

LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITE COMME NOUVEL OBJET DU DROIT CONSTITUTIONNEL

**par Jacques Viguier,
professeur à l'Université des sciences sociales
de Toulouse**

Le principe de subsidiarité, qui a fait une entrée remarquée à la fin du XXe siècle dans le droit communautaire, accède aujourd'hui au plus haut niveau normatif de l'Etat français avec son introduction dans la constitution de 1958.

Ce principe a trouvé son lieu de prédilection dans le fédéralisme. Il nécessite en effet une acceptation par l'Etat de la place et des revendications des entités secondaires territoriales. Le principe de subsidiarité permet en effet que s'engage une discussion quasiment d'égal à égal, ou tout au moins respectueuse de chacun, entre échelon central et échelon territorial. Il ne correspond pas à la logique intrinsèque d'un Etat-nation à caractère centralisateur et démocratique. De ce fait il est totalement étranger à la tradition constitutionnelle et politico-administrative française, dans laquelle le pouvoir central peut accorder certaines compétences aux collectivités territoriales, mais en les transmettant selon son bon vouloir, principalement à travers la loi.

C'est donc de manière totalement inattendue et en rupture avec cette tradition française que la constitution de 1958 a intégré comme nouvel élément le principe de subsidiarité depuis la révision effectuée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Le terme même de « subsidiarité » n'est pas utilisé par la constitution, mais la réalité est maintenant présente dans l'article 72 alinéa deux : « 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 ».

L'intégration du principe de subsidiarité à la constitution de 1958 en fait de manière indiscutable un nouvel objet de droit constitutionnel (I), mais ce nouvel objet a un statut incertain (II).

**I - Le principe de subsidiarité est devenu incontestablement un
nouvel objet du droit constitutionnel**

Jacques Viguier

Certains éléments annonçaient cette intégration dans la constitution du principe de subsidiarité, qui apparaît réellement comme un tournant de notre droit public.

A - La lente marche du principe de subsidiarité vers l'échelon constitutionnel

L'influence de la logique fédérale sur l'ensemble des Etats européens est incontestable. A force de voir évoquer ce principe de manière très régulière au cours des dernières décennies du XXe siècle, les autorités politiques françaises ont fini par s'y intéresser.

Il apparaît déjà en filigrane dans certains textes. Ainsi, dans la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, plusieurs articles, certes sans aller jusqu'à appliquer le principe de subsidiarité, tournent autour de celui-ci. Pour n'en retenir qu'un seul, on peut citer l'article 3 : « La répartition des compétences entre les collectivités territoriales et l'Etat s'effectue, dans la mesure du possible, en distinguant celles qui sont mises à la charge de l'Etat et celles qui sont dévolues aux communes, aux départements ou aux régions de telle sorte que chaque domaine de compétences ainsi que les ressources correspondantes soient affectés en totalité soit à l'Etat, soit aux communes, soit aux départements, soit aux régions ». Cette idée de répartition des compétences par bloc, qui a inspiré l'ensemble de la loi, sans qu'elle arrive à la réaliser –peut-être justement à cause de l'incapacité de l'Etat unitaire à s'adapter à une nouvelle conception– est très proche de l'idée de subsidiarité.

La loi n° 92-125 du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République, présente même une originalité absolue, complètement contradictoire avec l'ordre juridique traditionnel français, celle d'appliquer le principe de subsidiarité à l'échelon déconcentré. L'article 2 de cette loi dispose en effet : « Sont confiées aux administrations centrales les seules missions qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu d'une loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial ». Cet article sera d'ailleurs abrogé par le décret n° 97-463 du 9 mai 1997, qui ajoutera simultanément au décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992, portant charte de la déconcentration, un article 1^{er}-1 reprenant à peu près les mêmes dispositions. Appliquer au niveau législatif à un Etat français de tradition si centralisatrice un principe en usage dans les Etats fédéraux, cela dépassait à ce moment-là les limites de la réforme acceptable.

La subsidiarité, nouvel objet du droit constitutionnel

Après ces tentatives pour faire apparaître le principe dans l'organisation administrative française, la révision de 2003 l'intègre dans la constitution.

