



HAL
open science

Le principe de subsidiarité au profit des collectivités territoriales

Jean-Marie Pontier

► **To cite this version:**

Jean-Marie Pontier. Le principe de subsidiarité au profit des collectivités territoriales. Revue juridique de l'Océan Indien, 2003, 03, pp.27-42. hal-02541623

HAL Id: hal-02541623

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02541623v1>

Submitted on 14 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ AU PROFIT DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Par Jean-Marie PONTIER

Professeur à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille
Directeur de l'École doctorale Sciences juridiques et politiques

En plagiant une formule célèbre, on pourrait dire : *Sic advenit gloria notionis*. Gloire en effet à cette notion qu'est la subsidiarité ou le principe de subsidiarité, ceux qui y font référence ne faisant d'ailleurs guère de différence entre les deux formules. Il y a seulement une vingtaine d'années le principe de subsidiarité était un principe modeste qui n'attirait pas l'attention, si ce n'est de quelques personnes¹. Une formule populaire dirait que, depuis, la notoriété s'est emparée de cette notion comme la misère sur le pauvre peuple. On ne compte plus les références à la subsidiarité, ce terme revient souvent dans les écrits ou les discours, presque comme un sésame. Il est particulièrement invoqué, depuis plusieurs mois, à propos de la politique de décentralisation engagée par le gouvernement Raffarin.

Il convient de rendre compte de ce succès étonnant. Mais ce dernier invite à une réserve préalable. Ne pourrait-on pas transposer au principe de subsidiarité l'appréciation qu'un commissaire du gouvernement portait sur l'erreur manifeste lorsqu'il déclarait : "Facilité de la conquête et petite vertu vont souvent de pair et la carrière rapide et tapageuse de l'erreur manifeste en droit public peut inspirer légitimement quelques inquiétudes sur la valeur de l'institution"².

Il semble en aller un peu de même pour le principe de subsidiarité. Est-on bien sûr que l'on parle de la même chose lorsque l'on se réfère au principe de subsidiarité ? Y met-on le même contenu ? Et sait-on même de quoi l'on parle vraiment ? La question, pour irrévérencieuse qu'elle soit, mérite cependant d'être posée, tant on a l'impression que le principe de subsidiarité est devenu un pavillon recouvrant les marchandises les plus variées, pour ne pas dire avariées.

Il paraît donc indispensable d'apporter quelques précisions préliminaires à la signification du terme subsidiarité. Trois observations peuvent être présentées à cet égard.

En premier lieu, l'étymologie du terme est précieuse pour éviter certaines ambiguïtés ou des malentendus. Le terme *subsidium*, d'où est évidemment issu le mot subsidiarité, comporte trois sens différents. Le premier est celui de "réserve", et les auteurs parlent de "troupes de réserve". Il n'aide en rien la compréhension de la subsidiarité. Le deuxième sens est déjà beaucoup plus intéressant, c'est celui de renfort, de secours (*subsidio mittere*, envoyer des renforts). Le troisième sens est

¹ V. J.-M. Pontier, Le principe de subsidiarité en droit administratif, *RDPA*, 1986, p. 1515.

² Baudouin, concl. sur CE 6 nov. 1970, Guyé, *Rec.* p. 652.

celui d'aide, de soutien, d'assistance. La subsidiarité conserve de cette origine l'idée qu'elle est destinée à aider dans l'organisation du groupe social, à faciliter, tout en donnant une orientation, les rapports au sein de la société.

En deuxième lieu, les significations du terme subsidiarité s'orientent autour de deux pôles. Le moins important, de notre point de vue, est le pôle de la *secondarité*. Celui-ci permet de distinguer le principal de l'accessoire. On parlera ainsi, dans la procédure administrative contentieuse, d'*argument subsidiaire*, ou encore on a qualifié, à un moment donné, le recours pour excès de pouvoir de *recours subsidiaire*. Ce qui est subsidiaire est donc, ici, ce qui est peu important. Ce n'est manifestement pas cette signification du terme subsidiarité qui est retenue à notre époque lorsque l'on parle du principe de subsidiarité. Un second pôle se révèle plus fécond, c'est celui qui est axé sur l'idée de *supplétivité*. La supplétivité recouvre elle-même deux notions, celle de complémentarité et celle de suppléantarité¹. C'est en ce sens que l'on parle, en droit international, des *organes subsidiaires* des Nations unies, ou encore des *compétences subsidiaires* de l'Assemblée générale par rapport au Conseil de sécurité des Nations unies.

En troisième lieu, la subsidiarité est, depuis longtemps, utilisée par le droit administratif, plus particulièrement au sein de la procédure contentieuse. On parle ainsi de *l'action subsidiaire*, qui est engagée au cas où les conclusions principales ne seraient pas accueillies. Les *conclusions subsidiaires*, que l'on a citées précédemment, sont celles dont une partie saisit le juge en l'avisant qu'elle ne les présente qu'au cas où ses conclusions principales seraient rejetées.

Le principe de subsidiarité n'est pas la subsidiarité, en ce sens qu'il n'est pas assimilable à cette seule qualité ou propriété. Le principe de subsidiarité est un principe, c'est-à-dire une règle qui, s'appuyant sur une appréciation de ce qu'est une *bonne* organisation de la société, détermine le sens du partage des tâches entre les groupes qui constituent la société. Le principe de subsidiarité ne prétend donc pas relever de l'ordre du constat, il n'est absolument pas une *vérité scientifique* (qui n'existe d'ailleurs jamais). Le principe de subsidiarité procède d'un jugement de ce que doivent être, dans un cadre déterminé, les relations entre les personnes et les groupes, entre le pouvoir et les individus. Ceci présuppose que le cadre dont il est question est un cadre démocratique, où l'initiative des individus comme des groupes est reconnue non seulement comme légitime, mais comme première. Parler de principe de subsidiarité dans un système dictatorial ou totalitaire n'aurait aucun sens.

