



ANNA MARIA LECIS COCCO ORTU – ANNA NEYRAT*

Les relations entre l'Administration centrale et les administrations territoriales en France à l'épreuve de la crise sanitaire**

ABSTRACT (EN): The Covid-19 health crisis has accentuated the already existing tensions around the division of powers between the State and the local authorities. If, theoretically, this division could appear clear in the texts, in practice, it turned out to be much more complex. Moreover, the pandemic arrived at a time when there were already debates on the relationship between the State and the local authorities. The article thus aims to illustrate the management of the crisis and analyze its consequences on the French territorial organization.

RESUME (FR): La crise sanitaire a accentué les tensions déjà existantes autour de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales. Si, théoriquement, cette répartition pouvait paraître claire dans les textes, en pratique, cela s'est avéré beaucoup plus complexe. Par ailleurs, la pandémie est arrivée à un moment où il existait déjà des débats sur les rapports entre centre et périphérie. La contribution entend ainsi illustrer la gestion de la crise et analyser ses conséquences sur l'organisation territoriale française.

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Rétrospective : l'irrésistible tendance centralisatrice en temps de crise. – 2.1. La première phase : une réponse centralisée et concentrée pour faire face à la crise. – 2.2. La deuxième phase : une plus grande place laissée à la territorialisation de l'action publique. – 3. Les perspectives : l'inéluctable maintien de la conception française de l'État unitaire. – 3.1. L'ambition renouvelée d'un perfectionnement de la décentralisation et de la déconcentration grâce à la différenciation. – 3.2. Quelques propos conclusifs : l'ancrage confirmé de la tradition centralisatrice comme limite à la réorganisation territoriale de l'État

1. Introduction

La France est un État unitaire, dont l'histoire et la tradition témoignent d'un attachement profond aux principes d'unité et d'indivisibilité de la République, fondés, à partir de la Révolution de 1789, sur une interprétation stricte du principe d'égalité.

L'histoire de l'organisation territoriale française a ainsi été marquée par une prédominance de la tendance centralisatrice, d'inspiration jacobine puis napoléonienne, qui n'a évidemment pas empêché des aménagements de cette organisation pour répondre aux exigences d'efficacité dans l'administration. En effet, suivant le précepte, exposé par Napoléon III, « on peut gouverner de loin, mais on n'administre bien que de près »¹, a été mise en œuvre une déconcentration des institutions administratives, par laquelle l'État délègue l'exercice de

* Maîtresses de conférences en Droit public, Sciences Po Bordeaux.

** Article soumis à procédure d'évaluation par le corps scientifique.

¹ Préambule du décret impérial du 25 mars 1852 (X, Bull. DVIII, n. 3855), in *Recueil Duvergier*, T. 52, 1852, p. 253.

certaines attributions administratives à des agents locaux repartis dans les circonscriptions territoriales.

Si, initialement, cette déconcentration traduisait uniquement une volonté d'efficacité de contrôle et de gestion de la part de l'État, laissant une faible marge de manœuvre aux agents locaux dans la prise de décision, ces derniers – et particulièrement les préfets – ont vu progressivement leur pouvoir discrétionnaire augmenter, notamment dans un but d'adaptation des politiques nationales au niveau local. Ils ont ainsi partiellement assuré des fonctions de proximité et de subsidiarité dans la mise en œuvre de la politique de l'État, suppléant de la sorte à l'absence d'une véritable décentralisation avec la création d'institutions territoriales distinctes de l'État².

Néanmoins, la quête de plus d'autonomie et d'une réelle démocratie de proximité n'a pas cessé et a finalement abouti à une amorce du processus de décentralisation à partir des années 1980, avec la mise en place de véritables collectivités territoriales distinguées de l'État, dotées de la personnalité morale et d'une liberté d'administration par des organes démocratiquement élus³. Les collectivités territoriales n'ont pas de véritable pouvoir politique, mais disposent d'un pouvoir réglementaire qui se réduit aux fonctions administratives et de gestion dans les domaines relevant de leurs compétences, compétences d'attributions⁴ décidées par le législateur national. Cette décentralisation, impliquant un transfert de compétences par la loi à des personnes morales distinctes de l'État, s'est faite par étapes, habituellement indiquées comme les « actes » successifs de la décentralisation⁵.

La complexe organisation territoriale française est ainsi fondée sur cette coexistence, parfois collaborative et vertueuse, parfois conflictuelle, entre déconcentration et décentralisation, comme l'illustre l'art. 1 de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République : « L'administration territoriale de la République est assurée par les collectivités territoriales et par les services déconcentrés de l'État ».

La présente contribution se propose d'analyser les relations de l'État central à la fois avec les autorités déconcentrées, notamment les préfets, et avec les collectivités territoriales, en particulier les communes qui sont majoritairement intervenues en vertu des pouvoirs de leur maire en matière de santé (qui seront illustrés par la suite).

La crise sanitaire a eu pour conséquence de créer des tensions autour de la question sensible de la répartition des compétences entre l'État (central et déconcentré) et les collectivités territoriales. Si, théoriquement, cette répartition pouvait paraître claire dans les textes, en pratique, cela s'est avéré beaucoup plus complexe. Par ailleurs, la pandémie est arrivée à un moment où il existait déjà des débats sur les rapports entre centre et périphérie. C'est la raison pour laquelle il a paru opportun de consacrer un premier temps à une analyse

² On peut même observer, dans une perspective de comparaison avec l'Italie, que l'important développement de l'administration déconcentrée est en quelque sorte la conséquence et la contrepartie du faible niveau de décentralisation.

³ En vertu de l'art. 72 Const., elles sont : « [...] les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi » (art. 72 al. 1er).

⁴ À l'exception de la commune, qui bénéficie également d'une clause générale de compétence, inscrite dans l'article L2121-29 du CGCT.

⁵ Voir les contributions par G. SAPUTELLI et F. BONINI au sein de ce même numéro.

rétrospective mettant l'accent sur l'irrésistible tendance centralisatrice en temps de crise (2), puis un second temps à une analyse des perspectives ouvertes par la crise, où l'on verra néanmoins que le maintien de la conception française de l'État unitaire est bien ancré malgré les volontés de réformer (3).

2. Rétrospective : l'irrésistible tendance centralisatrice en temps de crise

L'impact de la crise sanitaire sur les relations entre l'État central et les institutions administratives territoriales s'est globalement traduit par une recentralisation de la prise de décision et une relative réduction des prérogatives des administrations territoriales.

Dans cette tendance générale prédominante, nous avons néanmoins distingué deux phases : une première phase, allant de mi-mars 2020 à fin mai 2020, c'est-à-dire du début de la crise sanitaire, jusqu'au moment de la première réouverture après le premier confinement, et une deuxième phase, allant donc du premier déconfinement, fin mai 2020, jusqu'à l'adoucissement des mesures sanitaires, début février 2022. La première phase a été caractérisée par une réponse centralisée et concentrée, dans laquelle la gestion de la crise par les institutions centrales de l'État n'a laissé de place ni aux collectivités territoriales ni aux autorités de l'administration déconcentrée (2.1), alors que la deuxième phase, tout en restant fondée sur une centralisation de la décision, a laissé davantage de place à une certaine différenciation locale dans l'application des mesures, bien que toujours décidées « par le haut » (2.2).

2.1. La première phase : une réponse centralisée et concentrée pour faire face à la crise

La première réponse à la diffusion de la pandémie en France a conduit à une recentralisation et à une re-concentration du pouvoir entre les mains de l'État, avec une réduction corrélative de la place laissée aux prérogatives des collectivités territoriales ainsi qu'aux représentants de l'État dans les territoires et une mise en parenthèse de toute différenciation locale. En ce sens, on a pu observer que la réponse à la crise sanitaire n'a pas seulement limité les libertés des individus, mais aussi les libertés locales, à commencer par le principe de libre administration des collectivités territoriales⁶.

Ce n'est pas surprenant, vu que les temps difficiles ont tendance à être centralisateurs⁷. Mais les moments difficiles sont aussi « archéologiques », comme l'a écrit Gustavo Zagrebelsky, « en ce qu'ils font revenir en surface les vérités primaires » qui peuvent parfois rester cachées ou oubliées en temps normaux⁸.

