

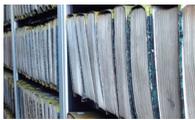


Laurent Barbut ■ David Bayeux ■ Marielle Berriet-Sollic ■ Cynthia Blacodon ■ Jean-Luc Bœuf ■ Mathilde Boulet ■ Vincent de Briant ■ Michel Cabannes ■ Jacques Caillousse ■ Pierre-Yves Chicot ■ Florence Crouzatier-Durand ■ Jacqueline Domenach ■ Jacqueline Domenach ■ Thomas Frinault ■ Jérôme Giudicelli ■ Arnaud Haquet ■ Dany Lapostolle ■ Marion Legrand ■ Laurence Lemouzy ■ Jean-Marc Ohnet ■ Ivanne Poussier ■ Thomas Procureur ■ Bruno Rémond ■ Olivier Rouquan ■ René Rizzardo ■ Luciano Vandelli ■ Hellmut Wollmann

Trimestriel N°86 III/2010 (octobre)

Pouvoirs Locaux

LES CAHIERS DE LA DÉCENTRALISATION



Ingénierie territoriale
Vers une recentralisation



Les collectivités territoriales
Au prisme de la littérature

QUEL POUVOIR NORMATIF AUX TERRITOIRES ?



PRINCIPE
D'ÉGALITÉ

POUVOIR DE DÉCISION

HIÉRARCHIE DES NORMES

DIVERSITÉ NORMATIVE

INTÉRÊT GÉNÉRAL

ISBN 2-909872-62-9 - 15,00 €



9 782909 872629



Les compétences législatives des *Länder* après la réforme de 2006

Le fédéralisme allemand devient-il plus « hétérogène » et « concurrentiel » ?

La réforme constitutionnelle qui entra en vigueur le 1er septembre 2006 fut considérée comme « la plus grande réforme constitutionnelle depuis 1949 ». Il s'agissait de « désenchevêtrer » et recalibrer la répartition des compétences législatives dans le système fédéral. Hellmut Wollmann en décrypte les débats antérieurs et les « soubresauts ». Au final, il constate que le « gain » de compétences législatives avec lequel les *Länder* sont sortis de la réforme de 2006 est tout à fait remarquable. Cela s'applique non seulement aux domaines importants comme l'éducation et le personnel public (des *Länder* et des collectivités locales) qui ont été transférés désormais de façon complète aux *Länder*, mais cela vaut aussi pour des domaines dont la régulation impacte directement sur la vie quotidienne de la population, tels que la fermetures des magasins, l'interdiction de fumer, etc.

En faisant un bilan des résultats de la réforme de 2006, il en conclut que si « le pouvoir législatif des *Länder* en a nettement profité, le gain du législateur fédéral, en tenant compte de la réduction réelle du potentiel du veto absolu des *Länder* qui s'est avérée jusqu'ici limitée, semble être douteux ». En outre, parmi les innovations constitutionnelles, les *Länder* se sont vus attribuer le droit, sur certains domaines législatifs (environnement, éducation), d'adopter un règlement propre en déviation d'un règlement du législateur fédéral déjà en vigueur. Cependant, puisque cette nouveauté constitutionnelle n'a jusqu'ici trouvée aucune application dans un *Länder*, Hellmut Wollmann relève que « la préoccupation des sceptiques, qui mettaient en garde sur cette procédure constitutionnelle pouvant ouvrir la porte législative à "cibler" et "morceler" le tissu cohérent du "droit du pays", ne s'est pas vérifiée ».

par
HELLMUT WOLLMANN,
Professeur émérite
à l'Université Humboldt,
Berlin

La répartition des compétences législatives dans le système fédéral et sa récente réforme

L'enjeu constitutionnel et politique¹

Au sein du système fédéral allemand, les *Länder* jouent un rôle législatif sur deux fronts. D'une part, les *Länder* participent à la législation fédérale à travers le Conseil Fédéral (Bundesrat) qui, à côté du Parlement Fédéral (Bundestag), tient le rôle de la seconde Chambre dans le processus législatif de l'Etat fédéral. Contrairement à d'autres systèmes fédéraux, par exemple, aux Etats-Unis où la seconde Chambre (Sénat) est composée de sénateurs directement élus par la population des Etats régionaux (States), le Bundesrat est formé de représentants des gouvernements des *Länder*. Ainsi, les votes effectués lors des séances tenues au Bundesrat, sont contrôlés par les gouvernements des *Länder*, sur la base de leur majorité et coalition politiques respectives. Une distinction constitutionnelle cruciale existe entre deux types de projets législatifs. D'une part, il y a les