Ces préliminaires étant posés, il est possible d'aborder avec un peu moins de risques de se tromper le principe de subsidiarité et les axes qui doivent commander le développement à traiter s'imposent d'eux-mêmes. Les développements précédents ouvrent sur une affirmation, qu'il convient de démontrer : le principe de subsidiarité explique les relations au sein d'une organisation humaine complexe. Mais ceci ne peut suffire, il convient d'appliquer toutes ces données au cas français.

¹ Pour plus de précisions, v. J.-M. Pontier, art. précité.

I/ LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ, UN PRINCIPE EXPLICATIF DES RELATIONS AU SEIN D'UNE ORGANISATION HUMAINE COMPLEXE

Le principe de subsidiarité ne peut jouer, n'a de sens que si l'on se trouve dans une organisation humaine développée : il est difficile de parler d'un tel principe au sein d'une organisation de type tribal (qui est même, du point de vue de l'organisation des pouvoirs, à l'opposé du principe de subsidiarité)¹. En parlant d'une organisation humaine complexe on veut dire que le principe de subsidiarité peut être consacré dans d'autres organisations que l'État, ce dernier étant aujourd'hui, et c'est également ce qu'implique le sujet que nous traitons, le cadre privilégié d'application de ce principe.

A/ Un principe consacré au sein d'autres organisations que l'État

Deux organisations humaines très différentes appellent des développements sur le principe de subsidiarité. La première est celle dans laquelle, pour la première fois, et de manière officielle, a été consacré ce principe. La seconde est la dernière dans laquelle ce principe a été institutionnalisé.

1°/ Le principe de subsidiarité dans l'église catholique

Pour de nombreux esprits, spécialement les esprits français imprégnés de la séparation des Églises et de l'État, le rapprochement de l'organisation politico-administrative de l'État et de l'Église catholique peut paraître singulier. Que peut-il y avoir de commun entre les deux ? En réalité, non seulement ce rapprochement n'est pas étonnant, mais il est même logique, ce serait ignorer l'histoire que de ne pas l'établir. D'une part, en effet, l'Église catholique est une organisation ancienne, beaucoup plus ancienne que notre État, qui s'est dotée, au fil des siècles, d'une organisation extrêmement perfectionnée et d'un droit qui ne l'est pas moins, le *droit canon*. D'autre part, notre droit administratif et, de manière plus générale, nos principes de droit public, se sont inspirés, parfois très largement, des principes qui commandent l'organisation de l'Église catholique². L'histoire du principe de subsidiarité est d'abord celle de l'Église catholique.

Bien que l'on puisse en trouver des expressions antérieures, mais qui sont moins explicites, c'est dans l'encyclique *Quadragesimo anno* (1931) que l'on trouve énoncé de manière très claire ce principe. Selon l'encyclique, le principe de subsidiarité s'applique d'abord aux relations entre l'État et les individus, il signifie que le premier ne doit prendre en charge que ce que les seconds ne peuvent faire eux-mêmes. Mais il s'applique également aux différents groupes que l'on trouve

¹ De même, il apparaît assez clairement que le principe de subsidiarité n'a guère de sens si la communauté humaine est de petites dimensions : ce principe trouverait difficilement à s'appliquer, par exemple, au sein d'un micro-État.

² Sur ces emprunts, v. notamment J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, coll. Droit fondamental.

dans l'État ou aux collectivités qui le composent. L'encyclique affirme notamment : "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"¹. Et l'encyclique en tire un principe d'organisation pour l'État : "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".

Ce principe est régulièrement repris par les documents pontificaux. Ainsi, à l'occasion du centenaire de la célèbre encyclique *Rerum Novarum* le pape Jean-Paul II déclare : "une société d'ordre supérieur ne doit pas intervenir dans la vie intime d'une société d'ordre inférieur en lui enlevant ses compétences, mais elle doit plutôt la soutenir en cas de nécessité et l'aider à coordonner son action avec celle des autres éléments qui composent la société, en vue du bien commun"². Mais c'est sans doute dans *Pacem in terris* qu'à l'époque contemporaine le principe de subsidiarité trouve sa formulation la plus large : "les rapports des pouvoirs publics avec les citoyens, les familles et les corps intermédiaires doivent être régis et équilibrés par le principe de subsidiarité"³. Ce principe a connu une extension remarquable quant à son champ d'application, puisqu'il a été consacré dans l'Europe communautaire.

2° Le principe de subsidiarité dans la communauté européenne

La reconnaissance par l'Europe communautaire du principe de subsidiarité est encore moins étonnante que l'origine canonique de ce dernier, si l'on veut bien avoir à l'esprit les origines de cette Communauté comme les hommes qui en furent les instigateurs. Cette Europe communautaire a donc adopté et consacré un principe qui, par la généralité du champ d'application qui lui avait été donnée par ses auteurs, convenait parfaitement aux relations entre la Communauté et les États membres.

Le principe de subsidiarité a été introduit par le traité de Maastricht et se trouve aujourd'hui à l'article 5 (ex. art. 3 B) du Traité de Rome (version consolidée). Selon cet article, "La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. L'action de la

¹ Quadragesimo anno, *Actae Apostolicae Sedis* 23 (1931), p. 203, § 126.

² Centesimus annus, § 48.

³ *Pacem in Terris*, *Actae Apostolicae Sedis* LV, 1963, § 140.

Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité”.

Le principe de subsidiarité a été assez longuement explicité par le Protocole n° 30 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, de 1997¹. Il fait valoir, notamment, que le principe de subsidiarité ne remet pas en cause les compétences conférées à la Communauté européenne par le traité, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice. Les critères de l'article 5, déclare le texte, concernent les domaines dans lesquels “la Communauté ne possède pas de compétence exclusive”. Ceci soulève une difficulté, ou une interrogation, car ceci revient à écarter l'application du principe de subsidiarité pour toute une série de compétences, les “compétences exclusives”. On comprend que certains commentateurs aient estimé qu'il s'agissait d'une fausse interprétation, voire d'une interprétation à l'envers du principe de subsidiarité.

