Universitaria, 1949.

-----, *Teoría general del Estado* (trad. L. Legaz). México, DF. Edit. Nacional, 1979.

-----, *Teoría pura del derecho* (trad. R. Vernengo) 10ª ed. . México, DF edit. Porrúa- UNAM, 1998.

LACHAUME, J.-F., *L'administration communale*, LGDJ, Col. Système, 1994.

La compétence. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis.

La décentralisation en mouvement, Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, les travaux du centre d'études et prospective, La Documentation française, Paris, 2006.

La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE, Dalloz 2006.

LAURENT, P., *Décentralisation: en finir avec les idées reçues*, Paris, LGDJ, Col. Systèmes, 2009.

LEGENDRE, P. *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, Thémis 1968.

LEGRAND, P., *Le droit comparé*, Paris, PUF, colec. Que sais-je ? n° 9000, 3° ed. 2009.

LEMOIGNE, M., *Recherche sur les compétences des collectivités territoriales en droit public français*, Thèse, Brest, 2007.

LINDITCH, F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 176, 1997.

LIPSET S., M., *Algunos requisitos sociales de la democracia: desarrollo económico y legitimidad política*, Barcelona, Editorial Ariel, 1992.

LUCHAIRE, A., *Les communes françaises à l'époque des capétiens directs*. Paris, Hachette & Cie, 1890.

LUCHAIRE, F. y LUCHAIRE, Y., *Le droit de la décentralisation*. 2^a ed Paris, PUF, 1988, 1ed.,1983.

MADOERY, O. y VÁSQUEZ B., A. *Transformaciones globales, instituciones y políticas de desarrollo local*. Ed. Homo Sapiens, 2001.

MAILLARD DESGRÉES du LOU, D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006.

MALO, L., *Autonomie locale et Union européenne*, Ed. Bruylant, 2010.

MAULIN, E., *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003.

MARCEAU, A., *Les règles et principes constitutionnels relatifs au contrôle des collectivités territoriales. Étude sur l'article 72 alinéa 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958*, Université de Bourgogne, 2000.

MASPETIOL, R. ET LAROQUE, P., *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930.

MATHIS-CALVET, C., *Décentralisation et subsidiarité: les germes d'une évolution*, Thèse Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2004.

MELANIO, F., *Tocqueville et les Français*, Collection Aubier Histoires, 1993.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Paris, Economica-PUAM, 1997.

MELLERAY, G., *La tutelle de l'État sur les communes*, Paris, Sirey, Bibliothèque des collectivités locales, 1981.

MEUNIER, B., *Les règles relatives aux transferts de compétences entre collectivités publiques*, Thèse, Université d'Auvergne, 2006.

MICHOUD, L., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 2 Vol., 1906-1909.

MILLION-DELSOL, Ch, *L'État subsidiaire*, PUF, Coll. Léviathan, Paris, 1992.

Mission interministérielle, *Rapport de l'audit du contrôle de légalité, du contrôle budgétaire et du pouvoir de substitution*, remis au Premier ministre en juillet 2003, disponible sur le site www.dgcl.interieur.gouv.fr

MODERNE, F. (dir.), *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983.

-----., *Principios generales del derecho público* [trad. cast. de Alejandro Vergara Blanco], Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

MOLINA GUAITA, H., *Derecho Constitucional. Chile*. Concepción, Editorial Universidad de Concepción, Ministerio de Educación, 1998.

-----., *Derecho Constitucional*, 6a. edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006.

MOLS, M., *La democracia en América Latina.*, España, Editorial Alfa, 1985, 1987.

MONTESQUIEU *L'Esprit des lois*, GARNIER-FLAMMARION 1979.

MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes* (trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega) 2da ed. Madrid, Tecnos, 1980.

MOREAU, F., *Le règlement administratif*, Fontemoing, 1902.

MOREAU J. et DARCYG. (dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexion sur la décentralisation*, Économica, 1984.

MOREAU J. y VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789. Actes du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989*, Paris, Economica, 1990.

MOREAU, J., *Administration régionale, départementale et municipale*, Dalloz, 14^{ème} éd, 2004.

MOURGEON, J., *La répression administrative*, LGDJ, 1967.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., *El gobierno regional en Chile y la experiencia comparativa*, Cuadernos universitarios. Serie Debates / Universidad Nacional Andrés Bello; 2.

NORBERT, R.; PIERRE, S. et POUMARÉDE, J. *Derechos de las minorías y pueblos autóctonos*. México: Siglo Veintiuno, 1999

NOUREAU, A., *L'Union européenne et les collectivités locales*, Thèse, Université de la Rochelle, 2011.

PACTET, P., *Institutions politiques Droit constitutionnel*. 12º edit. Paris, Masson, Paris-Milan-Barcelone, 1993.

PAGE, J., *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux « pays d'outre-mer »*, PUAM 2001.

PANTOJA BAUZÁ, R., *Código de Gobierno Regional y Municipal*, Santiago de Chile : Editorial Jurídica Conosur Ltda, 1993.

-----, *La organización administrativa del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

-----, *Concepto de acto administrativo*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1960.

----- (Coord.), *La administración del Estado de Chile: decenio 1990-2000*. Santiago de Chile, Jurídica ConoSur, 2000.

----- (Coord.), *Derecho administrativo chileno*. México, Porrúa, UNAM, 2007.

-----, *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización, prospección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 2007

----- (Coord.), *Derecho administrativo: 150 años de doctrina*, 1a. ed., Santiago : Jurídica de Chile, 2009.

----- (Coord.), *Derecho administrativo: 120 años de cátedra*, 1a. ed., Santiago : Jurídica de Chile, 2008.

-----, *Tratado de Derecho administrativo. Derecho y administración del Estado*. Tomo 1, AbeledoPerrot –LegalPublishing, 2010.

PAREJO ALFONSO, L., *La potestad normativa local*. Madrid, Marcial Pons, 1998.

PENDAS GRACIA, B., *Jeremy Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

PETIT-DUTAILLIS, Ch., *Les Communes françaises, caractères et évolution des origines au XVIIIe siècle*, Paris, A. Michel, 1947.

PLAZA, M., *Desarrollo y perspectivas del asociativismo municipal en Bolivia*. 1ra Edición. Bolivia. Editorial París, 2004.

PONTIER, J.-M., *L'État et les collectivités locales*, Paris, L.G.D.J., «Bibliothèque du droit public», T. CXXVII, 1978 (Préface de C. DEBBASCH).

Rapport BELOT, *Les normes applicables aux collectivités territoriales*, Rapport d'information, Sénat, n° 317, 2011-2011.

RAVEAU, R., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado.*, Santiago, Editorial Nacimiento, 1939.

RAWLS, J., *Théorie de la justice*, Ed. du Seuil, col. Points n° 354, 1997.

REGOURD, S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1982.

REGOURD, S.; CARLES, J.; GUIGNARD, D. (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*. Actes du colloque de Toulouse 2010 – IDETCOM (EA 785) Université Toulouse 1 Capitole, L'Harmattan 2012.

-----, *La décentralisation 30 ans après*. IFR – Mutation des Normes Juridiques, IDETCOM (EA 785) Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013

RENAN, E., *¿Qué es una Nación?*, Discurso (1882). Publicado por Sequitur (edición bilingüe),

RENDÓN ESCOBAR, M.A y L. M, *La potestad normativa de los gobiernos regionales*, Santiago, TESIS UCH, 2001.

RIVERO, J., *Droit administratif*. Précis Dalloz, Paris, 1971.

-----, *Droit administratif*, 9^{ème} éd. DALLOZ 1980.

RIVERO, J. et WALINE, J., *Droit administratif*, 15^{ème} éd., Précis Dalloz, Droit public, 1994.

ROSS, A., *On Law and Justice*, University of California Press, 1959.

-----, *El concepto de validez y otros ensayos*. Trad. G. R. CARRIÓ y O. PASCHERO). 2a. ed. 1993 México, D.F. Distribuciones Fontamara. Ver dentro *Sobre los conceptos de "Estado" y "órganos del Estado" en Derecho Constitucional*.

ROUQUETTE, R., *Dictionnaire du droit administratif*, Paris, Le Moniteur, 2002.

ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1992.

SABINE H., G. *Historia de la Teoría política*, FCE, México, 1945 (1era ed. en inglés, 1937).

SACCO, R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991

SALAZAR, G. et BENÍTEZ, J (compil). *Autonomía, espacio y gestión. El municipio cercenado*. Santiago, LOM. Universidad Arcis, 1998.

SARTORI, G., *¿Qué es la democracia?* Argentina, Editorial Taurus, 2003.

SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, Ed. INAP/Marcial Pons, 2003.

SFEZ, L. (dir.), *L'objet local*, Coll. 10-18, n°1170, 1977.

SIEYES, E., *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, éd. R. Zapperi, 1970.

SILVA BASCUÑÁN A., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, vol. 1, Editorial Jurídica de Chile, 1963.

-----., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

SILVA CIMMA, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, T.1 1954.

-----., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, 6 Vol., 4° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

SOTO ARAYA, A., *La municipalidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

SOTO KLOSS, E., *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1982, 1ª ed.

-----., *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, 2 T., Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1996.

SOUSA SANTOS, B de., *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*, Alianza Interinstitucional CENDA-CEJIS-DEDIB, 2007.

SUEUR, P., *Histoire du droit public français*. Paris, PUF 1985.

TAUPIER, M., *La décentralisation dans l'oeuvre d'A. de Tocqueville*, 1977.

TESOKA, L., *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, PUAM, 2004.

TEITGEN, P. H., *La police municipale: étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Paris, Sirey, 1934.

THALINEAU, J., *Essai sur la centralisation et la décentralisation réflexions a partir de la théorie de Ch. EISENMANN*, Thèse Université François Rabelais – Tours, 1994.

THÉRON, J.-P., *Recherche sur la notion d'établissement public*, Paris, LGDJ, 1976.

TOCQUEVILLE, A. (de), *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, París, 1951.

-----., *L'ancien régime et la Révolution*, Ed. Gallimard, coll- Folio/Histoire, 1967.

-----., *El antiguo régimen y al Revolución*, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1911.

TOURAINÉ, A., *¿Qué es la democracia?*. México, Editorial FCE, 2004
VEDEL, G. Droit administratif, 4^o ed.

TOUVET, L.; Ferstenbert, J. et Cornet, C. *Les Grands Arrêts du droit de la décentralisation*, Dalloz, 2000.

TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris, Ed. PUF Léviathan, 1994.

-----., *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris, Ed. PUF Léviathan, 2001.

VALENZUELA, E., *Alegato Histórico Regionalista*. Ensayo. Santiago, VT. SUR. 2000.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, 1a. ed., Madrid : Civitas, 1986.

VECCHIO G. (del), *Teoria del Estado*. Ed. Bosch, Barcelona, 1956.

VEDEL, G., *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, Economica/PUAM, 1986

-----., *L'égalité, La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990.

VEDEL, G.; DELVOLVE, P., *Droit administratif*, Tomes I & II, coll. Thémis P.U.F.1990.

VÉLIZ, C., *La tradición centralista de América latina*, Barcelona, Ariel, 1984 (1a. ed. en castellano).

VERDUGO M., M. et GARCÍA BARZELATTO , A. M., *Manual de Derecho Político*, tomo I, 3a. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004

VERDUGO MARINKOVIC, M., PFEFFER URQUIAGA, E. et NOGUEIRA ALCALA, H., *Derecho Constitucional*, T1, Edit. jurídica de Chile, Santiago, 1994.

VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*. Paris, PUF, 1991

VERPEAUX M. (resp.), *Les collectivités territoriales*, Paris : La Documentation française, 2008.

WAISSBLUTH, M., *La Reforma del Estado en Chile 1990-2005: De la Confrontación al Consenso*, p. 65, Publicado en el Boletín Electrónico de la ESADE, Barcelona PUBLIC (www.esade.edu/public), Marzo, 2006. Por nuestra parte, hemos consultado este trabajo en

http://www.mariowaisbluth.com/descargas/reforma_estado_chile_1990_2005.pdf,

Consulta realizada el 03 de agosto de 2010.

WALINE, M., *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey 1950.

WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, 2ª ed. México, FCE, 2001.

WITKER, J., *La investigación jurídica*, 1a. ed., México : McGraw-Hill, c1995

YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999

Articles

ABALOS, J., «La descentralización en Chile: antecedentes históricos y reformas actuales», in *La cuestión regional en la transición a la democracia en el caso de Chile*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios Urbanos, Universidad Católica de Chile, 1993.

AGNIEL, G., “Le Parlement et la Nouvelle-Calédonie: du «droit à la bouderie»...à la délégation de souveraineté?», *Revue française de droit constitutionnel*, n° 90, avril 2012, PUF, pp. 227-238.

AGUERREA MELLA, P., “La Contraloría General de la República en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: autonomía, control de legalidad y toma de razón”, in *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, noviembre 2012, pp. 111-119.

ALLEMAND, R. «Les modalités de contrôle administratif des actes locaux dans les pays de l'Union européenne (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne et Italie)», in COMBEAU, P. (dir.), *Les contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, 2008.

ARÉVALO, C., «Los reglamentos regionales», in *Seminario de Consejos Regionales, Segunda Región Antofagasta*, n° 3, Serie Seminarios, Universidad de Antofagasta, 1996.

