

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Le principe de subsidiarité horizontale et la garantie des droits-créances en Italie

PERLO NICOLETTA

Référence de publication : Perlo, Nicoletta, « Le principe de subsidiarité horizontale et la garantie des droits-créances en Italie », Revue européenne de droit public, 2013, n° 4, p. 1725-1761.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail- publi@ut-capitole.fr

Le principe de subsidiarité horizontale et la garantie des droits-créances en Italie

SELON certains auteurs, l'Italie est en train de réaliser "une mutation épocale"¹ en matière de protection des droits-créances. Si la première phase de la protection sociale italienne s'ouvre après la fin de la deuxième guerre mondiale, avec l'affirmation du suffrage universel² et l'adoption de la nouvelle Constitution républicaine³, la consécration de la subsidiarité horizontale semble établir une nouvelle phase. Ce nouveau principe, introduit en 2001 dans la Constitution italienne⁴, attribue en effet une subjectivité sociale aux citoyens et comporterait ainsi l'exigence d'impliquer les individus dans l'organisation des prestations sociales. Le rôle de l'Etat et ses missions dans les différents domaines du social résulteraient alors profondément transformés. D'une forme d'interventionnisme étatique vouée à l'assistance et fortement centralisée, l'Italie semble se diriger vers une autre forme de l'intervention publique, capable d'associer à l'Administration l'initiative autonome des citoyens pour la détection des besoins de la collectivité et l'élaboration de solutions adaptées. Il ne s'agit pas pour l'Etat italien de se retirer des domaines du social, chargeant les citoyens de missions qui ont toujours relevé de la compétence publique en raison de leur nature et de leur importance. La subsidiarité horizontale impose à l'Etat de "privilégier les citoyens (...) dans l'exercice d'activités générales"⁵, en mettant en place de nouvelles mesures de protection et de garantie des droits-créances, qui passent, préférablement, par la collaboration paritaire et conjointe des acteurs publics et privés.

Afin d'évaluer l'impact réel de la subsidiarité horizontale sur la garantie et la protection des droits-créances, nous étudierons d'abord la signification du principe à la lumière de l'ensemble des principes constitutionnels. Seule une lecture rigoureuse de la Constitution permet en effet de dévoiler la portée et les racines d'un principe complexe, auquel souvent sont attribuées des significations contradictoires (I). Ensuite, l'analyse de l'application du principe permettra de vérifier la contribution effective de la subsidiarité horizontale à la réalisation des droits-créances, ainsi que la capacité du législateur italien à accueillir un nouveau modèle de protection de ces droits (II).

¹ G. RAZZANO, Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali, in: *Actes du colloque "I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza"*, Trapani, 8-9 juin 2012, pp. 49-50, www.gruppodipisa.it

² Décret n° 74 du 10 mars 1946.

³ Constitution de la République italienne, GU n° 298 du 27 décembre 1947. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948.

⁴ Art. 118, Const.

⁵ *Ibid.*

I. Droits-créances et subsidiarité horizontale: la théorie constitutionnelle

Les droits-créances et la subsidiarité horizontale ont leurs racines dans deux principes constitutionnels fondamentaux, la primauté de l'individu et la solidarité, et entretiennent une relation instrumentale (A). La subsidiarité horizontale se présente en effet comme un nouveau paradigme pour la garantie et la réalisation des droits-créances, fondé sur la collaboration paritaire entre l'Administration publique et les privés (B). L'association des personnes publiques et privées dans l'exercice d'activités d'intérêt général contribue également à faire évoluer la réflexion en matière de droits et libertés fondamentaux, concourant au dépassement de la dichotomie traditionnelle entre les droits-libertés et les droits-créances (C).

A. Les fondements constitutionnels communs des droits-créances et de la subsidiarité horizontale

En 1946, la reconnaissance des droits-créances marque la nette volonté des constituants de rompre avec le passé autoritaire de l'Etat fasciste. Si le régime de protection sociale a été sans doute renforcé à l'époque mussolinienne, il était toutefois remis à la volonté discrétionnaire des autorités publiques. L'Italie républicaine, en revanche, pose comme fondement des nouveaux droits socio-économiques, d'une part, le droit des citoyens à l'égalité sociale⁶, et, d'autre part, la primauté substantielle de la personne humaine par rapport à l'Etat. Les constituants opèrent ainsi une mutation profonde de la finalité de l'Etat. Les libéraux, les catholiques et les marxistes trouvent une base commune autour de l'idée que l'Etat doit être au service de la personne⁷, afin de "lever les obstacles d'ordre économique et social qui, limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens empêchent le plein développement de la personne humaine et la participation de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du Pays"⁸. En ce sens, s'affirme également "la primauté constitutionnelle comme primauté de la société par rapport à l'Etat"⁹.

Face à l'industrialisation et à la démocratisation des processus décisionnels¹⁰ de l'après-guerre, la nouvelle République italienne, comme bien d'autres anciens Etats libéraux, trouve dans l'Etat-providence la réponse à l'insécurité sociale dérivant du libre jeu des forces sociales¹¹ et des mécanismes spontanés du marché. Aux droits-libertés issus de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 se rajoutent ainsi les droits-créances, qui exigent pour leur réalisation, l'action

⁶ M. MAZZIOTTI, Diritti sociali, in: *Enc. dir.*, XII, p. 803.

⁷ V. G. RAZZANO, Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali, *op. cit.*, p. 9-10.

⁸ Art. 3, Const.

⁹ G. BERTI, Immagini e suggestioni del principio di uguaglianza, in: *Scritti in memoria di L. Paladin*, I, Napoli, p. 185. V.: art. 2, Const.

¹⁰ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA.), 1971.

¹¹ A. BALDASSARE, Diritti sociali, *Enc. Giur.*, XI, 1989, p. 3.

positive de l'Etat. S'établit alors la dichotomie doctrinaire classique entre les droits-libertés et les droits-créances, fondée sur la modalité de leur garantie. Les libertés d'époque libérale seraient "négatives", imposant l'abstention de l'Etat de toute intervention. En revanche, les droits-créances de l'après-guerre seraient "positifs", exigeant l'action de l'Etat pour leur pleine réalisation¹².

Jusqu'en 1997, l'Etat central a été la seule autorité publique légalement reconnue pour agir afin de garantir et protéger les droits-créances¹³. Toutefois, cet exclusivisme étatique se mal conciliait avec le principe du pluralisme qui est l'un des piliers de la Constitution de 1948. Les articles 2 et 5 de la Constitution, reconnaissant et valorisant le rôle, respectivement, des formations sociales et des autonomies locales, ouvraient de fait la possibilité théorique que d'autres personnes, publiques et privées, interviennent dans la création et l'organisation des prestations sociales. D'ailleurs, la Cour constitutionnelle, bien avant la grande réforme de décentralisation politico-administrative de la fin des années quatre-vingt-dix, avait affirmé le principe du "pluralisme des institutions en relation à la possibilité du pluralisme dans les institutions" et le "dépassement du principe de publicisation généralisée"¹⁴. Les juges avaient ainsi confirmé l'option d'un modèle de protection sociale non entièrement absorbé par l'Etat central¹⁵.

La révision du Titre V, seconde partie, de la Constitution, faisant suite à la loi "Bassanini" de 1997¹⁶, instaure enfin un nouveau modèle d'organisation administrative qui valorise fortement les autonomies locales et qui reconnaît le rôle essentiel des citoyens, seuls ou associés, dans l'exercice d'activités d'intérêt général. Le constituant introduit ainsi dans le système italien, le principe de subsidiarité, dans ses deux dimensions, verticale et horizontale. La subsidiarité pose la règle fondamentale selon laquelle doit être favorisée l'intervention des sujets les plus proches aux intérêts en cause. Toutefois, si la subsidiarité verticale implique les personnes publiques, la subsidiarité horizontale concerne en revanche les individus et les formations sociales. La subsidiarité a alors une double nature: une nature politique, qui est celle de la subsidiarité verticale, fondée sur la représentation exprimée à travers les mécanismes de la démocratie électorale; et une nature sociale, celle de la subsidiarité horizontale, fondée sur la représentation naturelle des formations sociales et des corps intermédiaires qui composent la société¹⁷.

¹² V. P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 401-402. Cette dichotomie a par la suite été sérieusement remise en cause. V. *infra*.

¹³ Dans les années soixante-dix, le principe du pluralisme a en effet été bafoué par la politique législative en matière de collectivités territoriales. Cette politique a "contribué à l'affirmation d'un pluralisme institutionnel foncièrement mono-typique, dans lequel les différences concernent la dimension des collectivités et non par leur qualité". A. D'ATENA, *Forma Stato. Dalla piramide all'arcipelago*, *Impresa e Stato*, 1996, p. 44.

¹⁴ Cour const. n°173/1981 et n°396/1988, *Le Reg.*, 1988, II, p. 1331, note de E. Ferrari, "La Corte e la legge Crispi: il nome e la 'effettiva natura' delle istituzioni (e della libertà) di assistenza".

¹⁵ G. RAZZANO, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, *cit.*, p. 45.

¹⁶ Loi n° 59 du 15 mars 1997.

¹⁷ G. PASTORI, *Il principio autonomistico*, *Dir. pubbl.*, 1997, p. 680; A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 282.

La dimension verticale de la subsidiarité¹⁸ est “propédeutique”¹⁹ à la dimension horizontale, sous les profils, à la fois, culturel et juridique. L’exercice effectif de fonctions politico-administratives par les communes, les provinces et les régions a représenté en effet une condition essentielle pour que la subsidiarité horizontale puisse se manifester. L’application de la subsidiarité verticale induit le législateur d’abord et le constituant par la suite à renverser les critères d’attribution des compétences législatives et des fonctions administratives²⁰ : l’Etat devient titulaire de compétences spéciales, exercées seulement en relation aux matières qui lui sont réservées²¹. Au-delà de ces domaines, le pouvoir législatif est attribué aux régions, qui se trouvent ainsi à exercer un pouvoir législatif de droit commun²². Les fonctions administratives sont en revanche attribuées, en voie générale, aux communes²³. L’attribution de compétences à l’échelle la plus basse de la gouvernance territoriale, plus proche des formations sociales et des citoyens qui vivent et font vivre la collectivité locale, a alors permis de reconnaître la valeur des actions menées par les citoyens dans l’intérêt général et leur contribution fondamentale à la pleine réalisation des droits-créances.