B - L'importance de l'intégration du principe de subsidiarité à l'échelon constitutionnel

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 opère une refonte des dispositions constitutionnelles relatives aux collectivités territoriales. Cette loi est relative à « l'organisation décentralisée de la République ». Son article premier dispose : « L'article 1^{er} de la constitution est complété par une phrase ainsi rédigée : « Son organisation est décentralisée ». » .

Il aurait été facile d'inclure dans le début du titre consacré aux collectivités territoriales, par exemple dans les premières lignes de l'article 72, le terme « décentralisation » ou « décentralisé ». Cela n'a pas été fait. Les rédacteurs du texte ont voulu cette position au début de la constitution, alors que le Conseil d'Etat était de son côté hostile à l'idée même d'introduire le terme dans la norme suprême de l'Etat.

Placer la décentralisation dans l'article premier de la constitution de 1958, c'est la mettre sur le même plan que « la République indivisible, laïque, démocratique et sociale » et que « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». C'est faire de la décentralisation un élément fondamental à respecter, un des piliers de la République.

L'analyse du nouveau titre XII introduit dans la constitution de 1958 par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 exigerait un livre entier pour en préciser tous les contours et toutes les subtilités. Vu le caractère très limité de cette étude, seul l'article 72 sera évoqué. Le nouvel article 72 double le nombre de ses alinéas par rapport à l'ancien, passant de trois à six. Le dernier alinéa est le moins touché ; il prévoit le rôle du représentant de l'Etat par rapport aux collectivités territoriales et à leur contrôle. L'alinéa premier énumère, comme précédemment, les collectivités territoriales, en modifiant quelque peu la liste ancienne, avec notamment l'introduction de la région et des collectivités à statut particulier. L'ancien alinéa deux est totalement chamboulé. Il prévoyait que « ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi », ce qui est repris dans le nouvel alinéa trois avec l'ajout important relatif au fait qu'elles « disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ». L'élément le plus révélateur de la rupture avec la logique classique figure dans le nouvel alinéa deux : « 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 ». C'est l'élément qui nous intéresse plus particulièrement ici, c'est-à-dire l'introduction du principe de subsidiarité dans la constitution. Il s'agit bien de donner des moyens de garantie constitutionnelle aux collectivités territoriales contre l'Etat et non plus, comme autrefois, de laisser l'Etat maître du jeu par ses lois. Et, justement, l'alinéa quatre donne immédiatement aux collectivités territoriales le moyen d'échapper à l'autorité de l'Etat-Nation et à l'uniformité imposée de sa règle. Elles peuvent « déroger à titre expérimental [...] aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». Dans l'alinéa cinq, le pouvoir constituant essaie de se protéger contre ses propres excès. En effet, en faisant de l'organisation décentralisée un principe constitutionnel, il risquait de retirer au législateur le pouvoir d'organiser les rapports entre les collectivités territoriales et, ainsi, d'entraîner une certaine anarchie dans leurs rapports et une tentative de domination de certaines collectivités sur d'autres. Aussi cet alinéa prévoit-il qu'« aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre ».

La loi constitutionnelle introduit après l'article 72 de nouveaux articles importants pour le développement de la démocratie locale, pour l'accroissement de l'autonomie financière des collectivités territoriales -dont on pouvait effectivement douter, en s'appuyant sur une définition stricte de celle-ci-, et pour l'avenir de l'outremer. Mais, encore une fois, malgré leur intérêt, ils ne sont pas au centre du débat ici. Ce qui est fondamental, c'est l'apport essentiel de l'alinéa deux de l'article 72, qui introduit le principe de subsidiarité au niveau le plus élevé de la hiérarchie des normes. Cependant, s'il est devenu incontestablement un nouvel objet du droit constitutionnel, son statut exact semble incertain.

II - Le principe de subsidiarité est devenu un nouvel objet du droit constitutionnel au statut incertain

Si la présence du principe de subsidiarité à l'échelon constitutionnel est indiscutable, ce qui est en revanche discutable, ce sont certaines remarques présentées au moment de la discussion et de l'adoption du projet. Elles sont discutables à cause de l'incertitude créée sur la nature ainsi que sur le contenu et la portée du principe.

