

- Draft 2009 -

Le principe de subsidiarité: pour ou contre l'Etat

Francesco Viola*

1. Quelques textes normatifs importants

L'intérêt croissant pour le principe de subsidiarité dans le droit international, communautaire et interne et le vaste consensus qu'il recueille est souvent la source de malentendus qui aboutissent à le charger de devoirs et de fonctions qui ne lui appartiennent pas¹, offusquant au contraire ses objectifs véritables. Ce principe intéresse directement le phénomène de la privatisation de l'Etat et en ce sens il se prête à être utilisé dans le bien et dans le mal.

Les formulations législatives du principe de subsidiarité sont de différentes sortes. Ici, à titre indicatif, je me réfère seulement à l'art. 5 alinéa 2 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE) :

«Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire».

Avant le Traité de Maastricht avait été signée à Strasbourg le 15 octobre 1985 la *Charte européenne de l'autonomie locale* qui, après avoir affirmé dans l'art. 3 que l'autogouvernement local devait être exercé par des assemblées élues démocratiquement, dans l'art. 4 alinéa 3 dit : « L'exercice des responsabilités publiques doit, de façon générale, incomber, de préférence, aux autorités les plus proches des citoyens. L'attribution d'une responsabilité à une autre autorité doit tenir compte de l'ampleur et de la nature de la tâche et des exigences d'efficacité et d'économie». L'expression se retrouve dans l'art. 1 du Traité sur l'Union européenne (TUE): «Le présent traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens».

Enfin il faut rappeler aussi que la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, tant dans le Préambule que dans l'art. 51, se réfère à la subsidiarité comme à un principe fondamental que l'application des droits doit respecter.

Dans les textes normatifs cités ci-dessus l'on peut relever un double profil du principe de subsidiarité : d'un côté on parle des rapports entre la Communauté et les Etats membres, mais de l'autre, en se référant aux décisions qui doivent être le plus possible proches du citoyen, on introduit la problématique des rapports entre le pouvoir public et la société civile. En conséquence a été créée la distinction entre la subsidiarité verticale et la subsidiarité horizontale, même si cette dernière est présente plus explicitement uniquement dans la législation italienne. Cependant cette qualification n'est certainement pas des meilleures, vu

* Université de Palerme (Italie). viola@unipa.it

¹ Cf. A. Føllesdal, *Survey Article: Subsidiarity*, in «The Journal of Political Philosophy», 6 (2), 1998, pp. 190-218.

que la subsidiarité est toujours en quelque sorte « verticale ». Il vaudrait mieux parler de subsidiarité territoriale et non territoriale, vu qu'à l'origine ce principe est né pour défendre l'autonomie des associations non territoriales à l'égard du pouvoir de l'Etat, qui est territorial. Seulement à la suite de la jonction avec le fédéralisme et avec le régionalisme, le principe a assumé une portée territoriale, en exagérant de la sorte la dimension verticale².

Le principe de subsidiarité peut être utilisé de deux façons manifestement en contraste, à savoir pour limiter le pouvoir de l'autorité supérieure ou bien pour en réaffirmer la nécessité. Par conséquent, il peut être formulé de façon négative quand il interdit l'intervention de l'autorité supérieure si l'autorité inférieure peut remplir ses fonctions de façon satisfaisante, ou bien de façon positive quand il permet à l'autorité supérieure d'intervenir si l'autorité inférieure ne peut remplir ses fonctions de façon adéquate. Cependant, à bien considérer, ces formulations sont toutes deux négatives par rapport au véritable objectif du principe de subsidiarité qui est celui de défendre la compétence de l'autorité plus proche des citoyens. Cette compétence n'est pas reconnue sur la base des capacités possédées ou de l'effective disponibilité des moyens adéquats, mais en raison des liens avec les intérêts en jeu et avec les effets des décisions.

Il existe un conflit des critères internes à la subsidiarité, une tension entre le critère de compétence et celui de l'efficacité.

Le *subsidium* ne doit pas être entendu comme suppléance ou subrogation, mais surtout comme secours ou aide³. Il ne s'agit pas de justifier l'assistanat, car le véritable secours qui est requis ici est celui « d'aider à s'aider soi-même »⁴, qui est une des conditions du concept général de coopération. Prêter secours c'est entrer dans une dimension coopérative et participer à la réalisation des objectifs communs. Cela veut dire que l'autorité supérieure qui possède déjà en propre les buts poursuivis par l'autorité inférieure, par suite du recours à l'activité subsidiaire participe aussi au processus de leur obtention dans l'usage des moyens plus indiqués. De cette façon il s'institue une coopération entre les autorités dans lesquelles chacun des participants s'engage à aider les autres dans leurs efforts afin d'atteindre au mieux le résultat final (*commitment to mutual support*)⁵.

Cette dimension du principe de subsidiarité qui en constitue le sens le plus plein, à savoir celle de la coopération des autorités ou des centres décisionnels, est celle qui est la moins observée. Le principe est souvent entendu ou comme une revendication de l'autonomie de l'autorité inférieure ou comme une justification de l'intervention subrogatoire de la part de l'autorité supérieure.