Dans cette interprétation, s'agissant des compétences autres que celles conférées à la Communauté, une action de la Communauté doit, pour être justifiée, répondre aux deux aspects du principe de subsidiarité : “les objectifs de l'action proposée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par l'action des États membres dans le cadre de leur système constitutionnel national et peuvent donc être mieux réalisés par une action de la Communauté”. Pour déterminer si cette condition est remplie, le Protocole donne les lignes directrices suivantes : la question a “des aspects transnationaux qui ne peuvent pas être réglés de manière satisfaisante par l'action des États membres” ; une action au seul niveau national ou l'absence d'action de la Communauté “serait contraire aux exigences du traité (...) ou lèserait grandement d'une autre manière les intérêts des États membres”² ; une action menée au niveau communautaire “présenterait des avantages manifestes, en raison de ses dimensions ou de ses effets, par rapport à une action au niveau des États membres”.

Ces lignes directrices, on le voit, donnent une très grande élasticité au principe de subsidiarité et, selon l'interprétation qui en est donnée, peuvent faire pencher la balance dans un sens ou dans un autre. On a plutôt l'impression que la formulation va dans le sens d'une reconnaissance d'une possibilité d'intervention élargie de la Communauté plutôt que dans le sens d'une protection de la compétence des États membres. Certes, en cas d'action communautaire, “les mesures de la Communauté doivent laisser une marge de décision aussi grande que possible au plan national”, mais cette marge doit “rester compatible avec la réalisation de l'objectif de la mesure et le respect des exigences du traité”. Par ailleurs, dans le cas où l'application du principe de subsidiarité amène à renoncer à une action de la Communauté, “les États membres sont tenus de conformer leur action aux règles générales énoncées à l'article 10 du traité, en prenant toute mesure propre à assurer

¹ On trouve le texte de ce Protocole dans L. Dubouis et C. Gueydan, *Les grands textes du droit communautaire*, Dalloz, 6^e éd. 2002.

² Le Protocole donne comme exemples de ces actions contraires aux exigences du Traité la nécessité de corriger les distorsions de concurrence, d'éviter des restrictions aux échanges ou de renforcer la cohésion économique et sociale.

l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu du traité et en s'abstenant de toute mesure qui risquerait de compromettre la réalisation des objectifs du traité". Les actions des États demeurent donc fortement encadrées.

B/ Le principe de subsidiarité, un principe discuté dans les relations entre l'État et les collectivités territoriales

Une double question se pose ici. Tout d'abord, le principe de subsidiarité peut-il s'appliquer aux relations entre l'État et les collectivités territoriales qui le composent ? La réponse apportée à cette première question conditionne la seconde : le principe de subsidiarité doit-il s'appliquer à ces relations ?

1° Les données théoriques du problème

Est-on légitimé à invoquer le principe de subsidiarité dans les relations entre l'État et les collectivités territoriales ? Le fait que beaucoup s'en soient réclamés, continuent de le faire, n'est évidemment pas un argument suffisant.

On serait même tenté, *a priori*, d'être réservé sur l'application d'un tel principe en droit public. S'agit-il d'un principe juridique dont on pourrait tirer des conséquences ? On peut en douter. En droit public français, les relations entre le "centre" et la "périphérie" sont susceptibles de trois modalités.

La première est celle de la centralisation-concentration : dans ce système, toutes les décisions, quelles qu'elles soient, concernant une partie du territoire, doivent être prises à l'échelon national, par les autorités nationales. Dans sa forme pure, ce système n'a jamais existé, tout au moins dans les États que nous connaissons, parce qu'il est strictement inapplicable : il conduirait l'État à sa mort par étouffement ou engorgement ou encore, pour utiliser un vocabulaire médical, par apoplexie. Sous des formes atténuées de nombreux régimes politiques ont connu, au cours de l'histoire, ce mode d'exercice du pouvoir qui consiste à attirer le plus d'affaires possibles entre les mains des dirigeants nationaux. La France a bien connu ce système avec la monarchie qualifiée d'absolue¹ et avec l'Empire².

La deuxième modalité est celle de la déconcentration, dont on ne discutera pas ici du point de savoir si elle est plutôt une modalité de la centralisation (ce que continuent à soutenir certains auteurs et qui se vérifia, mais seulement un temps³), ou si son évolution et son importance ne sont pas plutôt liées à la décentralisation (ce que démontre l'évolution sous la Cinquième République⁴). La déconcentration

¹ Mais les historiens discutent du degré de concentration du pouvoir car la réalité pouvait être assez différente du schéma théorique, tout dépendait des domaines. Ce qui est certain c'est qu'avec les moyens de communication modernes (c'est-à-dire aussi bien les transports que les médias) les dirigeants disposent d'un pouvoir plus étendu que n'en avait Louis XIV.

² On se souvient par ex. que Napoléon Ier se vantait de pouvoir dire à chaque moment de la journée ce que faisaient tous les petits Français.

³ V. par ex., affirmant que la déconcentration n'est qu'une modalité de la centralisation, C. Guettier, *Institutions administratives*, 2ème éd., Dalloz Cours, 2002.

⁴ V. en ce sens J. Bourdon, J.-M. Pontier, J.-C. Ricci, *Droit des collectivités territoriales*, PUF Thémis, 2ème éd., 1998.

est, quoi qu'il en soit, une technique de l'organisation et de la distribution du pouvoir que l'on peut clairement définir, tout au moins en France, et qui présente des caractéristiques identifiables.

La troisième modalité est évidemment la décentralisation, généralement associée à la déconcentration. Quelles que soient les définitions différenciées que l'on peut donner de la décentralisation, celle-ci est également une notion juridique et l'on peut établir ou recenser un certain nombre d'éléments constitutifs de la décentralisation et notamment, parmi eux, la délégation de pouvoirs à des autorités administratives plus ou moins autonomes.