Et en effet il est intéressant de noter que la forte centralisation observée en France, si d'une part elle est sans doute la conséquence d'une situation d'urgence sans précédent,

⁶ V. DONIER, *Qui fait la police (administrative) sous l'état d'urgence ?*, in *RFAP*, 2020/4 n. 176, p. 889 ; B. FAURE, *Théorie et pratique des compétences des collectivités territoriales face à la crise sanitaire*, in *AJDA*, 2020, p. 1727.

⁷ J. RIVERO, *La décentralisation, Problèmes et perspectives*, in *Études*, 1950, p. 50.

⁸ G. ZAGREBELSKY, *Quelle demande sulla democrazia nel tempo dell'emergenza*, in *La Repubblica*, 18-11-2020.

d'autre part elle est aussi le fruit d'une évolution, notamment en matière sanitaire⁹, tendant vers la réappropriation de certaines compétences dans les mains du pouvoir central, au nom d'exigences d'efficacité et d'égalité de l'action publique ; évolution à son tour alimentée et confortée par le traditionnel attachement de la France à une forme unitaire de l'État, exerçant toujours une certaine résistance, plus ou moins assumée, à l'encontre des pulsions décentralisatrices.

En effet, historiquement, la protection de la santé publique était inscrite parmi les compétences du maire, au sein d'une commune, au nom de son pouvoir de police générale pour assurer le maintien de l'ordre public. Comme l'indique l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, le maire, en tant qu'autorité de police dans sa commune, doit assurer le maintien de la salubrité publique, ce qui comprend non seulement le devoir de nettoyage des rues, places et voies publiques [...], mais aussi « le soin de prévenir, par des précautions convenables, ou de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux, dont relèvent les maladies épidémiques ou contagieuses et les pollutions de toute nature »¹⁰. C'est à ce titre que certaines mesures de lutte contre l'épidémie ont été adoptées par arrêté municipal, bien qu'avec des issues variables, comme nous le verrons, sur le plan de la constatation de leur légalité devant le juge administratif.

Néanmoins, depuis les années deux-mille, sous la pression de nouvelles menaces sanitaires portées par les développements technologiques, la mondialisation des échanges et les bouleversements climatiques, on a assisté à une progressive réorganisation du système de défense sanitaire, qui ne repose plus sur une logique ascendante, avec les autorités locales agissant en premier ressort et faisant appel – le cas échéant – à l'État, mais plutôt sur une logique descendante¹¹, qui confie la mission de prévention et de lutte contre la diffusion des épidémies au Ministre de la santé¹².

Cette recentralisation prévue par le Code de la santé, toutefois, n'explique que partiellement la centralisation de la réponse française à la crise sanitaire, qui s'est déployée sur la base d'autres fondements juridiques (au début, il faut noter, plutôt faibles et discutables).

En réalité, les premières mesures adoptées début mars dans les zones touchées par les premiers clusters de l'épidémie ont été édictées au niveau local par arrêtés préfectoraux et municipaux¹³. Néanmoins, ces actes, justifiés pourtant par des circonstances locales, n'avaient pas été adoptés de leur propre chef par les institutions locales de l'administration

⁹ Déjà avant la crise du Covid-19, on avait assisté à un processus de centralisation à travers la spécialisation du volet sanitaire (voir S. RENARD, *L'Ordre public sanitaire. Étude de droit public interne*, Université de Rennes I, 2008), qui d'ailleurs s'inscrit dans une tendance générale : H. HOEPFFNER, L. JANICOT, *Le règlement des concours de police obéit-il à des principes directeurs ?*, in *AJDA*, 2020, n° 22, p. 1211-1217 ; J.-B. GUYONNET, *Police générale – police spéciale : une crise sans fin ?*, in X. DUPRE DE BOULOIS (dir.), *Les classifications en droit administratif*, Mare & Martin, Paris, 2021, p. 131.

¹⁰ Art. L. 2212-2 du CGCT.

¹¹ S. RENARD, *Coronavirus, urgence sanitaire et police locale*, in *AJ Collectivités Territoriales*, 2020, p. 112.

¹² Amorcée par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, cette réforme a trouvé sa place aux articles L. 3131-1 et suivants du code de la santé publique (CSP) pour donner des moyens nouveaux au ministre chargé de la santé.

¹³ Depuis le 6 mars, plusieurs arrêtés ont été adoptés par le préfet du Bas-Rhin et par le maire de Mulhouse, pour interdire certaines activités ou l'accès à certains lieux de rassemblement ainsi qu'imposer la fermeture de musées, crèches et autres espaces publics.

déconcentrée, mais sur la base d'« instructions ministérielles », comme indiqué dans le texte des arrêtés.

Par la suite, très rapidement, lorsqu'il a été clair que la diffusion de l'épidémie avait atteint une portée nationale, la réponse a été centralisée, renforcée et généralisée.

Le 16 mars, au lendemain du premier tour des élections municipales maintenues malgré l'alerte pour le nombre croissant des contaminations, le confinement est imposé par décret du Premier ministre, en concertation avec le ministre de la Santé et le ministre de l'Intérieur¹⁴. Le décret était formellement fondé sur l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique, habilitant le Ministre de la Santé « [e]n cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie » à prescrire « toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population ».

Ce décret au fondement juridique vague et faible a pu être qualifié de « colosse aux pieds d'argile », car on peut considérer qu'aucune des institutions intervenues n'avait, seule, la compétence pour adopter une telle mesure, mais que la « réunion de leurs compétences », couplée avec l'urgence et le caractère exceptionnel des circonstances a pu renforcer, sinon la légitimité juridique, du moins la légitimité politique de l'acte¹⁵. Le seul fondement juridique de cette toute première réponse normative reposait en fait sur l'ainsi-dite théorie des circonstances exceptionnelles, élaborée par une jurisprudence ancienne du Conseil d'État qui, pendant la Première Guerre mondiale, avait estimé que les actes administratifs peuvent déroger à la loi pour des raisons liées à des situations d'une gravité exceptionnelle¹⁶. Le Conseil d'État, dans son avis émis sur le projet de loi sur l'état d'urgence sanitaire (déposé contextuellement à l'adoption du décret), a estimé que le décret était légal, mais que son fondement juridique, reposant sur les circonstances exceptionnelles, n'était valable que dans l'urgence immédiate, et n'aurait pu justifier l'adoption de mesures ultérieures de limitations des droits et libertés¹⁷.

C'est donc dans le but de donner une base légale aux mesures successives¹⁸ que le Parlement a adopté en toute urgence la loi du 23 mars 2020 portant création de l'état d'urgence sanitaire¹⁹.

¹⁴ Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020. L'adoption du décret a été annoncé par une allocution télévisée du Président Macron disponible sur le site de l'Élysée.

¹⁵ V. SIZAIRE, Un colosse aux pieds d'argile. Les fondements juridiques fragiles de l'urgence sanitaire, in *La revue des droits de l'homme*, ADL, 29 mars 2020.

¹⁶ Voir CE 28 juin 1918, *Heyriès* et CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*. Pour une analyse de ces jurisprudences, voir J. de GLINASTY, *Les théories jurisprudentielles en droit administratif*, LGDJ, 2017, p. 283 s.

¹⁷ CE, avis du 18 mars rendu sur le projet de loi sur l'état d'urgence sanitaire.

¹⁸ Mais aussi aux mesures antérieures... Dans ce sens J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Les régimes de crises à l'épreuve des circonstances sanitaires exceptionnelles*, in *RDLF*, chron. n. 20/2020 ; A. BACHERT-PERETTI, X. MAGNON, A. VIDAL-NAQUET, T. RENOUX, *État d'urgence sanitaire : traiter l'exception avec les outils de la normalité ?*, in *RFDC*, n. 124/2020, p. 905; J. BOUDON, *De quelques problèmes juridiques et politiques dans les circonstances actuelles*, in *Blog du Coronavirus du Club des juristes*, 3 avril 2020.