projets législatifs (Einspruchsgesetze) sur lesquels l'avis du parlement fédéral (Bundestag) l'emporte sur celui du Bundesrat. Il s'agit d'un « veto législatif prorogatif / suspensif ». D'autre part, il y a un type de projets législatifs sur lesquels le consentement du Bundesrat est constitutionnellement requis (Zustimmungsgesetze). Si le Bundesrat s'oppose à un tel projet législatif adopté par le parlement, son opposition ne peut pas être écartée ; donc le projet législatif concerné est abandonné. Il s'agit donc d'un « veto absolu » qui donne aux *Länder*, c'est-à-dire aux gouvernements des *Länder* et à leurs coalitions politiques respectives, une influence considérable sur la législation fédérale.

Selon le projet initial des « pères » (et « mères ») de la Constitution Fédérale de 1949 (Loi Fondamentale, Grundgesetz), les projets législatifs requérant le consentement incontournable du Bundesrat (Zustimmungsgesetze) devraient constituer un pourcentage mineur. Cependant, au fil des années, ce pourcentage n'a cessé d'augmenter arrivant au seuil des 70%. Le risque de voir les deux Chambres législatives se bloquer mutuellement, dans le processus législatif,

s'est avéré particulièrement fort à des périodes où la majorité des votes dans le Parlement Fédéral, et celle au sein du Conseil Fédéral, étaient dirigées par des majorités politiques opposées. Dans une telle constellation de « cohabitations à l'allemande », le processus décisionnel du législateur fédéral dans les deux Chambres se transformait en une arène des partis politiques et des conflits entre la majorité parlementaire et son gouvernement et la majorité de l'opposition au Bundesrat, d'autre part. Mais même dans une constellation « hors de cohabitation », le processus législatif finit par être jugé généralement comme obtus et politiquement coûteux, justifiant un « chantier » urgent d'une réforme constitutionnelle.

La répartition des compétences législatives avant la réforme constitutionnelle de 2006

Depuis la mise en place du système fédéral en 1949, la répartition des compétences législatives entre la Fédération (Bund) et les *Länder* a été caractérisée par une distinction assez complexe :

- Sur le plan du législateur fédéral, la distinction a été faite entre, d'une part, les compétences exclusives dans les domaines qui structurellement requièrent la régulation nationale et, d'autre part, la compétence de « cadre » (Rahmengesetzgebung), sur lesquelles le pouvoir du législateur fédéral est limité à fixer le « cadre » législatif tandis qu'il relevait de chaque *Land* de le remplir par leur propre régulation (ancien article 75 Loi Fondamentale). La législation « de cadre » était valable surtout en ce qui concerne les universités et le personnel public (voyez Hochschulrechtsrahmengesetz et Beamtenrechtsrahmengesetz).

- Sur le plan de la législation des *Länder*, la compétence exclusive relève traditionnellement de l'éducation / enseignement et de la police.

- En outre une compétence « concurrente » (« konkurrierende Gesetzgebung », article 72 Loi Fondamentale) est prévue pour des compétences législatives qui relèvent à la fois du législateur fédéral (à la Fédération, Bund) ainsi qu'à chacun des *Länder* – sous la réserve essentielle qu'une loi déjà adoptée par un *Land* soit supprimée, et que celui-ci soit empêché de l'adopter, aussitôt que le législateur fédéral décide d'exercer cette compétence.

Cette répartition compliquée des compétences législatives a, au fil des années, induit de sérieux problèmes :

- La compétence « cadre », du législateur fédéral, a resserré la marge législative des *Länder* jusque dans leurs compétences propres, comme l'éducation / l'enseignement. De plus la coexistence des règlements en droit fédéral (« de cadre ») et du droit d'un *Land* (régulation « en détail ») a produit une sorte d'« enchevêtrement à l'allemande ».