Le principe de subsidiarité renverse la pyramide du pouvoir légitime établie par le principe de souveraineté pour lequel le siège de la compétence de gouvernement est celui qui réside le plus haut possible. Au moment où il est assumé comme principe constitutionnel ou para-constitutionnel, on affirme que les limites à la souveraineté ne sont plus seulement fondées sur la renonciation faite dans les traités et, donc, sur l'autolimitation, mais aussi sur les limites objectives de l'exercice des pouvoirs de l'Etat. D'ailleurs, par l'effet boomerang, si l'Etat revendique le principe à l'égard des institutions supérieures (comme celles de l'Union

² Cf. K. Endo, *The Principle of Subsidiarity: From Johannes Althusius to Jacques Delors*, in «Hokkaido Law Review», 44, 1994, p. 2050.

³ «Subsidiarity is not simply a limit to intervention by a higher authority *vis-à-vis* a person or a community in a position to act itself, it is also an obligation for this authority to act *vis-à-vis* this person or this group to see that it is given the means to achieve its ends». J. Delors, *Principle of Subsidiarity: Contribution to the Debate*, in J. Delors et al., *Subsidiarity: the Challenge of Change*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1991, p. 9.

⁴ Cf. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 146.

⁵ Cette dernière et les deux autres conditions requises par la coopération sont clairement mises en évidence par M.E. Bratman, *Shared Cooperative Activity*, maintenant in Id., *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge U.P., 1999, pp. 94-95.

Européenne), il doit aussi l'accepter à l'intérieur à l'égard des administrations locales⁶. Cependant, en témoignage de l'ambiguïté du concept, il ne faut pas non plus oublier que la subsidiarité a été utilisée par les Etats européens pour défendre leur souveraineté et leur autonomie de la même façon dont elle utilisée par les associations non territoriales ou par les administrations locales à l'égard du pouvoir de l'Etat.

La souveraineté se définit d'en haut, la subsidiarité d'en bas. Le principe de subsidiarité affirme que chaque dépassement de l'autonomie locale de la part d'une norme établie à un niveau supérieur doit être justifié par de bonnes raisons, c'est-à-dire qu'il faut préciser ce qui se perd si on laisse la réglementation au niveau local et ce que l'on gagne. Par contre, selon le principe de souveraineté il se passe exactement le contraire : chaque reconnaissance ou transfert de pouvoir normatif au niveau local doit être justifié par de bonnes raisons, comme par exemple celle de la meilleure efficacité de la décentralisation. En conséquence, le principe de subsidiarité a une potentialité juridique et politique importante qui ne doit pas être sous-estimée. Toutefois il doit être bien compris et à son tour justifié de manière adéquate.

2. L'autorité locale

Quand une autorité est-elle proche ou lointaine?

Manifestement la réponse fait recours à une dimension spatiale. L'on parle de « gouvernement local », d' « autonomies locales », d' « administration locale »⁷. Le droit et la politique ont des liens étroits avec le territoire et les frontières, tandis que l'économie ne tolère pas les espaces fermés. Dans cette optique non seulement le principe de subsidiarité semble être une réaction à l'égard de la globalisation en tant que phénomène strictement économique, mais il apparaît aussi comme un signe de retour au passé et à l'Etat pré-moderne⁸. La formalisation du droit, le principe d'égalité, l'unité des systèmes juridiques propre de l'Etat national, a transformé le même territoire en un lieu artificiel et l'espace en un champ de forces qui s'étend jusqu'où la souveraineté de l'Etat est en mesure de faire entendre sa voix⁹. Cette autorité n'est plus ni proche ni lointaine, elle ne se situe pas sur le plan horizontal qui est celui propre au territoire, mais elle se situe sur le plan vertical.

D'un autre point de vue l'élément territorial a une signification symbolique. Il ne s'agit pas tant d'assurer le gouvernement de la terre et sa juste répartition, comme c'était le propre des sociétés agricoles, mais d'assurer l'effective participation du citoyen au gouvernement de la chose publique; et cela habituellement est d'autant plus possible que l'on est physiquement en contact avec le siège du pouvoir normatif. Ce n'est pas tant le territoire qui compte en lui-même, mais la participation que, lui, rend possible. Le territoire en soi est un *medium* non strictement nécessaire. Toutefois le lien avec le territoire sert à donner un aspect étatique au principe de subsidiarité, parce qu'il situe les sujets comme des citoyens indifférenciés à l'exclusion de tout critère corporatif, professionnel, de métier ou d'état.

⁶ Cf. K. Endo, *Subsidiarity and its Enemies: To What Extent is Sovereignty Contested in the Mixed Commonwealth of Europe?*, Badia Fiesolana, San Domenico (FI), European University Institute, 2001, pp. 42.

⁷ L'identification entre "local" et "territorial" est manifeste dans la *Charte européenne de l'autonomie locale*, qui cependant justifie le principe de subsidiarité même avec l'exigence d'assurer droits et liberté au citoyen à l'intérieur des collectivités locales.