Le principe de subsidiarité n'entre dans aucun de ces modèles d'organisation du pouvoir. Il est certain, toutefois, qu'il exclut, par définition même, la centralisation-concentration. En revanche, il semble, *a priori*, ne pas permettre de trancher entre la déconcentration et la décentralisation. Et si on l'invoque en faveur de la décentralisation, que peut-il dire sur celle-ci ? La diversité des situations que l'on peut rencontrer dans les États ne plaide-t-elle pas contre le principe de subsidiarité ?

Il faut, en réalité, inverser la formule, admettre qu'effectivement le principe de subsidiarité est bien de nature à éclairer la décentralisation dans de nombreux pays, dont le nôtre. Ce qui est particulier, c'est notre conception, à nous Français, ce qui est général et applicable, c'est le principe de subsidiarité. Cela est facile à démontrer.

Lorsque, en France, on raisonne en termes de déconcentration et de décentralisation, il faut bien voir que, dans les deux cas, la problématique est principalement, pour ne pas dire exclusivement, nationale. La distinction entre déconcentration et décentralisation, sur laquelle, dans notre pays, on fonde de nombreux raisonnements, est une distinction française que ne connaissent pas la plupart des autres pays¹. Les déductions que nous en tirons ne sont donc pas transposables dans ces autres pays, sauf ceux qui ont adopté le système français, et encore l'ont-ils fait avec des adaptations. Inversement, le principe de subsidiarité a une portée très générale, pour une double raison. D'une part, en raison de son origine canonique, il a, comme l'Église catholique qui l'a, sinon inventé, du moins formalisé, une vocation universelle. D'autre part, parce que, précisément, il ne se place pas au niveau de la norme positive mais au niveau de la philosophie politique, il peut inspirer des systèmes relativement différents.

Le principe de subsidiarité n'a pas de fonction organisatrice, en ce sens qu'il ne peut permettre de dire quelles sont les compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales. C'est là un autre problème, qui peut recevoir des réponses différentes selon les moments de l'histoire, selon les particularités et les spécificités de chaque pays. Il ne faut pas demander au principe de subsidiarité des réponses concrètes à tel ou tel problème de répartition des compétences, ce serait se tromper sur la signification de ce principe. Mais cela ne lui enlève rien de son sens, qui est de

¹ La notion même de déconcentration est une invention de la doctrine française, on la doit à Aucoc.

donner une orientation à la politique des pouvoirs publics. Il peut être une source d'inspiration pour ces derniers, sans rien leur imposer pour autant.

2°/ La subsidiarité dans la politique de décentralisation

Si l'on admet que le principe de subsidiarité est l'un des principes qui peuvent guider l'action des pouvoirs publics lorsque ces derniers décident d'engager une politique de décentralisation, ou de la développer, encore faut-il se demander si, effectivement, un tel principe est invoqué, ou bien fonde implicitement une politique, ou bien s'il ne s'agit que d'une recombinaison après coup de la part de la doctrine. Il est naturellement toujours très difficile de se prononcer sur un tel point, d'autant que le texte final auquel on parvient ne donne pas nécessairement les clés de compréhension de ce qui a été décidé.

La difficulté est accrue par la diversité des solutions adoptées par les différents pays. Si l'on veut être logique, puisqu'il a été dit que le principe de subsidiarité avait une portée générale, que c'était là une de ses caractéristiques qui en faisait un atout, il faudrait examiner les différentes solutions nationales pour vérifier qu'elles appliquent ou non le principe de subsidiarité dans les relations entre le pouvoir central et les collectivités territoriales. C'est là une tâche fort difficile, voire un obstacle insurmontable. Elle excéderait largement, au surplus, les limites d'une telle contribution. On s'en tiendra donc à l'exemple français qui, s'il n'est pas le plus illustratif du principe de subsidiarité, est cependant riche d'enseignements.

Pendant une longue période, la politique française de décentralisation n'invoque pas et n'utilise pas le principe de subsidiarité, et n'y répond pas non plus, ce qui est au fond logique. Durant toute cette période, qui s'étend sur plus d'un siècle, le principe de subsidiarité n'apparaît aucunement dans les relations entre l'État et les collectivités territoriales pour au moins trois raisons.

La première est l'opposition entre l'Église et l'État, ou les échos qu'il en reste, au moment où l'Église catholique va énoncer, dans les conditions qui ont été rappelées ci-dessus, le principe de subsidiarité. La lutte entre l'Église catholique et l'État, qui a certes des sources lointaines mais qui, dans la période moderne, se développe surtout à partir de la fin du XIX^{ème} siècle, va avoir pour effet et pour conséquence que les idées émises dans l'enceinte ecclésiale vont être systématiquement ignorées par les pouvoirs publics. Il ne saurait être question, pour des hommes nourris de l'esprit des Lumières et marqués par un profond anticléricalisme de s'inspirer d'idées de l'Église catholique et, pire, de son "chef", le pape. Les radicaux et radicaux-socialistes de la Troisième République ne connaissent pas la pensée de l'Église.

La deuxième raison est d'ordre historique. La France s'est construite autour de son État, l'État est le principal artisan de l'édification de la nation. C'est là une situation particulière et peut-être unique dans l'histoire, qui a contribué à "valoriser" l'État, à lui conférer un rôle essentiel dans la vie des citoyens. Mais, au surplus, les différents événements qu'a connus la France ont encore contribué à renforcer ce

rôle. Notre pays est marqué par plusieurs ruptures dont la plus profonde est sans doute celle de la Révolution (ou *des* Révolutions) de 1789-1793. Avec l'abolition de la monarchie, la nation devient la référence sacrée, d'autant plus incontestable qu'il s'agit de quelque chose d'abstrait. L'État devient le seul représentant, dans tous les sens du terme, de cette nation. Les collectivités territoriales n'apparaissent qu'incidemment, comme des relais de l'État.

