



REVUE GÉNÉRALE
DU DROIT
PUBLIC FRANÇAIS ET COMPARÉ

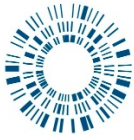
Actes de la 12^e rencontre du Cercle franco-allemand de droit public
« Capacité de décision dans un paysage politique fragmenté » Cologne
2025, sous la direction de Johannes Masing, Matthias Jestaedt, Aurore
Gaillet et David Capitant.

Le rôle de l'administration entre politisation et dépolitisation

Nikolaus Marsch¹

Citer cet article : Nikolaus Marsch,
« Le rôle de l'administration entre politisation et
dépolitisation », Revue générale du droit public français et
comparé, 2026, PRGD_2026042.

¹ Marsch, Nikolaus, Prof. Dr., D.I.A.P. (ENA). L'auteur est titulaire de la chaire de droit public allemand et européen et de droit comparé à l'Université de la Sarre. Il remercie Emmanuel Marquigny pour la traduction de cet article et Ioannis Michalis pour son soutien.



A. Introduction (longue) : réflexions concrètes sur le sujet

I. Perspective axée sur les acteurs plutôt que sur les normes : administration plutôt que droit administratif

Alors qu'il est tout à fait évident, pour le droit constitutionnel et le droit de l'Union, que le thème de la conférence « Capacité de décision dans un paysage politique fragmenté » se concentre sur le *processus législatif*, il est moins évident de voir comment le thème principal de la conférence peut être lié au droit administratif. Le droit administratif est en effet le *résultat* du processus législatif, qui doit ensuite être mis en œuvre par l'administration, soumise aux principes de la légalité et de l'impartialité. Mais comment situer ce droit administratif dans le thème abordé, s'il ne s'agit pas en premier lieu du cheminement parlementaire vers le « produit » qu'est le droit administratif, mais de la capacité *de décision* de l'administration elle-même en période de fragmentation politique ?

Les principes mentionnés, à savoir la légalité et l'impartialité, posent la pierre angulaire. En effet, le principe de la légalité ne rejette pas tout pouvoir discrétionnaire, et l'administration n'est pas seulement la bouche de la loi, mais un acteur démocratiquement légitimé et responsable qui peut et doit régulièrement choisir entre différentes options d'action et, surtout, entre l'action et l'inaction. La politique et l'administration ne peuvent être distinguées en recourant à une distinction entre programmer et être programmé, car l'action administrative est également une action « politique ».²

II. Capacité de décision de l'administration et capacité de décision par l'administration : dépolitisation et politisation comme stratégies parallèles

Si l'on adopte une perspective axée sur les acteurs plutôt que sur les normes, la question se pose alors de savoir comment la fragmentation de l'espace politique se répercute sur l'action de l'administration. Conformément au thème de la conférence, il s'agit ici de la préservation et/ou de la création d'une capacité de décision, c'est-à-dire de la résolution et du dépassement des blocages.

Cela peut, d'une part, se rapporter à la capacité de décision *de* l'administration ; l'administration peut être considérée comme source de problèmes.³ À cet égard, une stratégie que l'on peut qualifier de dépolitisation, malgré le flou du terme, semble évidente. Elle repose sur la perception et la classification de la fragmentation politique elle-même comme un problème, raison pour laquelle la réponse consiste à exclure autant que possible

² W. Hoffman-Riem, A. Pilniok, *Eigenständigkeit der Verwaltung* in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 1^{er} Tome, 3^e éd., 2022, § 12 para. 87.

³ Voir dans le même sens : C. Brüning, « Verwaltung und politische Gestaltung », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2024, p. 1449.



la politique de l'administration. La capacité de décision doit être préservée et rétablie en considérant la politique et l'administration comme des espaces parfaitement séparés. L'exemple classique est la création d'autorités administratives indépendantes.

D'autre part, dans un contexte de fragmentation politique, l'administration ne doit toutefois pas nécessairement être considérée comme source de problèmes, mais peut aussi, au contraire, apporter une solution dans la mesure où elle permet de prendre les décisions que le système politique n'est pas en mesure de prendre en raison de sa fragmentation. Cette stratégie, qualifiée de manière quelque peu simpliste et caricaturale de *politisation*, ne considère pas la fragmentation de l'espace politique comme un signe de déclin, ne la voit donc pas comme un problème à résoudre, mais y est neutre.⁴ En conséquence, la politique et donc la fragmentation sont transférées au niveau administratif lorsque les conflits politiques ne peuvent être résolus et apaisés dans le cadre de la procédure parlementaire. L'accent n'est donc pas mis sur la capacité de décision *de* l'administration, mais sur la capacité de décision *par* l'administration.