⁸ Cf. N. Aroney, *Subsidiarity, Federalism and the Best Constitution: Thomas Aquinas on City, Province and Empire*, in «Law and Philosophy», 26, 2007, pp. 161-228. Ici l'on remarque que Thomas d'Aquin traite les villes et les royaumes comme s'ils avaient les mêmes caractéristiques et comme s'ils étaient formellement égaux, se distinguant seulement par l'extension (p. 195). Selon la récente réforme constitutionnelle italienne, dans l'art. 118, l'Etat est considéré comme une articulation interne de la République italienne sur le même plan qualitatif des Régions, des Provinces, des Communes et des villes métropolitaines.

⁹ Sur ces réflexions voir N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

Enfin, il y a un troisième sens de « local » qui concerne non plus les lieux et non plus directement les sujets, mais l'objet de la réglementation publique. Il y a des problèmes qui intéressent un certain groupe de personnes et non tous les citoyens d'un Etat ou à la limite tous les hommes. C'est alors que le critère de la nationalité n'est plus le critère décisif, ou de première instance, et succède celui du lien particulier avec l'intérêt en question. Il y aura donc un double profil à considérer: celui des sujets intéressés et celui de l'importance publique de ces intérêts. Comme l'on sait, ceci est le problème de la subsidiarité horizontale, appliqué à démontrer le caractère public d'intérêts ou objectifs particuliers. L'on distingue par conséquent, entre « public » et « étatique » et cela signifie que des sujets privés peuvent assumer des fonctions publiques, à savoir relatives au bien commun.

Il existe donc au moins trois sens où une autorité peut être proche ou éloignée des citoyens. Un pré-moderne lié à la terre, un autre qui se réfère aux citoyens comme sujets politiques et le troisième référé à l'objet de la réglementation juridique. Il est indéniable que le principe de subsidiarité, tel qu'il se trouve dans les textes normatifs cités, les contient tous et ceci ne fait qu'accroître sa dose d'ambiguïté.

Le principe de subsidiarité a été à l'origine élaboré en référence à l'Etat entendu comme organisme exponentiel d'une communauté politique complète, mais aujourd'hui il est appliqué- comme nous venons de voir- à l'Etat même à l'égard des autorités supranationales ou internationales et, plus en général, à un niveau global. Cette utilisation élargie est-elle légitime ? Ne risque-t-elle pas peut-être de conduire à une perte de sens de la « politique »?

En effet le présupposé du principe de subsidiarité est qu'il y ait une autorité supérieure apte à juger le bien commun dans son ensemble, en grade d'évaluer si les autorités inférieures atteignent leurs objectifs de façon satisfaisante et, donc, en grade d'assumer leurs fonctions de coordination et de soutien. Il n'y a pas de subsidiarité sans une autorité supérieure, même si elle n'est pas nécessairement étatique. Le sens du principe de subsidiarité n'est pas celui de nier l'existence d'un bien commun, mais de rejeter l'idée que celui-ci doit être poursuivi toujours directement par l'Etat ou par l'autorité centrale. La distinction entre ce qui est « public » et ce qui est de « l'état », si on l'entend bien, est orientée à refuser l'identification de l'Etat avec la communauté politique, dont elle est au service, mais non certes à nier le rôle architectonique de cette dernière¹⁰.

A l'époque d'une fragmentation des autorités, comme celle qui se préfigure dans la *multilevel governance*, l'autorité supérieure chargée du bien commun dans son ensemble défaille et défaille aussi, par conséquent, le devoir général de coordination. Chaque activité ou objectif est jugé pour soi-même et non plus dans ses rapports avec les autres composantes du bien commun. Par conséquent, les paramètres d'évaluation se réduisent à ceux de l'efficacité et de la proportionnalité, c'est-à-dire qu'ils sont de type administratif plutôt que de type à proprement parler « politique ». Pour cela la diffusion du principe de subsidiarité peut à juste titre être interprété comme un des signes de la crise de la politique en tant qu'activité globale vouée à la réalisation du bien commun. En conséquence, ou se préfigure une autorité centrale d'ordre mondial, chose certainement non souhaitable, ou bien l'application diffuse du principe de subsidiarité servira à renforcer le déclin des communautés politiques au profit d'un polycentrisme sectoriel. Dans ce cas le global sera entendu comme la somme des multiples

¹⁰ «L'Etat n'est qu'un organe habilité à employer le pouvoir et la coercition, et composé d'experts ou de spécialistes de l'ordre et du bien-être publics – un instrument au service de l'homme. Mettre l'homme au service de cet instrument est une perversion politique. La personne humaine en tant qu'individu est pour le corps politique, et le corps politique est pour la personne humaine en tant que personne. Mais l'homme n'est à aucun titre pour l'Etat. L'Etat est pour l'homme». J. Maritain, *L'Homme et l'Etat* (1953), in *Œuvres Complètes*, vol. IX, Fribourg, Editions Universitaires, 1990, p. 495. Cette thèse est confirmée, bien que de façon problématique, par la reconnaissance actuelle de la primauté de la constitution à l'égard de l'appareil même de l'Etat. Cf. par exemple, F. Viola, *Persona e cittadini nella società del pluralismo*, in P. Donati (Textes réunis et présentés), *Laicità: la ricerca dell'universale nelle differenze*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 339-364.

localismes à géométrie variable. Mais avec le déclin de la politique la subsidiarité perd son sens. Le principe de subsidiarité présuppose qu'il y ait des frontières, comme d'ailleurs c'est nécessaire pour tout ce qui est local, frontières territoriales et frontières de compétence.