Le dernier alinéa de l’article 118 de la Constitution, relatif aux fonctions administratives des collectivités territoriales, affirme ainsi:

“L’Etat, les régions, les villes métropolitaines, les provinces et les communes favorisent l’initiative autonome des citoyens, seuls ou associés, pour l’exercice d’activités d’intérêt général, sur le fondement du principe de subsidiarité”²⁴.

¹⁸ Sur le principe de subsidiarité verticale en Italie v.: L. VANDELLI, *Du régionalisme au fédéralisme?*, *Pouvoirs*, 2002/4, n° 103, pp. 81-91 ; M.-P. ELIE, *L’Italie, un Etat fédéral?*, *RFDC*, 2002/4, n° 52, pp. 749-757; F. BIGLIONE, *Le régionalisme italien, bilan et perspectives*, in: J.-F. BRISSON (dir. par), *Les transferts de compétences de l’Etat aux collectivités locales*, Paris, L’Harmattan, 2009, pp. 129-157.

¹⁹ G. RAZZANO, *La sussidiarietà orizzontale fra programma e realtà*, 2005, Astrid, <http://www.astrid-online.it/Sussidiari/Studi-e-ri/Razzano-s.o.-fra-programma-e-realt-.pdf>.

²⁰ Loi const. n° 3 du 18 octobre 2001.

²¹ Art. 117, 2° al.

²² Par ailleurs, selon les matières, la loi régionale possède une extension différenciée: pour les matières listées dans le 3° alinéa de l’article 117, la région est titulaire d’un pouvoir législatif concurrent, alors que la fixation des principes fondamentaux de la réglementation est réservée à l’Etat. Pour les autres matières, exclues de cette liste, la région possède un pouvoir législatif exclusif ou, selon l’expression préférée par les interprètes, résiduel. En matière de droits-créances, existe une compétence concurrente en relation à la prévoyance sociale complémentaire et intégrative, l’éducation, la protection de la santé, la protection et la sécurité du travail (art. 117, 3° al.). La compétence résiduelle concerne en revanche l’assistance, le droit de faire des études, l’éducation et la formation professionnelle, et l’organisation de la santé publique (art. 117, 4° al.). V. F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di eguaglianza sostanziale*, *Diritto pubblico*, 2011, n° 1, pp. 249-292.

²³ Art. 118, Const.

²⁴ La loi n° 59 du 15 mars 1997, “Bassanini”, proposant un nouveau modèle d’organisation administrative, avait déjà introduit la dimension horizontale de la subsidiarité (art. 4, 3° al.). Trois ans après, le Texte unique sur les collectivités territoriales (décret législatif n° 267 du 18 août 2000) réaffirme l’exigence que “les communes et les provinces remplissent leurs fonctions également au travers d’activités qui peuvent être exercées de façon adéquate par l’initiative autonome des citoyens et de leurs organisations sociales” (art. 3, 5° al.). Le législateur met ainsi les bases pour la consécration constitutionnelle du principe.

Il s'agit là d'une norme programmatique²⁵, dont la détermination du contenu varie en fonction de l'appartenance idéologique qui lui est attribuée²⁶. Pour une partie de la doctrine, il semblerait un principe marqué par une forte empreinte libérale. Accentuant la composante liée à l'expansion de la liberté individuelle, la subsidiarité horizontale est invoquée en soutien d'un Etat *minimum*, qui limite toute intervention dans la société, y compris dans les domaines du social²⁷. En revanche, s'il est mise en exergue la valorisation des corps et des formations intermédiaires, la subsidiarité horizontale est considérée comme l'instrument pour imposer les intérêts particuliers des groupes. Elle sous-tendrait alors une vision organiciste et corporatiste de l'organisation publique, portant atteinte au pluralisme, principe directeur de la Constitution républicaine²⁸. Enfin, si on considère le principe comme issu de la doctrine sociale de l'Eglise catholique, son contenu et sa portée diffèrent encore. La doctrine catholique prend en compte les deux profils de la subsidiarité horizontale²⁹: d'une part le profil négatif, comportant l'obligation pour l'Etat de respecter la primauté de l'individu et des corps intermédiaires; d'autre part, le profil positif, obligeant l'Etat à intervenir afin de garantir des conditions de vie convenables à tous les citoyens et de favoriser et accompagner la libre initiative des corps intermédiaires³⁰.

Au-delà des disputes idéologiques, le texte constitutionnel demeure la référence pour interpréter un principe, certes complexe, mais qui, à la lumière de l'ensemble des valeurs constitutionnelles, a une signification bien précise. Fondièrément, la subsidiarité horizontale est issue des deux principes qui fondent et protègent les droits-créances: la primauté de la personne humaine et la solidarité, affirmés par l'article 2, d'une part, et le principe d'égalité substantielle, consacré par le 2^e alinéa de l'article 3³¹.

L'hypothèse que la subsidiarité horizontale puisse conduire à un libéralisme effréné est alors contredite par le deuxième article de la Constitution italienne, qui, tout en reconnaissant, à la fois,

²⁵ P. CARETTI, *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 223; V. Q. CAMERLENGO, Art. 118, in: R. BIFULCO *et al.* (dir. par), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 2350.

²⁶ P. DURET, La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto, *Jus*, 2000, p. 96 et s.

²⁷ M. CHITI, Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo, in: F. ROVERSI MONACO (dir. par), *Sussidiarietà e Pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 1997, p. 85; G. FERRARA, La revisione costituzionale come figurazione, *Pol. Dir.*, 1998, p. 103.

²⁸ P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 48.

²⁹ Les encycliques de Léon XIII *Rerum Novarum*, de 1891 et de Pie XI *Quadragesimo Anno* de 1931 énoncent pour la première fois le concept de subsidiarité. V.: A. DELCAMP, Principe de subsidiarité et décentralisation, *RFDC*, 23, 1995, p. 614; J.-M. PONTIER, La subsidiarité en droit administratif, *RDP*, 1986, p. 1515; S. CASSESE, L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea, *Foro it.*, 1995, V, p. 373.

³⁰ G. FELICIANI, Sussidiarietà, ad vocem, *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, Milano, 2004, pp. 87 et s.

³¹ V.: V. CERULLI IRELLI / R. CAMELI, Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea costituente, Astrid, <http://www.astrid-online.it/Sussidiari/Contributi/principio-sussidiariet--assemblea-costituente.pdf>

la suprématie de l'individu sur l'Etat et l'importance des organisations sociales³², oriente l'action des citoyens, exigeant qu'ils remplissent les devoirs essentiels "de solidarité politique, économique et sociale". L'exercice d'activités d'intérêt général à l'initiative des citoyens, seuls ou associés, constitue donc l'expression des deux dimensions de l'article 2: d'une part, le droit des personnes de se développer en société au travers d'initiatives autonomes, individuelles ou collectives et, d'autre part, la nécessité que ces initiatives, inspirées par les principes de la solidarité sociale³³, contribuent à l'épanouissement de la communauté d'appartenance.

La conception libérale de la primauté de l'individu est ultérieurement tempérée par le caractère social de la République italienne, affirmé avec force par l'article 3³⁴. La subsidiarité, dans ses deux dimensions verticale et horizontale, n'exclue pas l'intervention de l'Etat central, bien au contraire elle l'impose. L'Etat demeure seul compétent pour la détermination des niveaux essentiels des prestations sociales qui doivent être garanties sur tout le territoire national³⁵. De même, si l'application de la subsidiarité horizontale peut être à la base de politiques de déréglementation administrative et de libéralisation, cela est possible seulement à la condition que cela n'aille pas "au détriment des intérêts publics ou des devoirs de solidarité sociale"³⁶. L'Etat a un droit et un devoir de regard sur les activités d'intérêt général exercées à l'initiative des citoyens. Si ces derniers ne satisfont pas les besoins collectifs, les collectivités publiques doivent intervenir pour garantir les droits-créances et les libertés fondamentales.

La subsidiarité n'exclue donc pas l'interventionnisme étatique, mais elle transforme les modalités et les finalités de l'action publique. Elle implique le *subsidium*, c'est-à-dire le devoir d'intervention et de soutien de la part d'un groupe plus grand en faveur d'un groupe plus restreint, une sorte d'aide du haut en bas, dans le but de garantir la cohésion du corps politique³⁷. Et cela en harmonie avec les principes constitutionnels relatifs aux droits-créances, et notamment la solidarité et l'égalité substantielle. Ainsi, la subsidiarité horizontale ne tend pas à marginaliser l'intervention de l'Administration limitant son action³⁸. Le dernier alinéa de l'article 118 ne répond pas à la question: "Public oui - Public non?", mais plutôt à l'interrogation: "Public comment?"³⁹. La réponse

³² "La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, en tant qu'individu et dans les organisations sociales dans lesquelles celui-ci développe sa personnalité".

³³ Sur le principe de solidarité v.: Cour const., 28 février 1992, n° 75, *Giur. cost.*, 1992, p. 404 et s.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, pp. 55 et s.

³⁴ V. *supra*.

