

COMPARAISON DES ARTICLES 73 ET 74 NOUVEAUX DE LA CONSTITUTION

Par Laurent SERMET
Professeur de droit public à l'Université de La Réunion

INTRODUCTION

Après une longue période où le droit public de l'outre-mer est resté dans l'ombre, en raison notamment de ses liens avec le droit et la politique coloniaux, on assiste à sa résurgence et à un regain d'intérêt universitaire à son égard, en métropole comme en outre-mer où le tropisme insulaire domien va, en général, de pair avec une ignorance du régime des TOM. La réécriture des articles 73 et 74 de la Constitution par la réforme constitutionnelle du 17 mars 2003 (voir *Dossier spécial*, « La révision constitutionnelle sur la décentralisation », *AJDA* 2003.522, spécialement J-P. Thiellay, « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *AJDA* 2003.564) témoigne de cette vigueur retrouvée du droit de l'outre-mer. Le nouveau texte n'est pas *prima facie* exempt de toutes critiques ; celles-ci tiennent pour l'essentiel aux problèmes de rédaction, au caractère quasi-réglementaire de certaines dispositions ou encore à la longueur des articles. Qu'on en juge : alors que les articles 73-74 étaient contenus dans quelques lignes, ils tiennent désormais sur deux pages !

La comparaison des solutions offertes par les articles 73 et 74 de la Constitution s'appuiera sur les enseignements classiques. Toute règle de droit s'explique - selon Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748- par trois éléments complémentaires : les motifs explicatifs, le contenu, et enfin, ses effets. Nous nous en tiendrons à l'analyse comparée du contenu de la règle sur des points centraux. La comparaison souligne un premier élément : le droit de l'outre-mer français depuis 1946, confirmé en 1958, repose sur une *summa divisio* entre les DOM, territoires soumis à l'assimilation juridique législative et statutaire, et les TOM, qui sont soumis à la différenciation juridique, législative et statutaire. La réforme constitutionnelle reprend à son compte cette structuration et pérennise ainsi le lien entre statut et régime législatif des entités de l'outre-mer. On pourrait croire dès lors que la portée de la *summa divisio* est maintenue, telle qu'elle était arrêtée précédemment. En réalité, les nouveaux articles 73 et 74 font apparaître entre les catégories qu'ils établissent une analogie juridique, législative et statutaire, qui entraîne une certaine convergence entre le droit des anciens DOM et celui des anciens TOM, respectivement devenus Département et région d'outre-mer - DROM - et Collectivité d'outre-mer - COM. Ainsi la réforme constitutionnelle, assise autant sur le changement que sur la continuité du droit, traduit une nouvelle dialectique, tant politique que pragmatique.

Politiquement, la faculté que chaque territoire ultramarin dispose d'un statut propre¹, la « carte » remplaçant le « menu », est consacrée au niveau constitutionnel², constitutionnel², sous réserve que certaines conditions de principe soient respectées : respectées : l'évolution statutaire devient juridiquement possible sans être obligatoire et, si elle se réalise, elle doit se faire dans le respect du cadre républicain et de ses valeurs, telles l'indivisibilité de la République et la souveraineté du législateur. L'assouplissement institutionnel vient notamment de ce que le changement inter-catégoriel est reconnu (un DROM choisissant de devenir COM et vice-versa, art. 72-4), que les DROM peuvent constitutionnellement aspirer à une assemblée unique (art. 73, dernier al.) et qu'un pouvoir d'adaptation du droit leur est reconnu (art. 73, al. 2 et 3). Pragmatiquement, l'aspiration politique locale des différentes entités ultramarines - à l'exception des trois entités territoriales de l'océan indien- à une plus grande autonomie statutaire et à un droit adapté est acceptée par les forces politiques nationales. La réforme constitutionnelle du 20 juillet 1998, relative à la Nouvelle-Calédonie, a sur ce point marqué les esprits.

On peut se demander si cette réforme ne traduit pas une mutation ou au moins une amorce de régionalisation de l'Etat français qui ne dirait pas son nom. Bien évidemment, rien ne prouve cette perspective. Du reste, à notre sens, le droit d'outre-mer n'est pas un droit d'avant-garde pour la métropole mais il est, comme il a toujours été, un droit d'exception dans le cadre républicain. Pour guider les propos, nous verrons que l'analogie entre DROM et COM s'exprime tant du point de vue statutaire et institutionnel (I) que du point de vue du régime législatif (II).