3. Le critère de proximité

Pour quelles raisons la proximité de l'autorité, quelle qu'elle soit, est-elle en principe un élément de légitimation?

L'on peut penser qu'une autorité plus proche des problèmes à résoudre est en mesure de mieux les connaître et d'apprécier de façon adéquate même les circonstances et les contextes particuliers. Nous rappelons qu'il s'agit surtout de l'administration de la chose publique. En soi cette justification n'implique pas l'autonomie, mais seulement le décentrement. Par exemple, l'institution d'origine napoléonienne du préfet répond pleinement à ce critère; est-ce alors pour cela que nous devrions peut-être la considérer comme appartenant à la logique de la subsidiarité?¹¹

L'on peut encore penser que la proximité à la source des décisions publiques permet une participation majeure du citoyen, des possibilités majeures de faire entendre sa propre voix et d'interagir avec les fonctionnaires publics, ainsi qu'une inclination majeure à l'obéissance. Par conséquent se renforceraient les institutions de la démocratie qu'une pratique impropre de la délégation a fortement usé, et l'on se rapprocherait davantage à des formes de démocratie directe.

Il s'agirait de l'application prudentielle à la chose publique et aux communautés du principe éthico-juridique d'autonomie selon l'antique maxime *Quod omnes tangit ab omnibus approbetur*¹².

Cette justification met clairement en évidence une des difficultés principales du principe de subsidiarité tel qu'il est en fait pratiqué aujourd'hui: ce principe doit suivre le critère de l'intérêt direct ou celui de la compétence matérielle majeure? D'une part, en effet, il semble être gouverné par le premier, mais ensuite, quand on dit que l'autorité supérieure doit juger l'efficacité des résultats, il semble que prévale le second. L'aspiration du principe de subsidiarité est celle d'unir les deux aspects, tout en évitant le paternalisme: c'est l'intéressé, c'est-à-dire celui qui a fait propre cet objectif, qui peut juger aussi de la conformité de la réalisation de l'objectif.

Il est indéniable que la nationalité démocratique contient en soi les deux aspects, mais ceux-ci cependant se séparent à nouveau dès que l'on retient qu'il y a des matières que l'on doit confier à la décision d'un groupe particulier de citoyens, en les soustrayant à la décision commune.

Cela explique pourquoi l'application du principe de subsidiarité se débat entre deux pôles extrêmes, celui de la sécession d'une part, et celui de l'étatisme de l'autre.

Une troisième raison en faveur de la subsidiarité est liée à la parcellisation du pouvoir qu'elle favorise. L'on sait que plus le pouvoir est concentré ou centralisé, plus il devient une menace pour les libertés des individus et pour les identités des groupes. A différence du principe de la séparation des pouvoirs qui est chargé de distinguer les fonctions à l'intérieur du pouvoir politique, la subsidiarité en multiplie les grades d'exercice dans le

¹¹ Cf. L. Vandelli, *Poteri locali. Le origini nella Francia rivoluzionaria. Le prospettive nell'Europa delle regioni*, Bologna, Il Mulino, 1990.

¹² Cf. G. Post, *Studies in Medieval Legal Thought*, Princeton, Princeton U. P., 1964.

sens vertical et, plaçant les compétences sur la base des matières, en réduit la portée¹³. Par conséquent le principe de subsidiarité, d'une part, favorise le fédéralisme sous toutes ses formes, supra-étatistes et sous-étatistes, mais de l'autre il va au-delà de celui-ci, préfigurant la possibilité de centres décisionnels multiples distincts par matière au niveau international¹⁴.

Enfin, il y a aussi des arguments contraires au principe de subsidiarité. L'on peut suspecter qu'une autorité plus proche soit en mesure de mieux contrôler, puisse être plus exigeante, plus ocellée, plus invasive qu'une autorité lointaine qui ne voit pas et n'entend pas¹⁵. Les petites communautés sont souvent le siège de violents conflits internes entre factions opposées. Il n'y a pas de lieu plus conflictuel qu'une copropriété. C'est pour cela qu'il faut reconnaître une certaine sagesse dans les proportions assumées par l'Etat moderne, peut-être pour cela mieux en mesure d'empêcher l'excessive diffusion de l'envie¹⁶. L'on peut encore remarquer que plus l'autorité est proche des intérêts qu'elle doit administrer, plus elle est conditionnée et entravée dans la détermination du bien commun. On appelle cela le syndrome NIMBY (*not in my backyard*). L'on sait, par exemple, combien il est difficile de faire accepter aux communautés locales des décisions concernant l'évacuation des ordures en général et des déchets toxiques en particulier¹⁷.