³⁵ Art. 117, al. 2, lettre m). Bien avant la réforme, la Cour constitutionnelle avait déjà affirmé "la nécessité d'assurer l'uniformité [des prestations] sur tout le territoire national" et, s'il est nécessaire, de mettre en œuvre des mesures de péréquation en faveur des collectivités en difficulté. Cour const., arrêt n°215/1992. V.: A. D'ALOIA, *Autonomie territoriali e "autonomie sociali" nelle dinamiche di garanzia del principio di uguaglianza sostanziale*, in: *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2001, p. 95.

³⁶ M. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, *cit.*, p. 96.

³⁷ G. RAZZANO, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, *op. cit.*, p. 46.

³⁸ A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 118; G. FERRARA, *Revisione costituzionale e principio di sussidiarietà: due sfigurazioni*, *Nuova fase*, 1997, p. 65.

³⁹ A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, *Quaderni costituzionali*, 2001, n° 1, p. 29.

fournie part du constat que les formations sociales, tout comme les collectivités territoriales, apparaissent comme des acteurs incontournables de l'intervention dans les secteurs sociaux, puisqu'en raison de leur proximité aux bénéficiaires, sont les plus adaptées à fournir des réponses intégrées et préventives aux besoins actuels et potentiels des individus⁴⁰. Le principe prône alors la collaboration entre les pouvoirs publics et les citoyens, en vue de la poursuite de l'intérêt général.

La section consultative du Conseil d'Etat italien a validé cette interprétation en 2003⁴¹, faisant de la subsidiarité horizontale un principe-cadre des relations entre le public et le privé. Pour le Conseil:

“Le principe de subsidiarité horizontale (...) constitue désormais le critère propulsif déterminant la structure du rapport entre le public et le privé dans la réalisation de finalités collectives. Cela trouve son fondement dans la conception d'un Etat qui protège et réalise le développement de la société civile à partir du bas, à partir du respect et de la mise en valeur des énergies individuelles, à partir de la libre interprétation des besoins collectifs par les individus”.

De même, les différents textes normatifs régionaux adoptés après 2001 et faisant référence explicite à la subsidiarité horizontale⁴², rendent évident que le principe de subsidiarité horizontale ne saurait se réduire à un simple critère de répartition des compétences entre public et privé, exclusivement fondé sur des critères d'efficacité et d'efficience économiques. Interprétant le principe au regard de l'ensemble des valeurs constitutionnelles, les législateurs régionaux considèrent la subsidiarité horizontale comme un instrument tendant:

“à l'amélioration du niveau des services, au dépassement des inégalités économiques et sociales, à la promotion de la citoyenneté active humanitaire, entendue comme participation effective des citoyens à l'organisation solidaire de la communauté, manifestant un intérêt actif pour les biens civiques, culturels et moraux de la communauté et favorisant la collaboration des citoyens et des formations sociales, selon leurs spécificités respectives, à l'administration paritaire de la chose publique, pour la valorisation de la personne et du développement solidaire de la communauté”⁴³.

La vraie portée de l'article 118 réside donc, d'une part, dans la légitimation de l'alliance entre l'administration et les citoyens et, d'autre part, dans l'inversion du flux traditionnel des

⁴⁰ G. RAZZANO, Lo “statuto” costituzionale dei diritti sociali, *op. cit.*, p. 46.

⁴¹ Cons. Stato, avis, 25 août 2003, n° 1440, www.giustizia-amministrativa.it

⁴² Trois régions ont donné une réglementation spécifique au principe de subsidiarité horizontale (Loi régionale Campania n° 12 du 1^{er} juillet 2011; loi régionale Ombrie n° 16 du 4 décembre 2006; Loi régionale Calabre n° 29, 28 juin 2012). D'autres régions ont inscrit le principe dans leurs statuts (régions Toscane, Piémont, Abruzzes, Emilie-Romagne et Ligurie).

⁴³ Art. 2, 2^e al. de la loi régionale Calabre *cit.* Dans le même sens: les statuts des régions Toscane, Piémont, Abruzzes, Emilie-Romagne et Ligurie (v.: F. MOI, *La sussidiarietà orizzontale*, www.consiglio.regione.toscana.it) et l'art. 2 de la loi régionale de la Campania *cit.*, et l'art. 1^{er} de la loi régionale de l'Ombrie *cit.*

décisions, de *top down* à *bottom up*, par la reconnaissance et la promotion des initiatives autonomes des citoyens⁴⁴.

B. La subsidiarité horizontale et l'“administration partagée” des droits-créances

Traditionnellement, le droit administratif s'est structuré autour d'un “paradigme bipolaire”⁴⁵, concevant le rapport entre l'Administration et les citoyens comme une opposition continue entre deux pôles inégaux et en conflit⁴⁶. La reconnaissance des droits socio-économiques par les nouvelles chartes constitutionnelles de l'après-guerre avait déjà remis en partie en cause les caractères conflictuel et hiérarchique de la relation entre l'Administration et les administrés. A l'Etat-gendarme, qui agissait essentiellement pour le maintien de l'ordre public et la défense de la collectivité contre les dangers extérieurs, s'accompagnait⁴⁷ désormais un Etat-providence, “prêt à répondre à tous les besoins de la vie sociale”⁴⁸, par la prestation de services aux citoyens. La nouvelle “citoyenneté sociale”⁴⁹, fondée sur le droit au bien-être, enrichit ainsi la relation entre l'administration et les individus: le binôme “fonction-intérêt”⁵⁰ s'ajoute au binôme “autorité-liberté”. L'individu passe de la condition de simple administré à celle de “citoyen”⁵¹ et une partie importante des réformes de modernisation administrative se concentre sur l'amélioration de la qualité du service rendu et le renforcement de la protection des droits des usagers. Cette évolution amène certains auteurs à constater que l'objet du droit administratif tend à se transformer de “droit de l'action de l'administration” en “droit de la protection des droits des administrés”⁵².

⁴⁴ G. C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 56-57; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 68.

⁴⁵ S. CASSESE, L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato, *Riv. trim. d. pubbl.*, 2001, p. 602.

⁴⁶ En ce sens également: D. TRUCHET, *Droit administratif*, Paris, PUF, 2011, p. 45.

⁴⁷ Il n'existe pas une séparation nette entre l'Etat-gendarme et l'Etat-providence. L'Etat contemporain recoupe les deux modalités d'intervention, qui sont fortement intégrées et complémentaires. En ce sens: G. DUPUIS / M.-J. GUEDON / P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Paris, Sirey, 2011, p. 529; G. ARENA, *Cittadini attivi*, Bari-Roma, Laterza, 2006, p. 8.

⁴⁸ G. DUPUIS / M.-J. GUEDON / P. CHRETIEN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁹ Sur la notion de “citoyenneté sociale” v.: A. LE PORS, *La citoyenneté*, Paris, PUF, 1999, pp. 59-62; P. HASSENTEUFEL, L'Etat-providence ou les métamorphoses de la citoyenneté, *L'année sociologique*, vol. 46, n° 1, 1996, pp. 127-130.

⁵⁰ G. ARENA, *Cittadini attivi*, *op. cit.*, p. 9.

⁵¹ En Italie, la loi n° 241 du 7 août 1990 a utilisé pour la première fois le terme “citoyens” à la place d’“administrés” (S. CASSESE, dir. par, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 17 et s.).

⁵² P. SOLER-COUTEAUX, Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif, in: *Mélanges Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 377; M. FROMONT, L'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne, in: *Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1117.

Les politiques encourageant la participation des citoyens aux procédures décisionnelles de l'Administration publique⁵³ perturbent davantage le paradigme classique. Qu'elle soit contraignante ou bien prestataire de services, l'action administrative ne s'adresse plus à un simple destinataire passif, mais à un citoyen "plus ou moins reconnu sujet actif"⁵⁴.

Toutefois, le paradigme bipolaire, s'il résulte indéniablement affecté par ces transformations, ne saurait pas en être dépassé: les citoyens participent à une procédure dont le contrôle demeure toujours dans les mains de l'Administration. Le destinataire de l'action publique reste donc, fondamentalement, un sujet passif⁵⁵.

La subsidiarité horizontale, en revanche, révolutionne les rôles de l'Administration et des citoyens. Ce principe comporte en effet que l'Administration favorise et privilégie l'initiative autonome des citoyens dans l'exercice d'activités d'intérêt général. Que les privés puissent agir dans l'intérêt général n'est pas une nouveauté: depuis longtemps les pouvoirs publics confient des fonctions d'intérêt public à des privés, dans le cadre d'un rapport instrumental. Le caractère novateur du principe réside en revanche dans le fait que les privés peuvent s'activer dans l'intérêt général de façon autonome, sans attendre que l'Administration les autorise ou leur demande de le faire.

Ainsi, si le paradigme traditionnel est vertical, bipolaire, hiérarchique et unilatéral, le nouveau modèle de l'"administration partagée"⁵⁶ est horizontal, "multipolaire, paritaire et circulaire"⁵⁷. Le paradigme n'est plus fondé sur le transfert de ressources publiques aux privés, mais sur la mise en commun de ressources privées et publiques, dans la poursuite de l'intérêt général. Les citoyens ne se substituent pas à l'Administration. Il s'agit là d'une véritable alliance entre des sujets paritaires, autonomes et responsables, finalisée à la satisfaction de besoins collectifs. Le modèle de l'administration partagée, issu de la subsidiarité horizontale, se rajoute ainsi au modèle traditionnel, constituant une réponse adaptée à la complexification des dynamiques sociales et à la nécessité d'y faire face valorisant les interconnexions entre les acteurs publics et privés.

⁵³ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010.

⁵⁴ G. DUPUIS, *et al.*, *Droit administratif, op. cit.*, p. 26. Sur la conception active de l'usager v. également: J. CHEVALLIER, De l'administration démocratique à la démocratie administrative, *cit.*, pp. 222-223.

⁵⁵ D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 151-152; U. ALLEGRETTI, Il valore della Costituzione nella cultura amministrativistica, *D. pubbl.*, 2006, p. 768.