- L'application de la « compétence concurrentielle » par le législateur fédéral a abouti à une expansion

continue du droit fédéral et à une contraction correspondante du droit des *Länder*. Tandis que dans l'intention initiale des « pères » de la Constitution de 1949, la clause constitutionnelle (article 72), selon laquelle le législateur fédéral doit exercer cette compétence pour « créer des conditions de vie équivalentes sur le territoire de la Fédération », était conçue comme une restriction, le législateur fédéral, au fil du temps, en a fait un plus large usage. Cela a entraîné une « homogénéisation », « standardisation » et, en quelque sorte, une centralisation du « droit du pays » aboutissant à ce qui était, avec une connotation critique, appelé « l'Etat fédéral unitaire » (« unitarischer Bundesstaat », Konrad Hesse). En même temps, à cause du resserrement des compétences législatives des *Länder*, leurs parlements ont été de plus en plus marginalisés.

Par conséquent, le « désenchevêtrement » et le « recalibrage », de la répartition des compétences législatives dans le système fédéral, sont devenus des « chantiers » de réforme constitutionnelle de plus en plus urgents.

Deux poussées d'une réforme constitutionnelle

En 2003, le gouvernement fédéral et les gouvernements des *Länder* se mirent d'accord sur la mise en place d'une Commission de Réforme qui, composée de 16 représentants issus du Parlement fédéral et 16 autres des *Länder*, devait « moderniser le système fédéral ».

Malgré des débats et des négociations intenses, les membres de la commission ne parvinrent pas à trouver un compromis sur quelques points cruciaux, surtout sur l'enjeu de l'éducation (Bildung). La Commission se sépara en décembre 2004 sans aucune recommandation finale.

Suite aux élections fédérales de septembre 2005, le nouveau gouvernement, surnommé « grande coalition » avec les Chrétiens Démocrates et les Sociaux-démocrates, sous la Chancelière Angela Merkel, décida, dans son traité de la coalition du 11 novembre 2005, de moderniser le système fédéral en se référant aux résultats provisoires de la dernière commission (inachevée). Le 16 février 2006, le gouvernement fédéral et les gouvernements des *Länder* tombèrent d'accord sur les principes d'un projet de réforme constitutionnel introduit dans le processus législatif en mars 2006. Il fut adopté le 1er septembre 2006 par le Parlement Fédéral et le Conseil Fédéral, avec les deux tiers de la majorité constitutionnellement requise dans les deux chambres.

Les débats conduits au sein de la Commission, la discussion publique et le procès législatif, étaient accompagnés de vives controverses, sur la portée et les

Dossier

conséquences de la réforme envisagée. Les lignes de controverse couraient essentiellement entre deux positions.

Les partisans d'une réforme majeure plaidaient pour élargir et étendre le champ d'action, des compétences exclusives des *Länder* de sorte que chaque *Länder* puisse adopter plus de règlements propres. Une telle « régionalisation » législative pourrait introduire un élément compétitif dans le système fédéral et inaugurer sa transition d'une structure jusqu'à présent relativement « homogène », voire « unitaire » et « centralisé » à un fédéralisme « hétérogène » et « concurrentiel » (*Konkurrenzföderalismus*). Selon ses défenseurs, un tel schéma « concurrentiel » pourrait avoir un effet énergisant et dynamisant dans l'ensemble des *Länder* par le passé souvent critiqué pour son « immobilisme ». Ainsi les *Länder* pourraient être incités à se surpasser l'un l'autre sur des questions cruciales, telles que le système scolaire, le développement socio-économique. Cet argument était lancé surtout par des *Länder* qui jouissent de conditions économiquement et financièrement favorables, notamment la Bavière et Hesse. En défendant cette thèse, ils ne cachaient guère leur arrière-pensée : cette stratégie pourrait conduire les *Länder* économiquement retardés et financièrement « pauvres » à intensifier leurs efforts afin d'augmenter leur potentiel économique et financier et ainsi à réduire leur dépendance du système de péréquation financé par leurs « riches » homologues.

Un autre argument portait sur le raffermissement du poids législatif des *Länder* et notamment de leurs parlements, au sein du système fédéral et au sein de l'Union Européenne face à un développement européen, voire « globale », qui menace de marginaliser les *Länder* et particulièrement leurs parlements comme des acteurs clés dans le système politique allemand.

De plus, grâce à une « régionalisation » avancée, la législation individuelle des *Länder* pourrait mieux prendre compte de la « proximité » régionale et locale et ainsi promouvoir l'identité politico-culturelle et la participation politique de la population concernée.



Selon le projet initial des « pères » (et « mères ») de la Constitution Fédérale de 1949 (Loi Fondamentale, Grundgesetz), les projets législatifs requérant le consentement incontournable du Bundesrat (*Zustimmungsgesetze*) devaient constituer un pourcentage mineur. Cependant, au fil des années, ce pourcentage n'a cessé d'augmenter arrivant au seuil des 70%.