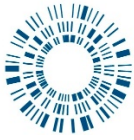
III. Fragmentation et polarisation : la culture du débat comme bruit de fond

Avant de décrire ci-après, à l'aide de quelques exemples, les stratégies de politisation et de dépolitisation, il convient de préciser quelque peu les concepts utilisés. J'entends par *fragmentation politique* le recul, observable en Allemagne, de la capacité des grands partis à fédérer, la fragmentation du système des partis et la difficulté croissante à former des coalitions et à obtenir une majorité au sein des parlements. Il convient de distinguer le terme de fragmentation du terme plus péjoratif de *polarisation*, qui se rapporte à la fois à l'espace politique et à la société et qui désigne le renforcement des positions situées à la marge du spectre politique ou social.⁵ Contrairement à la fragmentation dans l'espace politique, qui peut être mesurée empiriquement à partir des résultats électoraux, du nombre de groupes parlementaires et de la durée des négociations de coalition, la notion de polarisation repose toujours sur une *évaluation qualitative*, à savoir la distinction entre le centre et la périphérie. Il n'est donc pas surprenant qu'en Allemagne, la question de savoir si l'on peut parler d'une polarisation fasse l'objet d'un débat controversé.⁶ Il n'est pas nécessaire d'approfondir cette discussion ici, car le thème de la conférence porte sur la fragmentation et non sur la polarisation. Il convient toutefois de mentionner brièvement un phénomène transversal aux notions de fragmentation et de polarisation, car il joue un rôle non négligeable en tant que « bruit de fond » : il s'agit de la manière dont les conflits et les discussions, qu'ils soient politiques ou sociaux, sont menés aujourd'hui. En effet, l'évolution des médias et la communication sur les plateformes ont notamment entraîné une modification des

⁴ À ce sujet, dans une perspective historique et comparative, voir C. Möllers, *Methoden*, in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 1^{er} Tome, 3^e éd., 2022, § 2 para. 14.

⁵ Voir également U. Jun, « Das Parteiensystem im Zeichen zunehmender Fragmentierung und Polarisierung », *Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ)*, 2025, p. 10.

⁶ Voir : S. Mau, T. Lux, L. Westheuser, *Triggerpunkte – Konsens und Konflikt in der Gegenwartsgesellschaft*, 2023.



conventions discursives et l'apparition d'un certain ton implacable. Interprétée comme de l'intransigeance, cette attitude contribue à la fragmentation politique, qui, en retour, renforce souvent cette intransigeance de manière auto-entretenu. En tant que réalité sociale, cela est également important pour la question de la politisation et de la dépolitisation de l'administration.⁷

Je procède en trois étapes, la synthèse étant succincte et ne contenant que des premières approches. Je me concentrerai d'abord sur quelques exemples de dépolitisation de l'administration avant d'aborder, dans un deuxième temps, la politisation en tant que *phénomène observable* et *postulat normatif*.

B. Dépolitisation

I. Répartition des compétences

La répartition verticale des compétences peut être considérée comme *première* forme de dépolitisation visant à préserver la capacité de décision. En effet, elle décharge les différents niveaux hiérarchiques, par le biais d'interdictions de saisine ou de décision, de la compétence (et de la charge !) de pouvoir ou devoir prendre position sur certaines questions politiques controversées qui ont été ou doivent être tranchées à un autre niveau.

En ce qui concerne l'examen et la décision des communes sur des questions politiques générales, la jurisprudence allemande a toutefois du mal à développer des critères pour résoudre le conflit entre le droit de valeur constitutionnelle à l'autonomie communale et la répartition des compétences au sein de l'État fédéral.⁸ Ainsi, selon une décision de la Cour administrative fédérale, une commune peut s'opposer au stationnement d'armes nucléaires sur son territoire, même si un tel stationnement n'est pas encore concrètement prévu ; mais elle ne peut pas, pour des raisons de compétence, se déclarer *de manière générale* zone exempte d'armes nucléaires.⁹ Une commune peut interdire dans son règlement communal sur les cimetières l'installation de pierres tombales fabriquées par le travail abusif d'enfants, à condition qu'il existe une base légale parlementaire pour cette atteinte à la liberté professionnelle garantie par les droits fondamentaux.¹⁰ La question de savoir si la mise à disposition d'espaces communaux pour des spectacles de cirque peut être limitée aux cirques qui ne proposent pas de numéros avec des animaux sauvages est controversée dans la jurisprudence et n'a pas encore été tranchée par la Cour suprême.¹¹ La Cour

⁷ Voir également chez J. Kersten, *Beteiligung – Partizipation – Öffentlichkeit* in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2^e Tome, 3^{ème} éd., 2022, § 29 para. 5 s.

⁸ Telle est l'évaluation faite par F. Kalscheuer, L. Watermann, « Verfolgung überörtlicher Zwecke durch kommunale Einrichtungen », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2024, p. 642 (644 s.).

⁹ Cour administrative fédérale, déc. *Atomwaffenfreie Zone München* du 14 décembre (BVerwGE 87, 228).