¹⁹ Loi n. 2020-290 du 23 mars 2020. La notion d'« état d'urgence » au sein de l'ordre juridique français ne doit pas être assimilée au « *stato di emergenza* » prévu par l'ordre juridique italien : si ce dernier est un régime visant essentiellement à simplifier l'adoption de mesures de secours et de reconstruction en cas de calamité naturelle, en France l'état d'urgence a été conçu depuis son origine comme un régime sécuritaire, visant à permettre un

Le cadre législatif prévoit que, une fois que l'état d'urgence sanitaire est déclaré par décret en conseil des ministres, il attribue de larges compétences au Premier ministre en matière de limitation des droits et libertés, telles que le pouvoir d'interdire aux personnes de sortir de leur domicile, de limiter ou d'interdire les rassemblements sur la voie publique ou dans un lieu ouvert au public, réquisitionner des biens et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire (par exemple des masques)²⁰, etc.

Cette concentration des pouvoirs dans les mains du Premier ministre a ainsi comporté une réduction de la place laissée aux prérogatives des maires, mais également, dans une certaine mesure, à celles des préfets, relégués essentiellement à un rôle d'application des mesures prises au niveau national, sans véritable marge de manœuvre pour une adaptation locale, surtout pendant cette première phase.

Toutefois, la recentralisation des pouvoirs dans les mains de l'autorité centrale n'a pas été seulement la conséquence des textes normatifs sur l'état d'urgence, mais aussi d'une jurisprudence administrative – et notamment du Conseil d'État – particulièrement déférente à l'égard de la raison d'État²¹, qui a fini par annihiler, en pratique, la place déjà réduite laissée, en théorie, à l'action des collectivités (et en l'occurrence des maires).

S'agissant en particulier des mesures de restriction des droits et libertés, le Conseil d'État, appelé à se prononcer sur la légalité du premier décret de confinement (avant même l'institution de l'état d'urgence sanitaire), avait observé que, en principe, le maire avait non seulement la faculté, mais aussi « l'obligation d'adopter, lorsque de telles mesures seraient nécessaires, des interdictions plus sévères lorsque les circonstances locales le justifient »²². Cette position du Conseil d'État réaffirmait une jurisprudence constante en matière d'articulation des pouvoirs de police administrative spéciale et de police administrative générale, selon laquelle, lorsque des limitations sont adoptées au niveau national au titre d'une police spéciale, l'autorité locale peut faire usage de son pouvoir réglementaire de police générale à deux conditions : qu'elle adopte des mesures plus sévères et que celles-ci soient justifiées par les exigences locales²³.

Toutefois, avec une décision de moins d'un mois plus tard²⁴, la juridiction administrative suprême a donné une autre interprétation de l'articulation des compétences dans le cadre de la lutte contre la pandémie, dans laquelle la reconnaissance de principe d'une obligation

renforcement des pouvoirs de l'exécutif et une dérogation aux garanties des droits et libertés : voir M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris, 2011, p. 99.

²⁰ Pour la liste complète, voir l'article L. 3131-15 du *Code de la santé publique*.

²¹ Le Conseil d'État a pu être défini comme « l'auxiliaire du pouvoir de police » de l'État : X. Dupré de Boulois, *On nous change notre... référent-liberté* in *RDLF*, 2020 chron. n. 12 ; voir aussi N. HERVIEU, *Le droit à l'épreuve de la pandémie*, in *Gaz. Pal.* 24 mars 2020, n° 376p0, p. 3.

²² CE, ord. 22 mars 2020 *Syndicat jeunes médecins* n° 439674.

²³ CE, Sect., 18 décembre 1959, *Société « Les Films Lutetia »* n. 36385 36428. En réalité, il faut noter que ce sont rares les cas où le maire conserve ses pouvoirs de police générale lorsqu'une police spéciale de l'État existe : voir Ph. COSSALTER, *Port du masque et pouvoirs de police du maire : pour en finir avec la jurisprudence Films Lutetia*, in *RGD*, 2020, n. 51871.

²⁴ CE ord., 17 avril 2020, *Commune de Sceaux* n° 440057 sur l'arrêté du maire de Sceaux imposant le port du masque ou de tout autre dispositif pour couvrir le nez et la bouche, alors qu'une telle mesure n'avait pas été imposée à l'échelle nationale.

d'agir des maires a été remplacée, en pratique, par une interdiction d'agir pour ne pas compromettre l'efficacité de la politique nationale²⁵.

La jurisprudence du Conseil d'État a donc contribué à renforcer l'action centralisatrice de l'État face à la crise, mais sans mettre fin aux tentatives des maires d'intervenir²⁶. Néanmoins, la plupart de ces arrêtés ont été suspendus ou annulés par le juge administratif, soit en raison de l'absence de circonstances locales justifiant l'adoption des interdictions, soit pour non-respect du caractère proportionnel des interdictions, imposé à toute restriction des droits et libertés. Hormis quelques rares exceptions²⁷, les maires ont été comme dépossédés de tout pouvoir d'action pour lutter contre l'épidémie pendant la première phase de la crise sanitaire. Écartées de toute participation à la définition des stratégies de lutte contre la pandémie, les collectivités territoriales ont ainsi été essentiellement cantonnées à un rôle de soutien et d'accompagnement pour faire face aux conséquences de la crise sanitaire²⁸, qui se verra renforcé dans la deuxième phase.

2.2. La deuxième phase : une plus grande place laissée à la territorialisation de l'action publique

La deuxième phase s'est ouverte par le déconfinement de la population française le 11 mai 2020, qui supposa en réalité une levée progressive des restrictions²⁹. L'idée de progressivité a, plus généralement, caractérisé la sortie de l'état d'urgence par la mise en place d'un régime transitoire, laissant certains pouvoirs exceptionnels entre les mains du Premier ministre³⁰. Néanmoins, du fait de la confirmation d'une reprise de l'épidémie, l'état d'urgence sanitaire a de nouveau été décrété sur l'ensemble du territoire³¹, afin d'offrir le cadre nécessaire pour l'adoption des mesures les plus attentatoires aux libertés telles que le couvre-feu ou le confinement de la population. Prorogé à plusieurs reprises³², il a finalement pris fin dans l'Hexagone le 1^{er} juin 2021 et a cédé à nouveau la place à l'application d'un régime transitoire³³ sous lequel nous nous trouvons actuellement, et ce, en principe, jusqu'au 31 juillet 2022. Parmi les mesures exceptionnelles de ce régime transitoire, la soumission d'un

²⁵ Ainsi S. RENARD, *Police d'urgence sanitaire*, in *Répertoire de police administrative*, Dalloz, 2020, n° 84.

²⁶ Au-delà de l'exemple cité de la Commune de Sceaux, on peut citer les arrêtés pris dans le but de rendre effectif le confinement imposé au niveau national, instituant par exemple des couvre-feux ou imposant des limites plus strictes aux déplacements du domicile. Voir aussi I. MICHALIS, *Ville, covid et libertés : la subsidiarité de la police municipale*, in *Droit et Ville*, n.1, 2021, p. 75.

²⁷ Par exemple, le Tribunal administratif de Nice n'a pas fait droit à la demande de suspension de l'arrêté du maire de Nice imposant un couvre-feu de 20H00 à 5h00 dans certains quartiers de la ville.

²⁸ Par ex., dès que l'État a prévu des exceptions à l'interdiction d'achat de masques chirurgicaux, les collectivités en ont acheté pour les distribuer auprès de la population. Sur ce rôle des collectivités et la distinction entre « accompagnement pour faire face aux conséquences de la crise » et « lutte contre la crise » : B. FAURE, *Théorie et pratique des compétences des collectivités territoriales face à la crise sanitaire*, in *AJDA*, 2020, p. 1727.

²⁹ Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 ; Décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 ; Décret n° 2020-645, 28 mai 2020.

³⁰ A l'exception des territoires de Guyane et de Mayotte où il a été prolongé, en raison de leur contexte sanitaire particulier. Loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020.

³¹ Décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020.

³² Loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 ; Loi n° 2021-160 du 15 février 2021.

³³ Loi n° 2021-689 du 31 mai 2021.

certain nombre d'activités à la présentation d'un passe sanitaire puis d'un passe vaccinal en a été l'illustration la plus topique.

Cette deuxième phase se caractérise par une approche cette fois plus territorialisée de la riposte sanitaire. Toutefois, si l'on assiste à une plus grande territorialisation, comparativement à la première phase, cela ne signifie pas pour autant que l'on a laissé le champ totalement libre à cette territorialisation.