Crédit photo : wikimediacommons

En revanche, les sceptiques à une « régionalisation » avancée du pouvoir législatif des *Länder* argumentaient contre une telle ouverture du système fédéral vers un fédéralisme « hétérogène » ou « concurrentiel » qui pourrait contredire et contrecarrer l'obligation politique, ancrée dans l'article 72 de Loi Fondamentale, de « créer des conditions de vie équivalentes sur le territoire de la Fédération » (*Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet*). Cette formule (en quelque sorte : « républicaine à l'allemande ») est souvent interprétée comme la proclamation d'un fédéralisme (socio-économiquement) « homogène » et (politiquement) « solidaire ». Pas surprenant donc que les *Länder* « pauvres », particulièrement ceux en Allemagne de l'Est, ce soient opposés à une réforme constitutionnelle qui pourrait aggraver les disparités socio-économiques et financières qui déjà existent entre les *Länder* « riches » et « pauvres ».

La répartition des compétences législatives suivant la réforme de 2006

La réforme constitutionnelle qui fut, en fin de compte, adoptée et qui entra en vigueur le 1er septembre 2006, s'avéra issue d'un compromis entre les intérêts de la Fédération (Bund) et les *Länder* et aussi entre les *Länder*, et a été appelée « la plus grande réforme constitutionnelle depuis 1949 ».

L'enjeu et l'intérêt du législateur fédéral : réduction des matières législatives soumises au veto (absolu) du Conseil Fédéral. D'une part, la réforme constitutionnelle visait à réduire le champ des domaines législatifs pour lesquels le consentement du Bundesrat (c'est-à-dire, pratiquement, des gouvernements des *Länder* qui contrôlent les votes dans le Bundesrat) est requis et indispensable (Zustimmungsgesetze), et qui sont donc soumis au « veto absolu ». En exigeant et impulsant telle réduction le gouvernement fédéral cherchait à réduire le risque que des projets législatifs proposés à son initiative et soutenus par « sa » majorité parlementaire soient bloqués par le Bundesrat. En d'autres termes, l'influence des *Länder* sur la législation fédérale devait être coupée. Dans les débats sur la réforme, les partisans de cet amendement constitutionnel envisageaient et estimaient qu'il serait possible de réduire le pourcentage des projets législatifs soumis au veto absolu de environ 70 % (dans le passé) à entre 40 et 35 % (ou même, une perspective plus ambitieuse, à 25 %)².

Cependant, jusqu'à présent, l'effet de la réforme s'est avéré assez modéré et est resté certainement derrière des attentes et des estimations ambitieuses, puisque suivant la réforme le pourcentage des projets législatifs requérant le consentement incontournable du Bundesrat (Zustimmungsgesetz) n'a baissé que de 39 % ; sous le gouvernement formé par les Chrétiens-démocrates et les Libéraux, depuis septembre 2009, il est même remonté à 53 %. Suite à ce constat, quelques critiques constatent que cet élément clé de la réforme de 2006 a largement échoué puisque la portée réelle du pouvoir de veto absolu, de la part des *Länder*, n'a été guère touché³.

Les enjeux et les intérêts législatifs des *Länder* : Elargissement de leurs compétences législatives. D'autre part, en échange de la réduction du droit de veto des *Länder*, la Fédération (c'est-à-dire le gouvernement fédéral) a concédé aux *Länder* d'élargir substantiellement les matières sur lesquelles ceux-ci désormais possèdent une compétence législative exclusive (ausschliessliche Gesetzgebungskompetenz der *Länder*).

D'abord la Fédération a abandonné la compétence « de cadre » (Rahmengesetzgebung) (ancien article 75 Loi Fondamentale / Grundgesetz) qui lui permettait de

fixer le « cadre » législatif que les *Länder* pouvaient « remplir » par leurs règlements détaillés propres. La compétence « de cadre » par laquelle la Fédération pouvait influencer et s'imposer sur la législation des *Länder* portait particulièrement sur le service public des *Länder* et des collectivités locales (Bundesbeamtengesetz), ainsi que sur les universités (Hochschulrechtsrahmengesetz). Suite à la suppression de cette compétence, les domaines de l'éducation et de l'enseignement, y compris des universités, et du personnel public des *Länder* et des collectivités sont passés, de façon complète, à la responsabilité exclusive des *Länder*.