¹⁰ Cour administrative fédérale, déc. *Friedhofssatzung zu Grabmalverwendung* du 16 octobre (BVerwGE 148, 133).

¹¹ D'un côté : Cour administrative d'appel de Munich, dec. du 25 mai 2023 (BayVGh, NVwZ-RR 2023, 733); de l'autre côté : Cour administrative d'appel de Lünebourg, dec. du 2 mars 2017 (OVG Lüneburg, NVwZ 2017, 728).



administrative fédérale a finalement jugé illégal le fait que la ville de Munich ait subordonné la promotion de la mobilité électrique (concrètement, le versement d'une subvention pour l'achat d'un vélo électrique par des commerçants) à la déclaration des demandeurs qu'ils n'étaient pas membres de la Scientologie.¹² Toutes ces procédures soulèvent la question de savoir dans quelle mesure il s'agit d'une affaire relevant de la communauté locale, si la réglementation communale empiète sur les compétences fédérales ou si elle est même incompatible avec le droit fédéral hiérarchiquement supérieur.

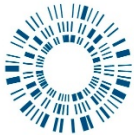
À mon avis, la jurisprudence pourrait tenir davantage compte de la répartition des compétences dans la détermination des critères. En tout état de cause, elle ne devrait pas se laisser influencer par une tendance sociale qui interprète le fait de ne pas se prononcer sur une question en raison de compétences pour un refus implicite au sens d'une complicité tacite.¹³ En ce qui concerne la capacité de décision et la dépolitisation de l'administration qui nous intéressent aujourd'hui, une approche holistique qui met de côté les compétences risque d'entraîner une polarisation des thèmes même dans les domaines où aucune décision n'a à être prise à leur sujet. Mais tout comme dans la vie sociale, la différence de rôles permet de rester en dialogue avec des personnes ayant des convictions différentes, le recours à la répartition des compétences pour établir des critères peut également être considéré, au-delà des conflits de compétences concrets, comme un moyen de prévenir la polarisation.

II. Droit d'organisation des communes et droit électoral

Les dispositions relatives au droit constitutionnel communal en matière d'organisation et d'élections ainsi que la jurisprudence en la matière font également apparaître des tendances à la dépolitisation étroitement liées à l'opérabilité. Ainsi, la Cour constitutionnelle fédérale a jugé inconstitutionnels les seuils électoraux lors des élections aux conseils municipaux, en invoquant notamment le fait que ces organes appartiennent à l'administration et ne sont pas des parlements au sens du droit constitutionnel, car ils n'exercent pas d'activité

¹² Cour administrative fédérale, déc. *Kein Förderausschluss bei fehlender Distanzierung von Scientology* du 6 avril 2022 (BVerwGE 175, 199).

¹³ Dans ce contexte, il convient également de noter que les décisions de justice fondées uniquement sur des compétences juridiques, telles que la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le « plafonnement des loyers à Berlin » (CCFA, déc. *Berliner Mietendeckel* du 25 Mars 2021 [BVerfGE 157, 223]), sont interprétées par les médias et la société civile comme une prise de position sur le fond et critiquées sur cette base. Alors que la Cour constitutionnelle fédérale a déclaré nulle une loi régionale sur le montant des loyers pour le seul motif que le législateur fédéral avait réglementé le droit des loyers dans le Code civil allemand (BGB) et avait ainsi fait usage de manière définitive de sa compétence législative concurrente (art. 74, al. 1, n° 1 en liaison avec l'art. 72, al. 1 de la Loi fondamentale), la décision a été critiquée, par exemple par H. Prantl, SZ.de du 18 avril 2021, « Eigentum verpflichtet. Nur wozu? », en ces termes : « Ce qu'ils [les juges] écrivent au sujet de la compétence est compréhensible, mais était-il vraiment nécessaire d'en rester là ? La Cour constitutionnelle fédérale ne semble pas s'être intéressée à la manière de résoudre les énormes problèmes du marché du logement. Elle a simplement rejeté formellement la « loi berlinoise sur le plafonnement des loyers ». En bref : il s'agit d'une décision insatisfaisante, voire irritante. », disponible à l'adresse suivante : <<https://www.sueddeutsche.de/politik/prantl-berlin-miete-mietendeckel-1.5268261>> (Tous les liens ont été consultés pour la dernière fois le 14 janvier 2026).



législative au sens propre du terme.¹⁴ On peut y voir une conception qui considère les questions communales comme moins politiques. En ce qui concerne un seuil électoral dans le droit régional du Schleswig-Holstein, la Cour a souligné en outre que, déjà à l'époque, les maires et les présidents de district étaient élus directement par la *population* communale et non plus, comme auparavant dans les Länder du nord de l'Allemagne, par les *représentants* communaux.¹⁵ En tant qu'organes élus directement par la commune, ils garantissent la capacité de décision de celle-ci, même dans les cas où le conseil municipal lui-même ne parvient pas à trouver de compromis en raison d'une fragmentation politique. L'élection directe des maires et des présidents de district peut également être considérée comme une dépolitisation ou, du moins, une départisanisation, car la personnalisation de l'élection favorise les candidats sans affiliation politique. Parallèlement, on observe par exemple que l'AfD remporte moins de succès aux élections municipales qu'aux élections fédérales et régionales.