A cela il faut ajouter une troisième raison, d'ordre théorique et idéologique, liée inévitablement à la précédente : les réflexions vont être centrées principalement sur l'État, présenté comme le support des attentes et des espérances des hommes, et l'agent principal des transformations de la société. Rares sont les auteurs qui laisseront une place importante aux collectivités territoriales¹. Le droit administratif qui s'édifie en France est un droit construit par une institution, le Conseil d'État, qui est d'abord au service de l'État, et qui va largement privilégier le rôle de ce dernier.

Les revendications mêmes en faveur de la décentralisation ignoreront le principe de subsidiarité (et seront peut-être faibles de ce fait) parce qu'elles sont prisonnières d'un schéma qui leur est imposé par l'État. Ce qui est à relever, c'est la modestie de ces revendications, l'absence de grande théorie en faveur de la décentralisation. En demandant que les affaires locales aillent à la commune, les affaires départementales au département et les seules affaires nationales à l'État, les partisans de la décentralisation ne font que reprendre de manière atténuée et modérée ce qui peut être considéré comme une conséquence de l'application du principe de subsidiarité.

Celui-ci va lentement imprégner les réflexions sur la décentralisation à partir de la Cinquième République, et encor n'est-ce pas au début du nouveau régime. Il faut attendre en réalité le *rapport Guichard*, soit il y a seulement un peu plus de trente ans, pour que le principe de subsidiarité soit invoqué comme principe régulateur des relations entre l'État et les collectivités territoriales². Dans son chapitre II de la première partie, relatif à un "partage plus clair des compétences", le rapport, recherchant les "principes d'un partage", et reprenant les idées de certains auteurs, énonce le principe de subsidiarité. Selon le rapport, celui-ci "conduit à rechercher toujours le niveau adéquat d'exercice des compétences, un niveau supérieur n'étant appelé que dans les cas où les niveaux inférieurs ne peuvent pas exercer eux-mêmes les compétences correspondantes. L'État doit ainsi déléguer aux collectivités tous les pouvoirs qu'elles sont en mesure d'exercer"³.

Les deux lois de 1983 modifiées, relatives à la répartition de compétences entre l'État, les communes, les départements et les régions, ne comportent pas de référence au principe de subsidiarité. Est-ce à dire que ce dernier a été ignoré, voire

¹ C'est là une différence considérable avec d'autres pays européens, notamment la Grande-Bretagne. Dans ce dernier pays, certains courants de pensée, comme celui des *Fabiens*, auront une grande influence et seront à l'origine de ce que l'on a appelé le "socialisme municipal".

² Le nom officiel du rapport est *Vivre ensemble*, rapport de la Commission de développement des responsabilités locales, La Doc. fr., 1976.

³ Rapport précité, p. 97, § 16.

rejeté, puisque ces textes se prêtaient à une affirmation du principe de subsidiarité ? Une telle interprétation serait beaucoup trop hâtive. Si l'expression ne figure pas dans les lois, le principe a été évoqué dans les rapports et lors des débats parlementaires. En particulier, le rapporteur au Sénat du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, avait proposé au nom de la Commission des lois du Sénat d'ajouter trois titres additionnels au projet, dont l'un tendait à "assumer une définition claire des responsabilités" et énumérait, parmi les principes devant guider ce partage des compétences, le principe de subsidiarité qui, selon le rapporteur, "traduit une préoccupation d'efficacité, celle de faire exercer les compétences au niveau auquel elles peuvent être le mieux exercées du point de vue de la satisfaction des citoyens et du point de vue de leur coût"¹. Si le principe de subsidiarité n'a pas, alors, été retenu, c'est moins en raison d'une hostilité... de principe que, d'une part, du sentiment d'inutilité de son affirmation et, d'autre part, des relations peu consensuelles qu'entretenaient durant cette période l'Assemblée nationale et le Sénat. Mais l'on remarquera que la formule qui avait été utilisée en 1982 est pratiquement celle qui a été retenue par la réforme constitutionnelle de 2003.

II/ LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ EN DROIT POSITIF FRANÇAIS

L'expression "principe de subsidiarité" ne figure toujours pas dans la réforme constitutionnelle adoptée en 2003. On peut cependant considérer que ce principe est bien consacré, même si ce n'est pas *expressis verbis* pour au moins deux raisons : l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle invoque explicitement, lui, le principe de subsidiarité ; la formulation retenue, proche, on l'a dit, de celle qui était proposée en 1982, est la traduction institutionnelle et constitutionnelle du principe de subsidiarité². Ce point étant acquis, il reste à se demander quel est le champ d'application, dans notre droit, de ce principe et, également, ce qu'implique le nouvel article 72-2 de la Constitution.

A/ La question du champ d'application du principe de subsidiarité

La consécration du principe de subsidiarité ne répond pas à toutes les questions qui se posent et ont été posées, d'ailleurs, bien avant cette consécration constitutionnelle. Le principe de subsidiarité, si compréhensive que puisse être son acception, ne peut s'appliquer à tous les domaines. En revanche, les relations entre l'État et les collectivités territoriales paraissent bien en être un champ privilégié.

1° La non-pertinence de l'application du principe aux relations intra-étatiques

Le partage des fonctions, des attributions, est une question très générale qui se pose au sein de toutes sortes de formes d'organisation humaine. À partir du

¹ M. Giraud, Rapport sur le projet de loi relatif aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, Doc. parl. Sénat, première session ordinaire 1981-1982, n° 33, t. 1, p. 109.

² A cela, on pourrait ajouter que les commentateurs sont d'accord pour reconnaître dans la formule constitutionnelle une expression de la subsidiarité.

moment où sont reconnues plusieurs autorités sur un territoire, où ce territoire est d'une certaine étendue, il est nécessaire de procéder à un tel partage pour assurer une certaine effectivité, sans parler d'efficacité, aux décisions prises.