4. Subsidiarité et autodétermination politique

Quels rapports le principe de subsidiarité a-t-il avec la problématique de l'autodétermination et des droits identitaires, avec le fédéralisme et avec la démocratie?

L'on a opportunément remarqué que le principe de subsidiarité n'implique en soi aucun soutien au principe d'autodétermination sur la base de l'identité nationale¹⁸. Cependant cela présuppose que la légitimité d'une communauté politique a déjà été établie ou qu'un espace de nationalité a été délimité. En effet, quand on affirme que l'autorité décisionnelle devrait être celle qui est la plus proche du citoyen, l'on présuppose que l'on sache déjà qui est le citoyen, c'est-à-dire qu'un domaine politique préexiste ou, que tout au moins, les critères d'appartenance à ce dernier ne dépendent pas du principe de subsidiarité, mais le précèdent et en constituent une condition d'application. D'ailleurs, il est facile de constater que l'origine et la fortune du principe de subsidiarité sont dues en grande partie à l'existence de l'Etat moderne avec ses tendances monopolistiques du pouvoir. Cela signifie que ce principe ne concerne pas tant – comme le principe d'autodétermination- la légitimation du pouvoir mais bien plutôt son exercice.

¹³ Un discours différent doit être développé quand la séparation des pouvoirs se traduit en un système de *checks and balances* chargé de garantir les citoyens contre des concentrations incontrôlées du pouvoir de la part d'une autorité, comme c'est le propre de l'Union européenne. Dans ce cas la subsidiarité fait sans conteste partie de ce mécanisme de contrôle qui s'articule non seulement au niveau horizontal entre les institutions communautaires, mais aussi au niveau vertical (entre les Etats membres et les individus d'une part et l'Union européenne de l'autre). Cf. P. Mengozzi, *La Rule of Law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in «Rivista di diritto europeo», 1992, pp. 511-525.

¹⁴ Cf. T. Pogge, *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge, Polity Press, 2002 et M. Walzer, *International Society: What is the Best We Can Do?*, in «Ethical Perspective: Journal of the European Ethics Network», 6 (3-4), 1999, pp. 201-210.

¹⁵ Ceci rend très faible l'argument, parfois invoqué, selon lequel le principe de subsidiarité serait une défense contre la tyrannie. Cf., par ex., A. Føllesdal, *Survey Article: Subsidiarity*, cit., pp. 204-205.

¹⁶ Pour une critique radicale du principe de subsidiarité cf. G. Davies, *Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time*, in «Common Market Law Review», 43, 2006, pp. 63-84.

¹⁷ Cf. W.D. Lake (ed.), *Resolving Locational Conflict*, New Brunswick, N.J., Rutgers University Center for Urban and Policy Research, 1987.

¹⁸ Pour ces observations nous renvoyons à N.W. Barber, *The Limited Modesty of Subsidiarity*, in «European Law Journal», 11 (3), 2005, pp. 323-324.

La subsidiarité en soi est indifférente à l'égard des critères identitaires qui sont invoqués pour fonder la nationalité. L'important est qu'il y ait une nationalité. La nationalité sert à circonscrire le domaine des personnes à l'intérieur duquel l'on peut donner une plus ou moins grande *proximité* aux matières à traiter et par rapport auquel prendre les décisions. Dans cette optique, le principe de subsidiarité se demande qui doit prendre ces décisions. La proximité doit être interne à la nationalité et cela exclut que le principe s'applique à tous ceux qui peuvent être en quelque sorte intéressés, chose qui le rendrait – comme remarque bien Walzer- absolument impraticable¹⁹.

Pour ces raisons le principe de subsidiarité en soi ne peut opportunément être invoqué par une minorité ethnique ou linguistique dans le but de revendiquer une autonomie décisionnelle. Cette minorité revendique une telle autonomie pour ne pas perdre ou pour renforcer sa propre identité. Pour cela il vaut mieux invoquer le principe d'autodétermination qui peut s'appliquer selon différents niveaux d'intensité.

Quand le principe de subsidiarité se combine étroitement avec celui de l'autodétermination, cela veut dire non seulement que nous nous trouvons en face à une véritable entité politique, mais aussi que celle-ci n'est pas autosuffisante ou souveraine et qu'elle a des relations et des liens de communauté, de coopération et d'aide avec d'autres entités politiques pour quelque motif de caractère juridique²⁰.

Le principe de subsidiarité intervient donc dans un second temps, à savoir après l'application du principe d'autodétermination dans une de ses formes et gradations possibles, pour établir la place des compétences et les conditions de leur exercice. Celui-ci défend, mais ne fonde pas, l'autonomie reconnue ou conquise et est voué à éviter que la pratique politique soit rendue vaine.