⁵⁶ Cette notion est élaborée par la doctrine italienne à partir de la fin des années quatre-vingt-dix. V.: G. ARENA, Introduzione all'amministrazione condivisa, *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117-118, 1997, pp. 29 et s.

⁵⁷ G. ARENA, *Cittadini attivi, op. cit.*, p. 29.

C. La subsidiarité horizontale et la reconnaissance de la “liberté sociale”

La distinction traditionnelle entre les droits-libertés et les droits-créances, fondée sur la modalité de leur garantie, semble fortement affectée par l'introduction du principe de subsidiarité horizontale⁵⁸. En effet, la subsidiarité oblige l'Etat et les collectivités territoriales à intervenir davantage, à la fois, dans des activités relevant de l'Etat-providence, et dans celles relevant de l'Etat de droit⁵⁹. S'il est vrai que l'acteur public n'a plus le monopole des prestations sociales, il demeure toutefois incontournable pour satisfaire les exigences des services universels, pour établir les critères généraux d'intervention et pour exercer un contrôle sur la qualité des services⁶⁰.

Libertés et droits-créances sont donc étroitement liées: les individus sont libres de s'organiser pour exercer des activités qui répondent à des exigences sociales d'intérêt général, tout en étant soutenus par les pouvoirs publics, qui gardent un droit de regard sur la qualité du service afin de s'y substituer en cas d'échec de la part de l'acteur privé. Se développe ainsi dans la jurisprudence constitutionnelle le concept de “liberté sociale”, consistant dans le “lien inéliminable d'appartenance active qui unit l'individu à la communauté des hommes”⁶¹. La Cour fonde la liberté sociale de la personne sur les articles 2, 17 et 18 de la Constitution, qui consacrent, respectivement, les droits inviolables de la personne et ses devoirs de solidarité, la liberté de réunion et la liberté d'association. La liberté sociale consisterait donc dans le droit des individus d'agir de façon autonome pour la réalisation d'un but social, contribuant par leur action libre et indépendante, à la pleine réalisation des droits-créances et au bien-être de la communauté à laquelle ils appartiennent⁶².

⁵⁸ La doctrine depuis longtemps met en exergue les limites d'une distinction nette entre les libertés et les droits-créances. M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, *cit.*, pp. 805-806, a montré l'existence de droits-créances qui n'exigent pas une action législative (par ex. le droit à un salaire équitable, art. 36 Const.) et, en revanche, l'existence de droits-libertés, comme les droits civils, dont la protection effective impose une organisation juridictionnelle, et donc une intervention législative. V. aussi P. CARETTI, *op. cit.*, p. 402.

⁵⁹ I. COLOZZI, *La sussidiarietà come principio regolatore del nuovo stato sociale*, *Sociologia e politiche sociali*, 1998, n° 1, p. 58.

⁶⁰ V. Libro bianco sul welfare, *La vita buona nella società attiva*, présenté par le Ministre du travail, de la santé et des politiques sociales en mai 2009, p. 60.

⁶¹ L'expression est contenue dans l'arrêt n° 75/1992. Le concept de liberté sociale est développé par la suite dans les arrêts n° 50/1998, n° 300 et n° 301/2003. Sur l'arrêt n° 75/1992, v.: E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato*, *Giur. cost.*, 1992, p. 2348 ss.; F. RIGANO, *L'attuazione dei principi della legge sul volontariato: l'istituzione dei registri regionali*, *Le Regioni*, 1993 p. 120 ss.; G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in: C. CITTADINO (dir. par), *Dove lo Stato non arriva Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Passigli Ed., Firenze, 2008, p. 25 ss.

⁶² La Cour a, par exemple, soustrait les fondations bancaires à une série de contrôles publics leur attribuant la qualité de “sujets de l'organisation des libertés sociales”, c'est-à-dire des sujets qui opèrent dans un but d'utilité sociale. Cour const., arrêt n° 300 et n° 301/2003.

II. Droits-créances et subsidiarité horizontale: la pratique

Le principe de subsidiarité horizontale est un principe relationnel: d'une part les citoyens, de l'autre l'Administration. Les deux collaborent au travers d'une action intégrée et partagée afin de satisfaire l'intérêt général et de donner pleine réalisation aux droits-créances. Il paraît donc nécessaire de déterminer d'abord l'identité des sujets impliqués par le principe (A), pour ensuite analyser les objets de la subsidiarité horizontale (B) et les modalités d'interaction entre les collectivités publiques et les individus (C).

A. Les sujets de la subsidiarité horizontale

Le dernier alinéa de l'article 118 de la Constitution italienne établit que les deux acteurs de la relation de subsidiarité horizontale sont d'une part l'Etat et les collectivités territoriales - régions, villes métropolitaines, provinces et communes - et, d'autre part, les "citoyens, seuls ou associés". Le choix du terme "citoyens", à la place de "particuliers" ou de "personnes privées", indique la volonté du législateur italien de relier à leur communauté d'appartenance ceux qui s'activent dans l'intérêt général⁶³. La notion contenue dans l'article 118 de la Constitution italienne ne renvoie pas à la conception classique de "citoyenneté politique", mais plutôt à celle nouvelle et plus étendue de "citoyenneté administrative", composée d'un ensemble de situations juridiques subjectives dont peuvent être titulaires tous ceux qui entrent en relation avec l'Administration nationale⁶⁴. Ainsi, les "citoyens", acteurs de la subsidiarité horizontale, ne sont pas seulement ceux qui disposent des droits civiques, mais tous ceux qui ont à faire avec l'Administration italienne, telles que les personnes physiques d'autres pays et les personnes morales italiennes et étrangères⁶⁵.

Le législateur tient ensuite à spécifier que l'initiative d'exercer des activités d'intérêt général peut venir de citoyens "seuls ou associés". Si l'individu demeure central dans la réalisation du principe de subsidiarité horizontale, cependant, la doctrine reconnaît de façon unanime que la référence au "citoyen seul" n'a pas une portée effective. L'article 118 tend surtout à encourager le rôle et les activités des associations de personnes, les ainsi dites *formazioni sociali* - formations sociales -. La dimension collective des intérêts concernés par la disposition exige une organisation que seule une pluralité d'individus peut assurer. D'ailleurs, la consécration du principe de

⁶³ G. ARENA, *Cittadini attivi*, op. cit., p. 147.

⁶⁴ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 156; D. TRUCHET, *Droit administratif*, op. cit., pp. 145-146.

⁶⁵ V. Q. CAMERLENGO, Art. 118, *op. cit.*, p. 2351; C. MAINARDIS, Art. 118, in: S. BARTOLE / R. BIN (dir. par), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 1074; D. DONATI, La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, limiti e ruolo della concorrenza, in: D. DONATI / A. PACI (dir. par), *Sussidiarietà e concorrenza: una nuova prospettiva per la gestione dei beni comuni*, Bologna, Il Mulino, 2010.

subsidiarité horizontale a été spécifiquement conçue pour accompagner et favoriser l'affirmation croissante du "Tiers secteur"⁶⁶.

En ce sens, en 2003, dans un avis rendu au gouvernement⁶⁷, le Conseil d'Etat italien, intègre le concept sociologique⁶⁸ de "*cittadinanza societaria*" - citoyenneté sociétaria -⁶⁹. Sur la base de cette citoyenneté, pour le Conseil, doivent être "repensées les pratiques de la démocratie", reconnaissant "l'existence de systèmes de base dotés d'une capacité intrinsèque de gestion des intérêts sociaux. Dans ces systèmes le développement des relations et le choix des moyens pour l'atteinte d'un but équitable et adapté sont remis à la capacité des organisations sociétales d'interpréter et gérer les besoins de la collectivité de référence".

Il ne faut toutefois pas oublier les risques liés à l'attribution d'un rôle si important aux formations sociales. Ces dernières pourraient en effet arriver à court-circuiter les instances des citoyens et les réponses à leurs besoins, au détriment du modèle de la représentation démocratique. Le risque serait alors la perte de la capacité politique et juridique de l'individu, à cause d'une délégation vague et imprécise à des corps sociaux intermédiaires dont la légitimation, la représentation et la responsabilité ne sont pas pleinement définies par les autorités publiques.

Par conséquent, l'intensification des relations horizontales entre l'Administration et les citoyens ne doit et ne peut pas conduire à l'attribution de la détermination des choix fondamentaux en matière sociale aux organisations les plus fortes, au détriment de la majorité politique démocratiquement élue. Pour éviter cela, une partie de la doctrine suggère de concentrer la réflexion relative à la subsidiarité horizontale autour de l'individu⁷⁰, de ses droits, de leurs évolutions et de leurs garanties. La liberté de l'individu ne peut jamais être limitée par celle des formations sociales⁷¹. "La subsidiarité n'est pas une délégation, mais une assomption de responsabilité, tout d'abord personnelle, et collective par la suite"⁷².

Une fois cela précisé, quelles sont alors les organisations sociétales actrices de la subsidiarité horizontale? La subsidiarité horizontale s'exprime "dans des formes différentes de l'entreprise" à but lucratif, et concerne principalement la famille, les associations, les fondations⁷³,

⁶⁶ F. PIZZOLATO, Il principio di sussidiarietà, in: T. GROPPI/M. OLIVETTI (dir. par), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 203.

⁶⁷ Cons. Stato, avis, 25 août 2003, n° 1440, *cit.*, v. G. RAZZANO, Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese, *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 718 ss.

⁶⁸ V. P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, Laterza, Roma-Bari, 1993-2000, p. 101 ss.

⁶⁹ La loi régionale de l'Ombrie, *cit.*, reprend à l'article 1 le concept de *cittadinanza sociale*, fondé sur les principes de participation, responsabilité sociale et collaboration.

⁷⁰ A. PACE, Violazione della "libertà sociale" o, piuttosto, restrizione della "libertà individuale"?, *Giur. cost.*, 1998, p. 584, au sujet de l'arrêt C. Const. n°50/1998. Pace critique la décision de la Cour et considère "inventé" le concept de liberté sociale.

