

LA DIALECTIQUE CENTRALISATION/DECENTRALISATION

Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité

Jean-Philippe Derosier*

« — Pourquoi alliez-vous cambrioler en province ? — Je faisais de la décentralisation. », disait Alexandre Marius JACOB lors de son procès devant la Cour d'assises de la Somme, qui s'était ouvert le 8 mars 1905. En effet, à l'époque, « Un bandit recherché à Nantes pour meurtre et pris à Verdun en flagrant délit de cambriolage avait toutes les chances, pourvu que son identité de rechange fut solide, de n'être condamné que pour ce dernier méfait »¹. Ce n'est heureusement plus le cas aujourd'hui, les informations recueillies au niveau local étant centralisées au niveau national, voire supranational, pour être ensuite transmises au niveau infranational qui le requiert.

Au sein d'un ordre juridique décentralisé, c'est-à-dire composé d'une entité supérieure (niveau 1 de compétence) et d'un ou plusieurs niveaux d'entités inférieures (niveau 2 (3, 4, etc.) de compétence), la répartition verticale des compétences reflète la volonté d'attribuer certains domaines au niveau supérieur, et d'autres au niveau inférieur. Cette répartition verticale des compétences, que l'on peut également nommer "séparation verticale des pouvoirs", participe de la détermination du degré de décentralisation d'un ordre juridique, qui est toujours « relativement centralisé »² et connaît donc toujours un certain degré de décentralisation : « le droit positif ne reconnaît que la centralisation et la décentralisation partielles »³, le degré zéro de centralisation ou de décentralisation n'existe pas⁴.

* Doctorant à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne. L'auteur remercie sincèrement le Professeur Otto PFERSMANN, qui lui fait l'honneur d'être son directeur de recherches depuis le mémoire de DEA. Cette contribution reprend les travaux effectués dans le cadre du mémoire du DEA de Droit public comparé des Etats européens, soutenu publiquement le 10 septembre 2003 à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne.

De nombreuses sources ayant permis l'élaboration de cette analyse sont dans la langue de Goethe. Afin de répondre à une exigence pratique, elles seront présentées en français dans le corps de la contribution et la traduction aura été personnelle, sauf spécification contraire. Mais afin de répondre également à une exigence d'exactitude, elles seront présentées en langue originale en note. Seuls les extraits de la Loi fondamentale allemande ne seront inscrits qu'en français. Leur traduction a été effectuée par le Centre juridique franco-allemand de l'Université de Nancy 2 et de l'Universität des Saarlandes et l'on pourra retrouver tant le texte original que sa traduction sur Internet (<http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz>).

¹ Bernard THOMAS, *Les vies d'Alexandre Jacob*, Fayard, Paris, 1998, pp 137 et 138. Alexandre JACOB était un cambrioleur membre du courant anarchiste qui opéra en France à la fin du XIX^{ème} siècle. Il est réputé notamment pour avoir établi un réseau appelé "Les Travailleurs de la nuit" capable d'opérer dans plusieurs localités simultanément, et d'organiser toutes les suites des cambriolages (fuite, revente des objets volés, protection des bandits, etc.). On estime parfois que Maurice LEBLANC se serait inspiré de ce personnage réel pour créer son héros Arsène Lupin, ce qui, même si certaines raisons pourraient le laisser croire, ne saurait être cautionné par un admirateur du gentleman-cambrioleur.

² C'est la définition que donne Hans Kelsen de l'Etat, qu'il a préalablement défini comme ordre juridique : « L'Etat est un ordre juridique relativement centralisé. », Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (traduction de Charles EISENMANN), L.G.D.J.-Bruylant, Paris, 1999, p. 281. On rejoindra la théorie du juriste autrichien sur ce point.

³ Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, L.G.D.J.-Bruylant, Paris, Bruxelles, 1997, p. 355.

⁴ Sur ce point, on peut se reporter à Charles EISENMANN, *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, Paris, 1948, 331 p., complété par Spyridon FLOGAÏTYS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, LGDJ, Paris, Coll. Bibliothèque de Droit public, 1979, 281 p. Le Professeur Pfersmann rappelle à ce propos que « Dès lors qu'une autre personne, même à tout moment révocable et entièrement soumise au chef, se trouve investie d'un pouvoir de concrétiser les lois édictées par le chef, la centralisation est rompue. », in " Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité ", in *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 1996, p. 178.

Selon Hans Kelsen, « le degré de centralisation et de décentralisation est indiqué par le nombre et l'importance des normes centrales et des normes locales »⁵. Le nombre et l'importance de ces normes sont quant à eux déterminés par les compétences de chacune des entités : plus une entité inférieure aura de compétences, plus le nombre et l'importance des normes qu'elle édicte seront élevés, plus le degré de décentralisation sera fort, et inversement. Cependant, à eux seuls le nombre et l'importance des normes édictées ne sont pas suffisants pour déterminer le degré de décentralisation d'un ordre juridique. Il convient de prendre également en considération le mode de décision (indépendance ou dépendance des entités dans la prise de décision) ainsi que les garanties permettant de faire valoir le domaine de décision et de rendre cette dernière effective (possibilité ou impossibilité pour les entités de faire valoir leurs compétences et de faire respecter leurs décisions à travers le recours à un organe habilité à accéder à leur requête et à trancher les éventuels litiges). On appellera " pouvoir décisionnel " d'une entité juridique la synthèse de l'intensité (l'importance) de ces trois éléments (nombre et importance des normes édictées, mode de décision, garanties), lequel traduit le degré de décentralisation de l'ordre juridique : si l'entité supérieure est dotée d'un fort pouvoir décisionnel, l'ordre juridique sera fortement centralisé ; inversement, si les entités inférieures sont dotées d'un fort pouvoir décisionnel, l'ordre juridique sera fortement décentralisé.

Les compétences entre entité supérieure et entités inférieures se répartissent selon les mécanismes de compétence générale ou de compétences d'attributions, ces dernières se divisant elles-mêmes entre compétences exclusives et compétences partagées. Dès lors que des compétences sont attribuées à certains niveaux par un texte normatif, un problème se pose si une compétence est amenée à être exercée par un niveau auquel elle n'a pas été attribuée. On parlera alors de " variation de niveau de compétence ".

Cela s'illustre par deux mécanismes. Le premier résulte de « la tendance naturelle de toute société organisée qui est de renforcer son centre »⁶, ce qui n'est pas sans lien avec la théorie de la séparation des pouvoirs dégagée par MONTESQUIEU, qui veut que « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser »⁷. Il ne faut pas ici considérer la séparation classique des pouvoirs (ou séparation horizontale), qui distingue entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, mais la séparation verticale des pouvoirs, entre l'entité supérieure et les entités inférieures d'un ordre juridique, telle qu'elle vient d'être présentée⁸. Un centre de pouvoir, doté d'un certain pouvoir décisionnel aura une tendance naturelle à vouloir accroître l'intensité de ce pouvoir décisionnel. Le second mécanisme résulte de l'intervention d'une norme qui appartient à ou qui a des effets sur l'ordre juridique considéré. En d'autres termes, une norme obligerait à la violation des normes répartissant les compétences. A titre d'exemple, on peut citer le cas du droit communautaire dans ses rapports avec les ordres juridiques étatiques : la transposition d'une directive étant obligatoire et les institutions communautaires ne se souciant pas de l'organisation constitutionnelle interne des Etats membres, des problèmes de violation des Constitutions nationales fixant la répartition des compétences peuvent apparaître. En effet, dès lors qu'une directive doit être transposée dans un certain délai, et ce de manière uniforme dans l'ensemble des Etats, ces derniers sont parfois amenés à diriger, voire à effectuer eux-mêmes la transposition, ce qu'ils ne sont pas habilités à faire si ladite directive relève d'un domaine de compétences appartenant aux entités infra-étatiques.

La transposition de la directive dite " Natura 2000 " ⁹ en Allemagne illustre parfaitement ce

⁵ Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., p. 355.

⁶ Alain DELCAMP, " Principe de subsidiarité et décentralisation ", in *RFDC* 1995, n° 23, p. 616.

⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, tome I, GF-Flammarion, Paris, 1979, p. 293 (Seconde partie, Livre XI, Chapitre IV).

⁸ On retrouve déjà cette dimension verticale chez Benjamin CONSTANT qui écrivait, au début du XIX^{ème} siècle, que « les pouvoirs constitutionnels sont : le pouvoir royal, le pouvoir exécutif, le pouvoir représentatif, le pouvoir judiciaire », et de mentionner, en note, « j'aurais dû ajouter ici le pouvoir municipal, qu'on a toujours confondu à tort avec le pouvoir exécutif, et qui, dans sa sphère, doit être un pouvoir à part indépendant des autres » (Benjamin CONSTANT, " Cours de politiques constitutionnelles ", in *Cours de politique constitutionnelle*, vol. 1, Slatkine, Genève-Paris, 1982 (réimpression de l'édition de Paris de 1872), p. 177).

⁹ Directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *JOCE* n° L 206 du 22 juillet 1992, pp 7 à 50. La directive a « pour objet de contribuer à

problème. Celle-ci relève de la protection de l'environnement qui entre dans le champ de l'article 75 de la Loi fondamentale allemande concernant la "compétence cadre" du Bund¹⁰. De ce fait, le législateur fédéral n'est compétent que pour « édicter des dispositions cadres pour la législation des Länder »¹¹. Cela l'autorise, selon les conditions de l'art. 72, al. 2 LF¹², à élaborer des lois qui doivent se borner à la fixation d'un cadre d'action ou de buts à atteindre. Les Länder doivent ensuite, dans le délai fixé par la loi cadre, remplir ce cadre ou parvenir à ces buts à travers l'édiction de dispositions (législatives ou réglementaires) fédérées. Ces lois cadres « ne peuvent qu'exceptionnellement contenir des règles allant dans le détail ou directement applicables »¹³, la difficulté demeurant de déterminer ce qu'est un cas exceptionnel¹⁴. On comprend qu'une transposition homogène de la directive, circonscrite dans des délais relativement brefs, ne puisse pas être réalisée par des dispositions cadres.

Cette variation du niveau de compétence – qu'elle résulte du premier ou du second mécanisme et qui opère généralement *contra legem*, ou plus précisément *contra constitutionem* si les compétences sont réparties par la Constitution – conduit à une variation du degré de décentralisation de l'ordre juridique. L'entité supérieure "re-concentre" certaines compétences, *donc* elle édicte davantage de normes, *donc* elle exerce davantage de contrainte sur les entités inférieures, *donc* l'ordre juridique est moins décentralisé. On appellera cette variation du degré de décentralisation par la "re-centralisation" de compétences, à laquelle peut répondre une nouvelle "dé-centralisation", la "dialectique centralisation/décentralisation". Elle correspond à une tendance opposée de chacune des entités supérieure et inférieures d'un ordre juridique de vouloir concentrer le maximum de compétences et de pouvoir décisionnel. C'est ce que Alain DELCAMP mentionne à travers la volonté de renforcement du centre de pouvoir¹⁵ et que l'on peut rapprocher de la théorie de la séparation des pouvoirs et de ses conséquences, si on l'envisage dans sa dimension verticale. Cette séparation verticale, « phénomène [...] de nature à enrichir le droit constitutionnel »¹⁶, permet de répondre à la théorie de Montesquieu, selon laquelle, « Pour qu'on ne

assurer la biodiversité par la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages sur le territoire européen des Etats membres où le traité s'applique » (article 2, § 1). Cela se fait notamment par la constitution d'un « réseau écologique européen cohérent de zones spéciales de conservation, dénommé "Natura 2000" » (article 3, § 1). Pour un complément d'information sur cette directive et son application, on peut se reporter au site Internet de Natura 2000 : <http://www.europa.eu.int/comm/environment/nature/natura.htm> ainsi qu'à Nicolas DE SADELEER, "La directive 92/43/CEE concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages : vers la reconnaissance d'un patrimoine naturel de la Communauté européenne", in *RMC-UE* 1993, n° 364, pp 24 à 32 ; Johan MILIAN, "Le projet Natura 2000 et la protection du patrimoine naturel", in *Etudes rurales* janvier-juin 2001, pp 173 à 194 ; Tania RÖDIGER-VORWERK, *Die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie der Europäischen Union und ihre Umsetzung in nationales Recht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1998, p. 319 ; Frank NIEDERSTADT, "Die Umsetzung der Fauna-Flora-Habitatrichtlinie durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes", in *Natur und Recht* 1998, pp 515 à 526 ; Christian SCHRADER et Tobias HELLENBROICH, "Die Umsetzung der FFH-Richtlinie durch die Landesgesetzgeber", in *Jahrbuch für Umwelt- und Technikrecht* 2001, pp 283 à 313.