En outre les *Länder* ont gagné de nouvelles compétences exclusives sur :

- le régime pénitentiaire (Strafvollzugsrecht).
- les restaurants / bistros (Gaststättenrecht).
- la fermeture des magasins (Ladenschlussrecht).
- les réunions / meeting politiques (Versammlungsrecht).
- la presse (Presserecht).

De plus ils continuent à exercer, comme responsabilité « classique », le pouvoir législatif sur la police (Landespolizeirecht).

En fin de compte, il en ressort que la régulation législative de l'« Etat Social » (Sozialstaat), y compris la fixation du niveau des bénéfiques, sous les différents schémas de protection sociale, continuent à tomber sous la responsabilité du législateur fédéral et reste, pour ainsi dire, « uniformisée » et « centralisée ». Il est vrai, pendant la discussion législative sur la réforme les *Länder* « riches » ont lancé l'idée que la fixation des bénéfiques soit « régionalisée » par le transfert de cette compétence à chacun des *Länder* – sans doute avec l'arrière-pensée que les *Länder* « pauvres » se verraient prêts et intéressés, vis-à-vis de leur situation budgétaire parfois désastreuse, à baisser le niveau des bénéfiques sociaux sur leur territoire et à ainsi réduire leur dépendance de la péréquation. Cependant, devant l'opposition politique, au-delà des *Länder* « pauvres », cette tentative politique de « régionaliser » le niveau des bénéfiques sociaux a échoué. En effet, sa mise en oeuvre aurait apporté un changement incisif, voire une rupture de l'« Etat Social » (« à l'allemande ») fondé

“ Une telle ouverture du système fédéral vers un fédéralisme « hétérogène » ou « concurrentiel » pourrait contredire et contrecarrer l'obligation politique, ancrée dans l'article 72 de Loi Fondamentale, de « créer des conditions de vie équivalentes sur le territoire de la Fédération ». ”

Dossier

sur une formule « solidaire » et « égalitaire » (« républicaine à l'allemande »).

En somme, le « gain » de compétences législatives avec lequel les *Länder* sont sortis de la réforme de 2006 est tout à fait remarquable. Cela s'applique non seulement aux domaines importants comme l'éducation et le personnel public (des *Länder* et des collectivités locales) qui ont été transférés désormais de façon complète aux *Länder*, mais cela vaut aussi pour des domaines dont la régulation impacte directement sur la vie quotidienne de la population, tels que la fermeture des magasins, l'interdiction de fumer etc. En faisant un bilan des résultats de la réforme de 2006, on pourrait conclure que le pouvoir législatif des *Länder* en a nettement profité, tandis que le gain du législateur fédéral, en tenant compte de la réduction réelle du potentiel du veto absolu des *Länder* qui s'est avérée jusqu'ici limitée, semble être douteux.

Le pouvoir des *Länder* de « dévier » du droit fédéral. En outre, dans une innovation remarquable, les *Länder* se sont vus attribuer le pouvoir de la dite « déviation » (*Abweichung*) (article 72 alinéa 3 Loi Fondamentale), c'est-à-dire le droit de chaque *Land*, sur certains domaines législatifs (environnement, éducation), d'adopter un règlement propre (en « droit de *Land* », *Landesrecht*) en déviation d'un règlement du législateur fédéral déjà en vigueur (en « droit fédéral »).

“ Le « gain » de compétences législatives avec lequel les *Länder* sont sortis de la réforme de 2006 est tout à fait remarquable. ”

Jusqu'à présent cette nouveauté constitutionnelle n'a trouvé aucune application dans un des *Länder*. Donc

la préoccupation des sceptiques, qui mettaient en garde sur cette procédure constitutionnelle pouvant ouvrir la porte législative à « cibler » et « morceler » le tissu cohérent du « droit du pays », ne s'est pas vérifiée.