A - L'incertitude sur la nature du principe

La France était depuis la Révolution un Etat unitaire dans lequel la compétence de principe appartenait à l'Etat et où les collectivités territoriales bénéficiaient d'une compétence d'attribution dans la limite de ce que le législateur voulait bien leur accorder. La

La subsidiarité, nouvel objet du droit constitutionnel

décentralisation y était un principe d'organisation administrative comme la déconcentration. Aujourd'hui apparaît une nouvelle conception de l'organisation territoriale, dans laquelle la décentralisation est en quelque sorte protégée contre les risques d'empiètement dus à l'Etat grâce au principe de subsidiarité.

L'incertitude apparaît sur la nature exacte de ce principe, en particulier à cause de la formulation étrange utilisée dans l'exposé des motifs précédant le projet de loi constitutionnelle. Voilà ce qui y figure à propos du deuxième alinéa de l'article 72 : « Le principe de décentralisation étant inscrit à l'article 1^{er} de la constitution, il apparaît souhaitable d'en définir la teneur et la portée. Tel est l'objet du deuxième alinéa de l'article 72, qui dispose que les collectivités territoriales ont vocation à exercer l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à l'échelle de leur ressort. Traçant une ligne de partage, dans le domaine administratif, entre l'action des services de l'Etat et celle des collectivités territoriales, ce nouvel objectif à valeur constitutionnelle permettra de transposer dans un Etat restant unitaire la préoccupation qu'exprime, en droit communautaire, le principe de subsidiarité ».

Le gouvernement déciderait donc de la création des objectifs à valeur constitutionnelle. Le fait que les collectivités territoriales aient vocation à exercer les compétences qu'elles peuvent le mieux mettre en œuvre « à l'échelle de leur ressort » constituerait, selon lui, un nouvel objectif à valeur constitutionnelle, que le Conseil constitutionnel, vraisemblablement irrité que le gouvernement instruisse les dossiers à sa place, ne se pressera pas d'intégrer à sa jurisprudence.

Tout n'est pas aussi simple que l'affirme l'exposé des motifs. Pour le moment, l'organisation décentralisée de la République figure dans la constitution française. Peut-on décider pour autant, comme le prétend le gouvernement, que naît alors un « principe de décentralisation » ? Il y aurait donc un Etat restant unitaire avec un principe clairement affirmé depuis près de vingt-cinq ans, celui de libre administration du territoire, auquel s'ajouterait par la volonté du gouvernement un principe de décentralisation. Il est dommage que le gouvernement ne précise pas si ces deux principes ont le même contenu ou divergent sur certains points. Le juge constitutionnel et la doctrine -qui se querellent parfois sur la complémentarité ou la distinction entre libre administration et décentralisation- apprécieraient que le gouvernement apporte enfin la vérité juridique qui manquait.

S'il peut subsister une hésitation sur le principe de décentralisation, il n'y en a visiblement aucune pour le gouvernement

Jacques Viguier

sur le statut de nouvel objectif à valeur constitutionnelle de ce que l'on pourrait définir comme l'attribution préférentielle de certaines compétences aux collectivités locales. La difficulté apparaît immédiatement : s'agit-il de compétences naturelles, qu'elles doivent exercer en permanence –et qu'elles auraient pu ou dû alors exercer antérieurement–, ou s'agit-il de compétences affectées pour un temps donné et susceptibles d'être retirées ensuite, quand l'Etat en ressentira la nécessité ?

C'est déjà s'engager sur le terrain du contenu et de la portée du principe.

B - L'incertitude sur le contenu et la portée du principe

Le gouvernement a déjà une idée au moins partielle du contenu et de la portée de ce qu'il qualifie de nouvel objectif à valeur constitutionnelle. C'est du moins ce qu'il montre dans l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle : « La poursuite de cet objectif sera facilitée par la possibilité désormais ouverte par l'article 37-1, puisque les expérimentations prévues par cet article permettront de déterminer efficacement le niveau adéquat pour l'exercice de telle ou telle compétence ». Le gouvernement estime donc qu'il faudra avoir recours à des expérimentations législatives et réglementaires, afin de déterminer les actions qui seraient le mieux mises en œuvre à l'échelon territorial.