¹⁰ Le terme "Bund" désigne l'entité étatique allemande ; il se traduit en français par "Fédération". Néanmoins, cette notion est équivoque et désigne des entités de nature très différentes : la Fédération allemande comme Etat, la "Fédération d'Etats-Nations" qui qualifie parfois l'Union européenne, etc. C'est pourquoi, on renoncera à traduire le terme *Bund* et on l'utilisera pour désigner l'entité étatique allemande, en opposition aux entités infra-étatiques que sont les Länder.

¹¹ Article 75, alinéa 1 LF.

¹² Les conditions de l'art. 72, al. 2 LF, auxquelles renvoi l'article 75, supposent « la réalisation de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique dans l'intérêt de l'ensemble de l'Etat » pour que le Législateur fédéral puisse intervenir.

¹³ Article 75, alinéa 2 LF.

¹⁴ Sur ce point, cf. *infra* p. 9.

¹⁵ Cf. *supra* p. 2.

¹⁶ Selon le Professeur VERPEAUX : « Ce phénomène est aussi de nature à enrichir le droit constitutionnel en envisageant la séparation des pouvoirs autrement que dans sa dimension horizontale, car ce droit n'est pas limité à la seule étude des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Il est aussi celui des principes qui fondent une société. », "Avant-propos" à Michel VERPEAUX (études réunies et présentées par), "Le droit constitutionnel des collectivités territoriales", in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, n° 12, p. 87.

puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »¹⁷. Le problème de la dialectique centralisation/décentralisation est qu'elle résulte souvent d'un phénomène aux marges de la constitutionnalité s'il n'enfreint pas les règles constitutionnelles. Le principe de subsidiarité, dans son sens normatif et dynamique qu'il faut repréciser, offre la possibilité de réguler cette dialectique, en permettant une variation du degré de décentralisation opérant selon les règles constitutionnelles.

C'est pourquoi le principe de subsidiarité sera présenté comme élément de réponse à la dialectique centralisation/décentralisation (II) après qu'un cas particulier illustrant cette dialectique, à savoir le phénomène de recentralisation de la République fédérale d'Allemagne, aura été présenté (I).

I. L'ALLEMAGNE, EXEMPLE DE L'ALTERATION DE LA SEPARATION VERTICALE DES POUVOIRS

L'Etat fédéral allemand est dit " fédéral " non pas en raison d'une quelconque qualité qui lui ferait mériter cette qualification, mais en raison d'un certain degré de décentralisation : la distinction entre Etat fédéral et Etat non fédéral (Etat unitaire, décentralisé, régional) est purement quantitative, et non qualitative¹⁸. En effet, les Länder allemands disposent d'un certain nombre de compétences qu'ils sont habilités à faire respecter devant le juge constitutionnel et leur permettant d'agir en toute indépendance vis-à-vis du Bund, du moins dans les limites fixées par la Constitution. Cela renforce le degré de décentralisation de l'ordre juridique allemand. Ce degré élevé s'explique en partie par la création de l'Etat en 1871 : à cette époque, les entités composant la " Fédération " (ou Etat allemand) étaient dotés d'une forte " individualité " (ou personnalité). La recherche d'une unité ne pouvait se faire que par le maintien de pouvoirs propres et donc par la mise en place de règles garantissant la diversité de l'Etat fédéral et octroyant de larges compétences aux Etats membres. Cette forte individualité a commencé à s'estomper à compter de la République de Weimar, et surtout après la seconde guerre mondiale alors que la population connaissait une plus grande mobilité, celle-ci se sentant davantage rattachée à l'Allemagne en général qu'à un Land en particulier¹⁹. Il est vrai qu'à compter de la République de Weimar et jusqu'à la chute du III^{ème} Reich, l'Etat allemand n'a cessé de se " centraliser " ²⁰, ce que l'on remarque dans les différentes Constitutions successives.

L'ensemble de ce phénomène, cette centralisation progressive, cette diminution du degré de décentralisation du Bund conduit Konrad HESSE, ancien Professeur de droit public et ancien juge à la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, à dire que « l'Etat fédéral allemand de l'ère contemporaine est, si ce n'est totalement au moins en principe, un *Etat fédéral unitaire* »^{21, 22} (A). Ce phénomène

¹⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, op. cit., p. 293 (Seconde partie, Livre XI, Chapitre IV).

¹⁸ En ce sens, cf. Spyridon FLOGAÏTYS, *La notion de décentralisation*, op.cit., p. 52 : « Ainsi, seulement le degré de la décentralisation distingue l'Etat unitaire décentralisé d'un Etat fédéral, et l'Etat fédéral d'une confédération d'Etats, etc. ; tout le problème se rapporte alors au degré élevé de décentralisation ; la différence est quantitative et non qualitative. » L'auteur se fait l'interprète de la théorie de Kelsen.

¹⁹ Konrad HESSE, " Der unitarische Bundesstaat ", herausgegeben von Peter HÄBERLE und Alexander HOLLERBACH, C. F. Müller, Heidelberg, 1984, p. 126 et s. A ce titre, on fait remarquer que de nombreux historiens considèrent l'instauration de la République de Weimar comme la date de la véritable création de l'Etat allemand unifié. En effet, la République bismarckienne ne correspondait pas véritablement à un Etat fédéral mais plutôt à une Fédération intégrée d'Etats.

²⁰ Günther AMMON et Michael HARTMEIER, " Le fédéralisme et le centralisme : les deux principes fondamentaux de l'organisation territoriale ", in Günther AMMON et Michael HARTMEIER (sous la direction de), *Fédéralisme et centralisme – L'avenir de l'Europe entre le modèle allemand et le modèle français*, Economica, Paris, Coll. Politique comparée, 1998, p. 6 et s.

²¹ « Der deutsche Bundesstaat der Gegenwart ist, wenn auch nicht ohne Einschränkungen so doch im Prinzip, *unitarischer Bundesstaat*. », Konrad HESSE, " Der unitarische Bundesstaat ", op. cit., p. 128, c'est l'auteur qui souligne.

²² Pour la traduction française de " unitarisch ", on préférera à unitaire le néologisme " unitaire ", qui semble mieux retranscrire l'idée exprimée en allemand. « Der unitarische Bundesstaat » décrit en effet davantage un mouvement de

de recentralisation est aujourd'hui renforcé par le droit communautaire et l'intégration européenne (B).

A – La République fédérale d'Allemagne, Etat fédéral unitaire

Un Etat fédéral se compose d'une entité fédérale (le Bund en Allemagne) et d'entités fédérées (les Länder en Allemagne). C'est le renforcement du pouvoir décisionnel de la première au détriment de celui des secondes qui conduit Konrad HESSE à parler d'Etat fédéral unitaire pour la République fédérale d'Allemagne. On y voit en effet le pouvoir décisionnel des Länder se réduire (1), tandis que l'influence du Bundesrat²³ se renforce, ce qui, sous couvert de réhabiliter une institution représentant les Länder, donne en réalité plus de pouvoir à une institution fédérale (2).

1) Les Länder et leur pouvoir décisionnel mineur

En vertu des articles 30 et 70²⁴ de la Loi fondamentale, les Länder ont une compétence de principe, tant que ladite Loi n'en dispose pas autrement. De nombreux facteurs ont cependant conduit à une quasi-compétence de principe du Bund, tendant à réduire le pouvoir décisionnel des Länder. C'est pourquoi, le fait que la compétence normative de droit commun relève des Länder n'est qu'illusoire : en effet, le Bund s'est progressivement approprié la plupart des titres de compétence relevant des articles 72 (74) et 75 LF.

Les différentes activités exercées par les Länder retranscrivent cette diminution de leur pouvoir décisionnel. En premier lieu, l'analyse de la production législative des Länder confirme l'idée de l'Etat fédéral unitaire. En effet, tant le nombre des lois des Länder que leur contenu demeurent minimaux. Ces lois ne s'occupent que de questions qui, depuis toujours, sont réservées aux Länder : la police, le droit communal et la culture²⁵. En deuxième lieu, les Länder ont certes conservé certaines de leurs prérogatives en matière de jurisprudence : la justice est toujours exercée par les tribunaux des Länder, hormis lorsqu'elle relève des tribunaux fédéraux limitativement énumérés. Cependant, sur le plan matériel, le droit appliqué par ces tribunaux est le droit fédéral. De même (ce qui est peut-être encore plus significatif), le droit réglementant l'existence et la procédure de ces tribunaux relève du droit fédéral²⁶. En troisième lieu, enfin, même si les Länder ont conservé des prérogatives certaines dans les domaines relevant du pouvoir exécutif, l'influence du Bund s'est accrue de manière constante. En effet, celui-ci encadre de plus en plus les champs d'action des Länder, contraignant parfois ces derniers à n'agir que d'une seule manière possible. De plus, comme en matière judiciaire, une large partie de la procédure administrative est réglementée par le droit fédéral²⁷.

Ces différentes interventions fédérales sont généralement motivées par un besoin d'uniformisation du droit, conduisant à l'unitarisation de l'Etat. En effet, la réalisation d'une véritable démocratie sociale – ce qu'est la République fédérale en vertu de l'art. 20 LF – nécessite des réglementations uniformes engendrant une application homogène du droit²⁸. Cela ressort

recentralisation (de certaines compétences, conduisant à une diminution du degré de décentralisation de l'Etat), plutôt qu'un système figé, correspondant à un degré de décentralisation donné, que l'on caractériserait par les termes "Etat fédéral unitaire", comme on caractérise un "Etat régional" ou "régionalisé", ou un "Etat décentralisé", etc. On conservera cependant le terme "unitaire" lorsque l'on citera des auteurs mentionnant (en français) la théorie de HESSE. Que le Professeur Otto PFERSMANN soit vivement remercié pour ses conseils dans cette traduction.

²³ Il s'agit de la chambre représentant les Länder au niveau fédéral.

²⁴ Art. 30 : « L'exercice des pouvoirs étatiques et l'accomplissement des missions de l'Etat relèvent des Länder, à moins que la présente Loi fondamentale n'en dispose autrement ou n'admette un autre règlement. » ; art. 70, al. 1 : « Les Länder ont le droit de légiférer dans les cas où la présente Loi fondamentale ne confère pas à la Fédération des pouvoirs de légiférer. »

²⁵ Konrad HESSE, "Der unitarische Bundesstaat", *op. cit.*, p. 129 et s.