III. Neutralité

1. Déclarations publiques des maires

Une autre dimension de la dépolitisation non seulement du pouvoir exécutif, mais aussi du pouvoir gouvernemental, se trouve sous la bannière de la « neutralité »¹⁶ : il s'agit de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale relative aux déclarations publiques des membres du gouvernement et des maires.¹⁷ Contrairement aux affaires relevant du droit constitutionnel communal (mot-clé : zone exempte d'armes nucléaires), il ne s'agit pas ici d'une interdiction *verticale*, mais *horizontale* de prendre position. Pour résumer brièvement la jurisprudence : la Cour constitutionnelle fédérale déduit du principe constitutionnel de l'égalité des chances entre les partis et du principe de neutralité qui en découle que les membres du gouvernement ne peuvent pas recourir aux ressources de l'État ou à leur autorité officielle lorsqu'ils s'expriment sur des questions politiques. Cette jurisprudence s'applique également aux maires, qui sont tenus de respecter le principe d'objectivité fondé sur l'État de droit lorsque leurs déclarations ne visent pas des partis politiques, mais des mouvements de protestation peu structurés.¹⁸

¹⁴ CCFA, déc. *Sperrklausel Kommunalwahlen* du 13 février 2008 (BVerfGE 120, 82 [112]).

¹⁵ CCFA, déc. *Sperrklausel Kommunalwahlen* du 13 février 2008 (BVerfGE 120, 82 [116 s.]).

¹⁶ Pour plus de détails sur la « neutralité en tant que principe constitutionnel » en ce qui concerne le pouvoir exécutif et le processus politique, voir M. Droege, « Neutralität als Verfassungsgebot », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 2022, p. 297 s.

¹⁷ Voir CCFA, déc. *Wahlkampfäußerungen von Regierungsmitgliedern* du 16 décembre 2014 (BVerfGE 138, 102); CCFA, déc. *Chancengleichheit politischer Parteien* du 27 février 2018 (BVerfGE 148, 11); CCFA, déc. *Seehofer-Interview* du 9. Juin 2020 (BVerfGE 154, 320); CCFA, déc. *Äußerungsbefugnis Bundeskanzlerin* du 15 juin 2022 (BVerfGE 162, 207).

¹⁸ Cour administrative fédérale, déc. *Äußerung Oberbürgermeister* du 13 septembre 2017 (BVerwGE 159, 327).



La jurisprudence fait l'objet de vives critiques au sein de la Cour¹⁹ et de la doctrine.²⁰ *Klaus Ferdinand Gärditz* parle d'une « conception stérile de la politique »²¹ ; *Florian Meinel* voit – ce qui est également intéressant de notre point de vue – une pensée administrativiste s'imposer dans le droit constitutionnel.²² Or, cette critique concerne essentiellement les jugements qui se réfèrent aux déclarations des membres du gouvernement, c'est-à-dire à la fonction gouvernementale. Elle peut toutefois s'appliquer *mutatis mutandis* aux décisions des tribunaux administratifs concernant les fonctionnaires municipaux, par exemple la célèbre décision « Éteignez la lumière ! » de la Cour administrative fédérale, qui a déclaré illégales les déclarations du maire de Düsseldorf.²³ Dans les deux cas, je ne partage pas cette critique. En effet, la jurisprudence fait toujours référence dans ses motifs au fait que les fonctionnaires ont eu recours de manière illicite aux ressources de l'État. Si l'on prend en compte la transformation des ministères en « machines de propagande »²⁴ dans certains États membres de l'UE, la dépolitisation exigée par la jurisprudence dans le sens de la protection de la démocratie me semble très judicieuse. La décision « Éteignez les lumières ! » illustre bien cela : le maire avait annoncé son intention d'exprimer son désaccord avec une manifestation organisée un soir d'hiver en ordonnant que toutes les lumières des bâtiments municipaux soient éteintes au moment de la manifestation ; il avait également appelé tous les entrepreneurs et les particuliers à faire de même. La jurisprudence de la Cour administrative fédérale, qui qualifie cette décision d'illégale et établit ainsi une frontière entre l'administration et la politique partisane, peut dans certaines circonstances freiner quelque peu la polarisation et contribuer à préserver la capacité de décision de l'administration.