⁷¹ En ce sens: A. POGGI, Il profilo soggettivo e la rilevanza della questione: la possibile trasfigurazione del principio di sussidiarietà, in: *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, www.astridonline.it

⁷² D. DONATI, La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, limiti e ruolo della concorrenza, *op. cit.*

⁷³ Cons. Stato, avis du 25 août 2003, *cit.*

les agents du Tiers secteur et les “entreprises sociales”⁷⁴, qui sont des sociétés dans lesquelles, originellement et spécifiquement, le but lucratif est exclu⁷⁵.

En 2008, le législateur italien a inclus également les entreprises ayant un but lucratif parmi les acteurs de la subsidiarité horizontale. Le décret-loi du 25 juin 2008, n° 112⁷⁶ relatif aux services publics économiques locaux, a fait en effet référence explicite au principe de subsidiarité horizontale pour orienter la gestion de ces services⁷⁷, qui doivent être confiés de façon presque exclusive à des entreprises privées.

A notre avis, l'application du principe à ce domaine dénature l'origine et la vraie signification de la subsidiarité horizontale. Le décret-loi de 2008, qui a entre temps été abrogé⁷⁸, utilisait ce principe pour imposer la libéralisation presque totale des services publics économiques locaux, alors que la subsidiarité horizontale peut bien sûr conduire à la privatisation de la gestion de certains secteurs, mais elle ne prône pas l'exclusion totale des pouvoirs publics des secteurs relevant de l'intérêt général. La subsidiarité horizontale n'est pas à la base de l'Etat *minimum* mais d'un Etat qui valorise la société civile et collabore avec elle pour mieux répondre à ses besoins⁷⁹.

Quant aux sujets exclus du champ d'application de la subsidiarité horizontale, il faut considérer que, puisque l'activité doit être exercée de façon autonome et à l'initiative des privés, la notion de “citoyens” n'inclut pas les personnes privées auxquelles la collectivité publique externalise un service public, au travers d'une investiture contractuelle ou unilatérale⁸⁰. Sont en outre exclues les organisations collectives qui, pour des raisons structurelles et fonctionnelles, sont assimilables à des institutions publiques⁸¹. Deux seules exceptions sont établies par la jurisprudence

⁷⁴ Dans l'arrêt du 25 fév. 2009, n° 1128, la V^e sect. du Conseil d'Etat, en force de l'art. 1, 1^{er} al., du décret législatif n° 155 du 24 mars 2006, a considéré qu'une organisation à but non lucratif d'utilité sociale doit être considérée comme une entreprise sociale. Sur les entreprises sociales comme acteurs de la subsidiarité horizontale v. aussi D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, limiti e ruolo della concorrenza*, *op. cit.*

⁷⁵ Les lois régionales qui donnent application au principe de subsidiarité horizontale considèrent que les sujets impliqués sont: a) les citoyens, seuls ou associés; b) les familles; c) les entreprises; d) les agents du Tiers secteur. Art. 3, loi régionale Campania *cit.*; art. 2, loi régionale Ombrie *cit.*; art. 3, loi régionale Calabre *cit.*

⁷⁶ Converti par la loi n° 133 du 6 août 2008.

⁷⁷ Art. 23-*bis*, al. 10, lett. g).

⁷⁸ Le référendum de juin 2011 a abrogé l'article 23*bis* du décret loi n° 133 de 2008. Le but du référendum était de contrecarrer la démarche néolibérale en matière de gestion des services publics locaux. Pour pallier ce vide juridique, le décret-loi n° 138 de 2011 a été approuvé et converti ensuite par la loi n° 148 de 2011. Cependant, la nouvelle réglementation a réintroduit les mêmes règles pro-concurrentielles (C. IANNELLO, *La réforme des services publics locaux à caractère économique en Italie*, *RFDA*, 2012, p. 573 ss.). En 2012, la Cour constitutionnelle a déclaré l'inconstitutionnalité de l'art. 4 du décret-loi n° 138/2011 (Cour const. n° 199/2012). V. *infra*.

⁷⁹ En ce sens, A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, *op. cit.*, p. 284; G. RAZZANO, *Lo “statuto” costituzionale dei diritti sociali*, *op. cit.*, p. 47.

⁸⁰ V. Q. CAMERLENGO, Art. 118, *op. cit.*, p. 2352; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in: *Enc. Giur.*, XXX, 2003, p. 5.

⁸¹ Cependant, les juges appliquent parfois la subsidiarité horizontale bien au-delà de son domaine d'élection. En avril 2013, le Tar Lazio a considéré que les accords publics de collaboration satisfont le principe de subsidiarité horizontale si l'activité poursuivie est d'intérêt général. De toute évidence,

et la doctrine en faveur des fondations bancaires et des “*autonomie funzionali*”. Quant aux premières, la Cour constitutionnelle les a considérées comme des sujets relevant de “l’organisation des libertés sociales” et non pas de la fonction publique⁸². Concernant les “*autonomie funzionali*”, qui sont, à la fois, des organisations publiques locales chargées de missions déterminées et des organisations représentant des communautés sociétales spécifiques (Chambres de commerce, écoles publiques, Universités)⁸³, la doctrine considère qu’en vertu de leur nature hybride elles peuvent être considérées comme des acteurs de la subsidiarité horizontale⁸⁴.

Pour ce qui concerne la responsabilité des “citoyens actifs”, la jurisprudence semble s’orienter vers l’extension à ces sujets de la responsabilité administrative pour faute et sans faute⁸⁵. Ils accomplissent en effet des activités d’intérêt général, se substituant en partie aux pouvoirs publics. Toutefois, si la prestation ne correspond pas aux standards établis par la législation nationale, l’Administration publique demeure responsable, puisqu’elle doit veiller sur l’activité menée et se substituer aux personnes privées, si besoin, afin de garantir l’égalité des prestations sociales sur tout le territoire national.

B. Les domaines de la subsidiarité horizontale

La subsidiarité horizontale concerne des activités d’intérêt général.

L’intérêt général est le critère permettant d’établir l’extension et les limites de l’action des “citoyens actifs” dans le cadre de l’“administration partagée”. Toutefois, la notion d’“intérêt général” fait partie des concepts “sans essence fixe”⁸⁶, “indéfinissables”⁸⁷, “contingents”, puisqu’étroitement

le juge est allé très loin dans son interprétation, puisque dans ces accords les personnes privées, piliers du principe de subsidiarité horizontale, n’apparaissent même pas. Tar Lazio, Roma, sez. II, 8 aprile 2013, n. 3518, comm. F. Giglioni, 28 juin 2013, www.labsus.org

⁸² Cour const., arrêt du 29 sept. 2003, n° 300 et n° 301. Comm.: D. BOLOGNINO, *Fondazioni di origine bancaria, soggetti del pluralismo a cui si tentò di tarpare le ali*, *Nuove autonomie*, 2004, pp. 817-837.

⁸³ G. PASTORI, *La sussidiarietà orizzontale alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in: A. RINELLA / L. COEN / R. SCARCIGLIA (dir. par), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Cedam, Padova, 1999, p. 175.

⁸⁴ V.: A. D’ATENA, *Prospettive della sussidiarietà*, in: *IRER, Sussidiarietà orizzontale e verticale: profili fiscali*, Milano, 2010, p. 27. Selon Annamaria Poggi, les *autonomie funzionali* se situent dans une zone grise, au croisement de la subsidiarité verticale et horizontale. Les sujets destinataires peuvent en effet être des organes de l’Administration territoriale ou étatique, ou bien des sujets de la société, représentant un secteur déterminé. Selon l’auteur, les *autonomie funzionali* ne peuvent donc pas être considérées systématiquement comme des acteurs de la subsidiarité horizontale. A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, *op. cit.*, p. 290.

⁸⁵ Corte Cass., 22 déc. 2003, n°19667, *Foro it.*, 2005, I, 2676; Corte dei Conti, 20 juin 2001, n°219, www.labsus.org, comm. G. Mazzei.

⁸⁶ F. RANGEON, *L’idéologie de l’intérêt général*, Paris, Economica, 1986, p. 7.

⁸⁷ G. VEDEL, Préface, in: F. RANGEON, *L’idéologie de l’intérêt général*, *op. cit.*, p. I.

liés à l'évolution "des mœurs et des transformations sociales"⁸⁸, ainsi qu'aux "choix politiques"⁸⁹. Et pourtant, il s'agit de la "pierre angulaire de l'action publique"⁹⁰, la notion qui fonde et limite les pouvoirs de l'Administration, mettant celle-ci au service des "besoins de la population ou de la société"⁹¹. L'intérêt général est l'œuvre par excellence des autorités politiques nationales et locales et, secondairement, celle des autorités administratives et du juge. La détermination des besoins de la population est en effet une "opération politique au sens le plus élevé du terme"⁹² permettant de définir "l'intérêt propre à la collectivité qui rassemble les individus"⁹³, et de transcender ainsi les intérêts particuliers. L'intérêt général "ne s'oppose pas nécessairement aux intérêts privés, mais il s'impose à eux"⁹⁴. Par conséquent, les privés ne sauraient déterminer de façon autonome les "activités d'intérêt général". Ces dernières, qui à certaines conditions acquièrent le "label"⁹⁵ de service public, doivent être reconnues comme telles par la puissance publique.

Existe-t-il donc une incompatibilité de fond entre le principe de subsidiarité horizontale, qui encourage les citoyens à détecter de façon autonome les activités d'intérêt général et à en assurer l'exercice, et l'idée selon laquelle "il n'y a pas de chose publique si l'Etat ne la considère pas comme telle"⁹⁶?