²⁶ *Ibidem*, p. 130.

²⁷ *Ibidem*, p. 131 et s.

²⁸ Konrad HESSE estimait, dès 1962, que le développement de "l'Etat social moderne" (à savoir le développement des nouvelles technologies, la réglementation de la question des réfugiés, la réalisation de l'économie globalisée) nécessite

clairement des matières que le Bund s'attribue : il réglemente la procédure judiciaire ou administrative qui obligera l'ensemble des tribunaux et des administrations des Länder à adopter une conduite homogène. D'autre part, la question de la garantie des droits fondamentaux réclame également une réglementation uniforme²⁹. Cette uniformisation ne peut se faire convenablement qu'à travers une intervention fédérale.

A travers ces pratiques, le Bund renforce son pouvoir décisionnel au détriment de celui des Länder. En effet, on remarque que le nombre et l'importance des normes édictées diminuent puisque les Länder bénéficient de moins de compétences ; que le mode de décision est plus encadré car les Länder ont une marge de manœuvre réduite ; et que la Cour constitutionnelle fédérale, qui doit normalement garantir aux Länder leurs domaines de décision, dégage une jurisprudence favorable au renforcement du pouvoir décisionnel du Bund, puisqu'elle cautionne cette pratique³⁰. De plus, au regard du mode de décision, la recentralisation de l'ordre juridique allemand est accentuée : en effet, le Bundesrat, organe représentant et impliquant les Länder dans la production de normes législatives fédérales, constitue un autre élément important de l'Etat fédéral unitaire³¹.

2) Le Bundesrat et ses prérogatives majeures

Depuis l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale le 23 mai 1949, le Bundesrat a connu un renforcement constant de ses prérogatives. Ce renforcement est le résultat d'une interprétation large des "lois d'approbabilité"³². En effet, même si le droit commun voudrait que le Bundesrat ne puisse qu'effectuer un vote d'opposition, il a estimé que lorsqu'une loi, même en partie, nécessitait son accord, il devait le donner pour l'ensemble de la loi³³. Si le Bund veut établir une application uniforme du droit sur l'ensemble du territoire, il doit le faire d'abord au travers des lois fédérales, mais aussi par l'application de ces lois, application qui relève des Länder, en vertu de l'art. 83 LF. Ainsi, le Bund peut insérer dans les lois des éléments de procédure administrative qui nécessitent l'approbation du Bundesrat (art. 84, al. 1 LF). Le Gouvernement fédéral peut également établir des règlements qui nécessitent, eux aussi, son approbation. De ce fait, les prérogatives qui sont retirées aux Länder sont en quelque sorte compensées par l'influence croissante du Bundesrat. On voit là la logique de l'Etat fédéral unitaire. En effet, comme l'avaient fait remarquer des Parlementaires au cours de la préparation de la révision constitutionnelle de 1994 qui avait pour but de renforcer les

des règles uniformes sur l'ensemble du territoire allemand. Konrad HESSE, "Der unitarische Bundesstaat", *op. cit.*, p. 126 et s.

²⁹ Sur la question d'une légitimation de l'intervention du Bund fondée sur la garantie des droits fondamentaux, cf. Christoph DEGENHART, "Rechtseinheit und föderale Vielfalt im Verfassungsstaat", in *ZfA* 1993, p. 420 et s.

³⁰ BVerfGE 2, 213 [224] pour la compétence concurrente et BVerfGE 4, 115 [129] pour la compétence cadre.

³¹ Konrad HESSE, "Der unitarische Bundesstaat", *op. cit.*, p. 135.

³² La procédure législative fédérale (relative à l'adoption des lois ordinaires) est réglementée par les articles 76 à 78 de la Loi fondamentale. En vertu de l'art. 78, « une loi adoptée par le Bundestag l'est définitivement si le Bundesrat l'approuve, s'il ne fait pas la demande prévue à l'article 77, al. 2, s'il ne fait pas opposition dans le délai prévu à l'article 77, al. 3, ou s'il retire cette opposition, ou si elle est levée par un vote du Bundestag ». En peu de mots, cet article résume les étapes importantes de la procédure législative : Le Bundestag vote "seul" la loi et le Bundesrat ne peut que rejeter une loi (s'il s'agit d'une "Zustimmungsgesetz", que l'on traduira par "loi d'approbabilité", loi à approuver) ou y faire opposition (s'il s'agit d'une "Einspruchsgesetz", que l'on traduira par "loi d'opposabilité", loi opposable), ce qui pourra être surmonté par un vote du Bundestag à la majorité qualifiée (art. 77, al. 4 LF). En d'autres termes, une loi nécessitant l'approbation du Bundesrat ne pourra être adoptée qu'avec l'accord de ce dernier, tandis qu'une loi ne nécessitant pas un tel accord pourra être adoptée même s'il y est opposé. Il n'existe pas de règle générale définissant les lois d'approbabilité et d'opposabilité. Le principe veut que les lois touchant à l'intérêt des Länder ne puissent être adoptées que si la chambre les représentant au niveau fédéral n'y est pas opposée. Ainsi, une loi est, par principe, d'opposabilité, sauf lorsque la Loi fondamentale en dispose autrement. Cependant, les Länder ayant une compétence exclusive dans l'application des lois fédérales (art. 83 LF), le Bundesrat se fait fort de revendiquer autant que faire se peut une loi d'approbabilité. Pour plus de détails sur l'ensemble de la procédure législative allemande, on peut se reporter à Josef ISENSEE et Paul KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, C. F. Müller, Heidelberg, Band III, 1996, § 63, p. 351 et s.

³³ Konrad HESSE, "Der unitarische Bundesstaat", *op. cit.*, p. 136, ainsi que Reinhard HENDLER, "Unitarisierungstendenzen im Bereich der Gesetzgebung (Zum Verhältnis von Landesgesetzgebungskompetenzen und Bundesgesetzgebung)", in *ZG* 1987, p. 221.

pouvoirs des Länder, le renforcement des prérogatives du Bundesrat ne tend pas à rééquilibrer le fédéralisme³⁴, mais bien plutôt à renforcer le pouvoir décisionnel du Bund : le Bundesrat n'est pas un organe fédéré, mais un organe fédéral. Lui donner plus de poids, c'est donner plus de poids au pouvoir fédéral³⁵.

En outre, le Bundesrat aurait surtout une influence "bureaucratique" car les décisions de cette chambre seraient préparées par les services administratifs des Länder (les cabinets ministériels, « Länderbürokratie »³⁶). En effet, selon l'art. 52, al. 4 LF, les membres des cabinets ministériels des Länder peuvent siéger dans les Commissions du Bundesrat et ainsi préparer les décisions qui seront ensuite adoptées en séances plénières. En effet, en Allemagne, la plupart des décisions sont élaborées au sein des Commissions parlementaires, pour ne plus être qu'avalisées par la Chambre plénière.

L'affaiblissement du pouvoir décisionnel des Länder et le renforcement concomitant des prérogatives du Bundesrat conduisent à l'"Etat fédéral unitaire", et donc à un affaiblissement du degré de décentralisation de l'Etat fédéral allemand. De plus, si la répartition du pouvoir décisionnel entre entité supérieure et entités inférieures participe de la séparation verticale des pouvoirs, avec les conséquences qu'une telle séparation engendre³⁷, l'unitarisation de l'Etat allemand tend à annihiler ces conséquences. En effet, dans un tel ordre juridique, les décisions fédérales et fédérées, bien plus qu'être séparées, se mélangent et se complètent et la notion de séparation verticale des pouvoirs perd de sa signification : l'ensemble des décisions fédérales et fédérées contribue à l'expression de la volonté étatique d'ensemble sans pouvoir véritablement exercer un contre-pouvoir des unes sur les autres (ce à quoi devrait tendre la séparation des pouvoirs, si l'on suit la théorie de MONTESQUIEU).

« La formule d'"Etat fédéral unitaire" inventée par Konrad HESSE en 1962 a gardé, trente ans plus tard, toute sa valeur pour le fédéralisme allemand. »³⁸ C'est encore plus vrai avec l'influence du droit communautaire sur les ordres juridiques étatiques.

B – Le droit communautaire, moteur de la re-centralisation de l'Etat

En vertu de l'art. 249, al. 3 TCE, « la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens » : il en découle la fameuse obligation de "transposition" des directives, qui doit s'inscrire dans un délai déterminé. Cette obligation, parce qu'encadrée par des exigences issues du droit communautaire (1), pose parfois des problèmes constitutionnels aux Etats membres les conduisant soit à violer le droit communautaire, soit à violer leur Constitution. Ce fut notamment le cas en Allemagne, lors de la transposition de la directive 92/43/CEE (2).

³⁴ Selon certains auteurs, il s'agissait de la révision constitutionnelle la plus importante de l'histoire de la RFA. Elle fut consécutive à la réunification et fut préparée par une Commission spécialisée : la "Gemeinsame Verfassungskommission". Pour plus de détails sur cette révision, cf. Gérard MARCOU, "L'évolution récente du fédéralisme allemand sous l'influence de l'intégration européenne et de l'unification", in *RDP* 1995, pp 883 à 919 ; Martha-Dagmar MÜLLER, *Auswirkungen der Grundgesetzrevision von 1994 auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Länder*, LIT Verlag, Münster, 1996 (Juristische Schriftenreihe Bd. 78), 179 p. ; Kirsten SCHMALENBACH, *Föderalismus und Unitarismus in der Bundesrepublik Deutschland, Die Reform des Grundgesetzes von 1994*, Schriften des Landtags NRW, Düsseldorf, 1998, 302 p.

³⁵ Cf. Kirsten SCHMALENBACH, *Föderalismus und Unitarismus*, *op. cit.*, p. 49 et s.

³⁶ Konrad HESSE, "Der unitarische Bundesstaat", *op. cit.*, p. 138. Le terme allemand "Bürokratie" n'a pas la connotation négative qu'il a en français : il concerne véritablement un mode de gestion selon lequel les décisions sont, moins que prises, largement préparées par les "bureaux", c'est-à-dire par les membres des cabinets ministériels fédérés dans notre cas précis.

³⁷ Cf. *supra* p. 3.

³⁸ Heinz LAUFER, "La situation du fédéralisme en Allemagne", in Günther AMMON et Michael HARTMEIER (sous la direction de), *Fédéralisme et centralisme*, *op. cit.*, p. 51.

1) *Le droit communautaire encadrant l'action de l'ordre juridique étatique*

Si l'application d'une directive laisse aux Etats un libre choix des moyens pour réaliser cette application, la Commission européenne veille systématiquement à ce que les exigences du droit communautaire en général et de la directive en particulier soient respectées. Cela peut parfois conduire à une limitation de cette liberté de choix. La directive " Natura 2000 " tendant à la mise en place d'un « réseau écologique européen cohérent »³⁹, les Etats membres devaient avant tout respecter une obligation d'application homogène, uniforme et cohérente. Dans le cadre de la procédure contentieuse qui opposa la Commission à l'Allemagne, cette absence de cohérence constitua justement un élément de la mauvaise transposition allemande. La Commission rappela que « la marge d'appréciation des Etats membres est soumise au respect » de trois conditions : « seuls des critères à caractère scientifique doivent présider à la sélection des sites à proposer ; les sites proposés doivent assurer une couverture géographique homogène et représentative de la totalité du territoire de chaque État membre afin de garantir la cohérence et l'équilibre du réseau qui en résulte [...] ; la liste doit être complète [...] »⁴⁰. La Cour donna raison à la Commission sur ces points en soutenant « que, pour établir un projet de liste des sites d'importance communautaire, de nature à aboutir à la constitution d'un réseau écologique européen cohérent de ZSC⁴¹, la Commission doit disposer d'un inventaire exhaustif des sites [...] »⁴². Ainsi, l'Allemagne n'ayant fourni que des listes par Länder, et non une liste nationale globale (ces listes étant également incomplètes), ne respecte pas cette obligation de cohérence et d'homogénéité et, partant, viole les obligations imposées par la directive : elle se voit donc condamnée par la Cour. Cette absence de cohérence et d'homogénéité résultait en réalité de l'absence de compétence du Bund pour transposer l'ensemble de la directive, puisqu'il ne dispose que d'une compétence cadre en matière de protection de l'environnement.