Par conséquent, une interdépendance toujours plus élargie des communautés politiques se préfigure, qui, abandonnant la tendance à la souveraineté autosuffisante et séparée, acceptent un régime de coopération pour la réalisation de finalités communes. Cette interdépendance dérive justement de la convergence des finalités politiques, qui par contre dans le régime de souveraineté étaient séparées et parfois opposées. Cela rend possible ce que j'ai appelé « un espace de nationalité » qui embrasse plusieurs entités politiques²¹. Devant des finalités qui s'entrecroisent (*overlapping*) il faut repérer qui est directement compétent à les réaliser sans que pour cela ces finalités cessent d'être communes. L'on a aussi parlé d'un « pluralisme institutionnel paritaire » sans aucune position prédominante ou supérieure²². Mais en cela il y a une certaine dose d'utopie, car, dans la mesure où il y a des autorités politiques qui ont la fonction de juger de la conformité des résultats atteints par d'autres autorités politiques, le principe hiérarchique est encore en quelque sorte présent, comme il résulte évident quand on parle de « subsidiarité verticale ». En réalité cette interdépendance est asymétrique dans la mesure où la présence de finalités politiques communes fait en sorte que l'on puisse opérer une distinction entre les autorités qui

¹⁹ M. Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983.

²⁰ Par conséquent, les formes de tutelle des droits des minorités nationales (et non) varient profondément selon si elles sont basées seulement sur le principe de subsidiarité ou sur la conjonction entre ce dernier et le principe d'autodétermination. Cf., par ex., la *Résolution du Parlement européen sur la protection des minorités et les politiques de lutte contre les discriminations dans l'Europe élargie* (2005) et la *Recommandation 43 (1998) sur l'autonomie territoriale et les minorités nationales* (Conseil de l'Europe). Le problème se complique pour les minorités non nationales (comme celles des immigrés) et pour celles nationales présentes dans plus d'un Etat européen.

²¹ MacCormick préfère à ce propos se référer à la notion de *commonwealth*, liée elle aussi aux finalités ou au bien commun. Cf. N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford U.P., 1999, ch. 9.

²² Ceci a été mis en évidence, pour ce qui concerne la dimension strictement administrative, en particulier en se référant au premier alinéa du nouvel art. 117 de la constitution italienne, qui met sur le même plan la loi étatique et la loi régionale, par M. Cammelli, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in «Quaderni regionali», 2002, p. 454.

doivent les réaliser et celles qui doivent juger les résultats obtenus et, si c'est le cas, opérer une action de soutien.

En conclusion, la subsidiarité n'est pas un principe de légitimation politique, mais seulement un principe qui contribue à réglementer l'exercice du pouvoir politique à l'intérieur de formations politiques liées entre elles et interdépendantes.

5. Subsidiarité et fédéralisme

Dans cette optique il faut aussi aborder le problème des rapports entre le fédéralisme et le principe de subsidiarité.

Le fédéralisme, de quelque manière qu'on l'entende, est en général un système de gouvernement où le pouvoir est divisé sur plusieurs niveaux, chacun desquels est en quelque sorte indépendant ou souverain dans sa sphère et parfois, mais non nécessairement, coordonné ou égal aux autres niveaux²³. Par conséquent, l'exigence se fait sentir d'une distribution verticale et équilibrée du pouvoir sans qu'en soi il soit lié à la préférence envers une distribution particulière et encore moins aux implications de la distribution à l'égard de l'efficacité, de la conformité ou à la capacité de remplir les fonctions de gouvernement attribuées, choses qui par contre sont au centre de l'intérêt de la subsidiarité.

L'on a amplement remarqué la rare incidence du principe de subsidiarité dans la pratique constitutionnelle du fédéralisme des Etats-Unis qui a conduit à la consécutive expansion centraliste du pouvoir fédéral américain en dépit du X amendement²⁴. Mais ceci, en principe, n'empêche pas qu'existe un fédéralisme où le centralisme du pouvoir fédéral soit systématiquement contrasté par la pratique diffuse de la subsidiarité. Cela semble être la voie choisie par l'Union européenne²⁵. Cependant il est très étrange qu'un principe qui tend à limiter le pouvoir central soit proclamé sans qu'ait encore été créé à proprement parler un système fédéral européen, à savoir que les limites précèdent l'effective institution du pouvoir fédéral. L'on est d'accord sur les limites mais l'on est en désaccord jusqu'à présent sur la nature du pouvoir central à légitimer et à limiter.

Comme l'on sait, on a vu dans cette orientation de l'Union européenne une façon spéciale (*Sonderweg*) d'instituer un régime fédéral, où les diversités nationales et culturelles sont plus protégées que l'exigence d'établir une direction centrale et unitaire²⁶. Mais de cette manière la subsidiarité s'élève à un principe central de légitimation politique contrairement à ce que l'on a remarqué jusqu'ici²⁷.

La subsidiarité peut-elle aller jusqu'à remplir une fonction « constitutionnelle » à tous les égards à l'intérieur de l'espace juridique européen ? Sans aucun doute c'est ce que de droit

²³ Cf. D.J. Edwards, *Fearing Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union*, in «American Journal of Comparative Law», 44, 1996, p. 539.

²⁴ «The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the peoples». Sur cette question cf. G. A. Bermann, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, in «Columbia Law Review», 94 (2), 1994, pp. 331-456.