ARIAS YURISCH, K., “Revisión de las estructuras político-administrativas territoriales en el Chile del siglo XIX”, *Universum* [online]. 2010, vol.25, n.1 [citado 2010-09-17], pp. 44-59. Disponible sur <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

23762010000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-2376. doi: 10.4067/S0718-3762010000100004.

ARIÑO ORTIZ, G., “Realidad y dogmática de la descentralización. Notas para la delimitación de un concepto”, in *Estudios homenaje al profesor López Rodó*, Madrid, 1972. pp. 174 a 229.

ARIÑO ORTIZ, G., “El Estado de las autonomías: realidad política, interpretación jurídica (contribución a una enigma estatal)”, in *La España de las Autonomías: Pasado, presente y futuro*, Madrid, AAVV, tomo II, 1981.

-----., “Principios de descentralización y desconcentración”, *Documentación Administrativa*, n° 214: 15, abril-junio 1988, p.11-34

ARÓSTICA MALDONADO, I., “Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena”, *Ius Publicum*, n° 20, 2008.

AUBY, J.M. “Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales», *AJDA*, 1984. p. 468

AUBY, J.M., « Contribution » au Colloque de Besançon: MOREAU J.et DARCYG. (dir.), in *La libre administration des collectivités locales, Réflexion sur la décentralisation*, Économica, 1984, p. 323 y ss.

-----., “Décentralisation et sources du droit”, *AJDA* 1992, N° spécial: *Décentralisation: Bilan et perspectives*

-----., «La libre administration des collectivités locales: un principe à repenser?», in *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales*, Éditions de l'Aube, 1999.

AUBY, J.-B., «Réflexion sur la territorialisation du droit», in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 1-15

-----., «La question des compétences locales, vue d'ailleurs», in BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales. Actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen*, L'Harmattan, 2009.

AYLWIN AZÓCAR, A., “Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República”, in *Veinte años de la Constitución chilena, 1981-2001*, Universidad Finisterrae, Editorial jurídica, Conosur, 2001.

BAÑO LEÓN, J. M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 24, septiembrediciembre, 1988, pp. 155-179.

BARELLA, X., “Une prétendue solution contre les maux de la décentralisation. La suppression de la clause générale de compétence», in REGOURD, S.; CARLES, J.; GUIGNARD, D. (dir.), *Réformes et mutations des collectivités territoriales. Actes du colloque de Toulouse 2010 – IDETCOM (EA 785) Université Toulouse 1 Capitole*, L’Harmattan 2012, pp. 125-142.

-----., «Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales : entre nécessité et controverses», in REGOURD, S.; CARLES, J.; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après. IFR – Mutation des Normes Juridiques*, IDETCOM (EA 785) Presse de l’Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013, pp. 107-118.

BASCUÑAN RODRIGUEZ, A., “El principio de distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas”, *RCD*, número especial, 33-44, 1998.

BEAUD, O., “La notion d’État”, *Arch. Philos. Droit*, t. 35, 1990, p. 120.

-----., «La souveraineté de l’Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht», *RFDA*, 1993.

-----., «Compétence et souveraineté», in *La compétence. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l’Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy*, Litec, LexisNexis, Colloques & débats, 2008, pp. 5- 31.

BELLOUBET-FRIER, N., «Vers un modèle européen d’administration locale? », *Revue française d’administration publique* 1/2007 (n° 121-122), pp. 5-18.

BÉNOIT, F.-P., «Les attributions générales», *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 4, Chapitre 1., 1987, pp. 4010-1 à 4012-36, n°1 à n°161.

-----., «Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel», in *Mélanges Gustave Peiser*, PUG, 1995, pp.23-38

-----., «L’évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences», in *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 23-43.

BERMÚDEZ SOTO, J., « El principio de legalidad y la Nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común », *Revista de Derecho Público*, vol. 70, 2009.

BLANQUET M., « Compétences de l'Union - Architecture générale . – Délimitation », *JurisClasseur Europe*, Traité, Cote : 03,2012, Fasc. 170, 01 Janvier 2012.

BOBBIO, N., “Sur le principe de légitimité », *Droits*, PUF, n° 32, 1992, pp. 147-155, (réédition d'un article consacré à «L'idée de légitimité», paru dans le n°7 des *Annales de philosophie politique*, PUF, 1967).

BOISSIER E., S., “Chile: la experiencia regionalista del gobierno militar”, *Estudios Sociales/CPU*, Santiago, Chile, n° 104, 2do trimestre, 2000, pp. 43-76

-----“Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en manos de la gente”. *Estudios Sociales/CPU*, Santiago, Chile,, n° 105,3er trimestre 2001.,

-----Desarrollo (local): ¿De qué estamos hablando? *Estudios Sociales/CPU*, Santiago, Chile, 107, 1º trimestre, 2003.

----- La doctrina (oculta) de la descentralización chilena, En: Documento preparado en respuesta a una invitación del Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN) para colaborar al libro: Desarrollo Regional. Balance de una década de Gobiernos Regionales.

BON, P., “L'accès des collectivités locales au juge constitutionnel”, en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 45-61

BORDALI SALAMANCA, A., “Legitimación activa del Estado para demandar la reparación del ambiente dañado y una indemnización de perjuicios (Corte Suprema), *Rev. derecho (Valdivia)*.

BORELLO G., R., “Ponencia Sobre el pluralismo jurídico”, *XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social.*, Argentina, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2001. <http://www.aafd.org.ar/jornadas-15.php#.T1DfAZg6tEQ>

BORJA, J., “Dimensiones teóricas, problemas y perspectivas de la descentralización del Estado”, in “*Descentralización del Estado, movimientos sociales y gestión local* (BORJA J. y otros), ICI-FLACSO-CLACSO, Santiago, 1987.

BOUDINE, J., «La distinction entre collectivités locale et collectivité territoriale. Variation sémantique ou juridique?», *RDP*, 1992, p. 171.

BOUSTA R., “Les sages choisissent la prudence”, *Les petites affiches*, 2011, n°14, p. 5-8

BOUYSSOU, F., «Le retour des tutelles techniques», *RFDA*, 1999, p. 590 et s.

BOURJOL, M., «Libre administration des collectivités territoriales de la République», *Jurisclasseur collectivités locales*, 8, 1991, Fasc.2

-----, «Libre administration et décentralisation », *Les cahiers du droit public*, 1985, pp. 62-115

-----, «Élaboration du statut: compétence exclusive de l’État ou compétence partagée?», *Les cahiers du C.F.P.C.*, octobre 1983, n° 13.

-----, «Désétatiser» le pouvoir réglementaire des collectivités locales. Un débat toujours actuel», *Cahiers du Secteur Public*, janvier 1982, n° 3-4.

-----., «Statut constitutionnel», *JCL Collectivités territoriales*, 1994, Fasc. 93, n° 59.

BOURDON, J. «Qu’est-ce qu’une collectivité territoriale?». *Les cahiers français*, janv.fév. 1989, p. 5 y s.

BRAVO LIRA, B., “Judicatura e institucionalidad en Chile (1776-1876): Del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1976.

BRISSON, J.-F., «Les nouvelles clés constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l’État et les collectivités locales», *AJDA*, n° 11, 2003.

BRISSON, J.-F., «Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. A la recherche des illusions perdues», *AJDA* 2005 p. 126.

BULNES ALDUNATE, L., “Leyes de base y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980”, *RCD*, Vol. 6, 1982, pp. 133-153.

BULNES de GRANIER, L., “la regionalización y sus antecedentes jurídicos, in BULNES, L.; ERRÁZURIZ, M.; GODOY, H. y al.; *La Regionalización*, Santiago, Chile, Ed. Andrés Bello, 1998.

BURDEAU, F., «Affaires locales et décentralisation: évolution d’un couple de l’Ancien Régime à la Restauration», in *Mélanges offerts à G. Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 765-788.

-----., «L’État jacobin et la culture politique française», *Projet*, n°185-186, 1984, pp. 635-648.

CABRERO MENDOZA, E., “Mexique: les dilemmes de la décentralisation”, *Problèmes d’Amérique latine*, 37, avril-juin 2000.

CACIAGLI, M., “Estado unitario y reformas autonómicas: La descentralización en Italia y Francia”, in NOHLEN D., *Descentralización política y consolidación democrática. Europa-América del Sur*, Madrid 1993.

CAILLOSE, J., «Un déferé préfectoral pour quoi faire ?», *Pouvoirs locaux*, n° 44, 2000.

-----, «Contribution à une définition juridique de la décentralisation», *Pouvoir locaux*, 49, 2001.

CAMINAL M., “Nacionalismo y federalismo”, in *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, (Ed de Joan Anton Mellon) Tecnos, Madrid, 1998, pp 89-117.

CARRASCO DELGADO, S., “Iniciativas sobre descentralización y regionalización durante el periodo de vigencia de la Constitución política de 1925”, *RCD*, Vol. 24 n°2, 1997, pp. 321-335.

CARMONA SANTANDER, C., “Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento”, *Revista de Derecho Público*. 61: 180-193, 1998-1999.

----- “Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control”, *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, Año 1, 3, 2001, pp. 29 et s.

CARROFERNÁNDEZ-VALMAYOR, JL., “El debate sobre la autonomía municipal”, in *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. Don Ramón Martín Mateo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. p. 545-579.

CEA EGAÑA, J. L., “Hacia el Estado regional en Chile”, *RCD*, Vol.24 (2), may./ago. 1997, pp. 337-351.

CEBALLOS, F., “Ensayo preliminar sobre la institucionalidad democrática descentralizada: un sistema político de multiplicidad de centros de decisión”, in *Desarrollo y regionalización*, Fundación LIBERTAS, Santiago de Chile, 1990.

CÉSPEDES, R., “La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa”, *RCD*, Vol. 28, n° 1, 2001, pp. 149-159.

CHAPUISAT, J., “Les affaires communales”, *AJDA*, 1976.

-----, «Libertés locales et libertés publiques». *AJDA*, 1982, p. 349 et s.

-----, «Autonomie territoriale et régionalisation politique», *AJDA*, 1983.

CHAVRIER, G., “Les nouveaux mots de la décentralisation. Analyse rhétorique d’une réforme”, in PAVIA, M.-L. (dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales: aujourd’hui et demain?* Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007, Paris, L’Harmattan, 2010, pp. 149-169.

CHEVALLIER, J., «Souveraineté et droit», in *La compétence*. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l’Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis, pp. 203-218.

CONSTANTINESCO, V., “Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l’Union européenne?», in *L’Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991.

CORDERO QUINZACARA, E., “La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, in *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, noviembre 2012, pp. 15-33.

-----, “La potestad reglamentaria de las entidades territoriales. Los reglamentos regionales, las ordenanzas y los reglamentos municipales”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 6, 1999, pp. 109-146.

-----, “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria.”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso XXXII , Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2009, pp. 409 – 440

CORDERO VEGA, L., “ley de procedimiento administrativo y reglamentos”, *La Semana Jurídica*, año I, n° 50, semana del 3 al 7 de junio de 2013, p. 3, www.legalpublishing.cl

-----, “Limitando la Ley de Procedimiento administrativo: una interpretación intolerable”, *RCD*, Vol. XXX, n° 3, pp. 549-552.

-----, “La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo”, in FERRADA, B., JC. (coord.) , *La Justicia administrativa*, LexisNexis, Santiago 2005.

COUNTET-HAUTIER, C., «La mise en œuvre de la décentralisation», in PAVIA, M.-L., *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd’hui et demain?*, Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007, Paris, L’Harmattan, 2010, pp. 69-75.

CROUZATIER-DURAND F., «Réflexions sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République)», *Revue française de droit constitutionnel*, 2003/4 n° 56, p. 675-695.

-----., «Le succès des expérimentations normatives étatiques face aux échecs de l'expérimentation normative locale», in BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*. Actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen, L'Harmattan, 2009, pp. 223-231.

-----., «L'expérimentation juridique», in PAVIA, M.-L. (dir.), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales: aujourd'hui et demain?*. Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 119-129

DARCY, G., «Unité et rationalité dans la construction révolutionnaire », in MOREAU, J. et VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Acte du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris, Economica, 1990.

DELBEZ, L., "Le régime municipal allemand", *RDP.*, n° 47, 1930.

DELMAS-MARTY, M., «Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques», *Dalloz*, 2006, n° 14, pp. 951-957.

DEPUSSAY, L., «L'unité étatique au moyen des asymétries institutionnelles», *Revue française d'administration publique* 1/ 2007 (n° 121-122), pp. 35-48.

DEROSIER, J.-P., «La dialectique centralisation/décentralisation – Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité», *RIDC*, 2007, n°1, pp. 107-140.

DESPOIX, J., «L'expérimentation comme mode ambigu de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales», in BRISSON, J.-F. (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*. Actes des journées de l'Association française de droit des collectivités locales organisées les 19 et 20 septembre 2007 à Bordeaux et à Agen, L'Harmattan, 2009, pp. 215-222.

DOAT, M., «L'aménagement des compétences locales», in *La compétence*. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis, pp. 180-192.

DOUENCE, J.-C., «Le statut constitutionnel des collectivités territoriales», *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1, 1987, pp. 63-1 à 63-29, n°1 à n°230

DRAGO, R., «Droits fondamentaux et personnes publiques», *AJDA*, 1998, n° spécial, *Droits fondamentaux*.

DRAGO, G., «Les principes de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales après la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003: clarification ou continuité?», in GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation: étude comparée France, Belgique, Canada*. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et de Science politique de Rennes 18 et 19 novembre 2004, Bruylant Bruxelles – LGDJ Paris, 2006, pp. 31-48.