Cette question du partage se présente au sein de l'État lui-même : le pouvoir central a besoin de relais locaux pour manifester sa présence et sa puissance. L'État dispose, sur toute l'étendue de son territoire, d'agents nommés par l'autorité centrale, subordonnés à celle-ci par la voie du pouvoir hiérarchique, et qui disposent d'un certain pouvoir de décision. C'est ce que l'on appelle, en France, la déconcentration. Le préfet est l'autorité déconcentrée type, mais sa dépendance à l'égard du pouvoir en place est telle que la dimension de la déconcentration du préfet a longtemps été occultée par cette représentation politique qui était l'expression de la centralisation. À l'époque contemporaine, les choses ont beaucoup évolué, le rôle du préfet s'est transformé, mettant en valeur la déconcentration. Les pouvoirs publics ont été conscients de la nécessité de développer cette déconcentration pour améliorer le fonctionnement de l'État.

Dans ce mouvement de déconcentration, et en dehors des décrets de 1964 qui inaugurèrent vraiment la déconcentration administrative dans notre pays, il faut relever plus particulièrement la loi du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République, notamment son titre premier, relatif à l'organisation territoriale de l'État¹, et le décret du 1er juillet 1992, "portant charte de la déconcentration", qui en est l'application. Ce dernier texte est particulièrement intéressant, de notre point de vue, parce qu'il établit les lignes d'un partage entre ce qui relève des autorités centrales et ce qui relève des services qualifiés, depuis la loi ATR, de services déconcentrés (alors qu'ils étaient appelés, jusque-là, services extérieurs). Selon l'article 1^{er} du décret : "La déconcentration est la règle générale de répartition des attributions et des moyens entre les différents échelons des administrations civiles de l'État". Selon l'article 1^{er}-1 de ce décret, alinéa 3, tel qu'il résulte du décret 97-463 du 9 mai 1997, "La répartition des missions entre les administrations centrales, les services à compétence nationale et les services déconcentrés s'organise selon les principes fixés par le présent décret", l'alinéa suivant précisant que sont confiées aux administrations centrales et aux services à compétence nationale les seules missions qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu de la loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial.

D'où la question, et la réponse affirmative apportée par certains auteurs : ne s'agit-il pas là d'une application du principe de subsidiarité ? Les dispositions du décret précité ne répondent-elles pas aux exigences de ce principe ? Si ce dernier consiste bien à laisser aux groupements inférieurs la possibilité de décider eux-mêmes, alors nous serions en présence d'une indiscutable application du principe de subsidiarité. Les services déconcentrés ne pourraient qu'être valorisés par la référence à la subsidiarité, la déconcentration en serait en quelque sorte facilitée.

¹ Rappelons que ce titre Ier, lui-même réduit à la suite de plusieurs suppressions, est tout ce qui reste de la loi du 6 fév. 1992, puisque les autres titres de cette loi, et qui en constituaient l'essentiel, ont été codifiés au sein du CGCT.

En réalité un tel raisonnement est totalement erroné, le principe de subsidiarité ne saurait s'appliquer à l'intérieur d'une personne publique, ce serait un détournement du principe. Il ne faut pas confondre le principe de subsidiarité avec les règles de gestion administrative. Il est clair que la déconcentration est souhaitable, qu'il doit s'agir d'un principe devant guider les autorités publiques dans le partage des attributions, cela n'en fait pas pour autant l'application du principe de subsidiarité. Dans le cas des services déconcentrés, c'est toujours la même personne qui est en cause, c'est l'État, ces services ne sont pas distincts de l'État, ils ne peuvent avoir une volonté propre. Ainsi que l'écrit un auteur : "par hypothèse, les services déconcentrés sont des relais et des instruments au service des objectifs de l'État ; ils sont certes aussi chargés d'adapter, en fonction des circonstances locales, la manière dont ces objectifs peuvent être atteints ; ils n'ont jamais ni intérêts propres ni objectifs propres, ou alors ce serait faire consacrer le phénomène bureaucratique par la loi !" ¹.

2°/ Le domaine des relations entre l'état et les collectivités territoriales

S'il est un domaine où le principe de subsidiarité peut ou doit recevoir une application privilégiée, c'est bien celui des relations entre l'État et les collectivités locales. Celles-ci correspondent aux groupements "inférieurs" au sens de l'encyclopédie précitée. On pourrait même établir un parallèle entre la formule de groupements inférieurs, qui n'implique précisément aucun jugement de valeur, le terme d'inférieur ne faisant référence qu'à un niveau territorial ou "organisationnel", et l'expression de *collectivités secondaires*, qui a été largement utilisée dans notre pays et qui, elle, était profondément ambiguë car le terme de *secondaire* pouvait fort bien être interprété comme signifiant "d'importance seconde"².

Si, dans les autres pays européens, et pour des raisons variables qui sont fonction de l'histoire de chaque pays, les collectivités locales ont reçu des compétences généralement plus larges qu'en France, et ont effectivement pu les exercer³, dans notre pays cette définition des compétences locales, qui peut être une application juridique du principe de subsidiarité, a été très restrictive. À vrai dire, il y a dans les textes une notion dont on est tenté de faire une expression du principe de subsidiarité, c'est la célèbre notion d'"affaires locales". Si le principe de subsidiarité implique que les groupes inférieurs doivent pouvoir régler leurs propres *affaires*, si l'on reconnaît une initiative des autorités locales pour qualifier une affaire d'intérêt local, alors la formule selon laquelle "le conseil municipal règle, par

¹ J.-M. De Forges, "La subsidiarité et le droit public" in *Le principe de subsidiarité. De la théorie à la pratique*, Téqui 1993.

² On peut même se demander s'il y a vraiment eu ambiguïté, c'est là un jugement sans doute trop favorable à l'État. Ce dernier a bien eu tendance à traiter les collectivités locales comme des personnes de seconde zone, "mineures".