²⁵ Cf. K. Nicolaidis, R. Howse (eds.), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford, Oxford U.P., 2001 (Dans ce texte l'on trouvera l'analyse de quatre mécanismes attribués à la subsidiarité: *delineation, monitoring, sharing, reversibility*).

²⁶ Sur cette thèse cf. J. Weiler, *Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, in K. Nicolaidis, R. Howse (eds.), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, cit., pp. 54-70.

²⁷ L'on doit fortement douter que le sens attribué par le droit communautaire au principe de subsidiarité corresponde, tant dans le mérite qu'en termes procéduraux, à celui propre des droits nationaux, surtout de l'Italie et de la France. Cf. J. Ziller, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 16 (2), 2006, p. 296. Pour une analyse comparative cf. A. Rinella et al. (Textes réunis et présentés), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, Cedam, 1999.

et de fait il se passe sous nos yeux, surtout parce que l'indétermination et le vague des pouvoirs explicites réclament une attention particulière aux limites des pouvoirs implicites. Si cela conduit à une forme spécifique de fédéralisme ou à quelque autre chose, c'est à mon avis une question purement nominaliste, vu que les aménagements politiques ne sont pas écrits dans le ciel²⁸. Cependant, les effets de cette exagération politique du principe de subsidiarité peuvent très souvent être pervers et menacer sa signification originare.

Un espace juridique, qui, ayant surgi essentiellement pour des motifs économiques, a du mal à assumer un caractère véritablement politique et est porté à privilégier le critère de l'efficacité des résultats. Dans ce contexte l'application du principe de subsidiarité peut facilement amener à déplacer la répartition du pouvoir et son exercice vers le haut plutôt que vers le bas, vu que la subsidiarité va dans les deux directions. L'efficacité prévaut sur la proximité et l'aide à s'aider soi-même cède la place à l'exigence d'une gestion unitaire dans les matières communes à plusieurs Etats membres, qui ne relève pas évidemment de l'exclusive compétence communautaire. De plus, le caractère provisoire et fortement évaluatif de l'application du principe de subsidiarité est sans aucun doute porteur d'instabilité dans la répartition de pouvoirs qui changent continuellement de titulariat sur la base des résultats de la balance juridique et des tests de proportionnalité. Et ici il faut remarquer une différence importante à l'égard de l'usage du principe de subsidiarité dans le domaine étatique, où il a la fonction de rendre plus flexible et dynamique l'assiette des sources du droit établi par la constitution²⁹.

Par conséquent, même si l'on peut admettre le rôle purement politique du principe de subsidiarité, celui-ci ne peut être à lui seul l'architrave constitutionnelle de l'assiette politique générale. A lui seul il conduirait à un très complexe entrelacement de centres décisionnels superposés portant au risque d'une paralysie réciproque. En réalité en règle générale le principe de subsidiarité agit à l'intérieur et sur le presupposé de structures politiques qui s'appuient sur d'autres principes inspirateurs, surtout de type démocratique³⁰.

6. Subsidiarité et démocratie

Si maintenant nous nous arrêtons plus directement sur les rapports entre le principe de subsidiarité et la démocratie, nous devons immédiatement reconnaître qu'en soi, ou bien considéré séparément, le principe est compatible avec de nombreuses idéologies politiques, mais non avec toutes. Le fait qu'une décision doit être prise le plus près possible du citoyen ne veut pas dire encore et nécessairement qu'elle doit être prise *par* le citoyen. Cependant l'on doit reconnaître aussi que la démocratie est le lieu le plus favorable ou le plus apte pour l'exercice du principe en question.

La démocratie a besoin de proximité et de communauté. Les deux éléments communs de la démocratie sont le lieu et la langue. La démocratie a besoin d'échanges pour la formation des opinions et cela se réalise mieux dans une dimension rapprochée. D'ailleurs déjà Hannah Arendt avait remarqué que l'universalisme des droits implique le particularisme de leur défense. Les individus ont des droits universels, mais pour les

²⁸ Sur les nouveautés institutionnelles présentes dans l'Union européenne avec une référence spécifique à la division des compétences cf. A. D'Atena, *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto delle competenze normative tra l'Unione europea e gli Stati membri*, in «Il diritto dell'Unione europea», 2005, pp. 59-74.

²⁹ Cf. l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n. 303 de l'année 2003.

³⁰ A juste titre Spadaro prend aussi en considération les principes de continuité et de coopération.. Cf. A. Spadaro, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e Regioni*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 44, 1994, pp. 1041-1093.

défendre ils doivent devenir des citoyens³¹. Si l'on éliminait l'importance de la nationalité -comme certains soutiennent-, une ressource très significative pour la tutelle des droits manquerait. Les moyens actuels de communication permettent un élargissement des interlocuteurs et l'exercice d'une nationalité visant à une géométrie variable³². Comment l'autorité peut-elle rester proche des citoyens quand ceux-ci se déplacent continuellement?