DUBOIS, J.-P., «Décentralisation, idée révolutionnaire?», in MOREAU J. et VERPEAUX, M. (dir.), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*. Actes du colloque de Besançon 14-15 décembre 1989, Paris : Economica, pp. 17-24

DUBOS, O., «La subsidiarité», in *La compétence*. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis, pp. 193-218.

EISENMANN, Ch., «L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs» in *Mélanges Carré de Malberg*; SIREY, 1933, p. 163-192.

-----, «Centralisation - décentralisation, principes d'une théorie juridique», *RDP*, 1948.

-----, «Essai de classification théorique des formes politiques», *Politique*, n°41-44, 1968, pp. 5 et s.

-----, «Les fonctions des circonscriptions territoriales dans l'organisation de l'administration», in *Mélanges Waline*, L.G.D.J., 1974.

-----, Intervention au Colloque dirigé par Lucien Sfez, *L'objet local*, 1977, Ed. 10-18.

-----, «La pensée constitutionnelle de Montesquieu», in *Recueil Sirey du Bicentenaire de l'Esprit des lois, 1748-1948: La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, MIRKINE-GUETZEVITCH, B. et PUGET, H. (dir.), Paris, 1952; rééd. *Cahiers de philosophie politique*, Université de Caen, n° 2-3, 1985.

EPSTEIN, R., «Gouverner à distance. Quand l'État se retire des territoires», *Esprit*, n° 319, Novembre 2005, ps. 96-112.

EVEILLARD G., «Intercommunalité et libre administration des collectivités locales», *Droit Administratif*, n° 8, Août 2013, comm. 62.

FALLETI G, T.; «Una teoría secuencial de la descentralización: Argentina y Colombia en perspectiva comparada», *Desarrollo Económico*, Vol. 46, n° 183, octubre-diciembre 2006, pp.317-355.

FAURE, B., «L'intégration de l'expérimentation au droit public français», in *Mélanges en l'honneur de F. Moderne. Mouvement du droit public*, Dalloz 2004.

FAURE, B., «La nouvelle compétence générale des départements et des régions », *RFDA*, 2011, p. 240.

FAVOREU, L., «Décentralisation et Constitution», *RDP*, 1982, p. 1275.

-----, «Les règlements autonomes n'existent pas», *RFDA*, 1987, p. 871.

FAVOREU, L., «L'interprétation de l'article 37 al. 2 C par le Conseil d'État», *RFDA*, 2000, p. 664.

FAVOREU, L., PHILIP L. [et al.], *Grandes décisions du Conseil constitutionnel 15^e édition*, Paris, Dalloz, 2009.

FAVOREU, L., ROUX, A. «La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?», *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, mai 2002.

FAVOREU L. et VEDEL, G., «Souveraineté et supraconstitutionnalité», *Pouvoirs*, n° 67, pp. 71-97.

FERNÁNDEZ RICHARD, J., «El reclamo de ilegalidad previsto en el art. 140 de la Ley No. 18.695, sólo puede tener por fundamento una infracción de ley y nunca de normas de inferior rango: diferencias con el reclamo del art. 118 del D.F.L. No. 458», *Gaceta jurídica* (Santiago, Chile). no.280 (2003), p. 7-10.

-----, «Improcedencia del reclamo de ilegalidad de la Ley Orgánica de Municipalidades por infracción de normas de un instrumento de planificación territorial.» Ponencia: "XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público". Comisión de Derecho Constitucional, *Revista de derecho público*. T.2, no. 69, 2007, p.100-107.

-----, “Ausencia de competencia de órgano contralor para pronunciarse sobre materias, que a su vez han sido objeto de un reclamo de ilegalidad municipal”, *Gaceta jurídica* (Santiago, Chile). N°274, 2003, p. 31-33.

FERRADA BÓRQUEZ, JC., “El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses”, *Revista de Derecho*, Vol. XXV, n°1, julio 2012, pp. 103-126.

-----., “El sistema de Derecho Administrativo chileno: una revisión crítica desde una perspectiva histórica”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 217-218, 2005, pp. 99-118.

-----, “El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado”, *Revista de derecho*, Valdivia, Vol. 10, diciembre 1999, pp. 115-123.

-----., “Los procesos administrativos en el derecho chileno”, *Revista de Derecho*, Universidad católica de Valparaíso, Vol. XXXVI, semestre I, 2011, pp. 251-277.

-----, “El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativo”, in FERRADA BÓRQUEZ, JC (coord.), *La Justicia Administrativa*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 129-164.

-----, “La autonomía como técnica de reparto de potestades públicas: el caso del Banco Central de Chile”, *RCD*, n° Especial, 1998, pp. 335-344.

-----, “Las funciones de gobierno y administración en el ámbito regional: algunos alcances de la distinción y sus problemas conceptuales”, *Revista de Derecho*, Universidad de Valparaíso, Edeval, 2000, pp. 217-243.

-----, “El estado regional chileno: lo que fue, lo que es y lo que puede ser”, *Revista de Derecho Público*. no. 63 (2002), t.2, p. 223-248.

-----, “El Estado regional chileno: un modelo de descentralización administrativa sin participación política”, *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, Instituto de Administración Pública, N°6, 2001, pp.175-208.

-----, “La actividad de investigación de las universidades y el fortalecimiento institucional de los gobiernos regionales: algunas reflexiones preliminares”, in *España, Francia, Italia, Chile: experiencias de descentralización y desarrollo regional*, Seminario realizado en Valparaíso, 27 al 29 de Junio de 2001,

http://www.subdere.gov.cl/1510/articles-70196_recurso_1.pdf, Ministerio del Interior, Programa Gobierno-Universidades regionales, Valparaíso, 2001, pp. 221-233.

----- “La potestad reglamentaria de los Gobiernos Regionales: algunas notas preliminares”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XXIII (Valparaíso, Chile, 2002, Vol II), pp. 295-311.

-----., “Los Derechos Fundamentales y el Control Constitucional”, *Rev. derecho* Valdivia, 17: 113-137, dic. 2004.

-----., “Potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XX, N°2, diciembre 2007, pp.69-94.

-----., “Los principios estructurales del Derecho Administrativo chileno: un análisis comparativo”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n° 221-222, Julio-Diciembre, 2007, pp. 99-136.

-----., “La evolución del sistema chileno de control de la Administración del Estado: desde el control político y administrativo al control judicial”, in BORDALI, A. y FERRADA, JC. (Coord.), *Estudios de Justicia Administrativa*, LexisNexis, Santiago, 2008, pp. 3-51.

FERRAN, R., «Fédéralisme et groupes nationaux», *Revue internationale des sciences sociales* 1/ 2001 (n° 167), pp. 43-51

FERSTENBERT, J., «La libre administration des collectivités territoriales : principe juridique ou notion juridique?», in *Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot*, PU d'Orléans, 2006, pp. 223-252.

FIALAIRE, J., «Le droit à l'expérimentation des collectivités territoriales et la subsidiarité: les apparences et les «faux-semblants » d'une prétendue territorialisation des normes», in FIALAIRE, J. (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes*, PUR, 2005.

-----., «L'intercommunalité face au principe de la libre administration», *AJDA*, 8 juillet 2013, n° 24, pp. 1386-1392.

FIAMMA OLIVARES, G., «Acción Constitucional de Nulidad y Legitimación Activa Objetiva», *Gaceta Jurídica*, n° 123, 1990, pp. 7-12.

-----"Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva", *Revista de Derecho Público*, núm. 49, 1991, pp. 91-98.

-----"La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83, 1987, pp. 123-156.

FOUGEROUSE, J., «La révision constitutionnelle du 18 octobre 2001 : l'évolution incertaine de l'Italie vers le fédéralisme», *RIDC*, Vol. 55 N°4, Octobre-décembre 2003. pp. 923-961.

FRAISSE, R., "Quelle est la portée du "principe de subsidiarité"?", *Droit administratif*, 2005 (8-9), pp. 21-22

FRIER, P.-L., "Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ?", *AJDA*, 2003, p. 560 y s.

FROMONT, M., "Les compétences du pouvoir local en République Fédérale d'Allemagne", en *La décentralisation en Europe*, C.N.R.S., Paris, 1981.

GARCÍA DE ENTERRIA "La lucha contra la inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos)", *RAP*, n° 38, mayo-agosto, 1962.

GEFFRAY, E., «La procédure de consultation des électeurs en cas de fusion de communes», *RFDA*, 2010, n° 4, p. 713-716.

GOHIN, O., «Souveraineté et compétences en droit constitutionnel français depuis 1946», in MAILLARD DESGRÉES du LOU, D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 101-117.

GREWE, C. «L'unité de l'État: entre indivisibilité et pluralisme», *RDP*, 1998.

GUTIERREZ SILVA, J. R., "El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público", *RCD*, 2009, vol.36, n° 2, pp. 245-279.

HANISCH ESPÍNDOLA, H. "La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Tomo V., 1980, pp. 167-198.

HAURIOU, M., "Étude sur la centralisation", in *Répertoire de droit administratif*, Paris 1892, br. In=8', 62 p. Paris, Paul Dupont. Reprise dans le Répertoire Béquet sous le titre «Décentralisation», pp. 461- 490.

-----., «La théorie de l'institution et de la fondation», in *Aux sources du droit (Les Cahiers de la Nouvelle Journée)*, 1933, p. 89-128.

HAUT F., «Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif», *RIDC*, Vol. 41 N°4, Octobre-décembre 1989. pp. 907-914.

HELIN, J.-C., «Le contrôle de légalité des actes locaux en France», *AJDA* 1999, p. 767.

HÉRAUD, Guy., «Sur deux conceptions de la compétence», in *Archives de philosophie du droit*, 1959, T. 4, pp. 35-45.

HERNÁNDEZ OLMEDO, L., «La Descentralización en el Ordenamiento Constitucional Chileno», *RCD*, Volumen 20, Santiago 1993., pp. 535-555.

-----., "Algunos Aspectos de la Reforma regional en la Constitución Política del Estado, *Revista Gobierno Regional y Local*, N° 13, 1994. pp 17-38

-----., «Convenios administrativos de transferencia de competencias a los gobiernos regionales: antecedentes jurídicos y modalidades de ejecución», *Rev. Derecho (Valdivia)*, dic. 1996, vol.7, p.53-74.

HERTZOG, R., «Les personnes publiques n'ont pas de compétences», in *Gouverner, juger, administrer, Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002.

ILLANES, M. A., «El proyecto comunal en Chile», *Historia*, n° 27, 1993.

JACKSON C., V., «Fédéralisme – Normes et territoires», chap. I du Titre II, *Formes d'État* du 1^{er} tome du *Traité international de droit constitutionnel* (sous la dir. de M. Troper et D. Chagnollaude), Dalloz 2012, pp. 6-52.

JARDIN, A., «Tocqueville et la descentralización», in *La décentralisation*, colloque d'Aix-en-Provence, 1964.

JEGOUZO, Y., «L'intercommunalité de 1958 à 1982, généalogie d'un échec», in CAILLOSSE, J. (dir.), *Intercommunalités*, Presses universitaire de Rennes, 1994.

JOUANJAN, O., art. «Égalité», in ALLAND, D. et RIALS, S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, 2003.

KADA, N., «L'acte II de la décentralisation et le principe d'égalité », *RDP*, n° 5, 2005, pp. 1273-1302.

-----., «Déconcentration et décentralisation: une fable contemporaine», in REGOURD, S.; CARLES, J.; GUIGNARD, D. (dir.), *Réformes et mutations des*

collectivités territoriales. Actes du colloque de Toulouse 2010 – IDETCOM (EA 785) Université Toulouse 1 Capitole, L'Harmattan 2012, pp. 239-253.

KELSEN, H.; "Resumen de una teoría general del Estado" (traducción de Luis Oyarzún.), *Boletín del Seminario de Derecho Público*, no.14, 1940, p. 69.

LAVIALLE, Ch., « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'État en France sous l'Ancien régime », *Droits. Revue française de théorie juridique*, Paris, PUF, n° 15, pp.19-31.

LAUBADÈRE, A. de « Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale. À propos des groupements de collectivités territoriales », in *Mélanges offerts à P. COUZINET*, Toulouse, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1974, pp. 410-447.

LEBEN, Ch., «Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982.

LEGENDRE, P., « La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », *Revue historique de droit français et étranger*, 1974.

LETELIER W., R., "Propiedad y Potestades Urbanísticas", *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, n° 4, p. 79-91.

LEURQUIN-DE VISSCHER, V. F., « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », in DELPÉRÉE, F.(dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2002, pp. 21-45.

LUCHAIRE, F., « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », *RDP*, 1982.

MABILEAU, A., «De la monarchie municipale à la française», *Pouvoirs*, n° 73, *La Démocratie municipale*, avril 1995, p. 7 y s.

MARCOU, G., «Le principe d'indivisibilité de la République, *Pouvoirs*, n° 100, janvier 2002.

-----, *Les compétences des collectivités locales en Europe*, Strasbourg, Etude du Comité européen sur la démocratie locale et régionale (CDLR), Conseil de l'Europe, série « Démocratie locale et régionale », 2008. Disponible en : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1377655>.

-----, « L'action commune des collectivités territoriales selon le Conseil constitutionnel : organiser n'est pas déterminer », en *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, pp. 227-240.

-----, «Une approche comparative des compétences des collectivités locales en Europe», in PAVIA, M.-L.(dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain?* Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 199-220

-----, «La «clause générale de compétence» dans les régimes d'autonomie locale des États européens», *Pouvoirs locaux*, février 2006

-----, «Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales», *AJDA*, 2011, n° 3, p. 129.