Cependant, le Gouvernement allemand ne pouvait pas soulever, comme moyen de défense, la répartition interne des compétences : suivant une jurisprudence constante de la CJCE, un Etat ne saurait avancer « des dispositions ou pratiques de son ordre interne, même constitutionnelles »⁴³ pour justifier une atteinte au droit communautaire. Aussi, la Cour n'oublie-t-elle jamais de rappeler qu' « un Etat membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques, ou situations de son ordre juridique interne pour justifier l'inobservation des obligations et délais prescrits par une directive »⁴⁴. Néanmoins, durant la phase pré-contentieuse, l'Allemagne a plusieurs fois fait valoir à la Commission que son droit national imposait que ce soit les Länder qui désignent les sites, et qu'elle n'était donc pas en mesure de répondre aux mises en demeure de la Commission, ceux-ci préférant attendre que la loi cadre soit adoptée au niveau fédéral⁴⁵. Or cette loi ne peut satisfaire à la fois aux exigences communautaires et aux exigences constitutionnelles nationales.

2) *Le droit communautaire poussant à la violation de la Constitution de l'ordre juridique étatique*

Une loi *cadre*, afin qu'elle soit conforme à la Constitution, doit avant tout se limiter à la définition d'un *cadre*, que les Länder devront ensuite " remplir ", ce qui n'est pas sans poser un problème juridique, la notion de cadre n'étant définie nulle part. Des précisions ont dû être apportées par la Cour constitutionnelle. On considère généralement que la décision fondamentale relative à la compétence cadre est celle du 1^{er} décembre 1954⁴⁶. Elle a dégagé un double critère de

³⁹ Art. 3, § 1, cf. *supra*, note 9.

⁴⁰ CJCE 11 septembre 2001, Aff. C-71/99, *Commission c./ République fédérale d'Allemagne*, Rec. 2001, p. I-05811, § 20.

⁴¹ Zones spéciales de conservation : ce sont les sites qui ont vocation à s'inscrire dans le réseau Natura 2000.

⁴² CJCE 11 septembre 2001, Aff. C-71/99, § 27.

⁴³ CJCE 26 février 1976, Aff. 52/75, *Commission c./ Italie*, Rec. 1976, p. 284.

⁴⁴ CJCE 6 avril 1995, Aff. C-147/94, *Commission c./ Espagne*, Rec. 1995, p. I-01015 ; voir également CJCE 5 mai 1970, Aff. 77/69, *Commission c./ Belgique*, Rec. 1970, p. 245.

⁴⁵ CJCE 11 septembre 2001, Aff. C-71/99, §§ 13 et 16.

⁴⁶ BVerfGE 4, 115.

conformité d'une loi cadre : celle-ci doit à la fois « pouvoir être complétée et nécessiter un complément »⁴⁷, ce qui signifie qu'elle doit nécessiter une transposition des Länder. En bref, la loi fédérale ne doit pouvoir être complètement exécutoire « qu'à travers les dispositions de droit fédéré appropriées »⁴⁸, les Länder devant avoir une large marge de manœuvre pour intervenir (et non pas seulement le choix entre deux alternatives)⁴⁹. D'autre part, une telle loi peut contenir des dispositions « directes et détaillées », mais de façon strictement exceptionnelle⁵⁰. Une autre difficulté apparaît ici qui est celle de déterminer ce qu'est un cas exceptionnel⁵¹. Sans doute faut-il considérer que de telles dispositions ne peuvent être introduites dans une loi cadre que limitativement (afin que celle-ci demeure une loi *cadre*) et seulement si une disposition cadre ne permet pas d'atteindre le but recherché.

La loi fédérale transposant la directive contenait de telles normes directes et détaillées⁵². Pour s'en convaincre, il suffit de comparer la loi fédérale avec une loi fédérée, et de constater l'identité des termes entre certains articles⁵³. Une interprétation stricte des critères permettant de qualifier un cas exceptionnel conduit en l'espèce à la négation de sa présence. En effet, le but poursuivi (la transposition de la directive) aurait pu être atteint par la disposition cadre « à l'extrême » stipulant que « les Länder doivent transposer la directive “ Natura 2000 ” dans le délai imparti par son article 23 ». Sans envisager uniquement cette situation extrême, la loi cadre aurait pu procéder par renvois ponctuels aux articles de la directive, laissant ainsi les Länder libres de les transposer comme ils le souhaitaient. Mais de telles dispositions, si elles auraient été conformes à la Constitution allemande, auraient violé le droit communautaire car elles n'auraient pas engendré une transposition cohérente et uniforme. C'est d'ailleurs parce que le Gouvernement allemand avait laissé trop de marge de manœuvre aux Länder, que la République fédérale s'est vue condamner par la CJCE⁵⁴.

Néanmoins, d'aucuns estiment que, en matière de transposition de directives communautaires, des normes directes et détaillées peuvent être justifiées. Cela pourrait résulter d'une interprétation conforme du droit communautaire, c'est-à-dire la nécessaire application claire, précise et cohérente de la directive⁵⁵. Au soutien de cet argument, on peut invoquer l'obligation fédérale des Länder de comportement fidèle au Bund (“ bundestreues Verhalten ”) ainsi que les propos de la Cour constitutionnelle fédérale stipulant qu'une action de la compétence des Länder ne leur échoit véritablement que si elle « ne contredit pas l'ordre public »⁵⁶.

Qu'il y ait présence de cas exceptionnels ou non, il demeure que le droit communautaire engendre une variation des niveaux de compétence et, partant, une variation du degré de décentralisation de l'ordre juridique. L'Union européenne participe ainsi de la dialectique centralisation/décentralisation, c'est-à-dire de ces tendances opposées de renforcement des centres

⁴⁷ « [...] ausfüllungsfähig und ausfüllungsbedürftig », BVerfGE 4, 115 [129]. Ce double critère vaut toujours aujourd'hui, ce n'est que son appréciation qui est plus stricte, cf. Martha-Dagmar MÜLLER, *Auswirkungen der Grundgesetzrevision von 1994*, op. cit., p. 115.

⁴⁸ « Erst durch den Erlaß des entprechenden Landesrecht wirksam », Hans D. JARASS, “ Regelungsprobleme des Landesgesetzgebers im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung und in anderen Bereichen ”, in *NVwZ* 1996, p. 1047.

⁴⁹ Jochen ROZEK, in Hermann VON MANGOLDT, Friedrich KLEIN, Christian STARCK, *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, Verlag Franz Vahlen, 4^{ème} Edition, 2000, Band II, Artikel 75.

⁵⁰ Cf. *supra* p. 3.

⁵¹ Des développements sur ce point dépasseraient trop largement le cadre de cette contribution. On se bornera à renvoyer aux nombreux commentaires de la Loi fondamentale, et notamment à Jochen ROZEK, in Hermann VON MANGOLDT, *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, op. cit., Artikel 75 ; H. J. ABRAHAM *et al.*, *Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)*, Hansischer Gildenverlag, Hamburg, Band 6, Artikel 75.

⁵² “ Zweites Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes ”, du 30 avril 1998, *BGBI* I, Nr. 25, p. 823 (8. Mai 1998).

⁵³ Cf. par exemple le § 19c de la loi cadre et le § 20d de la loi hessoise (“ Gesetz zur Änderung des hessischen Naturschutzrechtes ” vom 18. Juni 2002, *GVBl.* Nr. 16, I, p. 364 (27. Juni 2002)).

⁵⁴ Cf. *supra*, note 40.

⁵⁵ Christoph GRAMM, “ Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes für ein Umweltgesetzbuch (Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von Art. 75 Abs. II GG) ”, in *DÖV* 1999, p. 545.

⁵⁶ BVerfGE 98, 106 [118].

étatique, infra-étatique et, désormais, supra-étatique. Ces tendances opposées existent parce que toute entité juridique répond à une double nécessité : de cohésion d'ensemble d'une part et de diversité d'autre part. Cela s'applique aux domaines politique, économique, culturel. Cela s'applique tout aussi naturellement dans le domaine juridique. La cohésion correspond à la nécessité d'application uniforme du droit sur l'ensemble du territoire de l'entité, du moins pour les normes " les plus importantes ". Il faut alors déterminer ce que sont ces normes importantes. La première d'entre elles, ainsi que le faisait remarquer KELSEN⁵⁷, est bien sûr la Constitution, celle qui fonde l'entité et qui instaure un quelconque degré de décentralisation, le plus minime soit-il. Ensuite, c'est à l'entité elle-même de décider de l'importance des autres normes et de la cohésion juridique qu'elle souhaite établir sur son territoire, au sein de son ordre juridique. Si elle souhaite aboutir à un ordre juridique fortement centralisé, elle aura besoin d'une forte cohésion. La conséquence est alors qu'elle se dote d'un pouvoir décisionnel fort, centralisant l'ensemble de l'ordre juridique. C'est ce que tente de faire l'Union européenne, notamment à travers la jurisprudence de la CJCE. Partant, les Etats membres sont contraints de veiller à la cohésion juridique *européenne* ; ils ne peuvent le faire qu'en veillant, d'abord, à une cohésion juridique *nationale*. En conséquence, à l'instar de l'Union européenne qui le fait pour son ordre juridique, les Etats renforcent leur pouvoir décisionnel et centralisent l'action étatique. Au bout de la chaîne, les grandes perdantes sont les entités infra-étatiques car « la négation parfois consciente, mais en général inconsciente, de toute diversité régionale est la conséquence de cette mentalité centralisatrice »⁵⁸.

C'est à ce niveau qu'entre en jeu l'autre nécessité : la diversité, le pluralisme disent certains⁵⁹. En effet, ainsi que le faisait déjà remarquer Konrad HESSE, la tendance du Bund à l'unitarisation va naturellement à l'encontre de la diversité et porte atteinte à l'individualité⁶⁰ des Länder. Cette unitarisation découle d'actions relevant plus ou moins de ses prérogatives. Mais si elle se produit également dans des domaines relevant de la compétence exclusive des Länder, l'essence même de l'Etat fédéral, « la particularité et la diversité régionale », pourrait se voir anéantie et conduire « à la mort de l'Etat fédéral »⁶¹. Une autre conséquence, moins tragique, touche la séparation verticale des pouvoirs : à recentraliser l'Etat ou l'entité politico-juridique supérieure, le pouvoir décisionnel des entités inférieures s'affaiblit et l'équilibre des pouvoirs disparaît. Ainsi, l'individualité des entités inférieures doit être préservée ; celles-ci doivent conserver un certain degré d'autonomie et donc un certain pouvoir décisionnel propre. Mais comment le faire lorsque l'entité supérieure commande un dirigisme ? La réponse est simple : lorsque ce dirigisme est commandé parce que nécessaire, le pouvoir décisionnel des entités inférieures doit être canalisé (diminuant ainsi le degré de décentralisation) ; lorsque ce dirigisme n'est pas nécessaire, le pouvoir décisionnel des entités inférieures doit être maintenu à une intensité plus élevée (augmentant ainsi le degré de décentralisation). Cela engendre le problème de la variation de l'intensité de ce pouvoir décisionnel (tant au niveau supérieur qu'inférieur) et donc de la variation des degrés de décentralisation, non plus en fonction des ordres juridiques (différence de degré entre un ordre juridique fédéral, régional, décentralisé), mais en fonction des missions au sein d'un même ordre juridique. Il s'agit ici d'un exemple de la dialectique centralisation/décentralisation.