De plus, la démocratie délibérative permet de dépasser le concept traditionnel de la méthode démocratique basée rigoureusement sur le principe majoritaire, en l'élargissant et en l'intégrant avec des méthodes plus sensibles à l'apport des experts, à l'argumentation bien-fondé³³. Cela permet dans une certaine mesure de rendre compatibles les deux façons traditionnelles de justifier la répartition du pouvoir politique: celui de Platon pour qui la politique devait être confiée aux experts et aux sages et celui d'Aristote pour qui ce sont les passagers et non les timoniers qui décident où le bateau doit aller. Le pouvoir politique général doit rester dans les mains des citoyens, tandis que les questions sectorielles de la justice distributive requièrent l'intervention des experts.

Cependant le principe de subsidiarité met en danger l'égalité des citoyens par rapport à l'exercice du pouvoir politique, car il affirme qu'à l'intérieur d'une communauté politique, à cause de la proximité des intérêts, pas tous les citoyens ont la même légitimation politique. Il se produit, par conséquent, un dédoublement de la nationalité: tous les citoyens sont égaux par rapport au pouvoir politique général, mais non par rapport aux questions politiques particulières. Certains expriment cette multiplicité du concept de citoyenneté, en faisant la distinction entre une « citoyenneté sociétaire »³⁴ et une « citoyenneté politique » ou nationalité. Mais la traditionnelle distinction entre société civile et société politique est désormais dépassée par le fait qu'en réalité l'on reconnaît aujourd'hui à la société civile de véritables fonctions politiques. L'on parle de processus de constitutionnalisation de la société civile tant domestique qu'internationale. En général, les processus d'autorégulation (*self-law*) minent le pouvoir politique général et le resserrent toujours davantage à des fonctions de simple coordination où est absente la compétence à apporter un objectif politique général.

Dans cette optique le principe de subsidiarité qui est né à l'intérieur de l'Etat, met en marche des processus qui sont contre l'Etat et vont au-delà de l'Etat.

7. Conclusions

Si nous voulons tirer quelques conclusions provisoires³⁵, nous pouvons dire que le principe de subsidiarité tend à aller au-delà de ses limites, mettant en crise le concept général de communauté politique et celui même d'Etat moderne. Il doit être ramené à sa portée réelle, en évitant une excessive exagération. Il présuppose des principes politiques

³¹ Les droits ont besoin d'une vaste dimension pour leur détermination et d'une petite dimension pour leur réalisation. Cf. P.G. Carozza, *La sussidiarietà come principio strutturale dei diritti umani nel diritto internazionale*, in P.G. Grasso (Textes réunis et présentés), *Europa e costituzione*, Napoli, Esi, 2005, p. 189.

³² S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1992, p. 120.

³³ Sur cet argument nous renvoyons à mon article *La democrazia tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in « *Ragion pratica* », 11, 2003, n.20, pp. 33-71.

³⁴ Cf. pour la soi-disant « subsidiarité horizontale » P. Donati, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

³⁵ Elles sont provisoires car l'on devrait encore examiner ces problèmes : quelle répartition des compétences est la plus respectueuse du principe de subsidiarité? Comment se pose la subsidiarité par rapport à la distinction entre pouvoir législatif et pouvoir administratif? Sur la base de quels critères l'on juge l'efficacité du pouvoir local? Quels sont les rapports entre le principe de subsidiarité et les deux autres principes de la conformité et de la proportionnalité? Y-a-t-il une différence significative entre l'application du principe au niveau du droit interne, du droit supranational et du droit international? Quels problèmes pose la justiciabilité du principe de subsidiarité? Et enfin, de quelle façon la distinction entre subsidiarité verticale et horizontale grave-t-elle sur la traditionnelle dichotomie entre public et privé?

préexistants et des institutions déjà établies. Il requiert pour son fonctionnement des critères qu'en soi il n'est pas en mesure de fournir, mais qu'il puise ailleurs. Malgré ces limites, c'est un principe dynamique qui est en train d'étendre son application et sa portée et qui crée aussi de nouvelles institutions de caractère juridique et politique.

Comme on l'a déjà remarqué, le principe de subsidiarité a deux aspects et soulève deux problématiques qui sont en étroite corrélation. D'une part il est voué à situer vers le bas les institutions qui sont les plus proches des citoyens et les plus aptes à affronter les problèmes en question, de l'autre il doit aussi fournir les critères pour situer vers le haut les institutions et les organisations qui sont légitimées à aider les premières en cas d'inadéquation pour quelque bon motif. De ce complexe rapport entre le bas et le haut dérive une problématique ultérieure, jusqu'à présent peu étudiée mais qui est en train de s'imposer progressivement. Qui est légitimé à juger de l'adéquation des actes des institutions placées le plus bas? Traditionnellement la référence obligée était celle de l'Etat, mais aujourd'hui se profilent sur le plan supranational et international d'autres institutions et d'autres centres de pouvoir. Cependant cela appartient aux conditions externes du fonctionnement du principe de subsidiarité. En soi il n'est ni étatique ni antiétatique, mais seulement hostile à la centralisation du pouvoir quand ce dernier prive les associations des citoyens de leur autonomie et quand il agit aux dépens de la recherche de solutions les plus conformes au bien commun.