2. Accès aux édifices publics

Le problème de l'accès des partis extrémistes aux édifices publics, en particulier aux salles municipales, pour y organiser des réunions de parti, qui occupe la jurisprudence depuis des décennies, peut également être classé sous la rubrique de la neutralité. La jurisprudence à ce sujet est claire : tant que l'inconstitutionnalité d'un parti n'a pas été établie par la Cour constitutionnelle fédérale, la décision d'une commune de mettre ou non ses locaux à disposition ne peut être subordonnée aux revendications politiques d'un parti.²⁵ Dans le

¹⁹ CCFA, déc. *Äußerungsbefugnis Bundeskanzlerin* du 15 juin 2022 (BVerfGE 162, 207, p. 271 s.) – opinion dissidente de A. Wallrabenstein.

²⁰ M. Payandeh, « Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger im öffentlichen Meinungskampf », *Der Staat*, 2016, p. 519; J. Krüper, « Anmerkung zu BVerfG 2 BvE 2/14 (Schwesig) », *JuristenZeitung (JZ)*, 2015, p. 414.

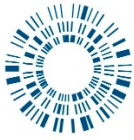
²¹ K. F. Gärditz, « Steriles Politikverständnis: Zum Wanka-Urteil des Bundesverfassungsgerichts », *Verfassungsblog*, 27 février 2018, < <https://verfassungsblog.de/steriles-politikverstaendnis-zum-wanka-urteil-des-bundesverfassungsgerichts/> >.

²² F. Meinel, « The Merkel Court: Judicial Populism since the Lisbon Treaty », *European Constitutional Law Review* 2023, p. 111 s.

²³ Cour administrative fédérale, dec. *Äußerung Oberbürgermeister* du 13 septembre 2017 (BVerwGE 159, 327).

²⁴ DOSSIER du 20 juin 2025, cahier thématique sur la Hongrie, chapitre 1 : La machine de propagande, disponible à l'adresse suivante <<https://www.dossier.at/dossiers/ungarn/ausflug-in-die-autokratie/kapitel-1-die-propagandamaschine/>>.

²⁵ J. Dietlein, L. Peus, « Kommunale Einrichtungen: Neuere Rechtsprechung im Überblick – Teil 1 », *Kommunaljurist (KommJur)*, 2025, p. 446 (452 s.); P. Hilbert, « Der Anspruch auf Nutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen », *Juristische Ausbildung (JURA)*, 2025, p. 396 (411 s.).



climat politique actuel, il semble difficile à faire accepter cela à de nombreuses communes : la ville de Wetzlar s'est même ouvertement opposée à une décision de la Cour constitutionnelle fédérale et a refusé, contrairement à une ordonnance provisoire, de mettre sa salle municipale à la disposition du NPD.²⁶ La ville d'Essen a chargé un sociologue de réaliser une expertise dans laquelle celui-ci est arrivé à la conclusion qu'il y avait une certaine probabilité que des propos répréhensibles soient tenus lors d'un congrès de l'AfD, à la suite de quoi la ville a tenté sans succès de refuser à l'AfD l'accès à la « Grugahalle ».²⁷ Par la suite, Essen envisage désormais de suivre l'exemple d'autres communes et d'interdire entièrement la location à des partis politiques.²⁸ Je considérerais cette forme de dépolitisation plutôt comme un suicide par peur de la mort.

3. Agents de l'administration

a) Les extrémistes dans l'administration publique

Enfin, un point particulièrement délicat, qui comporte à la fois des aspects de politisation et de dépolitisation, concerne le personnel administratif. En Allemagne, un débat intense a actuellement lieu sur la manière de traiter les candidats et les membres de la fonction publique qui défendent des opinions politiques extrémistes ou sont membres de l'AfD, un parti classé comme parti d'extrême droite par les services de renseignement (Verfassungsschutz). Certains Länder ont réintroduit la « demande régulière » auprès des services de renseignement avant le recrutement dans la fonction publique, qui avait fait l'objet d'une controverse dans les années 1970 et avait été qualifiée de « fouille dans les opinions »²⁹ par le président du groupe parlementaire SPD de l'époque, *Wehner*³⁰. Le critère juridique matériel est le « devoir de loyauté envers la Constitution » (§ 60 al. 1 phrase 3 BBG). Il vise à vérifier si un candidat ou une candidate à un emploi public défend activement un programme anticonstitutionnel.³¹ La question de savoir dans quelle mesure un like³² et le fait de partager des publications sur les réseaux sociaux, de suivre certains

²⁶ Sur l'affaire : W. Hecker, « Verweigerung der Stadthallennutzung gegenüber der NPD », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2018, p. 787.

²⁷ Tribunal administratif de Gelsenkirchen, déc. du 14 juin 2024 (VG Gelsenkirchen, NVwZ 2024, 1192); Voir LTO.de du 10 juin 2024, « Sind auf dem AfD-Parteitag SA-Parolen zu erwarten? », <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-essen-90146-24-kuendigung-mietvertrag-grugahalle-essen-afd/>>.