MARTIN R., «Le principe d'égalité face aux discriminations positives territoriales», *Études Foncières*, n°88, automne 2000, p. 33-36.

MASPÉTIOL, R, «L'État d'aujourd'hui est-il celui d'hier?», *Archives de Philosophie du Droit*, T. 21 *Genèse et Déclin de l'État*, Sirey 1976, p. 3-21.

MAULIN, E., «Compétence, capacité, pouvoir », in *La compétence*. Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy, Litec, LexisNexis, pp. 33-47.

MAZÈRES, J.-A., «Les collectivités locales et la représentation. Essai de problématique élémentaire», *RDP*, 1990, pp. 607 y ss.

-----«Qu'est-ce que la puissance publique?», in RAIMBAULT P. (dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz, 2006, pp. 9-35.

-----, «Essai d'analyse archéologique de la décentralisation», *Cahier du L.E.R.A.S.S.*, n° 21, octobre 1990.

-----, «La Théorie de l'institution de Maurice hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué», en *Pouvoir et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, éd. Bruylant, 1998, pp. 239-293.

-----, «Région, regionalisme, regionalisation», in *La région en question*, Journées d'études de la section languedocienne de l'IFSA, 23-24 mai 1977, éd. Cujas, 1978, pp. 23-88.

-----, “La région: espace du pouvoir ou espace de pouvoirs”, in *Centre, périphérie et territoire*, PUF, 1978.

-----, “Espace et hiérarchie”, in *Psychologie et science administrative*, Actes du colloque organisé par le Centre univ. de rech. adm et pol de Picardie (CURAPP) le 10/05/1985, PUF, 1985, pp. 176-180.

MAZERES, J.-A., y REGOURD, S., «Du modèle communautaire et territorial au modèle fonctionnel de l’entreprise», en M. BOURJOL (dir.) *La commune, l’Etat et le droit*, LGDJ, 1990, col. Décentralisation et développement local, pp. 292-314.

MELIN-SOUCRAMANIEN, F., «Les adaptations du principe d’égalité à la diversité des territoires », *RFDA*, 1997.

-----.« La différenciation du statut des départements d’outre-mer. Menace ou promesse pour la République française ? », in *Mélanges en l’honneur de P. Pactet. L’esprit des institutions, l’équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003.

MESTRE, J.L. «Historique des collectivités locales: L’apogée de la centralisation et sa remise en cause (1800-1870)», *Encyclopédie Dalloz des collectivités locales*, n°18.3 fasc. p. 24-1.

----- « Historique des collectivités locales », *Répertoire Dalloz des collectivités locales*, Vol I, p. 18-3 n°5

----- «L’idée de libre administration de la Révolution à la fin du XIXe siècle », in DARCY, G. Y MOREAU, J (dir.), *La libre administration des collectivités locales*, Paris, Economica y PU Aix-Marseille, 1984, p. 47-54.

MICHALON, T., “La République française, une fédération qui s’ignore?», *RDP*, 1982, p. 623

MICHALON, Th., «La République et sa périphérie. La légitimité par la décentralisation?», in *La profondeur du droit local, Mélanges en l’honneur de Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2006, p. 329-346.

MILAGROS DEL VAS MINGO, M., “Las Ordenanzas de 1573, sus antecedentes y consecuencias”, *Quinto centenario*, N° 8, 1985, pp. 83-102.

MODERNE, F., «Variations sur le mythe de l’autonomie communale : L’État prestataire de services des communes», *AJDA*, 1976, p. 478 et s.

-----, «Les régions autonomes dans la jurisprudence constitutionnelle du Portugal», in BON, P. et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Économica, 1989

-----, “Le *município* comme entité politique dans l’organisation territoriale fédérale du Brésil », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 347-363.

MONTAIN-DOMENACH J., «Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 12 (Dossier : Le droit constitutionnel des collectivités territoriales) - mai 2002 , disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-12/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-12.52091.html>

MORAGA K., C., «Auto acordados como fuente del derecho público (¿Es la CPR nuestra única y verdadera Constitución?)”, in *Trigésima séptimas jornadas de Derecho Público*. Valparaíso 8 y 9 de noviembre de 2007, Facultad de Derecho Universidad Católica de Valparaíso.

MORAGA K., C., “La potestad normativa del Presidente de la República: los decretos con fuerza de ley”, *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, Vol. 70, 2008, pp. 313-335.

MOREAU J., « Responsabilité du fait des activités de contrôle » (refondu par BROUELLE C.), *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 918, Cote : 08,2003, Date de fraîcheur : 15 Mai 2003.

NÉMERY, J.-C., “Quel avenir pour la relation entre communes et intercommunalités ? », in *Mélanges en l’honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, pp. 241-247.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Un modelo de Estado unitario descentralizado administrativa y políticamente para Chile: reflexiones prospectivas de los gobiernos regionales a mediano plazo. Reflexión y análisis sobre el proceso de descentralización en Chile”, Santiago, Ministerio de Planificación y Cooperación, Ministerio del Interior-Subdere y PNUD, 1998

-----, “El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile”, En: BERCHOLC, J. O. (dir.) ; *La organización política del territorio en América y España : federalismo e integración*; Congreso Internacional sobre Organización Política del Territorio, Federalismo e Integración, Ciudad de Buenos Aires, Lajouane, 1^a. ed. marzo 2008.

NÚÑEZ MUÑOZR., “Realidad y desafíos del municipio chileno”, Universidad Autónoma de Chile, Marzo, 2006, p. 18, http://www.munitel.cl/file_admin/archivos_munitel/estudios/estudios2.pdf

OELCKERS CAMUS, O. “El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa”, *RDUCV*, 1977.

-----, “Descentralización administrativa y regionalización”, *RCD*, Vol. 24, n°2, 1997, pp. 353-367.

-----, “Problemas jurídico-políticos que deben abordarse en el proceso de regionalización”, Presentación en la Jornadas del Programa de Gobiernos Regionales y Universidades organizadas por la SUBDERE los días 29 y 30 de abril de 1988 sobre la “Reforma Regional”, Universidad de Antofagasta.

PALMA, E., “Una tradición inconclusa: el presidencialismo con descentralización territorial. El caso de Chile”, ILPES, Cepal, Santiago, 1991, pp. 16 y s.

PANTOJA, R., “Organización de los tribunales chilenos de los contenciosos administrativos”, *RDP*, Vol. 11, 1970, pp. 233 y ss.

PEGORARO, L., “Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y subconstitucionales de los entes locales”, Disponible en: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/6/pegoraro6.pdf>, 30.06.12

PETIT, J., «Fondements et portée du pouvoir réglementaire local en France», Communication au Colloque « Décentralisation : perspectives de droit comparé », organisé par la Faculté de droit de l'Université Rennes 1, les 11 et 12 novembre 2004, Bruylant-LGDJ 2006, pp. 119-144.

PICARD E., «L'état du droit comparé en France, in 1999», *RIDC*, Vol. 51 N°4, Octobre-décembre, 1999. pp. 885-915.

-----, “Le droit comparé est-il du droit”, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Vol. 1 (2009), Dalloz, 2010, p. 173-251

PIERRU, F., « Napoléon au pays du New Public Management : l'exemple de la « déconcentration » de la politique de santé », *Savoir/Agir*, n° 11, 2010, pp. 29-37.

PIERRY ARRAU, P., “Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo. El Reglamento. Dictámenes de la contraloría general de la república”, *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, agosto 2005, n° 13, pp. 71-82.

-----, “Nulidad en el Derecho Administrativo”, *RDUCV*, n° XV, 1993-1994, p. 79.

-----, “Conferencia Inaugural: Lo contencioso administrativo y el Recurso de Protección”, *Revista de Derecho de la Universidad de la Universidad Católica de Valparaiso*, Vol. XIV (1991-1992)

-----, «Recurso de Protección y lo contencioso administrativo», *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año XLIV, n° 165, enero-diciembre 1977.

PISSALOUX, J.-L., « Constitutionnalité des mécanismes de consultation sur les fusions de communes », *Droit administratif*, 2010, n° 11, p 26-28.

POGGI A., «Les compétences administratives et réglementaires des régions italiennes», *Revue française d'administration publique*, n° 121-122, 1/ 2007, pp. 99-99.

PONTIER, J.-M., “Semper Manet. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, pp. 1443-1472.

-----, “Territorialisation et déterritorialisation de l’action publique », *AJDA*, 1997, pp. 723-730.

-----, “La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre collectivités publiques », *RDP*, n°1-2003.

-----, «Nouvelles observations sur la clause générale de compétence», in *La profondeur du droit local. Mélanges en l’honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz 2006, pp. 365-394.

-----, «Refus de fusion de communes par un préfet : première QPC sur le droit des collectivités territoriales», *Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2010, n°36 p. 24-28.

-----, “Requiem pour une clause générale de compétence”, *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2011, n° 2, p. 47-55.

-----«De l’extension (à venir) du pouvoir réglementaire des régions », *JCP, La Semaine Juridique*, n°5. 3 février 2014.

PORTIER, N., «La coopération intercommunale dans la réforme des collectivités», *AJDA*, 2011, p 80.

PORTELLI, H., «*La fin du principe d’uniformité. Approche comparative*», in *Mélanges Ardant*, LGDJ, 1999.

Pouvoirs, n° 60, *La Décentralisation*, 1992.

Pouvoirs n°95, *La commune en France et en Europe* - novembre 2000.

PRIET, F., «Sur une notion désormais constitutionnalisée: la décentralisation», in *Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo. Terres du droit*, Dalloz, 2009, pp. 249-267.

Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux. Vingtième rapport, années 2004, 2005, 2006, Paris, *La documentation française*.

REGOURD, S., «L'autonomie communale: des vicissitudes de la théorie juridique aux enseignements de l'Histoire », *Pouvoirs locaux*, 1989, n°1, p. 70.

-----« De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie. Genèse d'une problématique », *RDP*, 1990, pp. 961-987.

-----, « Fonctionnalisation et déterritorialisation ou les collectivités territoriales à l'heure du marché », *Cahiers du L.E.R.A.S.S.*, n° 20 – mai 1990, pp.33-43.

-----, « La prétendue suppression de la tutelle », *Rev. Adm.*, 1982, p. 613-619.

-----, « Intercommunalité: continuité des politiques publiques pour une révolution tranquille», in REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (*dir.*), *La décentralisation 30 ans après. IFR – Mutation des Normes Juridiques*, IDETCOM (EA 785) Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013, pp. 185-197.

RENDON, L. M., « Informe sobre las facultades normativas de los gobiernos regionales », *Gobierno Regional y Municipal*, año IV, 3, n° 30, oct. 1996, pp. 76-80.

REQUEJO, F. “La acomodación “federal” de la plurinacionalidad: Democracia liberal y federalismo en España”, in FOSSAS, E. y REQUEJO, F. (Eds.). *Asimetría federal y Estado plurinacional: El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 303-344.

RIBERA NEUMANN, T., “Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980”, *Revista de Derecho Público*, 63: 471 y ss, 2001.

RIVERO, J., “Le maire exécuter des délibérations du conseil municipal », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1937.

-----, «La décentralisation, Problèmes et perspectives», *Etudes*, Janvier 1950

ROIG, Ch., “Théorie et réalité de la décentralisation”, en *RFSP*, 1966.

ROLLAND, L., «La démocratie et la décentralisation en France», extraits de « La cité moderne et les transformations du droit », *Cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, n°4.

ROSS, A., «Sur les concepts État et Organes d'État en droit constitutionnel», in *Introduction à l'empirisme juridique*, Bruylant – LGDJ, 2004, pp. 167-182.

ROUAULT M.-Ch., «La loi de réforme des collectivités territoriales au crible du Conseil constitutionnel», *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2011, n° 2, p. 16-22.

ROUX, A., «Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales», *RFDA*, 1992.

RUIZ-TAGLE, P., «Apuntes sobre la igualdad constitucional en Chile », *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, SELA 1999, año 2000, pp. 19-47.

ROLLA, G., «El desarrollo del regionalismo asimétrico y el principio de autonomía en los nuevos sistemas constitucionales: un acercamiento comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, N° 8, 2007.

ROUX, A., «Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales», *RFDA*, 1992.

-----, «Les limites constitutionnelles à une nouvelle évolution de la décentralisation », in PAVIA, M.-L. (dir), *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain ? Actes du colloque de Montpellier des 29 et 30 juin 2007*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 131-145.

SÁNCHEZ G., «Tendencias globales. De la descentralización a la regionalización», *Revista Nueva Sociedad*, Caracas, n° 166, marzo-abril 2000, pp. 96- 110,

SÁNCHEZ C., A., «Los Orígenes del Pluralismo Jurídico», en ALBA S., O y CASTRO, S R. (coord.). *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*. Sucre-Bolivia, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente.

SANHUEZA, M. C., «La primera división política-administrativa de Chile, 1811-1826», Santiago Chile, *Historia*, N° 41, Vol. II, 2008.

SCHIESSLER QUEZADA, G., «Algunas cuestiones técnico-jurídicas relativas a la potestad reglamentaria presidencial en el marco de una nueva institucionalidad», in *Décimas Jornadas de Derecho Público*, Valparaíso, Edeval, 1980.

SCHOETTL. J.-E., «Le conseil constitutionnel et la Corse», *AJDA* 2002.