³ On pourrait citer en ce sens ce que l'on a improprement appelé le *socialisme municipal*. Chacun connaît la jurisprudence, qui a été, pendant de nombreuses années extrêmement stricte, du Conseil d'État, et qui a considérablement limité les interventions des communes, alors que chez nos voisins ces interventions n'ont pas soulevé la plupart du temps de semblables objections.

ses délibérations, les affaires de la commune”¹ pourrait être considérée, avant que l’on n’en parle vraiment dans notre pays, comme une application du principe de subsidiarité.

Une telle interprétation se heurte à d’évidentes objections. On peut faire valoir, notamment, qu’un tel rapprochement est plus qu’hasardeux : le législateur de 1884 n’a pas du tout pensé, en adoptant cette formule, au principe de subsidiarité, il ne lui a aucunement donné la portée que l’on est tenté de lui trouver aujourd’hui. L’un des arguments de ceux qui continuent de nier l’existence d’une clause générale de compétence est de faire valoir l’inconsistance de la notion d’affaires locales sur laquelle est basée la clause générale de compétence.

Ces arguments ne sont pas sans valeur, mais ils ne sont pas déterminants. Une notion acquiert une portée juridique, et pas seulement philosophique ou politique dès lors qu’une autorité publique (juge, législateur, à plus forte raison constituant) lui reconnaît une telle valeur. Le Constituant de 1946 n’a pas eu, non plus, le sentiment d’adopter des dispositions ayant une valeur normative, et les membres de l’assemblée constituante seraient sans doute très surpris de découvrir tout ce que les juges (administratif et constitutionnel) ont tiré des principes énoncés par le Préambule. Pour autant, et à juste titre, on ne considère pas cette démarche comme illégitime. De la même manière, la reconnaissance par le Constituant d’aujourd’hui du principe de subsidiarité éclaire rétrospectivement un certain nombre de notions qui ont été énoncées autrefois sans que leurs auteurs aient clairement conscience de la portée ultérieure de leurs affirmations.

Il est d’ailleurs possible de réconcilier les deux interprétations, moins opposées qu’il ne le semble dans une première approche. Juridiquement, il est incontestable que les collectivités territoriales n’ont que les compétences que leur reconnaît l’État, par l’intermédiaire privilégié du législateur². Mais, d’une part, le législateur ne pourrait probablement pas réduire ces compétences d’une telle manière que le principe de libre administration ne serait pas respecté, d’autre part le principe de subsidiarité ne détermine pas les compétences à attribuer aux collectivités territoriales, mais il donne à l’État une orientation à suivre dans cette attribution. C’est dire, également, que la reconnaissance du principe de subsidiarité n’apporte pas de réponse à toutes les questions que l’on peut se poser.

B/ Les questions soulevées par le nouvel article 72 alinéa 2

La nouvelle formulation constitutionnelle comporte des imprécisions ou peut donner lieu à de nombreuses questions. Parmi celles qui sont ainsi soulevées, deux d’entre elles méritent considération, celle de l’échelon de mise en œuvre des compétences, celle des finalités à prendre en compte.

¹ Rappelons que cette formule, qui n’existait que dans la loi communale de 1884, d’une part a été étendue, en 1982, au département, d’autre part a été appliquée à la région lors de la création de celle-ci.

² On pourrait très bien, comme cela se fait dans d’autres pays, fixer les compétences des collectivités territoriales directement dans la Constitution, même dans un État unitaire, mais ce n’est pas dans les habitudes de notre pays.

1°/ La question de l'échelon de mise en œuvre des compétences

L'alinéa 2 de l'article 72, dans sa formulation résultant de la loi constitutionnelle du 27 mars 2003 dispose que "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". Il faut bien reconnaître que cette formulation comporte une zone d'obscurité. Globalement l'idée est tout à fait compréhensible, encore que l'on peut se demander pourquoi le Constituant n'a pas plus directement consacré le principe de subsidiarité, puisque tout le monde est d'accord pour dire que c'est ce principe que retranscrit la disposition précitée. Il résulte des rapports comme des débats que le Constituant a entendu préciser un principe qui lui paraissait assez vague. Le problème est que la formulation adoptée n'apporte pas les clarifications que l'on voulait sans doute apporter, et qu'elle est peut-être plus obscure que le principe qu'elle entend traduire.

Certes, le terme de *vocation* n'est pas utilisé pour la première fois, des dispositions législatives antérieures relatives aux collectivités territoriales l'ont déjà consacré. Il n'en est pas pour autant clarifié. On sait ce qu'est une vocation pour une personne physique, il est beaucoup plus difficile de le dire pour une personne morale, même si on comprend l'idée. En tout état de cause ce terme n'a pas plus de contenu juridique que le principe de subsidiarité. La formule "les décisions pour l'ensemble des compétences (...) mises en œuvre à leur échelon" apparaît particulièrement laborieuse, et encore plus obscure, malgré les interventions parlementaires sur ce point : les compétences n'impliquent pas toujours, nécessairement, pour leur mise en œuvre, des décisions ; les décisions pour "l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux..." ne sont pas toutes les compétences ; quant aux compétences qui peuvent "le mieux", on peut se demander de quoi il s'agit car ce "mieux" est un jugement de valeur, non une règle de bonne gestion¹. On exonèrera en revanche le Constituant pour l'usage du terme "échelon", qui a déjà été utilisé dans le passé par plusieurs lois (ce qui n'est pas un argument), et qui correspond effectivement à un "niveau" territorial d'administration.