A propos de la mise en œuvre du droit communautaire en Allemagne, certains ont ainsi estimé que la législation relative à la transposition de directives est une législation particulière, car elle lie les Etats par son contenu et par son échéance. Ces particularités leur permettraient de réclamer et de justifier certaines compétences extraordinaires, ce qui se traduirait, pour

⁵⁷ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., p. 355. Cet aspect est repris par Spyridon FLOGAÏTYS, *La notion de décentralisation*, op. cit., p. 51.

⁵⁸ Günther AMMON et Michael HARTMEIER (sous la direction de), *Fédéralisme et centralisme*, op. cit., p. 21.

⁵⁹ Voir, par exemple, Annie FITTE-DUVAL, " L'Etat unitaire face à la diversité régionale ", in *Cahiers français*, 2003, n° 300, pp 62 à 66.

⁶⁰ L'individualité dont il s'agit dans notre cas est bien sûr l'individualité juridique, la capacité des entités inférieures à produire leurs propres normes. Mais, plus généralement, au sein d'un Etat démocratique il s'agit également de l'individualité politique, économique et culturelle.

⁶¹ « daß der Bundesstaat im Sterben liegt », Konrad HESSE, " Der unitarische Bundesstaat ", op. cit., p. 134.

l'Allemagne, par une interprétation extensive des cas exceptionnels de l'art. 75, al. 2 LF⁶². Dans la pratique, de telles prérogatives exorbitantes pourraient se fonder sur une " clause d'ouverture " qui attribuerait au Bund de plus larges compétences, en exception à l'article 75, al. 2 LF, cette clause ne valant que dans les cas de transposition d'une directive européenne⁶³. Une telle " clause d'ouverture " se rapproche fortement d'une application du principe de subsidiarité : le niveau supérieur demeure compétent lorsque la sécurité juridique l'exige. Dès lors, ce principe apparaîtrait comme une solution aux problèmes posés par l'application du droit communautaire en Allemagne et comme une réponse à la dialectique centralisation/décentralisation.

II. LA DIALECTIQUE CENTRALISATION/DECENTRALISATION REGULEE PAR UN PRINCIPE DE SUBSIDIARITE DYNAMIQUE

Le lexème " subsidiarité " procède d'une origine étymologique latine double. D'une part, il provient du terme *subsidium* qui signifie " renfort, ressource " et donne aujourd'hui le terme " subside " qui implique cette idée de secours : obtenir un subside signifie obtenir une aide financière, une allocation. D'autre part, il provient d'un terme dérivé du premier, *subsidiarius*, signifiant " qui est en réserve " : dans l'Antiquité romaine, les troupes subsidiaires étaient les troupes de réserves, celles que l'on appelait en renfort lorsque nécessaire⁶⁴. Cette origine étymologique double se retrouve dans le sens qu'il faut attribuer au concept de " subsidiarité " et engendre ainsi la double dimension du principe de subsidiarité. On a généralement à l'esprit que le principe de subsidiarité exige qu'une décision soit arrêtée au niveau le plus proche des citoyens, sauf lorsque celle-ci est susceptible d'une meilleure mise en œuvre si elle est prise par un niveau supérieur. Limiter ce principe à cette seule dimension de possibilité revient à le priver de toute sa portée. Dans son acception de " secours ", le principe de subsidiarité n'est pas uniquement susceptible de provoquer la possibilité d'intervention du niveau supérieur, mais plutôt le devoir d'une telle intervention ; « il s'agit de mesurer non pas si l'autorité a le droit d'intervenir mais surtout si elle en a le devoir »⁶⁵.

On estime généralement que l'origine du principe de subsidiarité lui-même serait à retrouver dans la doctrine catholique en matière sociale. En effet, la paternité en reviendrait au Pape PIE XI qui l'aurait explicité en 1931 lors de l'*Encyclique " Quadragesimo anno "*. Il soutint qu'il est nécessaire « que l'autorité publique abandonne [...] aux groupements de rang inférieur le soin des affaires de moindre importance où se disperserait à l'excès son effort ; elle pourra dès lors assurer plus librement, plus puissamment, plus efficacement les fonctions qui n'appartiennent qu'à elle, parce qu'elle seule peut les remplir ; diriger, surveiller, stimuler, contenir, selon que le comportent les circonstances ou l'exige la nécessité. »⁶⁶ En réalité, l'origine de ce principe est plus ancienne encore : « La subsidiarité est un principe d'organisation politique et sociale formulé par la doctrine sociale de l'Eglise mais dont l'idée est plus ancienne puisqu'on la fait généralement remonter à Aristote et à la pensée grecque, explicités et complétés par saint Thomas d'Aquin et la scolastique

⁶² Eckard REHBINDER et Reiner WAHL, " Kompetenzprobleme bei der Umsetzung von europäischen Richtlinien ", in *NVwZ* 2002, p. 22.

⁶³ *Ibidem*, pp 25 et 26.

⁶⁴ Sur ce point, cf. Alain DELCAMP, " Principe de subsidiarité et décentralisation ", *op. cit.*, p. 615, ainsi que *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, Paris, 1998.

⁶⁵ Alain DELCAMP, " Principe de subsidiarité et décentralisation ", *op. cit.*, p. 615.

⁶⁶ PIE XI, *Encyclique " Quadragesimo anno "*, sur la restauration de l'ordre social en pleine conformité avec les préceptes de l'Evangile, à l'occasion du quarantième anniversaire de l'*Encyclique " Rerum novarum "*, 15 mai 1931 (traduction officielle du latin, publiée par la Typographie vaticane), Bonne Presse, Paris, 1931, p. 32. Pie XI avait auparavant prétendu que « de même qu'on ne peut enlever aux particuliers, pour les transférer à la communauté, les attributions dont ils sont capables de s'acquitter de leur seule initiative et par leurs propres moyens, ainsi ce serait commettre une injustice, en même temps que troubler d'une manière très dommageable l'ordre social, que de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes. » (*ibidem*, p. 31).

médiévale. »⁶⁷ D'autre part, ROBESPIERRE le mentionnait déjà devant la Convention, en 1793⁶⁸. Son apparition en sciences juridiques est en revanche assez tardive, *a fortiori* en droit constitutionnel.

Le flou qui règne autour de ce principe réclame qu'il soit quelque peu précisé (A) avant qu'on ne puisse démontrer comment un principe de subsidiarité dynamique peut réguler la dialectique centralisation/décentralisation (B).

A – Clarifier le principe de subsidiarité

D'origine philosophique et religieuse, le principe de subsidiarité ne connaît pas moins une application en sciences juridiques, et ce de manière croissante depuis les années 50. En effet, l'on rattache généralement ce principe au droit communautaire, ce qui n'a pas empêché certaines études d'être menées sans rattachement intrinsèque aux institutions des Communautés européennes. Mais que ce soit dans les réflexions des juristes ou au sein du droit communautaire, on ne retrouve que rarement toutes les dimensions attenantes à ce principe. Les premières l'oppose généralement à la notion de décentralisation, alors qu'il est susceptible de la compléter (1), le second n'en présente qu'un exemple inachevé (2).

1) Le principe de subsidiarité au renfort de la décentralisation

Selon Jean RIVERO, la décentralisation serait opposée à la subsidiarité. La première répondrait à un mouvement du haut vers le bas : compétence de principe au sommet, compétence d'attribution à la base, le sommet se déchargeant de certaines compétences au profit de la base. La seconde répondrait à un mouvement inverse, du bas vers le haut : compétence de principe à la base, compétence d'attribution au sommet, la base se déchargeant de certaines compétences au profit du sommet⁶⁹. Il faudrait alors constater que la France appartient au modèle de "décentralisation" tel que conçu par Jean RIVERO. Cependant, même s'il n'est pas possible de soutenir que ce sont les collectivités territoriales qui attribuent des compétences au Parlement et au Gouvernement, ne disposent-elles pas d'une certaine forme de compétence générale (en vertu de la "clause générale de compétence") ? D'autre part, il faudrait constater que l'Allemagne appartient au modèle de "subsidiarité" puisque ce sont les Länder qui disposent de la compétence normative de principe, sans pour autant disposer de la "compétence de la compétence", c'est-à-dire sans qu'ils puissent eux-mêmes décider quelles compétences attribuer au Bund. Enfin, tant dans la Constitution française que dans la Loi fondamentale allemande, une forme de subsidiarité semble apparaître⁷⁰. Il convient donc de nuancer le propos de Jean RIVERO et de soutenir que la décentralisation peut

⁶⁷ Joël-Benoît D'ONORIO, "Subsidiarité", in Philippe LEVILLAIN (sous la direction de), *Dictionnaire historique de la papauté*, Fayard, Paris, 1994, p. 1599.

⁶⁸ « Fuyez la manie ancienne de vouloir trop gouverner ; laissez aux individus, laissez aux familles le droit de faire ce qui ne nuit pas à autrui ; laissez aux communes le pouvoir de régler elles-mêmes leurs propres affaires en tout ce qui ne tient point essentiellement à l'administration de la République ; rendez à la liberté individuelle tout ce qui n'appartient pas naturellement à l'autorité publique et vous aurez laissé d'autant moins de prise à l'ambition et à l'arbitraire. », discours à la tribune de la Convention le 10 mai 1793, réflexion sur la décentralisation, *Le Moniteur universel* du 13 mai 1793, p. 584.

⁶⁹ Colloque "Les compétences du pouvoir local dans les pays européens", "Rapport de synthèse", organisé à Aix-en-Provence, *Annuaire européen d'administration publique*, tome III (1980), p. 282 : « Dans le cas de la subsidiarité, les compétences s'exercent à la base, à l'exception de celles qui sont retenues au niveau supérieur. Dans l'autre cas, les compétences globales sont au sommet et c'est seulement celles qui sont confiées à l'échelon inférieur que celui-ci va assumer. »

⁷⁰ En France, depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 qui introduit un article 72, al. 2 dans la Constitution, lequel dispose que les collectivités territoriales ont « vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». Cette insertion semble cependant relever davantage du principe directeur que du principe juridique (et justiciable). En Allemagne, dans l'article 72, al. 1 LF qui rappelle que, dans les domaines de la compétence concurrente, « le Bund a le droit de légiférer lorsque et pour autant que la réalisation de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique dans l'intérêt de l'ensemble de l'Etat rendent nécessaire une réglementation législative fédérale. »

également être le cadre d'une application du principe de subsidiarité : ces deux notions ne s'opposent nullement, mais se complètent pleinement.