Les compétences législatives des *Länder* – une brève revue

L'éducation et l'enseignement. L'éducation et l'enseignement sont une responsabilité « classique » et une fonction clé des *Länder*. Depuis longtemps le règlement législatif et la pratique du secteur scolaire sont caractérisés par une grande variation entre les *Länder*. Par les uns, elle est appréciée par son potentiel d'expérimentation et de variabilité régionale. Par les autres, elle est critiquée pour sa fragmentation interrégionale, pour son « particularisme » (*Kleinstaaterei*) et sa « politique de clocher » (*Kirchturmpolitik*) problématique qui, par exemple, rend le transfert d'un étudiant (et de sa famille), d'un *Land* à un autre, difficile à cause de la grande variation des systèmes scolaires, des critères et profils d'examens etc. Les récents résultats de PISA,

comparant les *Länder* ont déclenché un débat très vif sur les avantages et les inconvénients des différents types et systèmes scolaires. Mais même ceux qui préconisent une certaine « uniformisation » et « standardisation » des modèles scolaires à l'échelle nationale ne sont pas prêts à mettre en cause la base essentiellement régionale (des *Länder*) du système scolaire.

Une conférence des ministres des affaires culturelles (*Kultusministerkonferenz*) est en place qui a la tâche de mettre en œuvre des accords, parmi les *Länder*, pour coordonner et harmoniser les politiques et les règlements des *Länder*.

Récemment, le parlement régional du Land Hamburg a adopté un projet législatif sur la réforme de son système scolaire. Le 18 juillet 2010, un référendum a été conduit et approuvé par 58 % des votes – ainsi abrogeant ainsi, spectaculairement, le projet législatif et la réforme décidée par le parlement régional.

Personnel (fonctionnaires et employés) des *Länder* et des collectivités locales. Le transfert de la compétence législative exclusive sur le personnel des *Länder* et des collectivités locale, a abouti à une différenciation considérable entre les *Länder* relative à quelques paramètres importants du règlement du personnel public, notamment, la décision si et dans quel degré le personnel soit embauché en tant de fonctionnaire ou titulaire à titre public (*Beamte*), ou d'employé à titre contractuel. Une autre différenciation peut valoir pour le niveau de salaire ou des « primes de fin d'année ».

La marge de manœuvre qui s'est élargie pour chacun des *Länder* a été récemment utilisée par certains d'entre eux qui se trouvent dans des conditions financièrement favorables pour débaucher (*abwerben*) du personnel qualifié aux autres *Länder* en offrant de meilleures conditions, (« nommer » comme fonctionnaire au lieu de contracter comme employé, salaire et primes plus élevés etc.). Land Baden-Württemberg a récemment évoqué des conflits graves avec d'autres *Länder*, par exemple avec Berlin, quand il s'est mis à faire de véritables campagnes publicitaires (par affiches et annonces) pour explicitement « débaucher » des enseignants qualifiés aux autres *Länder*.

Fermeture de magasins. Le transfert de compétences législatives exclusives, issu de la réforme de 2006, porte aussi sur la fermeture légale de magasins. Entre-temps tous les *Länder* ont adopté des dispositions légales, pertinentes à leur échelle – avec certaine variation entre les *Länder* concernant les jours ouvrables et les jours fériés. En ce qui concerne le dimanche la Cour Constitutionnelle Fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) a décidé le 1^{er} décembre 2009 que, pour permettre à chaque citoyen d'exercer son service religieux ou de prendre

congés, les magasins doivent être fermés les dimanches, sauf exceptions (par exemple dans les gares ou dans leur proximité immédiate).

Interdiction de fumer. Issue de la réforme constitutionnelle de 2006, les *Länder* ont en outre obtenu la compétence législative exclusive sur l'opération des restaurants / bistros (*Gaststätten*), ce qui porte aussi même sur la question du droit de fumer. Aussi, tous les *Länder* ont adopté des lois qui interdisent de fumer dans des restaurants et bistros. En votant cette interdiction générale, la plupart des *Länder* ont permis, à titre exceptionnel, de fumer dans un restaurant s'il s'agit d'une salle à part. Après que des patrons de bistros « à une seule salle » auxquels cette exception, par définition, ne s'applique pas et pour lesquels l'interdiction générale se dirigeait, par plainte constitutionnelle, à la Cour Constitutionnelle Fédérale réclamant une discrimination hors de constitution, la Cour, le 30 juillet 2008, déclarait l'inconstitutionnalité de l'application de l'interdiction de fumer aux bistros « à une seule salle » et sommait les parlements des *Länder* soit d'adopter une interdiction de fumer sans exception, soit d'abolir l'interdiction tout entière. A présent, suivant les juges constitutionnels, les *Länder* permettent de fumer dans les bistros « à une seule salle ». Entre temps, en Bavière, tout récemment, le 4 juillet 2010 un référendum a été adopté (ci-dessous) qui met en vigueur une interdiction de fumer sans exception. Cela semble entraîner la discussion législative dans d'autres *Länder* vers une interdiction sans exception.