SCHÖNDORF-HAUBOLD, B., « L'émergence d'un droit commun de l'autonomie territoriale en Europe », *Revue française d'administration publique*, n° 121-122, 1/2007 p. 203-218.

SEMPE, F., «La fusion des établissements publics de coopération intercommunale dans la loi du 13 août 2004 », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz, 2006, pp. 429-446.

SERRANO, C. et. FERNÁNDEZ, M.I. “Descentralización del Estado en el Nivel Regional y Local ¿Reformas Paralelas?”, *Serie Estudios Socioeconómicos CIEPLAN* N° 18, 2001.

SIERRA, L., “Urbanismo por decreto: centralismo y confusión institucional en la ciudad chilena”, in *Santiago. Dónde estamos y hacia dónde vamos*, Galetovic Editor, CEP, 2006, p. 324. pp. 299-328

SOLEIL, S., «L'organisation de la France est décentralisée, variations autour d'un thème», in GUIHEUX, G. (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation: étude comparée France, Belgique, Canada*. Actes du Colloque de la Faculté de Droit et de Science politique de Rennes 18 et 19 novembre 2004, Bruylant, pp. 107-116.

SOMMERMANN, K.-P., «Européanisation et transformation de la justice administrative en Europe», en ZILLER, J. (dir.), *Quoi de neuf en droit administratif européen ?*, Institut Universitaire Européen de Florence, rapport n°2005/10.

SOTO KLOSS, E., “La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia”, *RCD*, n° 3-4, 1971.

-----, “La Nulidad de Derecho Público en el Derecho Chileno”, *Gaceta Jurídica*, n° 125, p. 16 a 23; *Revista de Derecho Público*, n° 47/48, 1990-1991.

-----, “La Nulidad de Derecho Público referida a los actos de la administración”, *RDUCV*, n° XIV, 1991-1992.

-----, “La noción de acto administrativo en el derecho chileno: (una perspectiva sustancia), *Revista de Derecho Público*, n° 60,1996, p.86

-----, E., “Recurso de protección y tribunal competente: ¿cuál es la corte de apelaciones respectiva?” *Revista de Derecho Público*, n° 37-38, 1985, p.187

STECKEL, M.-Ch., «La réorganisation territoriale par la recentralisation financière : Une tragédie française ?», en *VIIIème Congrès français de droit constitutionnel*, AFDC, Nancy, 16 - 18 juin 2011, Atelier 8 : Aspects territoriaux.

STREETER, J., "Potestad normativa de los entes públicos autónomos. Materiales de lectura", Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1986.

TANGUY, Y., "L'institution dans l'oeuvre de Maurice Hauriou-Actualité d'une doctrine", *RDP*, 1991, pp 61-79.

TAPIA VALDÉS, J., "Descentralización y subsidiariedad en la época de la Globalización", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Santiago, Chile, Año 1, n°1, 2003, pp. 99-111.

-----, "Las reformas constitucionales de 2005, un triunfo del centralismo", in NOGUEIRA ALCALÁ H. (coord.), *La Constitución Reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Librotecnia, Santiago, 2005.

TAPIA VALDÉS, J., "Descentralización, Regionalización y Neosubsidiariedad", in *La reforma constitucional de 2005*, Lexis Nexis, 2006, pp.167-205.

TEITGEN-COLLY, C., «Les instances de régulation et la Constitution», *RDP*, 1990, p. 152.

TERNEYRE, Ph., « L'égalité et illégalité des décisions de nature politique des collectivités locales », *Revue Administrative*, 1989, p. 538.

THOENIG, J.-C., "Pouvoir et contre-pouvoir locaux: rendre la démocratie aux citoyens", en *La décentralisation en France*, Paris, Institut de la décentralisation, La Découverte, 1996, pp. 131-142.

TOBAR LEIVA, M., «Los Gobiernos Regionales en la Década 1990-2000, in *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Universidad de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000, pp. 259-300.

TROPER, M., « La notion de principes supraconstitutionnels », *RIDC*, 1993.

-----, M., « Le concept d'État de droit », *Droits. Revue française de théorie juridique*, Paris, PUF, n° 15, pp. 51-63.

-----, «La souveraineté comme principe d'imputation», in MAILLARD DESGRÉES du LOU, D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006, pp. 69-82.

VANDELLI, L., "Du régionalisme au fédéralisme", *Pouvoirs*, n° 103, 2002/4.

-----, «Formes d'État : État régional, État décentralisé», in TROPER, M. et CHAGNOLLAUD (dir), *Traité international de droit constitutionnel*, T. 1 *Formes d'État*, Dalloz 2012, pp. 54-76.

VANDERMEEREN, R., *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, AJ, 2000, pp.706-721.

VERGARA BLANCO., A., “El rol de contraloría general de la república: desde el control de legalidad a los nuevos estándares de buena administración”, in *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, noviembre 2012, pp. 103-110.

-----, “Reforma constitucional y descentralización administrativa”, *RCD*, Vol. 18, N° 2, 1991, pp. 339-344.

-----, “Marco jurídico de la descentralización administrativa”, *RCD*, Vol. 18, N° 3, 1991, pp. 411-449.

-----, “La descentralización en la organización administrativa y estatal. Logros pendientes”, en Corporación para la Regionalización de Chile. “*las Regiones... ahora*”, X Jornadas Nacionales de Regionalización, 1993.

-----, “La proprietarización de los derechos”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XIV, 1991-1992, pp. 281 et s.

-----, «La décision du Conseil constitutionnel n°2001-454 DC du 17 janvier 2002. Une décision inattendue?», *RFDA*, 2002.

VERPEAUX, M., art. «Pouvoir réglementaire», in ALLAND D. et RIALS, S. (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2007, p. 1177.

-----, «Question prioritaire de constitutionnalité et libre administration des collectivités territoriales», *AJDA*, 2010, n°28, p. 1594-1598.

-----, “Les ambiguïtés entretenues du droit constitutionnel des collectivités territoriales”, *AJDA*, 2011, n°2, p. 99-106.

-----, « Constitution, Conseil constitutionnel et décentralisation », in REGOURD, S.; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après. IFR – Mutation des Normes Juridiques*, IDETCOM (EA 785) Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013, pp. 59-71.

-----, «Pavane pour une notion défunte - La clause de compétence générale», RFDA 2014 p. 457.

VIGUIER, J., « La décentralisation : d'une manière d'être de l'État vers une manière d'être hors de l'État », en REGOURD, S. ; CARLES, J. ; GUIGNARD, D. (dir.), *La décentralisation 30 ans après*. IFR – Mutation des Normes Juridiques, IDETCOM (EA 785) Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole –LGDJ 2013, pp. 29-57

WYROBISZ, A., “La ordenanza de Felipe II del año 1573 y la construcción de ciudades coloniales españolas en la América”, en *Estudios Latinoamericanos*, n° 7, 1980, pp. 11-34.

ZOLLER E., «Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé?», *Droits*, PUF, n° 32, 1992, pp. 121-134.

-----, «Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats», in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, T. 294, 2002, pp. 41-166.

ZUÑIGA U., F., “Jurisprudencia acerca del notable abandono de deberes del alcalde”, *Revista de Derecho*, vol. XII, 2001, pp. 245-257.

-----, “Estado unitario. Un balance de las reformas constitucionales sobre gobierno y administración en Chile”, en BERCHOLC O., J. (dir.), *La organización política del territorio en América y España : federalismo e integración*; Congreso Internacional sobre Organización Política del Territorio, Federalismo e Integración, Ciudad de Buenos Aires. Lajouane, 1ª. ed. marzo 2008.

-----, “Autonomías constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la «democracia constitucional»)”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 13, n° 2, 2007, pp. 223-244.

Jurisprudence citée

Chili

Tribunal Constitucional

STC 19-83 de 27.10. 1983, *Requerimiento en contra del Ministro del Interior don Sergio Onofre Jarpa Reyes respecto del artículo 82 n° 10 de la Constitución Política de Fbiola letelier del Solar, Alfonzo Inzunza Bascuñan y otros.*

STC 50-87 de 29.02. 1988, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional de municipalidades.*

STC 78-89 de 20.09.1989, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional sobre el Banco Central.*

STC 80-89 de 22.09.1989, *Requerimiento formulado por la Junta de Gobierno en virtud del artículo 82 N° 2 de la Constitución, respecto del proyecto de ley que establece normas para resolver las cuestiones de competencia entre autoridades administrativas.*

STC 116-90 de 27.12.1990, *“Viviendas Progresivas”.*

STC 155-92 de 21.09.1992, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre Gobierno y Administración Regional.*

STC 216-95 de 17.07.1995, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley General de Bancos y otros cuerpos legales, y dispone un nuevo tratamiento para la obligación subordinada de los bancos que señala con el Banco Central de Chile.*

STC 325-01 de 26.06.2001, *Requerimiento respecto del Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001.*

STC 352-02-de 15.07.2002, *Caso “Liceo Manuel de Sala”.*

STC 370-03 de 09.04.2003, *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por doce señores Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 1° de febrero de 2003.*

STC 591-2006 de 11.01.2007, *Requerimiento de inconstitucionalidad de la Resolución Exenta n°584 (Ministeri de Salud) del 01.09.2006, la cual aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad.*

STC 696-06 de 02.01.2007, *Control de constitucionalidad respecto del inciso primero del artículo 3°; inciso primero del artículo 4°; inciso segundo del artículo 7°; e inciso cuarto del artículo 11; del proyecto de ley que permite efectuar anticipos de subvenciones estatales para fines educacionales, en casos que indica.*

STC 740-07 de 18.04.2007, *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud.*

STC 995-2007 de 18.12.2007, *Control de Constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que establece un sistema de incentivos al desempeño de los fiscales y los funcionarios del Ministerio Público.*

STC 1032-08 de 04.03.2008, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, “que crea el sistema de pensiones solidarias, modifica la institucionalidad para tal efecto, incorpora cambios al sistema de pensiones del decreto ley 3.500 de 1980 y materias relacionadas” (Boletín N° 4742-13).*

STC 1051-08 de 10.07.2008, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública.*

STC 1669-2010 de 15.03.2012, *“Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (INA)

STC 480-06 de 27.07.2006, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Iberoamericana de Energía IBENER S.A., respecto del artículo 3° N° 17, inciso 4° y N° 23, inciso 1°, 15, 16 N° 2 y 16 A de la Ley 18.410, en la causa Rol N° 5.816-2004 de la Corte de Apelaciones de Santiago.*

STC 505-06 de 06.03.2007, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. respecto del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, en la causa 11786-04 de la Corte de Apelaciones de Santiago.*

STC 781-2007 de 27.09.2007, *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Pablo Silva Martínez respecto del n° 3 del artículo 299 y de los artículos 431 y 433 del Código de Justicia Militar, en la causa Rol 1292-2001, seguida ante el Juzgado Militar de Santiago*

STC 1295-08 de 06.10.2009, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de catorce Compañías de Seguros Generales respecto de los artículos 3° y 4° de l DL n°1.757 de 1977, en recurso de reclamación de que conoce la CA de Santiago, causa rol n° 7910-2008.*

STC 1669-10 de 15.03.2012, *Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Energía Limarí S.A. respecto de los artículos 5 c) y 12 del DFL N° 1/2006 del Ministerio del Interior, 15, 124 y 221 del DFL N° 4/20.018, de 2006, del Ministerio de Economía*

Fomento y Reconstrucción, en los autos Rol N° 5678-2008 sobre recurso de casación en el fondo interpuesto ante la Corte Suprema.

STC 2332-12 del 17-10-2012, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por CBS Outdoor Chile S.A. respecto de los artículos 41 N° 5 y 42, incisos primero y segundo, del Decreto Ley N° 3.063, Ley sobre Rentas Municipales, en la parte que indica, en los autos sobre recurso de protección, caratulados “CBS Outdoor Chile S.A. contra Alcalde de la I. Municipalidad de Talcahuano y otros”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Concepción, bajo el Rol N° 1787-2012.

STC 2433-13 del 27-03-2013, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la I. Municipalidad de La Ligua respecto del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, en relación al artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en los autos sobre cobranza laboral y previsional, caratulados “Arancibia González Marianela Ivonne con Ilustre Municipalidad de La Ligua”, de que conoce el Tribunal de Cobranza Laboral y Previsional de La Ligua, bajo el RIT N° C-8-2012.

STC 2438-13 del 03-04-2013 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por INSICO S.A. respecto del artículo 32 de la Ley N° 18.695, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 19.845, en los autos ejecutivos, caratulados “INSICO S.A. con Ilustre Municipalidad de Codegua”, del Primer Juzgado Civil de Rancagua, bajo el Rol C-70-2007.

STC 2538-13 del 14-10-2013 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Cristián Herrera González y otro respecto de la letra b) del inciso segundo del artículo 75 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en los autos Rol N° 1.248-2013, sobre cesación del cargo de concejal de Lautaro, caratulados “Leal Quiroz, Alejandro con Schifferli Díaz Raúl y Herrera González Cristián”, sustanciados ante el Tribunal Electoral Regional de la IX Región de La Araucanía.

Poder Judicial (Corte Suprema & Cortes de Apelación)

CS, Rol 1462-98 de 25.05.1998, Hormazábal Gómez c/Contralor Regional XIa.Región, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 95/1998, 2.5, pp. 179-186.

CS, 3462-98 de 24.11.1998, *Gutiérrez Sánchez c/Contralor Regional del Maule*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 95/1998, 2.5, pp. 238-246.