Celle-ci a déjà été envisagée par le haut, c'est-à-dire décidée par l'État central. Pour le premier temps du déconfinement, ont en effet été distingués par décret, en fonction de critères déterminés, les départements classés en « rouge » (plus à risque que le virus s'y développe à nouveau de manière exponentielle), de ceux classés en « vert » (moins à risque). Ces derniers bénéficiaient de davantage d'assouplissements³⁴ (ouverture des parcs, jardins, etc. ; réouverture plus rapide des collèges).

Mais, et c'est ce qui nous intéresse particulièrement, cette territorialisation a aussi été envisagée par le bas, grâce au choix d'investir, ou de réinvestir, le binôme préfet -autorité de déconcentration-/maire -autorité de décentralisation. Car, au-delà du pouvoir de police des maires, fortement brimé, le préfet avait surtout été perçu comme un simple exécutant des directives de l'État central. Ajoutons à cela que, dans les faits, il s'était par ailleurs révélé être un exécutant souvent impuissant ou « empêché » pour reprendre l'expression d'administrateurs territoriaux qui ont témoigné de leur expérience pendant la crise sanitaire : l'autorité déconcentrée était souvent dans « l'attente d'instructions ministérielles descendantes qui ne viennent pas, ou pire d'instructions incomprises ou inapplicables »³⁵.

La deuxième phase entend donc s'appuyer davantage sur les territoires. À première vue, au moment du déconfinement, les collectivités territoriales et plus particulièrement, la figure du maire, semblaient remises sur le devant de la scène pour opérer cette territorialisation. C'est en tout ce que l'on pouvait entendre derrière le discours du Premier ministre au moment de la présentation de la stratégie nationale de déconfinement le 28 avril 2020³⁶. Il avait ainsi insisté sur la prise en compte du critère géographique, compte tenu des disparités importantes entre territoires du point de vue de la circulation du virus. Il avait même considéré qu'il s'agissait d'une question de « bon sens ». Il envisageait alors le rôle des « autorités locales » dans la possible adaptation de la stratégie nationale en fonction des circonstances. Il n'était d'ailleurs sans doute pas anodin que les maires, et parfois plus largement les associations d'élus locaux soient cités régulièrement dans son discours en première position parmi ces autorités locales. C'est également la nomination de Jean Castex comme Premier ministre début juillet 2020 qui avait pu être interprétée comme un véritable « changement de cap »³⁷, visant à « pacifier les relations avec les élus locaux »³⁸, en raison de ses différentes expériences d'élus locaux. Ce dernier avait par ailleurs rapidement corroboré cette interprétation, d'abord en

³⁴ Art. 2 du Décret n° 2020-548 du 11 mai 2020, *cit.*

³⁵ G. LEBLONG-MASCLÉ, "La solution à la crise passe par les territoires". *Regards croisés des administrateurs et administratrices territoriaux sur le Covid-19*, in RFAP, 2020, n° 4, p. 967.

³⁶ Déclaration de M. Edouard Philippe, Premier ministre, sur la stratégie nationale de déconfinement suite à l'épidémie de covid-19 à compter du 11 mai 2020.

³⁷ B. DOLEZ, V. DONIER, *Introduction au dossier "Gérer localement le Covid"*, in RFAP, 2020, n° 4, p. 851.

³⁸ *Ibid.*

se présentant en « homme des territoires », en « maire de terrain », lors de son discours de politique générale devant les députés. Il avait ensuite insisté sur le nécessaire appui sur ces territoires, notamment par le renforcement des moyens mis à disposition du couple Maire – Préfet, et faisant valoir, d’une certaine manière (car sans le nommer expressément) l’argument de la subsidiarité comme le meilleur moyen de gagner le combat contre la Covid-19.

Mais il ne faut pas s’y tromper, car en réalité, c’est bien plus sur la déconcentration que sur la décentralisation que l’on a misé. Dans ce binôme maire-préfet, il y a finalement eu un déséquilibre en faveur du préfet. C’est à lui, la plupart du temps, qu’il revenait de prendre les décisions et d’adapter les mesures nationales aux réalités locales. Bien sûr, le maire n’était pas absent, les textes prévoyant souvent sa consultation préalable par le préfet. Néanmoins, il ne s’agissait pas d’un avis conforme, ce qui laissait donc bien au préfet l’avantage du dernier mot. Le maire apparaissait dès lors souvent comme une autorité plus secondaire, qui accompagne seulement. Il en va ainsi dans les textes adoptés pour concrétiser les modalités du déconfinement. Ainsi, si la territorialisation opérée par les préfets, après avis des maires, a le plus souvent consisté à durcir les mesures imaginées pour le déconfinement (à l’image de l’interdiction de l’ouverture des marchés³⁹), elle a parfois conduit à l’assouplissement (dès lors que ce sont bien les textes qui le préoyaient) des mesures nationales (à l’instar de la possibilité d’autoriser l’ouverture des musées « dont la fréquentation habituelle est essentiellement locale et dont la réouverture n’est pas susceptible de provoquer des déplacements significatifs de population »⁴⁰).

Le maire pouvait tout de même être, à certaines occasions, celui qui suggère l’idée de la mesure, les textes ne le laissant pas systématiquement dans le rôle passif de celui qui est sollicité. Par exemple, si le préfet de département pouvait, de sa propre initiative et en fonction des circonstances locales, décider de rendre obligatoire le port du masque pendant la période du déconfinement, le maire pouvait également lui en faire la proposition⁴¹ (l’on peut bien évidemment supposer que, même dans les cas où les textes disposent que le maire ne peut être que sollicité pour avis par le préfet, certains maires aient pu suggérer, de manière informelle, que leur soit faite cette sollicitation. Mais il est intéressant de voir que dans l’hypothèse mentionnée à l’instant c’est bien un texte qui prévoit cette forme d’initiative).

Par ailleurs, même si en principe, le dernier mot est laissé au préfet, dans certaines hypothèses bien précises, comme la question de la réouverture progressive des écoles, l’avis du maire a pu être revêtu d’une importance particulière. En ce sens, le Premier ministre avait adressé une instruction aux préfets le 6 mai 2020 dans laquelle il insistait particulièrement sur la recherche systématique de l’accord des maires pour décider de la réouverture d’une école et invitait à renoncer à cette réouverture en cas d’opposition de celui-ci. Il était également suggéré de « privilégier le dialogue et la conviction plutôt que l’utilisation des voies de droit »⁴² lorsqu’un maire déciderait de fermer une école et que le préfet ne partagerait pas le bien-

³⁹ Article 9 du décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 ; article 38 du décret n° 2020-663 du 31 mai 2020.

⁴⁰ Article 10 3° du décret n° 2020-548 du 11 mai 2020.

⁴¹ Article 1^{er} du décret n° 2020-645 du 28 mai 2020.

⁴² Premier ministre, Instruction n. 6164/SG relative à la mise en œuvre territoriale du déconfinement à compter du 11 mai, 6 mai 2020.

fondé de cette décision. Cette suggestion de privilégier le dialogue plutôt que la voie contentieuse n'est en réalité pas vraiment propre à la crise sanitaire. En effet, depuis quelques décennies, l'on observe l'émergence d'une véritable culture du dialogue entre le préfet et les autorités décentralisées lorsqu'émerge un désaccord sur la légalité d'un acte. Alors que le préfet dispose d'un recours spécifique devant la juridiction administrative (le déféré préfectoral), la résolution à l'amiable du conflit est ainsi préférée.

Après ces quelques exemples, il faut tout de même remarquer que la territorialisation « par le bas » mentionnée précédemment comme illustration d'un nouveau rapport centre-périphérie est à relativiser, car l'on peut considérer qu'elle n'est que partielle. En effet, elle reste décidée par le pouvoir central (c'est bien le décret qui envisage la possibilité d'adapter telle ou telle mesure). C'est son activation et sa réalisation qui est donc faite « par le bas », mais elle est bien conçue « par le haut » (certes, l'État central a pu collaborer avec préfets et élus locaux à l'occasion de visioconférences, avant de déterminer les mesures adoptées par décret et notamment celles envisageant le déconfinement -ce fut le cas lorsque le département a été choisi comme l'échelon idoine pour distinguer les zones classées rouges de celles classées vertes-, mais l'État central reste tout de même à la manœuvre).