L'exercice du pouvoir législatif des *Länder* – à deux voies (parlementaire et plébiscitaire)

Dans tous les *Länder* – en Allemagne de l'Ouest depuis l'après-guerre et en Allemagne de l'Est depuis l'Unification en 1990 – le pouvoir législatif exclusif des *Länder* peut être exercé par deux « voies ». C'est-à-dire par la voie parlementaire – expression de la démocratie représentative – et par la voie plébiscitaire, par référendum – émanation de la démocratie directe. Sur le fond historique de la dictature du régime hitlérien, l'introduction des référendums décisionnels était considérée comme un pas crucial vers un regain et un réancrage du système démocratique dans les *Länder*. Cependant, comparées avec la Suisse qui, bien entendu est le pays « père », en Europe, de la démocratie directe où dans les cantons ainsi que dans les communes le plus souvent un minimum de seulement 2 % des citoyens ayant le droit de voter est requis pour initier un référendum et aucun minimum n'est prescrit pour l'approbation, les procédures qui ont été mises en place dans les *Länder* sont restrictives.

Cela se manifeste en deux « haies » procédurales. D'abord, pour initier le procès du référendum il faut qu'un minimum (oscillant, selon la réglementation du Land, entre 20 et 5 % des citoyens ayant le droit de vote) s'inscrive en soutien de l'initiative. Puis, il est requis que la majorité qui approuve le référendum atteigne un minimum entre 50 % (dans Land Sarre), 33 % (dans Land Baden-Württemberg), 25 % (dans la plupart des *Länder*) et 15 % (dans Nordrhein-Westfalen). Entre-temps les *Länder* d'Hambourg, d'Hesse, de Bavière et de Saxe ont supprimé le minimum requis pour l'approbation d'un référendum et donc ont facilité sa conduite.

Entre 1968 et 2010, dans tous les *Länder*, 18 initiatives de référendum ont réussi à surmonter la première « haie » procédurale et sont entrés dans la conduite d'un référendum. Cependant la plupart des référendums ont échoué parce qu'ils n'ont pas atteint soit la majorité des votants soit le minimum requis des citoyens ayant le droit de vote. En résumé, la « voie » plébiscitaire dans l'exercice du pouvoir législatif des *Länder* a, jusqu'ici, eu un impact assez limitée.

Cependant il y a des données que cette pratique restreinte est en train de changer et de faire évoluer vers une fréquence et une portée plus larges. Comme mentionné ci-dessus, tout récemment deux référendums ont abouti à des réussites spectaculaires :

- Le 14 juillet 2010 en Bavière, l'interdiction de fumer portant, sans exception, sur tous les restaurants / bistros fut approuvée dans un référendum avec la participation de 37,7 % des citoyens ayant le droit de vote et avec une majorité de partisans de 81 % qui constitue 22,9 % des citoyens ayant le droit de vote. (La Bavière n'a pas de minimum requis).

- Le 18 juillet 2010 en Hambourg, une loi adoptée par le parlement sur une réforme du système scolaire fut abrogée par un référendum auquel participaient 37,7 % des citoyens et qui fut approuvé par 58 % des votants (constituant 21 % des citoyens ayant le droit de vote et ainsi – étroitement – surpassaient le minimum requis de 20 pourcent).

H. W.

1. Pour d'autres articles sur ce thème et les références bibliographiques cf. : Wachendorfer-Schmidt, Ute 2004, Le fédéralisme et sa réforme en Allemagne, dans *Annuaire 2004 des Collectivités Locales*, Paris : CNRS, pp.257-278.

Wollmann, Hellmut 2004, Quelle modernisation du fédéralisme allemand ?, dans *Pouvoirs Locaux*, no. 64 II/2004, pp 133-140.

Wollmann, Hellmut & Geert Bouckaert 2008, Réorganisation de l'Etat en France et en Allemagne, dans *Pouvoirs Locaux*, No. 76, I/2008, pp. 113-120.

2. Cf. *Süddeutsche Zeitung*, le 15 mai 2010, <http://www.sueddeutsche.de/politik/foederalismusreform-macht-der-laender-ist-ungebrochen-1.9445360>.

3. cf. *Süddeutsche Zeitung*, le 15 mai 2010 dont l'article est intitulé : « Le pouvoir des *Länder* ne fut pas touché » (*Macht der Länder* ist ungebrochen).