²⁸ WDR.de du 25 septembre 2024, « Essen will städtische Gebäude nicht mehr an Parteien vermieten », <<https://www1.wdr.de/nachrichten/ruhrgebiet/essen-hallen-vermietung-parteien-100.html>>; Voir également C. Brüning, « Verwaltung und politische Gestaltung », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2024, p. 1449 (1454).

²⁹ Cette attribution est rapportée chez M. Kenntner, « Verfassungsfeinde im öffentlichen Dienst », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2025, p. 9 (9).

³⁰ Critique par exemple A. Voßkuhle, « Extremismus im öffentlichen Dienst – was tun? », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2022, p. 1841 (1843 s.); plus ouvert sur le fond, mais avec des références aux problèmes de mise en œuvre pratique Kenntner [28], p. 10 s., 16.

³¹ Kenntner [28], p. 12 s.

³² Voir les références chez L. Köhne, « Anforderungen an die Verfassungstreue von Hoheitsträgern », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2024, p. 646.



comptes ou de publier des morceaux de musique peuvent suffire à cet égard fait désormais l'objet d'une jurisprudence qui prend rapidement de l'ampleur. Le diable se cache ici dans les détails, ou plutôt dans une évaluation globale de toutes les circonstances du cas particulier.

b) Culture administrative démocratique et conforme à l'État de droit I

Outre l'obligation de loyauté envers la Constitution, il existe une obligation de modération et de réserve en droit de la fonction publique, qui s'applique également aux opinions exprimées en dehors du service.³³ À mon avis, cette obligation devrait être davantage prise en compte en période de fragmentation politique afin de renforcer la confiance dans l'administration. Ce qui est demandé, ce n'est pas tant un engagement public en faveur de la Constitution, qui peut trop facilement être (mal) interprété comme de l'activisme politique, qu'une culture administrative démocratique et conforme à l'État de droit.³⁴ Cela implique notamment de mettre en œuvre les directives politiques des dirigeants de l'administration, dans la mesure où celles-ci ne sortent pas manifestement du cadre des lois et de la Constitution.³⁵ Il convient de lutter contre la perception parfois quelque peu biaisée des directives hiérarchiques par le public, notamment en raison de la médiatisation scandaleuse dont elles font l'objet par les journalistes. Le souhait de dépolitisation ne doit pas se traduire par une dé-démocratisation de l'administration ; contrairement aux juges, les fonctionnaires ne sont pas indépendants, et ce pour de bonnes raisons, à savoir des raisons démocratiques.

IV. Autorités indépendantes I : dépolitisation par la dé-démocratisation

La légitimité démocratique et la responsabilité renvoient bien sûr à la « mégatendance » européenne³⁶ consistant à créer des autorités administratives indépendantes. Celles-ci ont déjà fait l'objet de discussions au sein de ce cercle il y a quelque temps³⁷, c'est pourquoi je me contenterai ici de les mentionner. Dans la section suivante consacrée à la politisation, je reviendrai toutefois sur ce sujet avec une proposition inspirée du droit comparé.

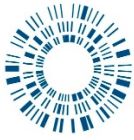
³³ Voir T. Masuch, « Vom Maß der Freiheit – Der Beamte zwischen Meinungsfreiheit und Mäßigungsgebot », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2021, p. 520 (523 s.).

³⁴ Voir également D. Wolff, « Populistische Verwaltungspolitik und wehrhafter Verwaltungsstaat », *Die Verwaltung* 2024, p. 509 (542 s.).

³⁵ La dépolitisation (contraire) de l'appareil administratif comme stratégie de protection de l'ordre libéral et démocratique Wolff [33], p. 517 s.

³⁶ M. Ruffert, in H. Trute *et al.* (dir.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, p. 431 (437 s.), A. Pilniok, in W. Kahl, U. Mager (dir.), *Verwaltungsorganisation*, 2023, p. 313 s.

³⁷ Voir les contributions dans J. Masing, G. Marcou (dir.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, 2010.



C. Politisation

Je voudrais commencer par un plaidoyer concernant l'ordre juridique allemand : nous – c'est-à-dire en particulier les constitutionnalistes – devrions être plus ouverts vis-à-vis de la législation gouvernementale.

I. Ouverture à la législation gouvernementale !

1. Surmonter la phobie des réglementations et restreindre la doctrine du domaine essentiel de la loi

Cette exigence s'impose tout particulièrement dans la comparaison juridique franco-allemande en matière de droit constitutionnel, qui fait l'objet des contributions de *Constance Grewe* et *Uwe Kischel*.³⁸ Je me contenterai donc ici de deux remarques : contrairement à l'expérience pratique, une certaine « phobie des règlements »³⁹ continue de prévaloir dans certaines parties de la doctrine constitutionnelle allemande. En outre, la doctrine du domaine essentiel de la loi est interprétée de manière nettement trop critique à l'égard du pouvoir exécutif, moins par la Cour constitutionnelle fédérale que par certains membres de la doctrine.⁴⁰ Alors que les discussions allemandes sur une « réserve administrative » ont été peu fructueuses, le mouvement de la *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* a donné des impulsions contraires importantes à cet égard sous le mot d'ordre de « l'autonomie de l'administration »⁴¹.