De surcroît, et c'est important de le rappeler, il y a également eu, au cours de cette seconde phase, des réflexes centralisateurs qui sont venus contrarier cette territorialisation de l'action publique, pourtant érigée en objectif à poursuivre. La mise en œuvre de cette territorialisation a en effet pu être variable, y compris lorsqu'elle semblait être l'objectif recherché. Bien que promu, le dialogue autour de la réouverture des écoles n'a par exemple pas toujours été privilégié et certains tribunaux administratifs, appelés à se prononcer sur ce conflit préfet/maire, ont eu une lecture finalement très restrictive des possibles interventions du maire au titre de son pouvoir de police, dans la droite ligne de la jurisprudence du Conseil d'État du 17 avril 2020, *Commune de Sceaux* précitée⁴³.

Surtout, lorsque la crise s'est aggravée, les réflexes centralisateurs sont rapidement revenus. Vers la fin du mois de septembre 2020, puis à nouveau à la fin du mois de mars 2021, l'État central a repris, d'après certains observateurs, ses « réflexes jacobins »⁴⁴, c'est-à-dire la prise de décisions de manière centralisée et unilatérale. Pour le dire autrement, la gestion locale reposant sur le binôme maire-préfet a été de nouveau occultée et l'État central ne se souciait *a priori* plus de créer des espaces de discussion avec les élus locaux pour qu'ils puissent donner leur avis, même de manière informelle.

Faisant primer l'efficacité de la décision (entendue ici comme une décision rapide, au prix de l'absence, ou à tout le moins de la réduction, de la concertation) c'est de cette façon que le Ministre de la Santé, Olivier Véran, a adopté des mesures sanitaires plus restrictives dans certaines grandes métropoles à l'image de Marseille (par ex. par la fermeture des bars,

⁴³ TA de Nîmes, ord. du 9 juin 2020, *Préfet du Gard*, n° 2001571, n° 2001572, n° 2001573, n° 2001576, n° 2001577 ; http://nimes.tribunal-administratif.fr/content/download/171929/1709815/version/1/file/2001571s_Communiq_u_e_de_presse_R_ouverture_des_ _coles_apr_ _s_confinement.pdf TA de Toulon, ord. du 28 mai 2020, *Préfet du Var*, n° 201320.

⁴⁴ G. BEYNEY, *Déconfinement et relance : vers une territorialisation de l'action publique effective et continue ?*, in *Horizons publics*, 23 novembre 2020.

restaurants, salles de sport). L'association des maires de France y a vu clairement l'expression d'une « méthode autoritaire, solitaire et non concertée »⁴⁵, fragilisant le lien de confiance, et dévalorisant le rôle des élus locaux. Le cas de Marseille est sans doute le plus excessif, par sa brutalité, mais la tendance recentralisatrice ne peut pas non plus être réduite à ce dernier. Lorsque l'état d'urgence a de nouveau été décrété, l'État a repris complètement la main (via le 1^{er} ministre notamment) et a ordonné aux préfets d'imposer un couvre-feu de 21h à 6h. A ce moment-là, il a néanmoins conservé une approche territorialisée (mais de nouveau « par le haut ») puisque seules certaines parties du territoire étaient concernées, frappées de manière plus précoce par la reprise de l'épidémie⁴⁶.

L'adoption d'un second déconfinement est bien évidemment révélatrice de cette tendance recentralisatrice, dès lors qu'était à nouveau prévue une approche plus uniformisante (puisque tout le territoire était concerné). L'aspect territorialisation de l'action publique a alors été relégué au second plan. En effet, la marge de manœuvre des préfets pour mettre en œuvre une approche territorialisée de la riposte sanitaire était fortement réduite : à la fois parce que les hypothèses étaient prévues par le décret lui-même (elles pouvaient tout de même être mobilisées de leur propre initiative, dans la logique de territorialisation « partiellement par le bas »), mais également parce qu'elles ne pouvaient qu'aggraver les mesures déjà prises au niveau national⁴⁷. C'est d'ailleurs sur ce dernier fondement que le préfet de Police de Paris a durci les modalités du confinement à Paris, en interdisant début novembre les activités de livraison et de vente à emporter des restaurants et débits de boissons, après avoir constaté, particulièrement en soirée, des déplacements et regroupements de personnes -notamment des livreurs⁴⁸. Le même constat peut être fait lorsqu'a été décrété le troisième confinement début avril⁴⁹, laissant à nouveau la gestion territorialisée de côté.

Malgré, sans doute, une vision moins absolue de la nécessaire réponse centralisée et concentrée pour lutter contre l'épidémie, à l'instar de celle qui a caractérisé la première phase, la tendance recentralisatrice a été assez mal vécue par les élus locaux, notamment au moment du second confinement, pourtant moins strict que le premier. Un certain nombre de maires, qui ont pu être qualifiés de « frondeurs » ont ainsi tenté d'assouplir les mesures adoptées au niveau national⁵⁰, notamment en autorisant la réouverture de commerces qui avaient été fermés (sur fond de tensions entre petits commerces locaux et grandes surfaces), ou encore de lieux de cultures. Ces arrêtés ont été systématiquement déférés devant les juridictions administratives et leur application suspendue.

En réalité, la plupart du temps, les maires avaient bien conscience, cette fois, de l'illégalité de leurs actes (contrairement, sans doute, à ceux qui ont utilisé leur pouvoir de police pour durcir les mesures adoptées au niveau national lors du premier confinement). Mais il y avait là

⁴⁵ Communiqué de l'AMF du 24 septembre 2020.

⁴⁶ Art.51 du décret n° 2020-1262 du 16 oct. 2020.

⁴⁷ Art. 1^{er} et art. 29 du décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020.

⁴⁸ Arrêté n° 2020-00928, réglementant à Paris les activités de livraison et de vente à emporter en vue de ralentir la propagation du virus Covid-19.

⁴⁹ Décret n° 2021-384 du 2 avril 2021 et n° 2020-1310 du 29 octobre 2020.

⁵⁰ À l'encontre de la jurisprudence classique fixant les règles d'articulation des pouvoirs de police administrative (CE, 18 avril 1902, *Commune de Neris les Bains*, Rec. 275 ; CE, Sect., 18 décembre 1959, *Sarl Les Films Lutétia*, Rec. 693).

une forme de communication médiatique par le biais de l'arrêté municipal⁵¹, visant à envoyer un signal fort de désaccord à l'État. Malgré l'aspect conflictuel du procédé (adopter sciemment un acte administratif illégal), ceci illustre bien à quel point la crise sanitaire a justement ravivé la nécessité d'un approfondissement de l'œuvre décentralisatrice, mais aussi d'un perfectionnement de la déconcentration, et ainsi stimulé les débats sur ces questions.

3. Les perspectives : l'inéluctable maintien de la conception française de l'État unitaire

La crise sanitaire a ainsi accéléré le mouvement qui prétendait renforcer les compétences des autorités locales (à la fois celles des élus locaux et celle des représentants de l'État sur les territoires) (3.1). Pour autant, la France reste très attachée à sa conception de l'État unitaire. Les réformes se présentent donc sans doute comme ambitieuses, prétendent exploiter les confins de la décentralisation et de la déconcentration, mais elles s'inscrivent tout de même dans la continuité des voies précédemment investies. Pour le dire autrement, à l'heure de tirer le bilan (provisoire encore une fois) de la crise sanitaire, il est possible de dire qu'il n'y aura pas de véritable rupture, pas de changement de modèle (3.2).

3.1. L'ambition renouvelée d'un perfectionnement de la décentralisation et de la déconcentration grâce à la différenciation

Il faut donc bien comprendre que la crise sanitaire est intervenue sur un terrain qui était déjà favorable à l'approfondissement des réformes de l'organisation territoriale française. Si le mot « différenciation » n'était pas autant utilisé (son succès est assez récent), la chose était déjà en germe, voire existait dans certaines configurations particulières. En effet, au moment de débattre sur l'opportunité de consacrer un véritable droit à la différenciation, au sein même de la Constitution française, il a été rappelé qu'il ne s'agissait pas d'une totale nouveauté en droit français⁵².

Il faut en effet avoir à l'esprit la double acception du principe d'égalité qui a été retenue par la jurisprudence française : si le principe d'égalité consiste en effet à appliquer les mêmes solutions à des situations identiques, il « ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes »⁵³. Offrir un traitement différencié c'est alors le moyen de garantir l'égalité réelle entre les citoyens.