Si l'on s'en tenait à une conception "subjective-institutionnelle"⁹⁷ ou "organique"⁹⁸, selon laquelle le caractère d'intérêt général d'une activité dépend du sujet qui agit, et notamment l'Etat via l'Administration, le principe de subsidiarité horizontale ne trouverait pas d'application. Toutefois, désormais, prévaut une conception "objective-fonctionnelle"⁹⁹, selon laquelle une activité est d'intérêt général puisqu'elle satisfait des besoins collectifs. L'objet de l'activité prime donc sur le sujet qui l'exerce et les privés peuvent bien être chargés d'activités d'intérêt général ou d'une mission de service public.

⁸⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 1933, p. 59.

⁸⁹ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, 1977.

⁹⁰ G. DUPUIS *et al.*, *Droit administratif, op. cit.*, p. 528.

⁹¹ D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 70.

⁹² V. Q. CAMERLENGO, Art. 118, *op. cit.*, p. 2352.

⁹³ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général, op. cit.*, p. 14.

⁹⁴ D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 70.

⁹⁵ D. TRUCHET, Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut de service public, *AJDA* 1982. 427.

⁹⁶ O. RANELLETTI, Il concetto di pubblico nel diritto, *Riv. it. di scienze giuridiche*, 1905, p. 351.

⁹⁷ G. PASTORI, Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, p. 1754.

⁹⁸ J.-CL. VENEZIA, G. Jèze et le service public, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1991, n° 12, p. 93.

⁹⁹ F. BENVENUTI, L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello, *Riv. trim. scienza amm.*, 1978, p. 4; D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 332. Le Conseil d'Etat italien a consacré la conception objective du service public (sect. V, 12 oct. 2004, n° 6574 et sect. V, 16 déc. 2004, n° 8090). Le droit européen va clairement dans ce sens. La Communication de la Commission européenne du 20 sept. 2000 (COM(2000) 580, JO C 17 du 19 janvier 2001) affirme que les principes communs de tout service d'intérêt général doivent être reconduits à la protection des "objectifs" d'intérêt général et à la "mission" du service public (pt. 8, sect. 2).

Si l'intervention des personnes privées dans la gestion d'activités d'intérêt général correspond à une réalité désormais ancienne et consolidée, le principe de subsidiarité horizontale apporte un élément nouveau et potentiellement "révolutionnaire"¹⁰⁰: l'intérêt général n'est plus l'expression de la volonté exclusive de la puissance publique, mais il est "le résultat d'un procès de construction concret et complexe"¹⁰¹, dans lequel interviennent plusieurs acteurs, publics et privés à la fois. Par leur initiative autonome, les privés peuvent aider les pouvoirs publics à détecter les besoins collectifs et peuvent élaborer des solutions adaptées et efficaces, qui exerceront sous leur responsabilité.

Or, cette prémisse faite, quelles "activités d'intérêt général" sont susceptibles d'être exercées par les "citoyens actifs" en Italie?

La notion utilisée par l'article 118 de la Constitution italienne coïncide en partie avec le concept de "service d'intérêt général" (SIG) élaboré par le droit européen¹⁰². Bien que le prestataire d'un SIG n'ait pas la même autonomie reconnue aux privés dans le cadre de l'administration partagée¹⁰³, l'activité issue de la subsidiarité horizontale peut être qualifiée d'intérêt général à la condition qu'elle s'adresse sans discrimination à une collectivité et qu'elle garantisse le libre accès de tous à la prestation dans le respect des principes de non-discrimination et de libre circulation des personnes¹⁰⁴. La subsidiarité horizontale ne concerne donc pas les "fonctions administratives au sens technique"¹⁰⁵, qui sont l'expression des pouvoirs administratifs réglementaires, mais exclusivement les activités de prestation visant la satisfaction directe ou indirecte des besoins des citoyens. Sont alors étrangères au principe constitutionnel les activités effectuées pour satisfaire un intérêt strictement individuelle et égoïste et, de même, les activités qui ne concernent aucun contexte social d'importance locale ou nationale¹⁰⁶. En conclusion, sont considérées comme des activités d'intérêt général "toutes les prestations de biens et de services qui sont créées dans un esprit de solidarité et qui sont capables de répondre à des besoins d'importance sociale ou économique, ne pouvant pas être satisfaits par l'individu seul"¹⁰⁷.

L'examen des activités concrètement exercées par les "citoyens actifs" en Italie permet de constater qu'il s'agit essentiellement de la "production, l'entretien et la reproduction de biens communs"¹⁰⁸. Les domaines concernés sont ainsi ceux de l'assistance sociale, de la santé, de la

¹⁰⁰ A. D'ATENA, Prospettive della sussidiarietà, *cit.*, p. 1.

¹⁰¹ M. NIGRO, L'azione dei pubblici poteri, in: G. AMATO / A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 696.

¹⁰² G. C. SALERNO, *Servizi di interesse generale*, *op. cit.*, pp. 72-74; A. FORMICA, La legge umbra sulla sussidiarietà orizzontale, *Federalismi.it*, 2 avril 2008, pp. 7-8.

¹⁰³ V. *infra*.

¹⁰⁴ Comm. eu., *Livre vert sur les services d'intérêt général*, 21 mai 2003, (COM(2003) 270 final - JO C 76 du 25 mars 2004) déf.; *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, 12 mai 2004, COM(2004) 374 déf.

¹⁰⁵ V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, in: *Enc. Giur.*, Vol. XII, 2004.

¹⁰⁶ D. DONATI, La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, limiti e ruolo della concorrenza, *op. cit.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ G. ARENA, *Cittadini attivi*, *op. cit.*, p. 116. Un arrêt de la Cour de cassation italienne (Corte Cass., Ass., 16 fév. 2011, n° 3811) a réinterprété le concept de bien commun selon l'approche

culture, de l'éducation et de l'environnement. Les actions menées sont multiples¹⁰⁹ et peuvent se concrétiser aussi par la promotion de recours en justice en défense d'intérêts collectifs¹¹⁰.

La jurisprudence administrative a donné une lecture très nette de la subsidiarité horizontale, excluant les activités économiques du domaine de l'article 118¹¹¹. De même, les législateurs régionaux, réglementant de façon spécifique le principe constitutionnel, ont considéré des domaines d'élection de la subsidiarité horizontale les services publics sociaux et culturels, les services pour la valorisation de l'emploi et les services en soutien des personnes les plus démunies. Ils ont en revanche exclu expressément le service hospitalier national et les services ayant un caractère strictement économique¹¹².

A l'opposé, le législateur national dans le décret-loi du 25 juin 2008, n° 112 relatif aux services publics économiques locaux, s'était servi de la subsidiarité horizontale pour justifier une réglementation d'inspiration fortement libérale, qui prévoyait la mise en concurrence de tous les services locaux et supprimait toute possibilité jusqu'alors existante d'une gestion publique de ces derniers¹¹³. Si l'on s'en tient au législateur, la subsidiarité horizontale pourrait donc être appliquée également aux activités économiques d'intérêt général¹¹⁴. La réglementation de 2008, toutefois, n'a pas manqué de susciter la réaction de la doctrine d'abord et de la société civile, par la suite. Elle constituait, en effet, la négation du principe de subsidiarité, dans ses deux dimensions, verticale et horizontale¹¹⁵. D'une part, en matière de services publics économiques, les collectivités territoriales assumaient une simple fonction d'intermédiaires entre la demande et l'offre, étant privés de tout

“objective-fonctionnelle”: indépendamment du statut de la propriété du bien, ce qui compte dans la détermination d'un bien commun est sa fonction d'utilité pour la collectivité. La Cour a ainsi incité les pouvoirs publics à appliquer le principe de subsidiarité horizontale en soutenant les initiatives citoyennes de gestion et protection des biens communs (C. FELIZIANI, *Il governo dei beni comuni tra categorie antiche e nuove formule*, *Labsus*, 12 août 2011, www.labsus.org).

¹⁰⁹ Pour une présentation de l'ensemble des initiatives issues de l'application du principe de subsidiarité horizontale voir le site du *Laboratorio per la sussidiarietà*: www.labsus.org.

¹¹⁰ Le Conseil d'Etat, dans la décision Sect. V, 17 septembre 2012, n° 4909, a établi les critères permettant aux associations non reconnues de protection de l'environnement d'agir en justice. Le recours ne doit pas être occasionnel ou bien instrumental. L'association doit avoir un lien stable avec le territoire, consolidé dans le temps, et représenter les intérêts de la collectivité locale de référence. Sur la légitimité à agir en justice des associations v. aussi: Cons. St., Sect. IV, 2 octobre 2006, n° 5760; Tar Lombardia, Milano, II, 9 juill. 2009, n° 4345; Cons. St., Sect. VI, 13 septembre 2010, n° 6554.

¹¹¹ Cons. St., avis, 25 août 2003, n° 1440, www.labsus.org, comm. D. BOLOGNINO; TAR Lombardie, Milan, sect. I, 1^{er} juillet 2008, n° 2842, www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹² Art. 4 de la loi régionale Calabre *cit.*; art. 4 de la loi régionale de la Campania *cit.*; art. 1^{er}, 2^e et 4^e al. de la loi régionale de l'Ombrie *cit.*

¹¹³ Notamment, la gestion directe d'un service par une administration publique ou bien la gestion par des établissements publics ou des sociétés de droit privé dont le propriétaire est la collectivité locale. La loi n° 448 de 2001 avait d'ailleurs déjà procédé à la libéralisation des services publics locaux à caractère économique. V. C. IANNELLO, *La réforme des services publics locaux à caractère économique en Italie*, *cit.*

¹¹⁴ Dans le même sens, l'Autorité garant de la concurrence et du marché, avis n° 24 du 14 décembre 2006 sur le projet de loi de délégation en matière de services publics locaux à caractère économique. R. Cameli, 23 janvier 2009, www.labsus.org.