2. Surmonter les blocages politiques par la réinterprétation et la non-application des normes

En période de blocage du processus parlementaire dû à la fragmentation, l'administration devra toutefois, au-delà de l'édition de règlements, jouer un rôle plus important dans la création du droit au sens large, c'est-à-dire dans l'élaboration du droit. Cela vaut en tout cas dans les domaines où la situation juridique a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle fédérale, mais où le législateur n'est pas parvenu à s'accorder sur une disposition législative à adopter (comme dans le cas de l'aide au suicide). Bien entendu, l'administration ne peut dans ces cas porter atteinte aux droits fondamentaux sans base légale. Cependant, en combinant une interprétation des normes conforme à la Constitution *praeter* ou même *contra legem* et la fixation de normes internes à l'administration, il est possible

³⁸ Voir dans ce contexte également en droit comparé T. Wischmeyer, « Gouverner c'est légiférer: Die Minderheitsregierung als Gesetzgeber », *Der Staat*, 2024, p. 195, sur les possibilités de légiférer par des gouvernements minoritaires en France et en Allemagne.

³⁹ F. Ossenbühl, in Schuppert (dir.), *Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaats*, 1998, p. 27 (32).

⁴⁰ Cf. pour ce concept et la discussion N. Marsch, in A. Gaillot et al. (dir.), *Droits constitutionnels français et allemand – perspective comparée*, 2019, para. 505.

⁴¹ Voir notamment l'article intitulé ainsi de W. Hoffmann-Riem dans *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, publié dans sa troisième édition en collaboration avec A. Pilniok, voir note de bas de page 1.



dans certains cas d'aboutir à une situation qui est en tout cas moins inconstitutionnelle que l'inaction de l'administration. D'une manière générale, il me semble que la non-application de normes en faveur des titulaires de droits fondamentaux, en tant que décision politique des dirigeants des autorités, semble être un instrument à utiliser de manière intensive pour permettre la prise de décision, compte tenu de la complexité et des contradictions partielles de l'ordre juridique.

3. Loi communale sur l'exemption réglementaire du Bade-Wurtemberg

Dans cette optique de création d'espaces normatifs pour l'administration, le législateur du Bade-Wurtemberg a adopté une loi innovante, à savoir la « loi sur l'exemption à titre expérimental des réglementations du *Land* pour les communes et les districts » (en abrégé : *Kommunales Regelungsbefreiungsgesetz*, KommRegBefrG⁴²). Cette loi prévoit que le ministère compétent du *Land* peut, à la demande du maire ou du président du district, exempter une commune ou un district, pour une période limitée, des réglementations du *Land* à déterminer dans la demande.⁴³ Les marges de manœuvre ainsi créées doivent être utilisées, selon la compétence de l'organe, par le maire/président du district ou le conseil municipal/conseil régional, des considérations politiques pouvant également entrer en ligne de compte dans certains cas. La loi présente ainsi des similitudes avec l'expérimentation normative prévue à l'article 74 al. 4, de la Constitution française.⁴⁴

II. Culture administrative démocratique et conforme à l'État de droit II : participation, clarté des responsabilités, disposition au conflit, culture de l'erreur

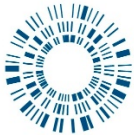
La démocratisation et, par conséquent, la politisation peuvent également être considérées comme le résultat d'une participation croissante des citoyens aux processus décisionnels de l'administration au cours des dernières décennies, qui contribue notamment à renforcer l'acceptation.⁴⁵ Alors que les revendications en faveur d'éléments participatifs étaient parfois portées par un certain excès d'idéalisme, il est aujourd'hui plus clairement souligné qu'il est nécessaire de sélectionner, sur la base de critères, les tâches administratives qui se prêtent à

⁴² GBl. BW 2025, Nr. 96, p. 201.

⁴³ La dérogation aux obligations législatives par le pouvoir exécutif soulève certes des questions constitutionnelles au regard de la séparation des pouvoirs (je remercie chaleureusement Gernot Sydow pour cette réflexion), mais celles-ci me semblent surmontables compte tenu de la base législative parlementaire et de la durée limitée de la dérogation.

⁴⁴ À ce sujet : Conseil d'Etat, « Les expérimentations - Comment innover dans la conduite des politiques publiques? », expertise, 2019; voir également L. Janicot, M. Verpeaux, « Réformer sans réviser », *Actualité juridique droit administratif (AJDA)*, 2021, p. 1375; J.-H. Stahl, « L'expérimentation en droit français », *Revue juridique de l'économie publique (RJEP)*, 2010, n° 681.