L'illustration la plus évidente est le traitement des territoires ultra-marins, à qui la Constitution réserve bien un traitement différencié (pour des raisons historiques et politiques, mais aussi pour tenir compte du contexte géographique)⁵⁴. Ainsi, aux côtés de

⁵¹ Pratique qui n'est d'ailleurs pas nouvelle, même si elle a sans doute gagné en ampleur pendant la crise sanitaire. J.P. MARKUS, *Communication médiatique par arrêtés municipaux*, in *AJDA*, 2020, p. 753.

⁵² G. Le Châtelier dans son intervention à la table ronde « la différenciation aujourd'hui : quelles possibilités de différenciations dans le cadre constitutionnel actuel ? Quel bilan pour les différenciations déjà mises en œuvre ? », publiée au sein du Rapport d'information de l'Assemblée nationale.

⁵³ CC, décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales ; CC décision n°91-291 du 6 mai 1991, *Loi instituant une dotation de solidarité urbaine*.

⁵⁴ Sans même parler de la Nouvelle-Calédonie qui bénéficie d'une situation constitutionnelle encore différente, voir les art. 73 et 74 de la Constitution.

collectivités de droit commun, et donc d'un droit commun des collectivités, apparaissent les territoires ultra-marins bénéficiant d'un statut de droit commun adapté (les DROM) et ceux bénéficiant d'un statut particulier, véritablement dérogoire (les COM). Par ailleurs, dans cette apparente binarité, la tendance est au développement de statuts sur-mesure.

Au-delà des « statuts » de collectivités, on peut aussi rappeler cette originalité d'un droit local particulier⁵⁵ qui s'applique dans trois départements de l'Est de la France (le Haut-Rhin, le Bas-Rhin et la Moselle), du fait de leur histoire particulière, partagée entre la France et l'Allemagne en raison d'annexions successives entre 1871 et 1945. Enfin, il faut évidemment mentionner ce droit à l'expérimentation, au profit des collectivités territoriales (sur habilitation accordée par le législateur ou le pouvoir réglementaire national), qui a été consacré en 2003 dans la Constitution⁵⁶. Cela leur permet de « déroger à titre expérimental » aux dispositions législatives ou réglementaires nationales (pour un objet et une durée limitée). L'idée est vraiment de tester des solutions sur le terrain, pour pouvoir en mesurer les effets, et éventuellement les pérenniser ensuite pour l'ensemble du territoire.

Des possibilités de différenciation existaient donc bien, mais elles restaient marginales. Or, peu de temps avant la crise, il était justement prévu une généralisation, compte tenu des défaillances du système existant. Il s'agissait de consacrer vraiment l'idée de différenciation et de lui offrir l'opportunité de s'étendre.

Pour rappel, dans les premières années du mandat d'Emmanuel Macron, les relations entre l'État et les collectivités s'étaient tendues comme l'avait illustré par exemple le boycott en juillet 2018 de la conférence nationale des territoires (instance de dialogue entre l'État et les collectivités territoriales) par les trois grandes associations de collectivités territoriales que sont l'Association des maires de France, l'Assemblée des départements de France et Régions de France. Avait alors été créée, en réaction, l'association « Territoires Unis », qui plaidait pour une relance de la décentralisation, face à une « recentralisation » rampante (notamment par l'assèchement des moyens donnés aux collectivités pour exercer leurs missions, provoquant « l'asphyxie financière »⁵⁷).

À peine quelques mois plus tard, naissait également le mouvement des gilets jaunes qui exprimait notamment un mal-être territorial⁵⁸. Pour répondre à cette crise-là, celle des gilets jaunes, le Président de la République avait proposé en janvier 2019 l'organisation d'un grand débat national, sur l'ensemble du territoire et ouvert à tous les Français (présenté comme un « outil consultatif de sortie de crise »⁵⁹). L'un des sujets de consultation a alors été l'organisation de l'État et des collectivités publiques.

Pour tenter de concrétiser juridiquement ces aspirations exprimées lors du grand débat national, un projet de révision de la Constitution était déposé fin août 2019. Pour ce qui nous intéresse, le projet faisait le choix d'inscrire dans la Constitution (en son article 72) ce fameux droit à la différenciation, et donc n'en faisait plus quelque chose de marginal.

⁵⁵ CC, décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société SOMODIA*.

⁵⁶ Art. 72-4.

⁵⁷ Rapport de Ph. BAS et J.-M. BOCKEL, *Pour le plein exercice des libertés locales. 50 propositions du Sénat pour une nouvelle génération de la décentralisation*, p. 6.

⁵⁸ Note du Conseil d'analyse économique (CAE), *Territoires, bien-être et politiques publiques*, janvier 2020.

⁵⁹ E. BUGE, C. MORIO, *Le grand débat national, apports et limites pour la participation citoyenne*, in RDP, 2019, p. 1205.

L'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle rappelait ainsi que le Président de la République s'était engagé à ce qu'un « "pacte girondin" puisse être noué avec les collectivités territoriales et s'incarner notamment par une nouvelle forme de décentralisation, celle de la norme, succédant à celle des compétences »⁶⁰. En janvier 2020, la ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales proposait des concertations régionales pour élaborer un nouveau projet de loi intitulé « décentralisation, différenciation et déconcentration (3D) » afin de faire émerger des propositions adaptées à chaque territoire, dans une logique *bottom up*, pour rompre avec la manière de réformer qui impose une « solution définie d'en haut et administrée de manière indifférenciée »⁶¹.

C'est donc dans ce contexte que « l'irruption de l'épidémie et sa gestion gouvernementale ont ouvert un nouvel espace de débat »⁶², et finalement « l'épisode de la crise sanitaire semble ainsi avoir constitué une fenêtre d'opportunité pour valoriser le rôle des élus locaux et défendre la décentralisation »⁶³.

Il faut néanmoins d'abord insister sur le fait que la crise sanitaire a eu pour premier effet d'interrompre les réformes en cours⁶⁴, et tout particulièrement le projet de révision constitutionnelle, qui à l'heure actuelle est toujours à l'arrêt. Il en a été de même, pour un temps, pour le projet de loi 3D. La crise sanitaire a donc notamment stoppé les prétentions gouvernementales (et présidentielles) de réforme de l'organisation territoriale de l'État. Mais les pressions pour accélérer le mouvement sont finalement venues des collectivités territoriales elles-mêmes, par leurs diverses interpellations *via* les canaux associatifs (territoires unis par exemple) ou encore par les sénateurs (et notamment par le Président du Sénat qui s'érige en porte-voix des collectivités territoriales). Ces pressions sont apparues après le constat d'un certain nombre de dysfonctionnements de l'État central dans sa gestion de la crise (tout particulièrement lors de la première phase). « Le cloisonnement, l'émiettement et l'éloignement progressif des services de l'État »⁶⁵ ont ainsi été dénoncés, car responsables d'une mauvaise coordination de l'action publique. L'absence de concertation ou ses insuffisances lorsqu'elle a été mise en place (pendant la seconde phase) ont également été fortement critiquées⁶⁶.

A contrario, la réactivité des collectivités territoriales a été largement saluée, notamment dans l'accompagnement qu'elles ont offert pour faire face aux conséquences -principalement économiques et sociales- de la crise sanitaire. La crise a généré un certain interventionnisme des collectivités (qui se sont révélées assez innovantes⁶⁷) dans les interstices qui leur étaient

⁶⁰ Exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle n. 2203 pour un renouveau de la vie démocratique.

⁶¹ V. la présentation du projet de loi sur le site du ministère de la cohésion des territoires.

⁶² A.-C. DOUILLET, *Exister dans et par la crise. La gestion de la crise sanitaire comme mode de légitimation du "local"*, in RFAP 2020, n. 176, p. 972.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Bien qu'il y ait quelques exceptions. Voir Décret n° 2020-412 du 8 avril 2020.

⁶⁵ Territoires Unis, « Plus de libertés locales pour plus d'efficacité », communiqué du 8 juillet 2020.

⁶⁶ Sénat, « Projet de loi 4D : les attentes des élus locaux en matière d'efficacité de l'action publique », Rapport d'information n. 640 de Mme Françoise Gatel et alii, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, 26 mai 2021.