CS, Rol 3167-99 de 21.10.1999, *Alcalde de Los Ángeles c/Contralor Regional (S) del Bío-Bío*.

CS, Rol 1203-2006 de 28.06. de 2007, *Eyzaguirre Cid, Germán con Fisco*.

CS Rol 1428-2007 de 16 de octubre 2008, *Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica*.

CS, Rol 3237-2007 de 27.01. 2009, *Le Roy Barría Marcela María con Esva S.A*

CS, Rol 2858-2008 caratulados *Empresa Eléctrica Pehuenche con Empresa Eléctrica Atacama*.

CS, Rol 4533-09 de 13.10.2009, *Don Antonio César Jiménez Silva c/ Contralor General de la República*.

CS, Rol 7618-2009 de 29.12.2009, *Sociedad Educacional Pablo Neruda de Talca Ltda. con Regional Ministerial de Educación de la Región del Maule*.

CS, Rol 2698-2008 de 10.03.2010, *Instituto de Normalización Provisional con Guianatti Leighon Galvarino*.

CS, Rol 4383-2008 de 19.05.2010, *Hotelera Somontur S.A contra Alcalde subrogante municipalidad de Chillan*

CS, Rol 7412- 2008 de 30.06.2010, *Maria Correa y Cía Ltda. con Secretario Regional Ministerial de Salud de la región Metropolitana*.

CS, Rol 5959-10 de 01.09.2010, *Alcalde de la I. Municipalidad de La Florida c/ Contraloría General de la República*.

CS, Rol 2791-2012 de 03.07.2012, *Municipalidad de Zapallar contra Contraloría Regional de Valparaíso*.

CS, Rol 1773-2013 de 13.05.2013, *Lidia Zapata Pasten y otros contra la Contraloría Regional de Coquimbo*.

CA

CA de Rancagua, “*Municipalidad de Marchigüe con Errazúriz y otros*”, *Gaceta Jurídica* N°285, marzo 2004, pp.71-74 (confirmée par la *Corte Suprema*).

CA de Concepción, “*Municipalidad de Santa Juana con COREMA VIII Región*”, *Gobierno y Administración del Estado*, año IX, N°105, pp.123-127 (confirmée par la *Corte Suprema*).

CA de Santiago, “*Municipalidad de Portezuelo y otros con CONAMA*”, *Gobierno y Administración del Estado*, año IX, N°105, pp.161-193.

CA de Temuco Rol 2438-2005 de 30.11.2007, *Benito Taladriz González con Fisco de Chile*.

CA de Santiago Rol 7676-2008 de 01.10.2009, *Sociedad Inmobiliaria Aseg Grevia Ltda. c/ Municipalidad de Independencia*.

Contraloría General de la República

CGR, Dictamen 64.792 de 29.09.1970, *Naturaleza jurídica Instituto Laboral Desarrollo social*.

CGR, Dictamen 43.085 de 24.06.1976, *Análisis de la nueva legislación que rige a municipios, contenida en DL 1289/75*.

CGR, Dictamen 18646 de 29.07.1992, *Naturaleza jurídica municipalidades*.

CGR, Dictamen 23.024 de 15.09.1992.

CGR, Dictamen 2661 de 25.01.1994; *Inmuebles de Poder Judicial*.

CGR, Dictamen 26212 de 25.08.1995, *Facultades de Consejo de Aysén*.

CGR, Dictamen 11395 de 08.04.1996, *Convenio Gobierno Regional aprobación*.

CGR, Dictamen 13116 de 29.04.1997, *Estudios inversión fondos gobierno regional, FNDR, DESAR*.

CGR, Dictamen 603 de 08.01.1998; *Inmueble de Sename*.

CGR, Dictamen 1013-2000 de 12.01.2000, *Traspaso de Serplac*.

CGR, Dictamen 4049 de 03.02.2000; *Aeródromo privado*.

CGR, Dictamen 34351 de 04.09. 2002; *Proyecto gobierno regional equipo computación*.

CGR, Dictamen 53149 de 25.11.2003; *Prestamo de INDAP 2*.

CGR, Dictamen 59316 de 11.12.2006, *Reglamento Regional de Planificación de Aysén*.

CGR Dictamen 28136 de 22.06.2007, *Recurso protección fuero gremial planta a contrata, municipalidad*.

CGR, Dictamen 65143 de 20.11.2009; *Gastos recursos públicos, Internet, GORE*

CGR, Dictamen 49909-2011 de 09.08.2011, *Mun, cumplimiento de dictámenes, responsabilidad administrativa*.

CGR, Dictamen, 69 968 de 08.11.2011, *Sobre aplicación del principio de probidad a los consejeros regionales y a los concejales.*

CGR. Dictamen 15700 del 16 de marzo de 2012, *Registro, Decretos municipales, anotación material.*

CGR, Dictamen 74.983 de 03.12.2012, *Alcalde de la Municipalidad de Lo Prado.*

CGR, Dictamen 49.972, de 07.08.2013, *Alcalde de la Municipalidad de Villa Alemana.*

Dictamen 71422 de 5.11.2013, *Mun, alcaldesa, actividad política, jornada, acto oficial, cuenta twitter.*

CGR, Dictamen 21666 de 26.03.2014, *Consejos regionales, elección Presidente del Consejo.*

Francia

Conseil constitutionnel

CC, Déc. n° 64-29 L du 12 mai 1964, *Nature juridique de certaines dispositions relatives à l'administration départementale et à l'administration communale et figurant dans les ordonnances n° 58-937 du 11 octobre 1958, n° 59-29 du 5 janvier 1959, n° 59-30 du 5 janvier 1959, n° 59-33 du 5 janvier 1959 et n° 59-150 du 7 janvier 1959 et dans la loi n° 62-873 du 31 juillet 1962*, Rec. 1964, p. 37.

CC, Déc.n°65-34 DC, du 2 juillet 1965, *Nature juridique des articles 1^{er}, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce.*

CC, Déc. n° 67-47 L du 12 décembre 1967, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*, Rec. 1967, p. 3.

CC, Déc. n° 71-70 L du 23 avril 1971, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 10, alinéa 3, de la loi du 10 juillet 1964 portant réorganisation de la région parisienne et articles 98, dernier alinéa, et 115, alinéa 2, modifié du code de l'administration communale*, Rec., p. 39.

CC, Déc. n° 75-84 L du 19 novembre 1975, *Nature juridique de diverses dispositions relatives à l'administration communale, aux syndicats de communes, aux fusions et regroupements de communes, aux districts et aux agglomérations nouvelles.*

CC, Déc. n°79-104 DC, du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État.*

CC, Déc. n° 79-107 DC 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec. p. 31.

CC, Déc. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, *Loi de nationalization*, Rec. p. 18, *RJC I-104; GDCC*, Dalloz, 11e éd., 2001, n° 31.

CC, Déc. n° 82-137 DC, du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, Rec., p. 38.

CC Déc. n° 82-146 DC, du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, Recueil, p. 66 - JORF du 19 novembre 1982, p. 3475 rectificatif Journal officiel du 20 novembre 1982 [Non conformité partielle].

CC, Déc. n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale.*

CC, Déc. n°83-168 DC, du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, Rec. p. 38.

CC, Déc. n° 84-174 DC, 25 juillet 1984, *Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion*, Rec. p 48; *RDP* 1986. 395, note FAVOREU ; *AJDA* 1984. 619, note FERSTENBERT

CC, Déc. n° 84-185 DC, du 18 janvier 1985, *Rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, Rec. p. 36.

CC, Déc. n° 85-195 DC du 10 juillet 1985, *Loi organique modifiant le code électoral et relative à l'élection des députes*, Rec. p. 7835.

CC, Déc. n° 85-196 DC, du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *AJDA* 1985, p. 605 note L. HAMON ; *R.D.P.* 1986 Chronique constitutionnelle de L. FAVOREU p. 462.

CC, Déc. n° 86-223 DC, du 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, *JORF* du 30 décembre 1986, p. 15802 ; L. FAVOREU, *RDP*, 1989, p. 399.

CC, Déc. n° 87-241 DC du 19 janvier 1988, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*.

CC, Déc. n° 88-248 DC, du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* (à propos du CSA).

CC, Déc. n° 89-260 DC, du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, *JORF* du 1^{er} août 1989, p. 9676 ; B. GENEVOIS, *RFDA*, 1989, p. 671 (à propos de la COB).

CC, Déc. n° 90-274 DC du 29 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*, *Rec.* p. 6518 ;

CC, Déc. n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, *Recueil*, p. 70,

CC, Déc. n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, *cons.* 38

CC, Déc. n° 91-290 DC, du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse* *Rec.* p. 50, *GDCC* n° 44.

CC. Déc. n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*.

CC, Déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, *Recueil*, p. 14.

CC, Déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjours des étrangers en France*.

CC, Décision n° 93-329 DC, du 13 janvier 1994, *Conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, *Rec.* 9.

CC, Déc. n° 93-336 DC du 24 janvier 1994.

CC, Déc. 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, *Rec.*, p. 183.

CC, Déc. n° 96-373 DC, du 9 avril 1996.

CC, Déc. n° 96-387 DC, du 21 janvier 1997, *Prestation dépendance vieillesse*.

CC, Déc. n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, *Recueil*, p. 21.

CC, Déc. n° 99-421 DC, du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains code* ; rec., p. 136.

CC, Déc. n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, *Recueil*, p. 176.

CC, Déc. n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001 *Prestation vieillesse dépendance*.

CC, Déc. n° 2001-454 DC, du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, Rec. p. 70 ; JORF du 23 janvier 2002, p. 1526 ; P. FERRARI, *AJDA*, 2002, p. 86 ; J.-E. SCHOETTL, *AJDA*, 2002, p. 100 ; J.-B. AUBY, *Droit Administratif*, 2002, p. 3 ; B. FAURE, *RFDA*, 2002, p. 469 ; M. VERPEAUX, *RFDA*, 2002, p. 459 ; F. LUCHAIRE, *RDP*, 2002, p. 885 ; L. FAVOREU, *RFDC*, 2002, p. 410 ; X. MAGNON, *D.*, 2003, p. 1124.

CC, Déc. n°2003-478 DC, du 30 juillet 2003, *Loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, Rec. 406.

CC, Déc. n° 2004-490 DC, du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*.

CC, Déc. n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*.

CC., Déc. n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, Rec. p. 144.

CC. Déc. n° 2005-516 DC, du 7 juillet 2005, Rec. p.102 ; *Dr. adm.* 2005, comm. n° 114, note R. FRAISSE.

CC, Déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie (GDF-Suez)*.

CC, Déc. n° 2007-548 DC du 22 février 2007 *Loi relative aux règles d'urbanisme applicables dans le périmètre de l'opération d'intérêt national de La Défense et portant création d'un établissement public de gestion du quartier d'affaires de La Défense*.

CC, Déc. n° 2007-559 DC du 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*

CC, Déc. n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*.
CC, Déc. n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*.
CC. Décision. 2010-618 DC du 09 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*.
CC, Déc. n° 2012-660 du 17 janvier 2013, *loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social*.
CC, Déc. n° 2013-687 DC du 23 janvier 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*.

Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC)

CC, Déc. n°2010-12 QPC du 02.07.2010, *Commune de Dunkerque*.
CC, Déc. n° 2010-29/37 QPC du 22 .09.2010, *Commune de Besançon et autre [Instruction CNI et passeports]*.
CC, Déc. n° 2010-95 QPC du 28.01.2011, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autre [Projet d'intérêt général]*,
CC, Déc. n° 2011-146 QPC du 08.07. 2011, *Département des Landes [Aides publiques en matière d'eau potable ou d'assainissement]*.
CC, Déc. n°2011-149 QPC du 13.07.2011, *Département de la Haute-Savoie [Centres d'orientation scolaire]*
CC, Déc. n°2012-255/265 QPC du 29.06.2012, *Départements de la Seine-Saint-Denis et du Var [Fonds national de péréquation des droits de mutation à titre onéreux perçus par les départements]*
CC, Déc. n° 2013-309 QPC du 26.04 2013, *SARL SCMC*
CC., Déc. n° 2013-303 QPC du 26.04.2013, *Commune de Puyravault*.
Déc. Déc. n° 2013-304 QPC du 26.04.2013, *Commune de Maing*,
CC., Déc. n° 2014-391 QPC du 25 avril 2014, *Commune de Thonon-les-Bains et autre*.

Conseil d'État y otras jurisprudencias administrativas

CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. Rec., p. 333, S. 1901.3.73, note M. HAURIOU.

CE, 18 avril 1902, *Maire de Nérès-les-Bains c/ Préfet de l'Allier*, S. 1902.3.81, note M. HAURIOU

CE, 30 mai 1913, Préfet de l'Eure, n° 49241, Rec. CE 1913, p. 583, note M. HAURIOU

CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Sirey, 1922, IIIème partie, p. 50, note M. HAURIOU

CE, Sec., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. p. 583

CE, 18 janvier 1935, *Didier*, rec. Rec., p. 67

CE, sect., 7 février 1936, *Jamart*, Rec., p. 172 ; Sirey, 1937, IIIème partie, p. 113, note RIVERO

CE, 27 décembre 1948, *Commune de Champigny-sur-Marne*, D. 1949. III. 408, concl. GUIONON.

CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec., p. 426 ; RDP, 1950, p. 691, concl. GAZIER, note M. WALINE ; D. 1950, p. 538, note GERVAIS.