Une des premières définitions du principe de subsidiarité dans la littérature politique et juridique française a été apportée par le rapport *Vivre ensemble*, dit " Rapport Guichard " ⁷¹ : « Il conduit à rechercher toujours le niveau adéquat d'exercice des compétences, un niveau supérieur n'étant appelé que dans les cas où les niveaux inférieurs ne peuvent pas exercer eux-mêmes les compétences correspondantes. L'Etat doit ainsi déléguer aux collectivités tous les pouvoirs qu'elles sont en mesure d'exercer. » ⁷² La double dimension du principe se retrouve parfaitement dans cette définition. D'une part, la dimension, l'idée de " secondaire " : une entité intervient " en second " par rapport à une autre, elle intervient de façon " subsidiaire ". Dans le cas présent, il s'agirait de l'entité supérieure, mais ce n'est pas toujours le cas : ce peut être l'entité inférieure qui intervient de façon seconde, tant qu'elle est en mesure d'appliquer une norme sans que cela porte atteinte à la cohésion de l'ensemble du système. D'autre part, la dimension, l'idée de " secours " : l'entité supérieure (et dans ce cas, il s'agit toujours de l'entité supérieure, puisqu'elle est la seule à être en mesure d'assurer l'application uniforme du droit) intervient lorsque « les niveaux inférieurs ne peuvent pas exercer eux-mêmes les compétences correspondantes ». Il faut apporter ici un éclaircissement : plus qu'une compétence en soi, il s'agit plutôt d'une mission, relevant d'un domaine de compétence. Si la réalisation d'une mission (par exemple, la transposition d'une directive) exige une intervention du niveau supérieur, alors celui-ci a le devoir d'intervenir. Ainsi, « l'Etat doit [certes] déléguer aux collectivités tous les pouvoirs qu'elles sont en mesure d'exercer », mais le principe de subsidiarité ne peut impliquer une délégation " figée " : toute la portée du principe réside dans ce qu'il permet une souplesse dans la répartition des compétences, constituant ainsi une réponse à la " dialectique centralisation/décentralisation ".

Il est cependant une norme dont l'application devra toujours être commandée par l'entité supérieure : il s'agit de la norme fondant l'ordre juridique décentralisé. Si elle est la norme fondamentale, elle ne peut souffrir d'une application hétérogène en fonction des entités inférieures, elle doit nécessairement être appliquée de façon homogène sur l'ensemble du territoire de l'entité qu'elle fonde, sinon cette entité n'est plus puisqu'elle n'est plus fondée par la même norme sur l'ensemble de son ordre juridique. La norme fondamentale ne peut pas impliquer une obligation de résultat, elle ne peut pas être mise en œuvre de façon différente d'une entité inférieure à une autre, elle est nécessairement une norme obligeant de façon égale et unique et dans toutes ses dispositions l'ensemble des entités appartenant au système juridique qu'elle fonde. Il est d'autres exemples qui commandent une action de l'entité supérieure ; la transposition d'une directive communautaire, dans les conditions et selon les exigences qui ont été décrites en première partie en est une. Le critère commandant une telle intervention est avant tout la nécessité d'une application uniforme du droit.

Le principe de subsidiarité contient donc un double titre de compétence, laquelle découle de sa double origine étymologique. D'une part, il fonde les entités inférieures à agir, tant qu'elles sont en mesure de le faire. D'autre part, il fonde (et oblige) l'entité supérieure à agir dès lors que des exigences d'homogénéité et de cohésion de l'ordre juridique sont en cause.

Parce que le droit communautaire, un des ordres juridiques faisant application du principe de subsidiarité, ne tient pas compte de cette double dimension, il le prive de toute sa portée.

⁷¹ Olivier GUICHARD (Président), *Vivre ensemble*, Rapport de la Commission de développement des responsabilités locales, La documentation française, Paris, 1976, 432 p. (tome 1, " Rapport "), 226 p. (tome 2, " Annexes au rapport "). Cette opinion est notamment exprimée par Alain DELCAMP, " Principe de subsidiarité et décentralisation ", *op. cit.*, p. 619 ; ou par Jacques MOREAU, in " Décentralisation, bilan et perspective – Ouverture ", *AJDA* 1992, numéro spécial, p. 9 : « L'origine du " principe de subsidiarité " me paraît pouvoir être située dans le rapport Guichard de 1976 [...]. On y trouvait l'idée assez simple qu'il est inutile de faire appel à une collectivité " supérieure ", voire l'Etat, si la collectivité territoriale la plus proche du citoyen est capable de garantir les services et prestations envisagés au plus près des réactions des intéressés. »

⁷² Rapport *Vivre ensemble*, tome 1, p. 97.

2) Le droit communautaire ou le principe de subsidiarité inachevé

Le principe de subsidiarité trouve une application certaine en droit communautaire. Il existe cependant d'autres ordres juridiques qui l'appliquent, quand bien même ce principe n'est pas inscrit explicitement dans leur constitution. Il en va ainsi notamment de l'Allemagne⁷³, de la Belgique⁷⁴, et peut-être même de la France^{75, 76}.

Une des premières applications concrètes du principe de subsidiarité en droit communautaire remonte à l'arrêt *Kramer* de 1976 où il est dit « que la conservation des ressources biologiques de la mer ne peut être assurée de manière à la fois efficace et équitable qu'à travers une réglementation engageant tous les Etats intéressés, y compris les pays tiers »⁷⁷. La Cour se fonde sur ce besoin d'une telle réglementation pour justifier de la capacité de la Communauté à conclure une convention internationale en matière de pêche. Sa première apparition explicite remonte au "Rapport Spinelli" de 1984 qui fut à l'origine de l'Acte unique⁷⁸. Mais si on y retrouve certainement une des deux dimensions du principe de subsidiarité (l'idée de "secondaire"), il est moins certain que l'autre dimension (l'idée de "secours") y soit également présente : il n'est nulle part mentionné que l'Union a un devoir d'intervention. Cette absence ne sera jamais comblée par le droit communautaire et c'est elle, précisément, qui fait perdre de sa portée au principe de subsidiarité, qui n'a jamais bénéficié d'une application dans toutes ses dimensions par le droit communautaire, et ce pour diverses raisons. D'abord, cet article n'a pas été repris en tant que tel par l'Acte unique de 1986, même si ce traité est le premier à introduire implicitement le principe dans les textes fondateurs. Il donne en effet compétence à la Communauté en matière d'environnement lorsque les objectifs du traité « peuvent être mieux réalisés au niveau de la Communauté qu'au niveau des Etats membres pris isolément »⁷⁹. Ensuite, le Traité de Maastricht (1992), le Traité d'Amsterdam (1998), puis le Traité de Nice (2001) mentionnent expressément ce principe, à la fois dans le Traité instituant l'Union européenne et dans le Traité instituant une Communauté européenne. Désormais inscrit dans le droit communautaire primaire⁸⁰, le principe de subsidiarité

⁷³ Voir Josef ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2^{ème} édition 2001, 391 p.

⁷⁴ Sur ce point, cf. Francis DELPEREE (sous la direction de), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles, Paris, 2002, 538 p., et notamment les contributions de Françoise LEURQUIN-DE VISSCHER, "Existe-t-il un principe de subsidiarité ?" (pp 21 à 45), André ALEN, "Le principe de subsidiarité et le fédéralisme belge" (pp 461 à 469), Hugues DUMONT, "La subsidiarité et le fédéralisme belge : un principe discret ou dangereux ?" (pp 471 à 493), Jean-Claude SCHOLSEM, "Le principe de subsidiarité en question en droit constitutionnel belge" (pp 495 à 507), Hendrik VUYE, "Réactions à l'égard du principe de subsidiarité en question en droit constitutionnel belge" (pp 509 à 513).

⁷⁵ Même si l'auteur de ces lignes est sceptique quant à une application juridique et justiciable de ce principe en France, cf. *supra*, note 70.

⁷⁶ On se bornera ici à mentionner ces quelques Etats européens, le but de l'étude n'étant pas d'analyser l'application du principe de subsidiarité dans différents ordres juridiques, mais de démontrer en quoi et comment ce principe constitue une réponse à la dialectique centralisation/décentralisation. Pour une stricte raison pratique, on renoncera à étudier le principe de subsidiarité tel qu'il est "appliqué" en Allemagne, une telle analyse, qui conclurait une nouvelle fois à une mauvaise application du principe, ne faisant qu'alourdir cette contribution.

⁷⁷ CJCE 14 juillet 1976, *Kramer*, Aff. 3/76, Rec. p. 1279 ; § 32.

⁷⁸ Projet de traité du Parlement européen sur l'Union européenne, dit "Projet Spinelli", Strasbourg, 14 février 1984, *Bulletin des Communautés européennes*, 2-1984, pp 8-26. Il est mentionné dans le Préambule que « Entendant confier à des institutions communes, conformément au principe de subsidiarité, les seules compétences nécessaires pour mener à bien des tâches qu'elles pourront réaliser de manière plus satisfaisante que les Etats pris isolément, Les hautes parties contractantes [...] ont décidé de créer l'Union Européenne », puis à l'article 12 que « [...] L'Union n'agit que pour mener les tâches qui peuvent être entreprises en commun de manière plus efficace que par les Etats membres œuvrant séparément, en particulier celles dont la réalisation exige l'action de l'Union parce que leurs dimensions ou leurs effets dépassent les frontières nationales. [...] ».

⁷⁹ Art. 130 R, § 4 TCE (nouvel art. 174 TCE). De façon encore plus marquée qu'au sein du "Rapport Spinelli", la dimension entraînant une obligation de réglementation communautaire dans le cas où ces objectifs peuvent effectivement « être mieux réalisés au niveau de la Communauté » est absente : on semble se cantonner à une simple possibilité. Néanmoins, cette disposition a été supprimée par le Traité de Maastricht.

⁸⁰ Article 5, alinéa 2 du Traité instituant la Communauté européenne : « Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent

devient un moyen d'action de la Communauté. Cependant, « la rédaction retenue pour l'alinéa 2 de l'article 5 CE s'inscrit plus dans le sens d'une volonté de restriction de l'action communautaire que dans une perspective de développement de cette action »⁸¹ : à l'origine, ce principe était davantage destiné à préserver les prérogatives des Etats membres plutôt qu'à permettre de larges interventions de la Communauté, les Etats pensant ainsi réussir à circonscrire l'action de la Communauté au strict minimum⁸².

Cependant, l'article 5 TCE a fait l'objet d'un accord inter-institutionnel entre la Commission, le Conseil et le Parlement, le 25 octobre 1993 à Luxembourg. Cet accord tente de clarifier la portée du principe de subsidiarité et dispose expressément qu'il « vise à ce que les décisions soient prises au sein de l'Union européenne aussi près que possible du citoyen » et que « la subsidiarité permet d'élargir l'action de la Communauté lorsque les circonstances l'exigent et, inversement, de la restreindre ou de l'interrompre lorsqu'elle n'est pas justifiée »⁸³. La double dimension du principe semble enfin se dessiner. Cet aspect peut se voir confirmer par le § 3 du « Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », annexé au Traité d'Amsterdam, lequel précise que « la subsidiarité est un concept dynamique qui devrait être appliqué à la lumière des objectifs énoncés dans le traité. Il permet d'étendre l'action de la Communauté, dans les limites de ses compétences, lorsque les circonstances l'exigent et, inversement, de la limiter et d'y mettre fin lorsqu'elle ne se justifie plus »⁸⁴.