⁶⁷ B. FAURE, *Théorie et pratique...*, cit. ; O. RENAUDIE, *Les collectivités territoriales à l'épreuve de la crise du Coronavirus*, in RDSS 2020, p. 857.

laissés, quitte, parfois, à faire une interprétation assez extensive de leurs compétences (ce qui a relancé le débat sur le bien-fondé des réformes qui ont été précédemment adoptées, notamment au milieu des années 2010, et qui ont supprimé la clause générale de compétences des départements et des régions).

L'exemple typique de ce contraste entre dysfonctionnement de l'État d'un côté et opérationnalité des collectivités de l'autre est la question des masques⁶⁸. Devant l'inaction de l'État, certaines collectivités territoriales ont passé elles-mêmes des commandes de masques, qu'elles se sont fait ensuite réquisitionner par l'État, de façon autoritaire.

Face à ce constat, le Sénat a eu un rôle moteur dans l'accélération du mouvement de réformes et des sénateurs ont déposé en juillet 2020 des propositions de lois constitutionnelle, organique et ordinaire, pour permettre le plein exercice des libertés locales. Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle, les critiques sont vives, appelant à la fin de « la gouvernance verticale, de la suradministration et de l'hypercentralisation du pouvoir » et évoquant la crise sanitaire comme « nouvelle preuve de l'inefficacité et du déséquilibre du modèle français de relations entre l'État et les territoires »⁶⁹.

Certaines réformes ont fini par être concrétisées. En juillet 2020, un projet de loi organique rénovant le pouvoir d'expérimentation des collectivités territoriales a été présenté comme consacrant le droit à la différenciation et a finalement été adopté en avril 2021⁷⁰. Il crée cette fameuse « troisième voie » à l'issue de la phase expérimentale, celle de la pérennisation de la mesure sur une partie du territoire seulement⁷¹, aux côtés de l'abandon ou de la généralisation. Ce pouvoir d'expérimentation a dans le même temps été simplifié pour que les collectivités puissent s'en saisir davantage. Car jusqu'à présent il était fortement critiqué pour sa rigidité, sa difficulté de mise en œuvre, comme en témoigne le très faible nombre d'expérimentations sur ce fondement depuis son instauration en 2003⁷².

Le projet de loi 3D (né en réaction aux revendications du mouvement des gilets jaunes), renommé 3DS (pour différenciation, décentralisation, déconcentration et simplification), a été réinvesti et enrichi de l'expérience de la crise sanitaire. En janvier 2021, la ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales avait par exemple commandé un rapport sur le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales afin d'alimenter la construction du projet de loi (rapport concluant à la nécessité d'élargir ce pouvoir pour renforcer l'autonomie des collectivités et mettre en place une plus grande différenciation, car il est pour l'instant résiduel et subordonné au pouvoir réglementaire national d'exécution des lois). C'est aussi la gouvernance des agences régionales de santé,

⁶⁸ Assemblée Nationale, *Contribution du groupe de travail sur l'impact du Covid-19 sur les collectivités locales*, Rapport de C. JERRETIE et C. de COURSON au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation, 5 juin 2020.

⁶⁹ Exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle n° 682, *pour le plein exercice des libertés locales*.

⁷⁰ Voir, au sein de ce numéro, la contribution de J. HEBBARD, *De l'expérimentation à la différenciation territoriale : l'expérience française*.

⁷¹ Loi organique n° 2021-467 du 19 avril 2021.

⁷² Conseil d'État, *Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques*, La documentation française, Les études du Conseil d'État, 2019, p. 30-31.

fortement critiquées pendant la crise sanitaire, qui a été en partie modifiée. Ce projet de loi a finalement été adopté en février 2022⁷³.

Néanmoins, malgré la recherche d'un perfectionnement de la décentralisation et de la déconcentration, les réformes en cours laissent apercevoir qu'il n'y aura pas de changement révolutionnaire dans l'organisation de l'État unitaire français.

3.2. Quelques propos conclusifs : l'ancrage confirmé de la tradition centralisatrice comme limite à la réorganisation territoriale de l'État

La logique centralisatrice semble destinée à demeurer prédominante, que ce soit en temps de crise ou en temps « normaux ».

En temps de crise, la recentralisation paraît être une évidence inéluctable, et ce, nonobstant le constat de toute part d'une exigence de différenciation face à des circonstances exceptionnelles qui, bien que de portée nationale, pourraient ne pas affecter tous les territoires de la même manière, comme cela a été le cas avec la pandémie. Si tout le monde est d'accord sur le diagnostic, le même consensus n'existe pas pour autant sur le remède : alors que les collectivités territoriales ont réclamé une plus grande marge de compétence décisionnaire et pas seulement d'exécution dans la législation d'urgence, les décideurs nationaux – gouvernement et parlement – semblent préférer la voie de la différenciation en temps de crise par le biais des pouvoirs préfectoraux – et donc sous l'égide de l'État – avec une implication des élus locaux limitée à la concertation. Les temps de crise continueront ainsi à être centralisateurs, avec une réduction inévitable de l'autonomie des collectivités territoriales pouvant conduire jusqu'à une véritable mise entre parenthèses de la décentralisation, sur décision unilatérale du pouvoir central.

S'agissant des périodes normales, l'approfondissement du mouvement décentralisateur, fondé sur l'idée de différenciation locale, désormais autorisée par la Constitution et encadrée par la loi, semblait s'imposer dans l'agenda politique. Toutefois, les réformes récentes ne semblent pas à la hauteur des objectifs préfixés, à l'exemple de la loi 3DS récemment adoptée⁷⁴, qui a été assez rapidement analysée comme étant en deçà des ambitions affichées, tenant « davantage de la compilation de mesures techniques éparses que d'une grande loi décentralisatrice »⁷⁵. Certains commentateurs ont constaté, au gré des modifications subies par ce texte au cours de la navette parlementaire, à quel point « toutes les voies -même les voix des territoires- ramènent à l'État »⁷⁶.

Une spécificité semble persister dans la conception française de l'organisation territoriale de l'État, qui, fondée sur une logique descendante des relations entre l'État et les collectivités, fait obstacle à une réelle mise en œuvre de la subsidiarité dans la décentralisation.

⁷³ Loi n° 2022-217 du 21 février 2022. Voir, au sein de ce numéro, la contribution de F. CROUZATIER-DURAND, *La loi 3ds et la différenciation territoriale, de l'espoir à la déception*.

⁷⁴ Parle à juste titre de « déception » F. CROUZATIER-DURAND, *La loi 3ds et la différenciation territoriale*, cit.

⁷⁵ P.-A. TOMASI, *La décentralisation sanitaire aux lendemains de l'adoption de la loi 3DS*, in *Dalloz Actualité*, 28 février 2022.

⁷⁶ S. HOURSON, *Voix des territoires, voie de l'État*, in *Droit administratif*, n. 10, octobre 2021, alerte 129.

Si le principe de subsidiarité semble avoir fait son entrée dans la Constitution par la révision de 2003⁷⁷, il y figure en tant qu'objectif assigné au législateur, plus que comme principe constitutionnel à part entière⁷⁸. La conséquence de cette formulation souple – et de l'interprétation centralisatrice qui en a été donnée – est que sa mise en œuvre est un objectif pour le législateur, qui reste le seul maître de toute décision portant sur la répartition des compétences, sans que les collectivités territoriales puissent prétendre à la reconnaissance de leur vocation à exercer certaines attributions et sans, surtout, que le Conseil constitutionnel puisse se faire le garant de cette clause de subsidiarité, qui reste ainsi inefficace.

La décentralisation française, par ailleurs, n'est pas née avec un objectif de subsidiarisation : Jean Rivero affirmait même que « la décentralisation s'oppose à la subsidiarité » en ce que la première repose sur une logique descendante, attribuant la compétence de principe au sommet et les compétences d'attribution à la base⁷⁹, tandis que la seconde repose sur une logique ascendante. Longtemps conçu comme un principe étranger⁸⁰, le principe de subsidiarité s'est dès lors progressivement affirmé en droit français, mais selon une conception "à la française", parvenant ainsi à concilier les notions de décentralisation et de subsidiarité présentées autrefois comme antagonistes⁸¹. Cette conception descendante de la subsidiarité, qui persiste encore aujourd'hui malgré le développement de la décentralisation, est parfaitement illustrée par les mots de l'ancienne ministre Jacqueline Gourault, lorsque, présentant le projet de loi 3D, elle expliquait que le principe de subsidiarité requiert que de nouvelles compétences soient transférées à un échelon territorial plus petit « dès lors qu'il est possible de justifier que ces dernières seraient mieux exercées par une catégorie de collectivité que par l'État »⁸².