CE, 10 juillet 1954, *Brouillard*, Rec. p. 453.

CE, 18 juin 1965, *Bellet*, Rec. p. 370.

CE, Ass, 13 décembre 1968, *Fédération nationale des élus républicains, municipaux et cantonaux*, Rec. p. 644.

CE, 23 juin 1972, *Société La plage de la forêt*, RDP 1972. 1259, concl. F. BERNARD ; AJDA 1972. 462.

CE, Ass, 21 juillet 1972, *Sieur Saingery*, Rec.p. 555.

CE, Ass, 18 juillet 1973, Département des Hauts-de-Seine, Rec. p.500

TC, 7 juillet 1975, *Cne Ponts Ponts-de-Cé c. Poisson*, Rec. 798.

CE, 6 juillet 1977, *Synd. Nat. des ingénieurs techniciens agréés*, Rec. 306.

TA, Montpellier 20 juin 1983, *Commune de Narbonne c/ Région Languedoc-Roussillon* ; Rec. 561; AJDA 1983.678, note DUGRIP.

CE, 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle Cergy-Pontoise*, Rec.p. 37; RFDA, 1985, note J.-C- DOUENCE, p. 365, et obs. L. FAVOREU, p. 371 ; AJDA 1985, note J. MOREAU, p. 271.

CE, 24 avril 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, req. 58793, Rec. p. 522

CE, 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, req. n° 62470, Rec. p. 423; RFDA 1987. 206, concl. ROUX.

CE, 22 mai 1987, *Tête c./ Commune de Caluire et Cuire*, Rec. p. 179, *AJDA* 1987, p. 664, concl. C. VIGOUROUX

CE, Sect. 13 janv. 1988, req. n° 68166, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*, Rec. p.6 ; *AJDA*, 1988, 142, chron. AZIBERT et BOISDEFFRE.

CE, 25 mai 1988, *Commune de Goult*, req. 66907.

CE, 1^{er} février 1989, *Commune de Briançon*, req. n° 92875.

CE, 3 nov. 1989, *Gaillot*, rec. 223 ; *AJDA* 1990. 425, note. J. MOREAU.

C.E, 31 janvier 1990, *District urbain de Montbéliard*, *A.J.D.A.* 1990, p 492

C.E. 14 janvier 1991, *Deranlot*, req. 116145.

CE, Sect., 25 janvier 1991, *Brasseur*, req. n° 80969, *Rec.* 23 ; *RFDA* 1991. 587, concl. B. STIRN, note J.-C. DOUENCE; *AJDA* 1991. 351, chron. R. SCHWARTZ et C. MAUGÜE ; *GADD*, Dalloz, 2^e éd., n° 37

CE, avis, sect. 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, Rec., p. 123, *AJDA*, 1992, p. 293, concl. H. TOUTEE, *RFDA*, 1994, note B. FAURE.

CE, Ass, 11 mars 1994, *SA La Cinq*, Rec. p. 117, concl. P. FRYDMAN.

CE, 4 novembre 1994, *Département de la Sarthe*, req. n°99643, Rec. p. 1109; *AJDA* 1994. 898, concl. C. MAUGÜE.

CE, 24 mai 1995, *Ville de Meudon*, Rec. p. 208.

CE, Ass, 15 avr. 1996, *Syndicat CGT des Hospitaliers de Bédarieux*, req. n°120273, Rec. p. 130 ; *RFDA* 1996. 1169, concl. COMBREXELLE.

CE 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, Rec. p. 433; *AJDA* 1997, p. 185, concl. C. MAUGÜE; *GADD*, Dalloz, n° 34.

CE, Sect., 28 février 1997, *Commune du Port*, req. n°167483, Rec. 61; *RFDA* 1997. 1190, concl. J.-H. STAHL, note J.-C. DOUENCE; *AJDA* 1997. 421, chron. D. CHAUVAUX et T. -X. GIRARDOT.

CE, Ass, du 30 octobre 1998, *M. Sarran, M. Levacher et autres*, *RDFa* 1998, p. 1081, concl. Ch. MAUGÜE, Note D. ALLAND, "Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international ",p. 1094 ; Ch. MAUGÜE - « L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 7 (Dossier : La hiérarchie des normes) - décembre 1999 ; D. SIMON, " L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou

monisme inversé ", chron., *Europe*, mars 1999, p. 4 ; *GAJA*, 12e éd., commentaire de l'arrêt Sarran, p. 831, J.-F. FLAUSS, note de jurisprudence, *RDP.*, 1999, n° 3, p. 919 ; L. DUBOUIS, " Les trois logiques de la jurisprudence Sarran ", *RFDA*, 1999, p. 57 ; R. RICCI, " Le Conseil d'État et la loi : vers la recevabilité d'une exception d'inconstitutionnalité ? ", *Petites affiches*, n° 200, 7 oct. 1999, p. 11 ; B. MATHIEU y M. VERPEAUX, " À propos de l'arrêt Sarran : le point de vue du constitutionnaliste ", *RFDA*, 1999, p. 67.

TA Bastia, 3 juill. 1997, *Cne Saint-Florent : Juris-Data* n° 1997-850486; *Petites affiches* 10 sept. 1997, p. 12, concl. CHIAVERINI, note BRENET, B.; *Petites affiches* 14 janv. 1998, note HOMONT

CE, Ass, 15 octobre 1999, *Commune de Savigny-Le-Temple*, Rec. p. 309; *GCADD*, n° 35.

CE, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire et Rassemblement des opposants de la chasse*, Rec. p. 381.

CE, 21 juin 2000, *Ministre de l'Équipement c. Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, req. n° 202058, Rec. p. 236 ; *RFDA* 2000. 1096, note P. BON.

CE 6 oct. 2000, *Ministre de l'Intérieur c. Commune de Saint-Florent et autres*, req. n° 205959, Rec. p. 395; *RFDA*, 2001, p. 152, note P.BON; *AJDA*, 2001, p. 201, note CLIQUENOIS.

CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*, Rec. p. 298 ; *AJDA* 2002. 42, note Y. JEGOUZO ; *ibid.* 386, étude D. ROMAN; *D.* 2001. 2559, y las obs.; *RDI* 2001. 366, obs. J.-P. BROUANT; *RDSS* 2002. 81, note M. GHEBALI-BAILLY; *Coll. terr.* 2001, n° 228, note J. MOREAU

CE, Sect., 18 janv. 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli*, concl. L. TOUVET, *RFDA*.n° 3, 2001, VERPEAUX, M., p. 684.

CE, 12 juin 2002, *Communes de Fauillet, Mont-pouillan et Sainte- Marthe*, Rec. p. 215 ; *AJDA* 2002 p. 590, chron. F. DONNAT et D. CASAS.

CE, 30 décembre 2002, *Rémi*, req. N° 239380.

CE, Ass, 12 décembre 2003, *Dép. des Landes* ; req. n° 236442, Concl. F. SENERS, *RFDA*, 2004, p. 518 ; F. DONNAT et D. CASAS, Chr., *AJDA* 1995, p. 195 ; J.-C. DOUENCE, « La prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre », *RFDA* 2004, p. 525

CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, Rec. 1.

CE, 5 janvier 2005, *Commune de Versailles*, note CASSIA, P., *RFDA*, 2005, p. 714.

CE, 24 mars 2006, *KPMG*, req. n° 188460, *JCP A*, 1120, 29 mai 2006 n° 22, note BELORGEY, J.-M.

CE, 9 mars 2007, *Département de la Vendée*.

CE, 9 mars 2007, *Syndicat CFDT Culture*.

CE, 17 octobre 2007, *Département des Alpes de Haute-Provence*, req. n° 290161, *AJDA*, 2007, p. 2006.

CE, 7 août 2007, *Département de Haute-Garonne*, req. 290587, *AJDA*, p. 1565.

CE, Ass, 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, Rec. p. 322.

CE, 30 décembre 2009, *Département de la Seine-Saint-Denis et département de Saône-et-Loire*, requête n°325824 ; *AJDA* 2010, p. 389, note P. CASSIA; *Revue Lamy des collectivités territoriales 2010*, n°55, p. 19, note E. GLASER et n°57, p. 10, note E. LANZERONE ; *LPA* 8 mars 2010, n°47, p. 3, note M-C. ROUAULT.

Derecho comunitario

CJCE, 10 avril 1984, *Von Clon et Kamann*

CJCE 22 juin 1989, *Costanzo*

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
§ 1. Choix, fondements et délimitations du sujet:	1
§ 2. Problématique.....	3
§ 3. L'hypothèse	3
§ 4. La construction de la méthode et plan de la thèse	4
A. Le droit comparé comme méthode	4
B. La méthode comparative élaborée et plan général de la thèse	7
§ 5. L'application de la méthode au plan.....	8
§ 6. Prolégomènes	9
A. Précisions conceptuelles et terminologiques	9
1. L'approche des notions de compétences, pouvoirs, fonctions et attributions	9
a) L'inutile recherche d'une distinction en droit français de la décentralisation?	10
b) La distinction chilienne entre compétences, fonctions et attributions	11
c) Conclusion sur les deux approches et option retenue pour la thèse:	14
2. Collectivités et entités territoriales	16
3. La notion de pouvoir réglementaire territorial.....	18
B. La répartition horizontale des pouvoirs au Chili et en France.....	20
1. Deux régimes de gouvernement distincts qui tendent à se rapprocher.....	22
2. Une répartition semblable des rôles dans la production normative centrale	25
a) La prépondérance de l'exécutif dans l'initiative des lois	25
b) La primauté de la loi dans la définition des politiques territoriales	26
c) La place du pouvoir réglementaire national dans la hiérarchie des normes	26
3. L'organisation du pouvoir judiciaire.....	28
a) Un facteur de rapprochement: le contrôle de constitutionnalité des lois.....	29
(1) France : un contrôle de constitutionnalité rénové	29
(2) Chili: la consécration d'un contrôle de constitutionnalité concentré et concret?.....	29
b) Les divergences quant au contrôle des actes de l'administration	33
(1) Quant aux institutions en charge du contrôle judiciaire des actes de l'administration.....	33
(2) Quant au nombre et à la nature des recours	36
Partie I. Les éléments d'ordre institutionnel du pouvoir territorial	42
Chapitre 1. La séparation verticale des pouvoirs au Chili et en France	43
Section 1. Évolution de la décentralisation au Chili et en France	43
§ 1. De la Révolution française aux années 1970.....	44
§ 2. Du tournant des années 1970 à aujourd'hui	48
A. L'approfondissement de la décentralisation française à partir de 1982	49
B. Le rattrapage démocratique de la décentralisation chilienne.....	51
Section 2. Discours et pratiques politiques de la décentralisation.....	56
§ 1. Décentralisation et Démocratie	57
§ 2. L'influence des logiques de la mondialisation sur l'administration du territoire.....	63
A. Décentralisation fonctionnelle et déterritorialisation de l'action des entités territoriales	63
B. La «privatisation» des entités territoriales	66
C. D'inévitables phénomènes de recentralisation?	70

Section 3. Discours juridiques sur la décentralisation.....	74
§ 1. La distinction entre décentralisation et libre administration en France.....	75
A. Les grands courants doctrinaux français relatifs à l'étude de la décentralisation	75
B. La portée de la distinction décentralisation-libre administration.....	83
§ 2. Le binôme décentralisation-régionalisation au Chili.....	87
A. L'approche de la décentralisation (municipale) par la doctrine chilienne.....	87
B. L'objet de la régionalisation chilienne.....	93
Conclusion du chapitre 1. Les modes d'accès juridique de l'autonomie territoriale au Chili et en France.....	100
Chapitre 2. Nature et caractéristiques des entités territoriales chiliennes et françaises	105
Section 1. La nature des entités territoriales chiliennes et françaises.....	105
§ 1. L'introuvable notion juridique d'entité territoriale	105
A. Définitions normatives	105
B. Définitions doctrinales.....	106
§ 2. La nature de personnalité morale de droit public	110
A. La personnification des entités territoriales et leur assujettissement administratif	111
1. L'origine des entités territoriales : le critère corporatif ou fondatif	112
a) Les entités territoriales d'origine corporative.....	112
b) Le caractère fondatif des entités territoriales postrévolutionnaires	114
2. Les «mises en scène» juridiques des entités territoriales	116
a) Des interprétations a priori divergentes de la théorie de la fiction	118
b) Les théories alternatives et la consécration de la réalité technique	122
B. Une notion juridique totalisante	128
Section 2. Les caractéristiques des entités territoriales, personnes morales de droit public	130
§ 1. Les caractéristiques liées au statut des entités territoriales, organes administratifs de l'Etat.....	131
A. L'administration du territoire: première caractéristique déterminante et raison d'être négatrice de l'autonomie	131
B. Des compétences	135
C. Un contrôle de l'État.....	136
§ 2. Les aménagements contemporains de la personnalité juridique des entités territoriales	137
A. La détermination des titulaires de la personnalité juridique.....	137
B. La personnification : une notion nécessaire mais non suffisante	140
Conclusion du chapitre 2	141
Chapitre 3. L'organisation des entités territoriales chiliennes et françaises.....	143
Section 1. L'entité territoriale, comme manière d'être de l'Etat	143
§ 1. Les principes d'uniformité et de l'élection.....	143
A. L'affirmation du principe d'uniformité	143
1. La construction de l'Etat unitaire	144
2. Le principe révolutionnaire d'égalité.....	145
B. L'enjeu de l'élection comme principe d'organisation.....	147
C. La combinaison des principes : une reproduction et une représentation du modèle étatique	152
§2. La mise en œuvre des principes.....	155