Même si ce ne sont là que des proclamations, la CJCE a contribué à donner au principe une portée plus proche de son sens normatif⁸⁵. Elle a d'abord estimé qu'il était justiciable⁸⁶, pour prétendre ensuite qu'il pouvait être implicitement justifié⁸⁷ ou qu'il ne devait pas être mentionné expressément, une justification d'une dimension transfrontière suffisante⁸⁸, ou encore qu'un article du Traité pouvait contenir en lui-même la justification d'une action fondée sur le principe de subsidiarité⁸⁹.

L'article I-11 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe reprend pratiquement dans les mêmes termes l'article 5 TCE⁹⁰. En revanche, le « Protocole n° 2 sur l'application des

donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. », *JOCE* C 325 du 24 décembre 2002, p. 33.

⁸¹ Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 525.

⁸² Sur ce point, cf. Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 518 et s.

⁸³ Accord inter-institutionnel du 25 octobre 1993 entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission, *Bulletin des Communautés européennes*, 10-1993.

⁸⁴ « Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », § 3, annexé au Traité d'Amsterdam, à retrouver dans *Les traités de Rome, Maastricht et Amsterdam – Textes comparés*, La documentation française, Paris, 1999, p. 261.

⁸⁵ Pour des précisions sur ce sens, cf. *infra* p. 19.

⁸⁶ Sur ce point, on peut se reporter à Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 532 et s.

⁸⁷ CJCE 9 octobre 2001, *Pays-Bas c./ Parlement*, Aff. C-377/98, Rec. p. I-7079 : « Quant à la justification du respect de la subsidiarité, elle est implicitement mais nécessairement rapportée par les cinquième, sixième et septième considérants de la directive qui constatent que, en l'absence d'une intervention communautaire, l'évolution des législations et pratiques nationales fait obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur. La directive apparaît ainsi suffisamment motivée sur ce point. » (§ 33).

⁸⁸ CJCE 13 mai 1997, *Allemagne c./ Parlement et Conseil*, Aff. C-233/94, Rec. p. I-2405 : « [...] il ressort que, en tout état de cause, le Parlement et le Conseil ont précisé les raisons pour lesquelles ils estimaient que leur action était conforme au principe de subsidiarité et, partant, qu'ils se sont conformés à l'obligation de motivation, telle qu'elle est inscrite à l'article 190 du traité. Il ne saurait être exigé à cet égard que ce principe soit mentionné expressément. » (§ 28).

⁸⁹ CJCE 10 septembre 1996, *Royaume-Uni c./ Conseil*, Aff. C-84/94, Rec. p. I-5755 : « l'article 118 A charge le Conseil d'adopter des prescriptions minimales en vue de contribuer, par la voie de l'harmonisation, à la réalisation de l'objectif d'élévation du niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs [...]. Dès lors que le Conseil a constaté [cette nécessité d'amélioration], la réalisation d'un tel objectif par voie de prescriptions minimales suppose nécessairement une action d'envergure communautaire » (§ 47).

⁹⁰ Article I-11, § 2 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, 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

principes de subsidiarité et de proportionnalité” ne retranscrit que partiellement le texte du Protocole annexé au Traité d’Amsterdam. La disposition prévoyant que « la subsidiarité est un concept dynamique » permettant « d’étendre l’action de la Communauté » ou « de la limiter et d’y mettre fin » a été écartée⁹¹, supprimant ainsi une explication qui donnait sa véritable portée au principe de subsidiarité. Demeure seulement l’Accord inter-institutionnel de 1993 qui, lui, n’a aucune raison d’être supprimé, mais qui semble se cantonner à déterminer une ligne de conduite que les institutions doivent s’efforcer de suivre, sans poser de véritables obligations. Ainsi, le principe de subsidiarité est-il toujours privé de sa double portée normative. D’autre part, « Nulle part [...], la notion de subsidiarité n’est associée à celle de “décentralisation” dont, pourtant, elle pourrait paraître naturellement proche »⁹². Plus que proche, elle la complète en permettant une variation du degré de décentralisation et des niveaux de compétences : c’est la question de la dimension dynamique du principe.

B – Dynamiser le principe de subsidiarité

Le principe de subsidiarité engendre une double contrainte, ce qui conduit certains à le comparer à Janus⁹³. « C’est de cette double contrainte imposée par la subsidiarité que résultent toute la complexité et l’ambiguïté de ce principe. Il existe une subsidiarité descendante, celle qui impose le transfert des pouvoirs pour respecter l’autonomie et la liberté des individus et des collectivités périphériques, et une subsidiarité ascendante, celle qui impose le recours au centre lorsque cela est nécessaire. Dès lors, le principe de subsidiarité n’est ni un principe centralisateur, ni un principe décentralisateur. Il peut mener à l’un ou l’autre des types d’organisation suivant le sens dans lequel il s’exerce. C’est un principe dynamique qui retrace l’équilibre des forces en présence et les objectifs des responsables des entités participant au système. »⁹⁴ Cette dynamique ouvre la possibilité d’une variation des niveaux de compétences en fonction des missions que doit poursuivre un ordre juridique, tout en respectant les normes répartissant les compétences. La dialectique centralisation/décentralisation prend alors tout son sens : la tendance opposée de chaque entité de l’ordre juridique de vouloir renforcer son centre se réalise en toute constitutionnalité. Le principe de subsidiarité contribue ainsi à l’Etat de droit (1), mais seulement s’il bénéficie de garanties constitutionnelles suffisantes (2).

1) Un principe de subsidiarité pour contribuer à garantir l’Etat de droit

Au niveau politique, une démocratie moderne a besoin d’assurer un équilibre entre le pluralisme et la cohésion de l’ensemble du système démocratique. Au niveau juridique, un ordre juridique relativement centralisé doit assurer un équilibre entre l’unité du droit et le respect de l’identité des diverses entités juridiques le composant. Ainsi que le défend Francis DELPEREE, « une société politique ne saurait exister durablement sans apprendre à conjuguer la diversité, celle des parties, et l’unité, celle du tout », formule que l’on peut résumer par la locution latine « *E pluribus unum* »⁹⁵. On retrouve ici la double dimension du principe qui découle de la double acception du

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. », *JOCE* C 310 du 16 décembre 2004, p. 1.

⁹¹ Cf. *supra*, note 84.

⁹² Alain DELCAMP, “ Principe de subsidiarité et décentralisation ”, *op. cit.*, p. 610.

⁹³ Voir Françoise LEURQUIN-DE VISSCHER, “ Existe-t-il un principe de subsidiarité ? ”, *op. cit.*, p. 23 : « A l’instar du dieu Janus, la subsidiarité présente deux aspects qui ne peuvent être dissociés l’un de l’autre. »

⁹⁴ Christine MATHIS-CALVET, *Décentralisation et subsidiarité : les germes d’une évolution*, Thèse, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2004, p. 11.

⁹⁵ Francis DELPEREE, “ Les figures du fédéralisme ”, in *Cahiers français* 2003, n° 300, p. 92. Rappelons par exemple que « traditionnellement, le fédéralisme implique, comme on le sait, une forme d’organisation qui préserve les particularités régionales historiques [...], qui prend en considération les rapports spatiaux et économiques, et conduit concomitamment cette diversité à l’unité étatique » (« Aus traditioneller Sicht stellt der Föderalismus bekanntlich eine Organisationsform bereit, die historisch gewachsene regionale Eigenart [...] wahr, räumliche und wirtschaftliche

concept “ subsidiarité ” : permettre certes la diversité, mais seulement autant que celle-ci ne nuit pas à la cohésion d'ensemble du système décentralisé. Dès qu'il existe un besoin de cohésion, d'application homogène d'une norme, d'uniformité d'application du droit, le même principe de subsidiarité permet l'unité et justifie l'action de l'entité supérieure. Préserver l'identité et la diversité des entités inférieures d'abord (a), assurer la cohésion et l'unité de l'ensemble ensuite (b) sont les deux raisons qui justifient la dynamique du principe de subsidiarité.

a) De la diversité des parties...

Au sein du Saint-Empire romain germanique, l'unité était totalement absente : il y régnait une grande diversité tant au niveau de la culture que des Etats. A cette diversité correspondait également une pluralité des centres⁹⁶. En réalité, le Saint-Empire n'était pas un véritable Etat, mais « une structure presque incapable d'exercer son pouvoir et qui ne répondait aux exigences d'un Etat national que de façon très rudimentaire »⁹⁷. Lors de l'effondrement du Saint-Empire, en 1806, on a tenté de maintenir une certaine diversité, mais celle-ci a tout de même été quelque peu atténuée par la suite, notamment sous la puissance de la Prusse et l'influence de BISMARCK (à partir de 1871), conduisant à une centralisation progressive du pouvoir et à la naissance de l'Etat allemand. Néanmoins, la nécessité de conserver une identité propre pour chacune des entités engendra un degré de décentralisation élevé que l'on caractérise par le fédéralisme. On remarque ainsi comment la naissance du fédéralisme peut s'expliquer par une volonté, voire une obligation, de préserver les différences (qu'elles soient religieuses, linguistiques, culturelles ou juridiques).

Au sein d'un ordre juridique, la diversité des statuts des entités qui le composent octroie une certaine liberté à ces entités et contribue à préserver leur propre identité. En France, c'est le particularisme de cette île qui a engendré le statut juridique particulier dont bénéficie la Collectivité territoriale de Corse et qui entraîne une diversité juridique entre les collectivités territoriales⁹⁸. Nier le particularisme de la Corse reviendrait à porter atteinte au principe de liberté, mais aussi au principe d'égalité qui, on le sait désormais, « se résume avant tout en un principe de *différenciation justifiée* »⁹⁹. C'est dans ce sens qu'une entité étatique doit admettre ce que l'on appelle généralement la “ diversité régionale ”. Enfin, l'importance de l'identité des entités inférieures est fonction du pouvoir décisionnel dont ces entités disposent : plus leur pouvoir décisionnel est fort, plus il leur est possible d'adopter des normes particulières renforçant leur identité propre. Or, le renforcement du pouvoir décisionnel des entités inférieures entraîne une augmentation du degré de décentralisation du système juridique d'ensemble. Il entraîne également un équilibre des pouvoirs entre les entités inférieures et l'entité supérieure : il contribue à la séparation verticale des pouvoirs. Ainsi, « la décentralisation [devient] un vecteur de la limitation du pouvoir [...] et devient considérée comme un support des libertés »¹⁰⁰ des entités inférieures.

La décentralisation, en préservant l'identité des différentes entités d'un ordre juridique contribue ainsi à la réalisation d'un Etat de droit. Dès lors qu'on lui associe le principe de subsidiarité, une autre condition de l'Etat de droit peut se réaliser : l'unité nécessaire du système d'ensemble.

Lebenszusammenhänge achtet und diese Vielfalt zugleich in staatlicher Einheit zusammenführt. », Hartmut BAUER, “ Entwicklungstendenzen und Perspektiven des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland ”, in *DÖV*, 2002, p. 838).

⁹⁶ Francfort-sur-le-Main pour l'élection de l'Empereur et son baptême ; Nuremberg, siège des insignes du Reich ; Mayence, résidence de l'archi-chancelier par exemple.

⁹⁷ Karl-Otto VON ARETIN, *Das Reich, Friedensgarantie und europäisches Gleichgewicht 1648-1806*, Stuttgart, 1986, p. 11 ; cité par Günther AMMON et Michael HARTMEIER, “ Le fédéralisme et le centralisme ”, *op. cit.*, p. 9-10.

⁹⁸ Sur ce point, cf. Annie FITTE-DUVAL, “ L'Etat unitaire face à la diversité régionale ”, *op. cit.*, p. 63.