Toutefois, même selon cette conception descendante qui le place dans les mains du législateur national, le principe de subsidiarité peine à trouver une réelle application dans l'organisation territoriale française. Il se heurte à la conception sacralisée de l'unité et de l'indivisibilité de la République, fondée sur le principe d'égalité, dont la centralisation du pouvoir réglementaire avec une faible marge de différenciation sur base territoriale serait la

⁷⁷ L'article 72 al. 2 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 » (italique ajouté par nous). Sur l'interprétation de cette formulation voir A. DURANTHON, *Subsidiarité et collectivités territoriales, Étude sur la subsidiarisation des rapports entre État et collectivités territoriales en droit public français*, Dalloz, Paris, 2017, p. 30 et s.

⁷⁸ Sur les enjeux de la différence entre « objectif à valeur constitutionnelle » et principe constitutionnel, voir J.-Ph. DEROSIERS, 'Et au milieu coule une rivière' : la subsidiarité, entre principe et objectif, in J.-F. BRISSON (dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, L'Harmattan, Paris, 2009, p. 101 s.

⁷⁹ Ce qui est le cas dans la configuration actuelle, hormis pour la Commune, après la suppression de la clause générale de compétence pour régions et départements. *Contra* : A. DELCAMP, *Droit constitutionnel et droit administratif. Principe de subsidiarité et décentralisation*, in *RFDC*, 1995, p. 611, qui s'efforce de dépasser cette analyse en montrant comment la subsidiarité peut être conçue comme un principe « au service de la décentralisation » (p. 617).

⁸⁰ A. DURANTHON, *Subsidiarité et collectivités territoriales*, cit., p. 181.

⁸¹ G. DRAGO, *Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel*, in *RIDC*, n. 46-2, 1994, p. 583 ; J.-M. PONTIER, *La subsidiarité en droit administratif*, in *RDP*, 1986, p. 1515.

⁸² Interview de Mme Jacqueline Gourault, ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, au site internet du Mouvement Démocrate le 4 novembre 2020, sur le projet de loi 3D (devenu ensuite 3DS).

plus grande garantie⁸³. Pourtant, comme nous l'avons vu, l'équation classique entre égalité et centralisation, sur laquelle reposait la résistance de l'État unitaire français à une réelle mise en œuvre de la subsidiarité et à la possibilité d'une différenciation territoriale, a pu être remise en cause⁸⁴, montrant que, par sa double dimension, le principe d'égalité constitue à la fois un moteur et un frein à une certaine différenciation fondée sur la subsidiarité.

Alors que, au nom de l'égalité entre les collectivités et de l'uniformité du droit dans l'ensemble du territoire, l'approfondissement de la décentralisation, à travers l'attribution de plus importantes compétences réglementaires aux collectivités, a été freiné, ce deuxième volet de l'égalité a pu justifier la consécration de la différenciation – proposée par le bas, mais toujours décidée par le haut – par le biais de l'expérimentation et de la différenciation de compétences.

Néanmoins, comme le rappelle les textes législatifs⁸⁵ et la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁸⁶, le principe d'égalité représente aussi une limite à la différenciation et, *in fine*, à une pleine mise en œuvre de la subsidiarité : « pour que survive néanmoins l'unicité de la République [le principe d'égalité] interdit que soit porté atteinte au noyau dur de la souveraineté interne de l'État » ; noyau dur dont fait partie la protection des droits fondamentaux⁸⁷, ainsi que d'autres exigences constitutionnelles demandant une uniformité et donc une recentralisation de la norme même dans des domaines pouvant être normalement gérés au niveau local⁸⁸. Cette conception de l'égalité comme limite à la différenciation, loin de représenter un obstacle à la mise en œuvre du principe de subsidiarité, en constitue au contraire une des manifestations. En effet, la subsidiarité comprend nécessairement deux volets complémentaires, prônant la proximité de l'exercice des compétences si possible, et l'intervention de l'échelon supérieur si nécessaire. Le principe de subsidiarité n'est ainsi « en soi ni centralisateur ni décentralisateur », mais est un principe dialectique⁸⁹. Toutefois, pour « prendre au sérieux » la subsidiarité, il faut garantir les conditions pour la réalisation du premier volet – l'exercice d'une compétence au niveau inférieur – sans quoi le deuxième volet – la recentralisation – sera forcément prédominant.

Dans la configuration actuelle de la décentralisation française, les principaux obstacles à la réalisation du premier volet de la subsidiarité sont le strict cantonnement du pouvoir

⁸³ B. MOREL, *Le droit à la différenciation, les dangers d'une révision constitutionnelle*, in *Fondation Res publica*, 10 juillet 2019, en ligne.

⁸⁴ Déjà avant la révision de 2003, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité entre collectivités locales*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 12, 2002.

⁸⁵ Art. L.O. 1113-6 du CGCT introduit par la loi org. du 21 avril 2021 sur l'expérimentation et art. L. 1111-3-1 du CGCT introduit par la loi 3DS.

⁸⁶ B. FAURE, *Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration du droit des collectivités locales*, in *Pouvoirs*, 2001, n° 4, p. 117 ; ID., *Une théorie de l'uniformité de la loi et ses effets sur le droit des collectivités territoriales*, in *Le droit administratif : permanences et convergences*, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, Paris, 2007, p. 489 s.

⁸⁷ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité entre collectivités locales*, *cit.*

⁸⁸ C'est le cas notamment de l'exigence de transposition et d'application du droit de l'UE : voir J.-Ph. DESROSIERS, *La dialectique centralisation/décentralisation - Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité*, in *RIDC*, 2007, n. 59-1 p. 107.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 133.



réglementaire local, secondarisé derrière le pouvoir réglementaire national⁹⁰, et l'insuffisance des ressources financières permettant aux collectivités d'exercer effectivement leurs compétences⁹¹. C'est aussi la tendance à privilégier la déconcentration ou d'autres formes de territorialisation qui va court-circuiter la décentralisation dans la mise en œuvre des politiques publiques⁹².

L'avenir de la décentralisation française semble alors ne pas pouvoir se concevoir sans un renforcement de la différenciation, mais à condition que celle-ci soit accompagnée d'outils de garantie de l'égalité (tels que la prévision de standards minimaux de garantie des droits, d'instruments satisfaisants de péréquation financière, etc.) et que la recentralisation au nom de l'égalité ne soit pas le seul fait du prince, dépendante de la seule discrétionnalité de l'État, ce qui reviendrait à faire de la subsidiarité une coquille vide. De cette difficile conciliation dépend la réussite de la décentralisation à la française.

⁹⁰ Une des ambitions du projet 3DS était justement de renforcer le pouvoir réglementaire des collectivités, en réponse aux demandes formulées par les élus locaux, mais, malgré les efforts des sénateurs lors des et soutenues lors des lectures au Sénat, l'amélioration a finalement été assez limitée.

⁹¹ Si les élus locaux dénoncent régulièrement un transfert de ressources insuffisant pour compenser l'attribution de compétences (voir *supra*, note 59), l'exemple du revenu de solidarité active (RSA), de compétence des départements, est particulièrement paradigmatique de comment le manque de ressources conduit inéluctablement à une recentralisation : en effet, ce dispositif social de soutien aux personnes sans revenu ou aux revenus faibles s'est révélé tellement lourd pour les dépenses de certains départements qu'ils en ont demandé la recentralisation (prévue par voie expérimentale au sein de la loi 3DS).

⁹² Lorsque l'État parle de « territoires » il semble souvent faire référence à de nouvelles formes de démocratie de proximité, conjoncturelles, qui court-circuiteraient les collectivités territoriales, ou bien à des formes de concertation entre élus locaux et représentants de l'État, qui laissent finalement à ces derniers le pouvoir décisionnaire.