¹¹⁵ En ce sens v. aussi *Ibid.*

pouvoir décisionnel¹¹⁶. D'autre part, les entreprises ne créaient pas de leur propre initiative une activité d'intérêt général l'exerçant de façon autonome, mais étaient soumises à l'ensemble des règles régissant les marchés publics et les délégations de services publics. On sortait ainsi du cadre de l'administration partagée des biens communs, pour revenir au schéma traditionnel des relations entre l'Administration et les citoyens, verticale et bipolaire.

Ainsi, en 2011, 500 000 citoyens se sont mobilisés pour promouvoir un référendum abrogatif, dont le succès a conduit à l'abrogation de l'article 23*bis* du décret-loi de 2008. La réintroduction surebptice des dispositions abrogées par le législateur en 2012, a conduit par la suite à l'intervention de la Cour constitutionnelle, qui a définitivement expulsé de l'ordre juridique cette réglementation libérale des services publics économiques locaux¹¹⁷.

Si l'on ne veut pas dénaturer la subsidiarité horizontale et la priver de toute portée novatrice, la transformant en principe néolibéral, alors qu'à l'aune de la Constitution elle s'inspire principalement du principe de solidarité, son application doit se limiter au domaine des droits-créances et de la liberté sociale, excluant les activités économiques d'intérêt général qui, en raison du poids économique de leur fonctionnement, exigent des procédures et des structures lourdes, qui ne peuvent que faire obstacle à l'initiative autonome et à l'autonomie d'exercice, caractéristiques essentielles des activités de la subsidiarité.

Enfin, certaines activités d'intérêt général, en raison de leur nature régaliennne, ne sont pas susceptibles d'être dévolues à l'initiative autonome des personnes privées. Il s'agit notamment de la défense nationale, des activités de police¹¹⁸, de la justice, de la diplomatie, et de toute activité administrative conduisant à l'adoption d'actes administratifs unilatéraux¹¹⁹.

C. Les moyens de la subsidiarité horizontale

L'article 118 de la Constitution italienne affirme que les collectivités publiques "favorisent l'initiative autonome des citoyens". Le choix du verbe "favoriser" indique, d'une part, que la

¹¹⁶ V. Cour const., arrêt n° 325 du 3 novembre 2010.

¹¹⁷ En effet, suite au référendum, le législateur a édicté le décret-loi n° 138 de 2011, converti ensuite par la loi n° 148 de 2011. La nouvelle réglementation, à quelques exceptions près, a réintroduit les mêmes règles pro-concurrentielles (C. IANNELLO, La réforme des services publics locaux à caractère économique en Italie, *cit.*, p. 573 ss.). En 2012, la Cour constitutionnelle a déclaré l'inconstitutionnalité de l'art. 4 du décret-loi n°138/2011, puisqu'il réintroduisait une disposition qui avait été abrogée par referendum (Cour const. n°199/2012). Les services publics économiques locaux, à l'heure actuelle, sont réglementés par le droit de l'Union européenne et par l'art. 34 du décret-loi n° 179/2012, converti par la loi n°221/2012.

¹¹⁸ La loi italienne du 15 juill. 2009, n° 94 en matière de sécurité publique a ouvert la possibilité aux citoyens de s'organiser pour assurer la "sécurité urbaine" en collaboration avec les forces de police. Toutefois, les restrictions imposées par la loi et l'interprétation stricte fournie par la Cour constitutionnelle (arrêt n° 226 du 21 juin 2010) ont fini par limiter fortement l'initiative des citoyens dans ce domaine.

¹¹⁹ V. Q. CAMERLENGO, Art. 118, *op. cit.*, pp. 2352-2353.

subsidiarité impose aux personnes publiques non pas de s'abstenir de toute intervention, mais bien au contraire de promouvoir et d'accompagner les initiatives privées d'intérêt général¹²⁰. Il n'y a pas de subsidiarité si les privés intègrent les prestations des services publics apportant leur *subsidium* à un Etat absent ou défaillant¹²¹. Les pouvoirs publics national et locaux demeurent pleinement responsables pour la protection des biens communs et pour la garantie des droits-créances constitutionnellement protégés. Ce sont les acteurs publics qui apportent leur *subsidium* aux privés dans le cadre d'un programme politique national ou régional, qui valorise l'initiative autonome des citoyens, les impliquant dans l'organisation sociale du Pays¹²².

D'autre part, le terme "favorisent" doit être interprété comme une véritable obligation¹²³. Diversement, s'il s'agissait d'une simple faculté, la norme se limiterait à réaffirmer une capacité que l'Administration a toujours exercée. Le principe de subsidiarité horizontale impose en revanche aux personnes publiques de privilégier l'exercice d'activités d'intérêt général par les citoyens, non seulement quand ces derniers peuvent offrir des conditions plus avantageuses, mais aussi à conditions égales¹²⁴. La norme constitutionnelle conditionne ainsi l'Administration dans les choix relatifs à la gestion et à l'organisation des activités d'intérêt général: le soutien de l'initiative privée doit être la règle. Toutefois, lorsque l'initiative privée n'est pas adéquate, puisqu'elle ne répond pas aux paramètres économiques¹²⁵ et elle n'assure pas le respect des principes directeurs du service public - l'impartialité, la neutralité, l'égalité, la continuité, la transparence - l'Administration est légitimée à choisir des modalités de gestion comportant une plus grande ingérence publique¹²⁶. L'article 118 n'est donc pas une norme programmatique: sa nature prescriptive fait de la subsidiarité horizontale un principe d'application obligatoire et non pas un simple objectif à atteindre¹²⁷.

L'obligation de "*favor*" à la charge des institutions publiques nationales et locales peut être satisfaite par des actions tendant à soutenir des initiatives privées déjà en cours ou bien par des interventions propédeutiques à la création de ces activités¹²⁸. Dans le premier cas, les aides financières directes ou indirectes sont les moyens classiques au travers desquels s'exprime le

¹²⁰ A. FORMICA, La legge umbra sulla sussidiarietà orizzontale, *cit.*, p. 8.

¹²¹ G. RAZZANO, Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali, *op. cit.*, p. 47; G. U. RESCIGNO, Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali, *Dir. pubbl.*, 2002.

¹²² En ce sens: A. SPADARO, La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa, in *L'Europa di fronte alla crisi. La prospettiva dei costituzionalisti e dei giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, à paraître.

¹²³ G. U. RESCIGNO, Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali, *cit.*, p. 29.

¹²⁴ A. D'ATENA, Prospettive della sussidiarietà, *op. cit.*, p. 7.

¹²⁵ La jurisprudence italienne considère la subsidiarité horizontale comme un instrument efficace pour utiliser les ressources publiques d'une façon plus efficiente. Cons. St., Sect. V, 18 nov. 2002, n° 6395, www.labsus.org, comm. F. GIGLIONI; Cons. St., avis, 26 août 2002, n° 1794, www.labsus.org, comm. F. GIGLIONI; Corte dei Conti, sect. Lazio, arrêt 22 février 2007, n° 179.

¹²⁶ Les privés sont donc tenus de respecter les principes directeurs des rapports entre l'Administration et les usagers. Cons. St., Sect. VI, 25 mars 2004, n° 1617, www.labsus.org, comm. F. GIGLIONI.

¹²⁷ D. DONATI, La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, limiti e ruolo della concorrenza, *op. cit.*

¹²⁸ Distinction suggérée par D. DONATI, La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, limiti e ruolo della concorrenza, *op. cit.* et V. CERULLI IRELLI, Sussidiarietà, *cit.*

soutien public¹²⁹, mais d'autres formes de soutien matériel sont possibles. Il peut s'agir de financements de cours de formation en faveur des "citoyens actifs", afin de qualifier et valoriser leurs activités, ou bien d'assistance pour l'accès à des financements publics et pour l'obtention de crédits bancaires, ou encore, tout simplement, de la mise à disposition de locaux, terrains, ou outils nécessaire à l'exercice de l'activité¹³⁰. Les actions propédeutiques, à vrai dire plus rares, tentent de créer les conditions pour que l'alliance des collectivités publiques et des citoyens, dans la poursuite de l'intérêt général, se réalise. Le *favor* se traduit alors par des actions de communication, ou encore par des interventions de simplification des procédures administratives facilitant la participation des citoyens et stimulant leur libre initiative¹³¹. Les différentes formes d'aide sont attribuées sur la base non pas d'un acte administratif unilatéral, mais d'un accord, qui engage les parties publique et privée à atteindre des objectifs spécifiques tout en sauvegardant leur autonomie, dans un rapport de parité¹³².

L'obligation, à la charge de l'Etat et des collectivités territoriales, de privilégier les personnes privées dans l'exercice d'intérêt général est protégé par le juge administratif. Celui-ci a fixé une série de conditions pour empêcher que les pouvoirs publics se réapproprient de la gestion de biens communs qui sont passés à la gestion privée¹³³. Existe ainsi une sorte d'interdiction de créer des institutions publiques pour gérer des activités d'intérêt général qui, dans un territoire donné, sont déjà organisées de façon efficiente et efficace par des formations sociales¹³⁴. La subsidiarité horizontale produit donc un effet double: elle élargit le domaine d'intervention des citoyens et elle oppose une résistance renforcée à la réduction des espaces conquis par ces derniers¹³⁵.

L'attribution d'un soutien public économique ou matériel à des acteurs privés engage en outre la réflexion sur le respect du droit de la concurrence. Selon la notion extensive d'"entreprise",

¹²⁹ La jurisprudence considère que les aides économiques en faveur de l'initiative privée constituent une véritable obligation à la charge des personnes publiques. Corte cass., 11 mai 2004, n° 8916, www.labsus.org, comm. F. GIGLIONI; Corte dei Conti, sect. Molise, 27 sept. 2005, n° 99, www.labsus.org, comm. P. CERBO.