En revanche, une autre question que soulève nécessairement ce texte, mais qu'il laisse sans orientation de réponse, est celle de ce que l'on appelle quelquefois *l'échelon optimum*. La nouvelle disposition constitutionnelle oblige en effet à admettre qu'il existe, pour la "mise en œuvre" d'une compétence donnée, un échelon optimum. Mais comment, alors, déterminer cet échelon ? Le Constituant ne fournit ni critères ni indices sur lesquels le législateur pourrait s'appuyer, tout en l'imposant. Or, la difficulté est ici considérable. Il faut admettre, tout d'abord, qu'il n'existe pas, pour une matière, une compétence, un domaine, déterminé, un échelon optimum car au nom de quoi pourrait l'affirmer, alors que la simple observation démontre le contraire ? Dans un cas, l'échelon optimum peut être la région, dans un autre le département, dans un autre encore la communauté d'agglomération ou la

¹ On pourrait même s'interroger sur son adéquation par rapport à l'idée qui sous-tend le principe de subsidiarité, et se demander s'il ne s'agit pas d'une déformation de ce principe, ou d'une mauvaise compréhension de celui-ci.

communauté urbaine. La difficulté est redoublée, ensuite, par le fait que l'on ne peut *évidemment pas* (ou plus), prendre *une* matière, *un* domaine, mais qu'il faut en quelque sorte le "découper", parfois à plusieurs reprises : l'aide sociale, la culture, les transports, etc., ne relèvent jamais d'une seule catégorie de collectivités, il faut, pour décrire simplement la réalité, distinguer et sous-distinguer. Enfin, l'échelon à prendre en compte peut varier, pour une même compétence, selon la nature des actes à prendre. Tout ceci ne peut qu'être source de nombreuses difficultés.

2°/ La question des finalités à prendre en compte

On ne peut guère concevoir de réforme entreprise par une autorité, en l'espèce la plus élevée de notre ordre juridique puisqu'il s'agit du Constituant, sans une pensée directrice. Et si, *a priori*, les finalités poursuivies paraissent claires, il convient de s'interroger pour savoir si les finalités affirmées et apparentes sont bien celles qui expliquent la réforme, si d'autres finalités, non formulées ou non explicitées, et sous-jacentes, ne sont pas également de nature à en rendre compte.

Un premier objectif paraît clair, c'est celui de la décentralisation. Cet objectif est celui qui a été affirmé et revendiqué par le Premier Ministre, dont les convictions sur ce point paraissent assurées¹. Et il ne s'agit pas de contester le bien-fondé d'un tel objectif : la France est tellement marquée par la centralisation que tout ce qui va dans le sens d'une décentralisation est bienvenu. On voudrait cependant être sûr que tout le monde parle bien de la même chose lorsqu'il s'agit de décentralisation. Or, celle-ci n'est qu'en apparence une notion évidente, elle recouvre des réalités très différentes, des choix, également, qui peuvent être très différents. On peut même se demander si l'objectif de décentralisation est un objectif largement partagé. Il n'est pas certain que les Français veulent réellement la décentralisation. Ils la réclament paroles, mais la refusent en actes.

L'un des éléments de réponse à cette distorsion est l'attachement profond des Français, de manière quasi-viscérale, à un autre objectif, promis par beaucoup de partis, comme une sorte de Terre promise, la *démocratisation*. Pour des raisons qui tiennent à l'histoire et, probablement aussi, à ce que l'on appelle, par commodité, et faute de pouvoir l'expliquer autrement, à un "tempérament national", les citoyens français sont extrêmement sensibilisés, non pas tellement à la démocratie, dont on peut penser que d'autres peuples la réalisent mieux que nous en en parlant moins, mais la démocratisation. Celle-ci séduit plus que la démocratie parce qu'elle est une dynamique, qu'elle est toujours à réaliser, et que, également, on peut y mettre à peu près ce que l'on veut, elle est d'autant plus attirante que ses contours sont indéfinis, qu'elle peut servir de base à toutes sortes de revendications. La démocratisation est un mythe au sens où l'entendait Sorel, ce qui explique son succès. Il y a peut-être un certain malentendu avec la décentralisation, car certains la confondent avec la démocratisation, ce qu'elle n'est pas obligatoirement, la décentralisation étant

¹ V. à ce propos J.-M. Pontier, La République décentralisée de J.-P. Raffarin, *Rev. adm.* mars 2003, p. 187.

différente de la démocratisation, pouvant plus facilement, même, lui être contraire, pour des raisons assez faciles à comprendre.

Enfin un troisième objectif peut être poursuivi, c'est celui de l'*efficacité*, si l'on veut bien comprendre ce terme dans son sens le plus large, qui est également le plus vague. Les dirigeants sont nécessairement sensibles à cet objectif, qui peut aussi être plus simplement une exigence, parce qu'ils sont comptables de deniers publics et qu'ils disposent de moyens financiers limités pour servir des ambitions qui, elles, ne le sont pas. Sans le dire, sans le ressentir explicitement, les citoyens, ou certains d'entre eux, sont sensibilisés à cette exigence. La décentralisation est-elle le moyen d'assurer une plus grande efficacité de l'action publique ? La difficulté de cette question est que probablement personne n'est en mesure d'y apporter une réponse incontestable. Volontairement ou non, les partisans comme les adversaires de la décentralisation n'abordent pas ce sujet, ou répondent par prétéritection, et le doute subsiste. Il faudrait bien, un jour, mettre les choses à plat, ainsi que le dit la formule courante, et oser clairement dire que l'on ne peut tout avoir en même temps.

En d'autres termes, la liberté a toujours un prix. Et si les Français ont accepté de payer un prix élevé pour une liberté érigée en valeur absolue, il est assez étrange qu'ils ne l'ont guère revendiquée au profit des collectivités territoriales. Ils ont fait confiance à l'État pour transformer leur condition et la société, et très peu aux collectivités locales, tout en éprouvant un fort sentiment d'attachement à leur "clocher". Le principe de subsidiarité part d'une intuition ou, si l'on préfère, d'un présupposé, celui que le "bien" (au sens thomiste du terme) de la société est mieux réalisé en faisant confiance aux groupements qui sont les plus proches des citoyens que par de grandes structures anonymes. Il reste à vérifier que les Français, attachés, voire crispés sur un État plus rêvé que réalisé et qui s'épuise à satisfaire leurs revendications, sont effectivement prêts à accepter les conséquences du principe de subsidiarité. Le droit n'est évidemment pas en mesure de répondre et doit alors se taire.