A.	L'institutionnalisation d'une décentralisation asymétrique : atténuation ou abandon du principe d'uniformité?	155
1.	Les outre-mer français et chilien et les statuts particuliers continentaux	157
2.	Les entités de droit commun: entre «droit à» l'évolution statutaire et «obligation d'évoluer» statutairement	160
a)	La coopération interinstitutionnelle en France et au Chili.....	160
(1)	La transformation du paysage institutionnel territorial français	160
(2)	Les balbutiements chiliens	164
b)	La fusion d'entités territoriales	167
3.	Leçons provisoires	170
B.	Des désignations des autorités territoriales conformes à la diversification des institutions territoriales	173
1.	De la structure «parlementaire» originaire des collectivités territoriales françaises à leur diversification	174
2.	La structure «parlementaire» des régions et «présidentielle» des municipalités chiliennes	176
Section 2.	La répartition des compétences entre organes de l'entité territoriale	179
§1.	La détermination des titulaires de la compétence normative au sein de l'entité territoriale	179
A.	L'aménagement de la primauté des compétences des conseils élus.....	179
1.	Les adaptations du principe d'un pouvoir normatif général aux mains de l'assemblée	180
2.	L'existence d'un pouvoir normatif direct de l'exécutif par détermination de la loi	182
B.	Le pouvoir normatif secondaire des exécutifs territoriaux.....	184
1.	Un devoir ou un pouvoir d'exécution des décisions de l'assemblée délibérante?	184
2.	Par délégation de l'assemblée délibérante.....	187
§ 2.	L'exercice des compétences	188
A.	La dérive «présidentielle» des entités territoriales françaises et chiliennes	188
1.	Le rôle prépondérant de l'exécutif dans l'élaboration et l'adoption des actes normatifs.....	189
2.	Les fonctions d'administration et de contrôle des fonctionnaires	192
B.	La transparence de la vie politique et l'instauration de mesures « parlementaires » au niveau territorial.....	194
1.	Mesures de transparence de la vie politique territoriale et de contrôle de l'exécutif.....	194
a)	Droit à l'information.....	194
b)	Les mesures de contrôle de l'exécutif.....	195
2.	Le statut de l'opposition politique	201
Conclusion du Chapitre 3		202
Conclusion de la partie 1		204
Partie II.	Les éléments d'ordre fonctionnel du pouvoir territorial.....	205
Chapitre 4.	Détermination et répartition des compétences des entités territoriales.....	206
Section 1.	Principes constitutionnels et titres juridiques de détermination des compétences	207

§ 1. La question de l'existence de principes constitutionnels de répartition des compétences	207
A. Les apories du principe de subsidiarité comme principe de répartition des compétences dans l'Etat unitaire	208
1. Un principe difficilement saisissable en termes juridiques	209
a) Les exemples supranationaux et étrangers	211
b) Les conditions de la normativité du principe de subsidiarité.....	213
2. Les obstacles à l'application du principe de subsidiarité au Chili et en France au bénéfice des entités territoriales	213
a) La Constitution chilienne consacre un principe de subsidiarité qui ne bénéficie pas aux entités territoriales	214
b) La Constitution française ne consacre pas un principe de subsidiarité au profit des entités territoriales	217
3. Conclusion	221
B. Le principe d'une autonomie encadrée par la loi	222
C. Le principe de la possibilité de transférer des compétences par décret.....	224
D. L'existence ou l'absence de principe d'une tutelle entre entités territoriales.....	228
§ 2. Les titres juridiques de détermination des compétences	231
A. L'attribution de compétences aux entités territoriales directement par la Constitution	231
B. Le fondement légal de détermination des compétences : un principe traditionnel commun?	233
C. Les possibilités de détermination des compétences par voie réglementaire et/ou conventionnelle.....	238
Section 2: Les modalités de répartition et d'exercice des compétences.....	243
§ 1. Les modalités de répartition des compétences	243
A. Compétence générale et compétences implicites	243
1. Les notions de compétence générale ou de principe et de compétences implicites	244
2. La clause générale de compétence, comme compétence de principe implicite	246
B. Les modalités de répartition des compétences d'attribution	252
1. L'illusion des blocs de compétences	252
2. Les lois de compétences	253
3. Contractualisation et transferts de compétences à la demande.....	254
C. De la difficulté ou de l'inutilité de comparer les domaines de compétence.....	255
§ 2. Les modalités d'exercice des compétences matérielles.....	257
A. Une typologie classique des compétences décentralisées	258
1. Compétences propres et déléguées	259
2. Compétences exclusives et compétences privatives des municipalités chiliennes	262
B. La consécration de la notion d'articulation des compétences	264
1. Les notions d'action commune en France et de compétences facultatives et (éventuellement) partagées au Chili	264
2. L'articulation des compétences en droit positif.....	266
Conclusion du Chapitre 4	268
Chapitre 5. Nature et caractéristiques communes du pouvoir réglementaire territorial	271

Section 1. La commune reconnaissance constitutionnelle d'un pouvoir réglementaire territorial	271
§ 1. La consécration constitutionnelle d'un pouvoir réglementaire des entités territoriales chiliennes et françaises	271
§ 2. Les problèmes posés par l'existence d'un pouvoir réglementaire territorial.....	274
A. Les théories relatives aux sources et à la nature du pouvoir réglementaire territorial	275
B. Les difficultés posées par les notions d'acte administratif et d'acte réglementaire	278
C. Les actes relevant du pouvoir réglementaire territorial	284
Section 2. Les caractéristiques du pouvoir réglementaire territorial	290
§ 1. L'absence de caractère autonome du pouvoir réglementaire territorial	290
A. L'argument positiviste: le fondement légal de l'exercice du pouvoir réglementaire territorial	291
B. Les justifications théoriques	294
1. La légitimité fonde la légalité	294
2. La souveraineté comme fondement de la légitimité : son caractère indivisible	296
3. La distinction souveraineté – compétence	300
§ 2. Les vicissitudes des débats sur le pouvoir d'exécution et/ ou d'application des lois..	304
A. La distinction des notions d'exécution et d'application	304
B. Des solutions de droit positif variées.....	309
1. Les débats français autour du caractère réservé ou résiduel du pouvoir réglementaire territorial	310
2. Le pouvoir d'application des municipalités et le pouvoir d'exécution des régions au Chili.....	313
a) Le caractère autonome des municipalités, garantie d'un pouvoir d'application limité.....	313
b) Le triple obstacle à l'existence d'un pouvoir réglementaire régional résiduel	315
(1) Le débat autour de la nécessité des habilitations législatives expresses préalables et la position jurisprudentielle de la Contraloria General de la República.	316
(2) Des dispositions contradictoires de la loi organique.....	319
(3) Les conséquences de l'application des articles 6 et 7	320
Conclusion du chapitre 5	322
Chapitre 6. Les débats relatifs à l'extension du pouvoir réglementaire territorial	324
Section 1. La notion de clause générale de compétence (ou assimilée)	325
§ 1. L'état du droit positif.....	325
§ 2. Les interprétations et créations doctrinales	330
A. Evolution des notions invoquées	330
1. La fragilité de la notion d'affaires locales	331
2. La similitude des problèmes rencontrés et des solutions proposées en droit comparé	333
3. La théorie des pouvoirs implicites et la consécration de la notion de clause générale de compétence.....	338
B. Un essai de justification «renouvelée» par le principe de subsidiarité.....	341
Section 2. Les aménagements explicites des règles de répartition du pouvoir normatif....	345

§ 1. Les aménagements législatifs sur autorisation de la Constitution.....	346
A. Les techniques de lois spéciales et des habilitations législatives	346
B. Les hypothèses de décentralisation du pouvoir d'adaptation	348
C. Les recours aux expérimentations-dérogations normatives.....	350
§ 2. Les agencements constitutionnels de répartition du pouvoir normatif.....	356
A. Les collectivités françaises d'outre-mer (COM) régies par l'art. 74: principe de spécialité législative et lois du pays.....	357
B. Les conséquences de la ratification de traités internationaux.....	360
C. Les exemples étrangers.....	363
D. Les lois territoriales	366
Conclusion du chapitre 6	367
Conclusion de la Partie 2	371
Partie III. Garanties et limites à l'exercice du pouvoir territorial	372
Chapitre 7. Des garanties de l'autonomie territoriale limitées	373
Section 1. Nature et mécanismes de protection des garanties de l'autonomie territoriale .	373
§ 1. La nature juridique de la libre administration des collectivités territoriales françaises et de l'autonomie municipale chilienne.....	373
A. Des principes d'aménagements de l'État.....	374
B. La question de l'existence de droits ou libertés fondamentales des entités territoriales.....	375
§ 2. L'existence ou non d'un recours au juge pour les entités territoriales	378
A. Contre les atteintes aux compétences décentralisées par le législateur	379
B. Contre les atteintes par le législateur aux droits garantis par la Constitution.....	381
1. L'absence de participation directe des entités territoriales au contrôle abstrait de constitutionnalité	382
2. L'absence (de principe) de recours spécifiques des entités territoriales au juge constitutionnel	383
3. Les possibilités d'appropriation par les entités territoriales de nouveaux recours destinés aux particuliers.....	387
Section 2. Le contenu des garanties constitutionnelles de l'autonomie territoriale	391
§ 1. Le droit à exister et la liberté «d'être»: les garanties de l'autonomie organique.....	393
A. Une garantie constitutionnelle d'existence relative.....	393
B. Des exigences constitutionnelles au nombre réduit et encadrées	396
1. Des conseils élus dotés d'un pouvoir réglementaire.....	396
2. L'absence d'un principe d'auto-organisation	398
§ 2. L'autonomie fonctionnelle ou le droit à agir et la «liberté de faire».....	403
A. Les garanties de l'exercice de la faculté de décider	403
1. Un champ de compétences matérielles limité par la loi	404
2. Le caractère discrétionnaire (ou non) de la prise de décision.....	405
B. L'encadrement de l'autonomie financière.....	409
1. Les ressources et leur origine: première condition de l'autonomie financière	410
a) Le principe du pouvoir fiscal des entités territoriales.....	410
b) Les autres limites à l'obtention de ressources propres.....	413
2. Principe et limites à la liberté d'utilisation des ressources	415
Conclusion du chapitre 7	417
Chapitre 8. La permanence des contrôles de l'État sur ses entités territoriales.....	418

Section 1. Nature(s) juridique(s) des contrôles de l'État sur les actes des entités territoriales	420
§ 1. Les dispositions de droit positif chiliennes et françaises.....	421
A. Le principe de l'uniformité du contrôle administratif a posteriori français	421
1. Les caractères du contrôle administratif de droit commun.....	422
2. Les contrôles sur les Collectivités d'Outre-mer (COM).....	424
B. La dualité des contrôles sur les régions et municipalités chiliennes	425
1. Le contrôle préventif sur les régions	425
2. L'absence théorique de contrôle sur les municipalités	428
§ 2. L'analyse du droit positif.....	431
A. Les difficultés posées à l'analyse par la dichotomie contrôle hiérarchique-contrôle de tutelle	432
1. Exposé des conceptions françaises relatives à la tutelle.....	432
2. Les conceptions liées à la notion de tutelle en droit chilien	433
3. La (con)fusion du pouvoir hiérarchique et des pouvoirs de tutelle	437
B. L'inévitable conclusion : le maintien des principes de la tutelle.....	442
Section 2. Les modalités des contrôles de l'État	443
§ 1. Les contrôles sur les actes réglementaires des entités territoriales chiliennes et françaises	444
A. Qui? La ou les autorités en charge du contrôle	444
1. Le «représentant» de l'État en France	444
2. Les autorités en charge du contrôle au Chili	445
B. Quoi? Les actes soumis au contrôle administratif de légalité	446
1. En France	446
2. Au Chili	448
C. Comment? Les modalités pratiques du contrôle de légalité.....	450
1. L'évolution du déféré: de la fonction de contrôle à celles de dialogue et conseil	451
2. De l'absence de contrôle préventif à l'immixtion de la <i>Contraloria</i> dans les affaires locales	454
3. Essai d'appréciation comparée	457
§ 2. Les contrôles sur les organes des entités décentralisées.....	460
A. Précisions conceptuelles	460
1. Responsabilité administrative et sanctions «disciplinaires».....	460
2. Fondements normatifs et politiques.....	461
B. La mise en œuvre des contrôles selon les sanctions et selon les organes.....	462
1. Les sanctions légales d'office.....	463
2. Les sanctions «disciplinaires»	463
a) Sur les exécutifs.....	463
b) Sur les membres des assemblées territoriales	465
c) Le cas des instances collégiales.....	466
§ 3. Les contrôles innommés	467
Conclusion du chapitre 8	471
Conclusion de la partie 3	473
Conclusion générale	474
Bibliographie	478
Œuvres générales, Traités, Manuels et Cours.....	478

Oeuvres spécialisées: Thèses, monographies, Rapport, Colloques et <i>Mélanges</i>	481
Articles	493
Jurisprudence citée	518
Chili	518
Tribunal Constitucional	518
Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (INA)	520
Poder Judicial (Corte Suprema & Cortes de Apelación).....	521
CA.....	522
Contraloría General de la República	523
Francia	524
Conseil constitutionnel	524
Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC).....	528
Conseil d'État y otras jurisprudencias administrativas.....	528
Derecho comunitario	532
TABLE DES MATIÈRES.....	533