⁹⁹ Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, “ Le principe d'égalité entre collectivités locales ”, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, n° 12, p. 94, c'est l'auteur qui souligne.

¹⁰⁰ Pierre ROSANVALLON, *L'Etat en France, de 1789 à nos jours*, Seuil, Paris, Coll. Points histoire, 1992, p. 79.

b) ...A l'unité de l'ensemble

Le principe d'égalité réclame parfois l'établissement d'une réglementation différenciée afin de rétablir l'égalité entre des situations qui sont différentes. L'exemple du statut particulier de la Corse en est une illustration. Néanmoins, ce principe pourrait paraître paradoxal parce que, « s'il permet que soient opérées des différenciations importantes entre collectivités locales afin que vive le principe de libre administration ; pour que survive l'unicité de la République, il interdit que soit porté atteinte au noyau dur de la souveraineté interne de l'Etat »¹⁰¹. En effet, certaines normes demandent une application uniforme sur l'ensemble du territoire de l'Etat. Certains juristes estiment que ces normes sont celles qui garantissent les droits fondamentaux. Le Professeur DEGENHART juge que la nécessité, dans un Etat de droit, de garantir les droits fondamentaux entraîne un besoin d'unité du droit : ces droits ne peuvent être correctement garantis que s'il existe une réglementation uniforme (et donc fédérale, en Allemagne) pour les affirmer¹⁰². C'est pourquoi, selon lui, le fait que « le centre de gravité de la législation se trouve aujourd'hui au niveau du Bund ne signifie pas une déformation de l'agencement constitutionnel, mais découle de la Constitution même de la République fédérale. L'unité du droit est un acquis constitutionnel de l'Etat constitutionnel »¹⁰³.

Cependant, si la question des droits fondamentaux contribue certainement à l'unitarisation de l'Etat décentralisé, elle n'est pas la seule à impliquer une réglementation uniforme. Les développements sur la transposition de la directive "Natura 2000" sont là pour en apporter la preuve évidente : l'intégration en droit interne d'une directive communautaire exige le respect de certaines règles imposées par le droit communautaire lui-même, parmi lesquelles réside l'application homogène de cette directive. On a vu comment la transposition allemande participe de l'unitarisation de la République fédérale. L'intervention directe du Bund se justifiait par le fait que l'Etat était le seul en mesure d'appliquer la directive de façon homogène sur l'ensemble de son territoire. Ainsi, même si l'environnement relève juridiquement des compétences des entités infra-étatiques (tel que c'est le cas en Allemagne), l'Etat doit venir "au secours" de ces entités et "saisir" une compétence en matière d'environnement.

En somme, afin de permettre tout à la fois un degré plutôt élevé de décentralisation, à travers un pouvoir décisionnel fort des entités inférieures, et une diminution de ce degré dans certaines circonstances, à travers un renforcement ponctuel du pouvoir décisionnel de l'Etat, il convient de donner tout son dynamisme au principe de subsidiarité. Celui-ci admet en effet que soit respectée la diversité juridique et qu'il ne soit donc pas porté atteinte au pouvoir décisionnel des entités inférieures en n'impliquant une intervention de l'entité supérieure que de façon seconde, disons "subsidaire". De la même manière, lorsque les circonstances juridiques l'exigent, cette entité supérieure est en droit d'intervenir afin d'assurer l'application uniforme du droit, afin de "secourir" les entités inférieures qui ne sont pas en mesure d'assurer une telle application. Partant, le système juridique profite d'une élasticité du degré de décentralisation : celui-ci n'est pas figé mais variable. Le système répond à la "dialectique centralisation/décentralisation" c'est-à-dire qu'il établit un équilibre souple mais contrôlé entre ces deux phénomènes opposés. La séparation des pouvoirs en sort mieux garantie, la démocratie en sort renforcée, l'unité et la diversité en sortent préservées. Mais pour que tout cela puisse être, pour que le principe de subsidiarité soit effectif, il doit bénéficier de certaines garanties constitutionnelles.

¹⁰¹ Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, " Le principe d'égalité entre collectivités locales ", *op. cit.*, p. 93.

¹⁰² Christoph DEGENHART, " Rechtseinheit und föderale Vielfalt im Verfassungsstaat ", in *ZfA* 1993, p. 420 et s.

¹⁰³ « Daß der Schwerpunkt der Gesetzgebung jetzt beim Bund liegt, bedeutet also keine Deformierung der Verfassungsordnung, sondern ist in der Verfassungsstaatlichkeit der Bundesrepublik angelegt. Rechtseinheit ist ein zentrales Verfassungsgut des Verfassungsstaates. », *ibidem*, p. 421.

2) Des normes constitutionnelles pour garantir un principe de subsidiarité normatif

Le législateur et une partie de la doctrine¹⁰⁴ soutiennent que la révision constitutionnelle de mars 2003 aurait inscrit le principe de subsidiarité dans la Constitution française, à l'article 72, al. 2. Permettre au principe de subsidiarité de répondre à la dialectique centralisation/décentralisation requiert effectivement que celui-ci soit inscrit dans la Constitution. En effet, s'il a pour vocation de déterminer la variation du degré de décentralisation d'un ordre juridique, il ne peut trouver sa place que dans le fondement de l'ordre juridique, et donc dans sa norme fondamentale. En outre, en conséquence de cette variation du degré de décentralisation, ce principe a également pour vocation de régir l'importance du pouvoir décisionnel de chacune des entités composant le système, ce qui revient à gérer la répartition des compétences entre ces entités. C'est aussi en raison de cette vocation qu'il doit être inscrit dans la Constitution. Une norme adoptée sur le fondement d'une certaine compétence pourrait effectivement être invalidée parce qu'elle ne respecte pas le principe de subsidiarité. Si l'on prend l'exemple d'une loi, à l'instar de toute autre norme violant ledit principe, celle-ci devra être invalidée. Mais elle ne pourra l'être que si elle viole une norme qu'elle doit respecter : cette norme est généralement la Constitution.

Malgré tout, la subsidiarité ne doit pas uniquement acquérir rang constitutionnel, mais elle doit également devenir un *principe normatif* (de rang constitutionnel). C'est ici que l'art. 72 de la Constitution française ne saurait donner toute son ampleur au principe de subsidiarité : cet article en fait un « objectif à valeur constitutionnelle »¹⁰⁵ ce qui n'en permet pas la même application que s'il était une norme. En tant qu'objectif, il pose une ligne de conduite que doivent suivre les pouvoirs publics, mais il n'attribue pas un droit aux collectivités territoriales de revendiquer l'application pleine et entière de ce principe. En effet, s'il est un objectif, il nécessite une appréciation du meilleur niveau possible, celle-ci ne pouvant être faite que par le législateur. Or, on sait que le Conseil constitutionnel ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le législateur et on peut donc supposer qu'il se refusera à contrôler la mise en œuvre de ce principe¹⁰⁶. Ainsi, le contrôle du juge sur une application effective du principe de subsidiarité, tel qu'introduit en droit constitutionnel français, est difficile. Or ce contrôle constitue un élément indispensable à son effectivité.

La possibilité pour une entité juridique de faire valoir auprès d'un juge un de ses domaines de compétence est un critère du renforcement de son pouvoir décisionnel. De même, la possibilité pour cette même entité de faire valoir auprès d'un juge l'application du principe de subsidiarité est un critère du caractère effectif de ce principe, et ce n'est qu'ainsi qu'il pourra réguler la variation des niveaux de compétences. Certes, « que la notion de subsidiarité soit floue et ne puisse, par elle-même, n'entraîner que très difficilement des effets juridiques, cela relève de l'évidence »¹⁰⁷. Mais le problème se pose à propos d'autres principes juridiques, tels que la libre administration ou l'ordre public. Concernant ce dernier exemple, le juge français n'a jamais hésité à condamner un comportement s'il était contraire à l'ordre public – à cette fin, il a dégagé des critères permettant de le qualifier. Il doit en aller de même à propos du principe de subsidiarité.

¹⁰⁴ Voir le Rapport du Sénat n° 27 (2002-2003), fait au nom de la Commission des lois par René GARREC, relatif à « l'Organisation décentralisée de la République », 23 octobre 2002, 242 p. ainsi que l'article de Jean-François BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », in *AJDA* 2003, pp 529-539.

¹⁰⁵ Rapport du Sénat n° 27 (2002-2003), p. 102, soulignement personnel.

¹⁰⁶ Le Conseil constitutionnel n'omet jamais de rappeler qu'il ne dispose pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement », ce qui ne lui permet pas de « rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à ces objectifs » (Décision du Conseil constitutionnel n° 94-341 DC du 6 juillet 1994, *Renouvellement des conseillers municipaux*, Rec. p. 88, JO du 9 juillet 1994 p. 9956).

¹⁰⁷ Alain DELCAMP, « Principe de subsidiarité et décentralisation », *op. cit.*, p. 623. On peut également mentionner Jürgen SCHWARZE selon lequel « Dans son indétermination, le principe de subsidiarité suit l'idée fameuse de Napoléon : une constitution doit être brève et obscure. » (Jürgen SCHWARZE, « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand », in *RMC-UE* 1993, n° 370, p. 318).

Bibliographie sommaire

- Hartmut BAUER – “Entwicklungstendenzen und Perspektiven des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland”, in *DÖV*, 2002, pp 837 à 845
- Christoph DEGENHART – “Rechtseinheit und föderale Vielfalt im Verfassungsstaat”, in *ZfA* 1993, pp 409 à 426
- Alain DELCAMP – “Principe de subsidiarité et décentralisation”, in *RFDC* 1995, n° 23, pp 609 à 624
- Francis DELPEREE – “Les figures du fédéralisme”, in *Cahiers français* 2003, n° 300, pp 92 à 96
- Francis DELPEREE (sous la direction de) – *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles, Paris, 2002, 538 p.
- Charles EISENMANN – *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, Paris, 1948, 331 p.
- Annie FITTE-DUVAL, “L'Etat unitaire face à la diversité régionale”, in *Cahiers français*, 2003, n° 300, pp 62 à 66
- Spyridon FLOGAÏTYS – *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, L.G.D.J., Paris, Coll. Bibliothèque de Droit public, 1979, 281 p.
- Konrad HESSE – “Der unitarische Bundesstaat”, herausgegeben von Peter HÄBERLE und Alexander HOLLERBACH, C. F. Müller, Heidelberg, 1984, pp 116 à 147
- Josef ISENSEE – *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2^{ème} édition 2001, 391 p.
- Hans KELSEN – *Théorie pure du droit* (traduction de Charles EISENMANN), L.G.D.J.-Bruylant, Paris, 1999, 367 p.
- Hans KELSEN – *Théorie générale du droit et de l'Etat*, L.G.D.J.-Bruylant, Paris, Bruxelles, 1997, 517 p.
- Chantal MILLON-DELSOL – *L'Etat subsidiaire*, PUF, Paris, Coll. Léviathan, 1992, 233 p.
- Eckard REHBINDER et Reiner WAHL – “Kompetenzprobleme bei der Umsetzung von europäischen Richtlinien”, in *NVwZ* 2002, pp 21 à 28
- Kirsten SCHMALENBACH – *Föderalismus und Unitarismus in der Bundesrepublik Deutschland, Die Reform des Grundgesetzes von 1994*, Schriften des Landtags NRW, Düsseldorf, 1998, 302 p.
- Michel VERPEAUX (études réunies et présentées par) – “Le droit constitutionnel des collectivités territoriales”, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, n° 12, pp 86 à 128