¹³⁰ La région Veneto, par la loi du 26 mai 2011, n° 11, soutient financièrement et matériellement des initiatives citoyennes en faveur des plus démunis, au travers de la mise à disposition de locaux et de fonctionnaires. De même, par la loi du 14 juin 2011, n° 83/4, la région des Abruzzes aide financièrement et matériellement les entreprises agricoles qui poursuivent des buts sociaux.

¹³¹ Six régions italiennes ont par exemple organisé des formations pour les cadres du Tiers secteur afin de stimuler des collaborations entre ces derniers et les collectivités territoriales, sur la base du principe de subsidiarité horizontale. M. C. MARCHETTI, *Un patto per il Mezzogiorno*, 20 oct. 2011, www.labsus.org.

¹³² Loi n° 241/1990, art. 11. F. DALLA MURA, *Gli strumenti giuridici della sussidiarietà*, *Labsus Paper*, n° 7, 2008, p. 5.

¹³³ Tar Lombardia, 5 fév. 2003, n° 94, www.labsus.org, comm. R. CAMELI; Tar Liguria, 18 nov. 2003, n° 1479, www.labsus.org, comm. D. BOLOGNINO; Corte cost., 27 juill. 2006, n° 310, www.labsus.org, comm. F. GIGLIONI.

¹³⁴ V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, *cit.*

¹³⁵ Il faut spécifier que cette interdiction avait déjà été imposée par le législateur, bien avant la réforme constitutionnelle de 2001 (art. 4, loi n° 70/1975; art. 1, loi n° 241/1990). Cela conduit, à juste titre, une partie de la doctrine à considérer qu'on n'est pas en présence d'une obligation constitutionnelle, mais législative. Par conséquent, si le législateur décide de la violer dans l'intérêt public, il est habilité à le faire. D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, limiti e ruolo della concorrenza*, *op. cit.*, p. 22.

élaborée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, une activité peut être économique, même si elle comprend des éléments de solidarité, poursuit une finalité à caractère social et n'a pas un but lucratif¹³⁶. Ainsi, les activités de la subsidiarité horizontale, touchant aux domaines du social, du culturel et de l'environnement, peuvent bien être considérées comme des "entreprises", et le soutien public dont elles bénéficient pourrait affecter ou être susceptible d'affecter le commerce interétatique¹³⁷. Le *favor public* devrait alors être soumis aux règles du droit de la concurrence.

Il faut toutefois souligner que, dans la plupart des cas, les aides locales et nationales en soutien d'initiatives privées d'intérêt général ont une portée économique tellement réduite qu'elles n'ont pas d'incidence sur la concurrence entre les Etats membres, rentrant ainsi dans la réglementation des aides *de minimis*¹³⁸. En outre, la subsidiarité horizontale touche des domaines qui peuvent rentrer dans les catégories des aides considérées comme compatibles avec les principes de l'Union, et notamment la culture et la protection du patrimoine¹³⁹, ainsi que la protection de l'environnement¹⁴⁰.

Quant aux dispositions européennes concernant les compensations des charges de services publics, leur application est exclue des domaines des activités de la subsidiarité horizontale¹⁴¹. Ces activités ne sauraient en effet s'apparenter aux services d'intérêt général (SIG)¹⁴², qui, en droit européen, impliquent la soumission de ces services à des obligations spécifiques de droit public, ni aux services d'intérêt économique général (SIEG)¹⁴³, qui exigent une investiture étatique. Dans les deux cas, les conditions de l'autonomie de l'initiative et de la gestion de l'activité, qui caractérisent de façon déterminante le modèle de la subsidiarité horizontale, ne sont pas remplies. Si l'on s'en tient à l'interprétation de la subsidiarité horizontale donnée par la doctrine et par une large partie de la jurisprudence, les activités de la subsidiarité horizontale sortent donc du domaine du droit de la concurrence. En revanche, si, adhérant à la vision du législateur de 2008, l'on considère que l'attribution à la gestion exclusive des entreprises privées des services publics locaux à caractère économique est une forme de subsidiarité horizontale, ce secteur fait sans doute exception, étant

¹³⁶ V. CJCE, 23 avr. 1991, C-41/90, *Hofner et Elser/Macrotron*, Rec., 1991, I-1979; 16 novembre 1995, C-244/94, *FFSA*, Rec. CJCE 1995, I, p. 4013; CJUE, 12 sept. 2000, C-180-C184/98, *Pavel Pavlov et al. c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Rec. 2000, I-6451.

¹³⁷ CJCE, 17 septembre 1980, 730/79, *Philip Morris c/Commission*, Rec., p. 2671, pt. 11; CJCE, 14 septembre 1994, C-278/92, *Espagne c/Commission*, Rec., I, p. 4103, pt. 40.

¹³⁸ Le règlement n° 1998/2006 du 15 décembre 2006 de la Commission européenne prévoit en effet qu'aux mesures de soutien qui ne dépassent pas 200 000 euros sur une période de trois ans à partir de la première aide, ne s'applique pas l'article 107, §1, TFUE, interdisant les aides d'Etat.

¹³⁹ Art. 107, §3, lett. d), TFUE.

¹⁴⁰ Communication de la Commission de 2001 sur la réglementation communautaire pour les aides d'Etat pour la protection de l'environnement. Il s'agit là de mesures d'aide de type horizontal. V.: U. DRAETTA / N. PARISI (dir. par), *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 230.

¹⁴¹ Art. 106 §2, TFUE.

¹⁴² Comm. eu., *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, cit.

¹⁴³ V. L. DUBOUIS / C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 614.

soumis pleinement aux règles de mise en concurrence. Comme expliqué précédemment, toutefois, nous ne partageons pas l'application du principe constitutionnel à ce domaine.

Si les activités de la subsidiarité horizontale sortent du domaine du droit de la concurrence, La question reste ouverte quant aux critères permettant de sélectionner les initiatives privées méritant d'être reconnues et aidées par les collectivités publiques. En l'absence de procédures strictement encadrées et transparentes, comme le marché public ou la délégation de service public, le risque que les pratiques clientélistes se multiplient est très fort. Ainsi, la doctrine considère que les principes constitutionnels de l'impartialité et de la bonne gestion¹⁴⁴ doivent guider les choix de l'Administration permettant le contrôle juridictionnel, et que des procédures transparentes spécifiquement adaptées aux exigences de la subsidiarité horizontale doivent être élaborées¹⁴⁵.

Conclusion

La reconnaissance aux individus et aux formations sociales d'un rôle accru dans les domaines sociaux et culturels n'est pas une prérogative exclusivement italienne. La France, traditionnellement caractérisée par une organisation administrative fortement centralisée, semble également s'ouvrir, bien que timidement, à des formes d'administration partagée. Le Conseil d'Etat français, à deux reprises¹⁴⁶, a en effet reconnu qu'une personne privée peut prendre l'initiative d'exercer, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité d'intérêt général. Comme en Italie, les personnes privées auxquelles le Conseil se réfère sont de préférence des associations, qui précèdent l'action publique détectant les besoins et élaborant des solutions efficaces¹⁴⁷, tout spécialement dans les domaines de la culture et du social¹⁴⁸. Ainsi, dans les Etats-Providence contemporains en crise, les relations entre l'Administration et les citoyens se transforment. Le paradigme bipolaire n'arrive plus à décrire la complexité des échanges entre les personnes publiques et privées et, en même temps que la notion de "citoyenneté administrative"¹⁴⁹ s'affirme, un nouveau modèle de relation entre l'Administration et les citoyens se configure. Le paradigme de l'"administration partagée", prônant une alliance paritaire et intégrée des citoyens et de l'Administration pour la poursuite de l'intérêt général, ne substitue certainement pas la relation hiérarchique traditionnelle, mais elle s'y ajoute, élaborant des solutions adaptées aux nouvelles exigences collectives.

En Italie, ce paradigme semble commencer à donner des résultats positifs, tout spécialement dans l'optique de sensibiliser les citoyens au respect et à la défense des biens communs et de

¹⁴⁴ Art. 97, Const.

¹⁴⁵ S. PELLIZZARI, *Sussidiarietà orizzontale, giudice amministrativo e modelli partecipativi*, *Labsus Paper* n° 23, oct. 2011, p. 9; N. POLITO, Articolo 118 u. c. della Costituzione, *Astrid Rassegna* 8/2006, p. 2.

¹⁴⁶ CE, avis, 18 mai 2004, *Cinémathèque française*, *EDCE* 2005, p. 185; CE, 6 avr. 2007, *Cne Aix-en-Provence*, n° 284736, *Juris-Data* n° 2007-071735.

¹⁴⁷ V. les concl. du Commissaire de gouvernement François Seners in *Bull. jur. des contrats publics*, n° 53, p. 285.

¹⁴⁸ J.-M. PONTIER, Mode d'emploi pour la gestion des services publics culturels, *JCP A*, n° 21, 21 mai 2007, 2128.

¹⁴⁹ D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 145; J. CHEVALLIER, De l'administration démocratique à la démocratie administrative, *cit.*, p. 223.

valoriser le Tiers secteur. Toutefois, l'application du principe de subsidiarité horizontale doit se limiter aux domaines qui lui sont propres et dans lesquels il peut expliquer pleinement toute sa portée novatrice. L'utilisation de ce principe dans le cadre de politiques néo-libérales, qui entendent soustraire à la compétence des pouvoirs publics des compétences importantes en matière de services publics économiques, est fortement déplacée. La subsidiarité est un principe inspiré non seulement du principe de la liberté individuelle, mais également de la solidarité. La garantie des droits socio-économiques en période de crise exige non pas le retrait de l'Etat, mais la capacité du législateur d'élaborer des nouvelles politiques, qui valorisent les citoyens et se servent de leurs ressources et habilités, tout en gardant un contrôle étroit sur la qualité des prestations rendues et sur l'uniformité de la protection des droits-créances sur le territoire national.