La loi semble donc demeurer l'instrument privilégié d'affectation des compétences et de réalisation du principe de subsidiarité, afin de permettre aux collectivités territoriales de « prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». La constitution elle-même ne contient pas une liste de compétences susceptibles d'être exercées par les collectivités territoriales.

Or fixer une répartition des compétences à l'échelon constitutionnel est pour les situations de fédéralisme un préalable à l'application du principe de subsidiarité. Dans le cas français, la particularité du principe de subsidiarité, c'est de correspondre à une conception très spéciale, selon laquelle la constitution n'opère pas de répartition initiale des compétences. C'est ainsi que notre jacobinisme centralisateur traditionnel resurgit, alors même qu'on veut le repousser. Pourtant le principe de subsidiarité s'appliquerait d'autant plus parfaitement que les principales compétences de l'Etat et des collectivités territoriales auraient été précisées. Il ne permettra pas, par une opération miraculeuse, de régler l'ensemble des difficultés relatives à la répartition des compétences en droit public français.

La subsidiarité, nouvel objet du droit constitutionnel

Il ne faut pas reculer devant une lapalissade, lorsqu'elle peut être éclairante : le principe de subsidiarité est relatif aux compétences subsidiaires, c'est-à-dire à certaines compétences résiduelles, et ne constitue pas en lui-même une clé de répartition des compétences. Les gouvernants, parlementaires ou ministres, lorsqu'ils utilisent ce terme, semblent parfois vouloir en faire la panacée. Quand les rédacteurs de l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle estiment que ce nouvel objectif à valeur constitutionnelle permettra de tracer « une ligne de partage [...] entre l'action des services de l'Etat et celle des collectivités territoriales », ils lui donnent une valeur quasi-magique que celui-ci est loin de posséder.

Le principe de subsidiarité est le complément d'une répartition des compétences et non le principe sur lequel se fonde cette répartition. Il comprendrait au moins deux aspects importants qu'il n'est pas inutile de souligner : d'une part, c'est un moyen plus qu'un principe ; d'autre part, il intervient à titre secondaire et non pas à titre principal. Il suffit de s'arrêter un instant sur son utilisation au niveau européen pour en comprendre le contenu et la portée. Le traité de Maastricht sur l'Union européenne du 7 février 1992 et le projet de constitution de l'Union européenne, tel qu'il a été adopté par une conférence intergouvernementale contiennent quasiment la même formulation.

C'est le titre III sur « les compétences de l'Union », dans la Partie I du projet de constitution européenne qui donne la formulation la plus éclairante. Selon l'article I-9, « le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences [...] En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres tant au niveau central qu'au niveau régional et local mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

Ainsi le principe de subsidiarité peut produire d'autant mieux ses effets qu'une répartition initiale des compétences a été effectuée. Or la vision que la classe politique des différents Etats de l'Europe, et notamment de la France, semble avoir, c'est que celui qui crie plus fort réussit à obtenir gain de cause. Certes il y a malheureusement une part de vérité sur ce point. Mais là où les gouvernants commettent une grave erreur, c'est en croyant que ce combat permanent peut remplacer une répartition des compétences entre Etat et collectivités territoriales secondaires. Une telle répartition, même sommaire, des

Jacques Viguier

compétences est nécessaire pour une mise en application concrète cohérente du principe de subsidiarité.

Le principe de décentralisation et le principe de subsidiarité, si tant est qu'ils existent réellement sous cette appellation, pourraient donc être opposés ou complémentaires. Le Conseil constitutionnel aura certainement l'occasion de se prononcer sur ce point.

Ce nouvel objet de droit constitutionnel, qu'est le principe de subsidiarité, ne règle pas en soi tous les problèmes. Ce serait fausser son importance et le rendre inapplicable que de croire qu'il constitue une solution miracle, alors qu'il n'est en réalité qu'un simple moyen.