⁴⁵ J. Kersten, *Beteiligung – Partizipation – Öffentlichkeit* in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2^e Tome, 3^{ème} éd., 2022, § 29 para. 47; J.P. Schneider, in *Mélanges pour Thomas Württemberger*, 2013, p. 411 ff.



la participation des citoyens ou des personnes concernées.⁴⁶ L'implication des citoyens ou des personnes concernées dans la prise de décision s'accompagne également de risques pour la capacité de décision de l'administration, en particulier en période de fragmentation et de polarisation. Dans ce contexte, les points suivants revêtent une importance particulière : ceux qui sont autorisés à faire valoir leur point de vue et qui investissent du temps veulent se retrouver dans la décision. C'est pourquoi, d'une part, la responsabilité décisionnelle doit être clairement communiquée à toutes les parties concernées dès le début. D'autre part, le personnel administratif concerné doit disposer de la capacité nécessaire à gérer les conflits et à s'imposer, ainsi que du soutien fondamental de la direction du service. Compte tenu de la coexistence d'une recherche du consensus et d'une polarisation au sein de la société, il existe ici un champ de tensions. La réticence de l'administration (qui ne peut être étayée que par des anecdotes) s'explique sans doute par la volonté, fondamentalement louable, des autorités de respecter la loi. Il est toujours risqué de parler de culture administrative, mais compte tenu de la complexité de l'ordre juridique, les demandes en faveur d'une culture de l'erreur plus adéquate dans l'administration⁴⁷ ne semblent en tout cas pas injustifiées.

III. Autorités indépendantes II : repolitisation par une direction collégiale ou un conseil consultatif

Pour conclure, voici quelques remarques sur le thème des autorités indépendantes, issues du droit de la protection des données et du droit comparé : l'Allemagne peut ici s'inspirer de la France. En effet, lorsque les chaînes de légitimation démocratique sont rompues en raison des prescriptions européennes, il y a de bonnes raisons de repolitiser le processus par le biais d'organes de direction collégiaux ou de comités consultatifs, qui doivent notamment être composés de parlementaires. Ainsi, la *Bundesnetzagentur*⁴⁸ dispose d'un comité consultatif composé de membres du Bundestag et de représentants du Bundesrat, qui exerce une fonction de conseil et de contrôle. Un tel comité consultatif n'existe pas auprès du Commissaire fédéral à la protection des données et de la plupart des commissaires régionaux à la protection des données⁴⁹ ; ceux-ci sont en outre organisés de manière monocratique et ne sont donc pas soumis à une direction collégiale. Une repolitisation semble ici évidente, comme le montre l'exemple de la France. En effet, la CNIL est dirigée par un organe collégial qui comprend plusieurs députés, lesquels peuvent également intégrer des aspects politiques dans le travail de cette autorité indépendante.⁵⁰

⁴⁶ J. Kersten, *Beteiligung – Partizipation – Öffentlichkeit* in A. Voßkuhle, M. Eifert, C. Möllers (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2^e Tome, 3^{ème} éd., 2022, § 29 para. 14.

⁴⁷ H. Hill, « Agiles Verwaltungshandeln im Rechtsstaat », *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2018, p. 497 (500).

⁴⁸ Il s'agit de l'autorité de régulation pour l'infrastructure de réseau.

⁴⁹ Les commissions de protection des données de Bavière (§ 17 BayDSG) et de Rhénanie-Palatinat (§ 18 LDSG RP) ainsi que le comité consultatif prévu au § 12 de la loi sur la protection des données de Thuringe constituent des exceptions ; à ce sujet, voir la comparaison des droits internes P. Glauben, in Kugelman (dir.), *Landesdatenschutzgesetz Rheinland-Pfalz*, 2020, § 18 Rn. 9.

⁵⁰ Voir Art. 9 Loi n° 78-17 du 06 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.



D. Synthèse

Selon le point de vue adopté, tant la politisation que la dépolitisation de l'administration constituent une stratégie légitime et efficace pour créer un cadre normatif et culturel dans lequel l'administration met rapidement en œuvre les dispositions législatives et prend, si nécessaire, ses propres décisions politiques. Sans opposer ici la légitimité des résultats à celle des moyens, l'objectif central réside dans la préservation et la création d'une capacité de décision. Le rôle qu'une administration efficace et efficiente peut et doit jouer en période de fragmentation, et peut-être aussi pour la surmonter, est de plus en plus reconnu en Allemagne. Pour la science du droit administratif, cela signifie, à mon avis, prendre plus au sérieux que par le passé la double mission du droit administratif et mettre davantage en avant sa fonction de facilitation. En effet, la Constitution ne se contente pas de fixer des limites à l'action administrative, elle constitue également la base légitimatrice qui permet à l'administration de remplir efficacement ses missions.