I/ LES ELEMENTS DE CONVERGENCE STATUTAIRE ET INSTITUTIONNELLE

La convergence, partielle et nouvelle, concerne deux éléments principaux. Le premier a trait au recours aux lois organiques pour définir le statut des DROM et des COM (A), le second tient à la possibilité ouverte aux DROM de choisir un modèle institutionnel proche de celui des anciens TOM, l'assemblée unique, jusqu'alors refusée sur la base de la jurisprudence constitutionnelle du 2 décembre 1982 (B). Dans la mesure où la faculté du changement inter-catégoriel ne consacre pas tant une convergence statutaire et institutionnelle entre les catégories qu'une modalité de

¹ A l'exception notable des DOM, il convient de souligner que la pratique du statut à la « carte » n'est pas nouvelle en droit français, puisqu'elle est constitutionnellement prévue par l'art. 74, qui arrête le principe d'une organisation particulière de chacun des TOM et que le législateur s'abritant sous le chef de l'article 72, 2^e phrase, a créé pour Mayotte et Saint-Pierre et Miquelon des statuts singuliers. En outre, la réforme constitutionnelle du 20 juillet 1998 a consacré pour le territoire de Nouvelle-Calédonie une catégorie constitutionnelle sans précédent.

² Précédemment, la politique du statut « à la carte » a une valeur simplement législative : loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer. La faculté des DOM de bénéficier d'une évolution institutionnelle différenciée leur est reconnue, opposant les DFA, partisans d'un changement statutaire, et La Réunion, partisane du *statu quo ante*. Pour la première fois, depuis l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946, les logiques de l'unité institutionnelle entre les DOM et de l'assimilation entre DOM et départements métropolitains connaissent explicitement une rupture.

nature procédurale propre à assurer la mise en place de la politique du statut « à la carte », elle ne peut pas être traitée ici.

A/ Le recours aux lois organiques

La loi constitutionnelle du 25 juin 1992, révisant l'article 74, arrête le recours aux lois organiques pour définir le statut des TOM. Ce recours consacre une « rigidification » normative censée être plus protectrice des intérêts des TOM et concerne leur statut, et notamment les compétences de leurs institutions. Pour le reste, la loi ordinaire est compétente, comme elle l'était auparavant. C'est pourquoi en 1996, le statut d'autonomie de la Polynésie française est précisé par une loi organique (loi 96-312 du 12 avril 1996), complétée par une loi simple (loi 96-313 du même jour). Depuis la réforme constitutionnelle relative à la Nouvelle-Calédonie, les nouveaux articles 76-77 préconisent aussi le recours aux lois organiques et ordinaires pour définir le statut du territoire de la collectivité. Deux lois ont été adoptées : organique et ordinaire en date du 15 mars 1999.

Dans la réforme constitutionnelle du 17 mars 2003, le recours aux lois organiques s'est généralisé à l'ensemble de l'outre-mer - excepté les Terres australes et antarctiques françaises (art. 72-3, dern. al.) - sans pour autant être exclusif ni identique en ce qui concerne les deux nouvelles catégories.

Pour les COM, trois critères sont couplés : l'étendue de l'autonomie constitutionnelle reconnue (art. 74-1 et 3), le caractère facultatif ou obligatoire du recours à la loi organique et le champ visé. Pour toutes les COM, il est obligatoirement fait appel aux lois organiques pour définir le régime et la portée du principe de spécialité législative, le régime des compétences, les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la collectivité, le régime électoral de l'assemblée ainsi que les conditions de consultation des assemblées territoriales. Il est clair que le champ couvert par la loi organique est plus large que ce qui était prévu en 1992. Pour les COM dotées de l'autonomie (vraisemblablement la Polynésie française, à l'exception de Mayotte et de Wallis-et-Futuna), si le recours à la loi organique est obligatoire, le champ même de l'autonomie est variable¹. Enfin, seules les questions expressément mentionnées par le texte constitutionnel rentrent dans le champ *ratione materiae* organique. Sont à ce titre concernées (art. 74, al. 2) : les conditions du contrôle par le Conseil d'Etat des actes administratifs relevant du domaine de la loi ; la modification par la collectivité de la loi intervenue à tort dans le domaine de compétence des COM ; les mesures en faveur de la population en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ; la participation de la collectivité à l'exercice des compétences que l'Etat conserve,

¹ On peut considérer que c'est l'étendue de l'autonomie reconnue à la COM qui est facultative et non pas la nature organique de la loi mettant en œuvre cette autonomie. L'article 74, al. 3, dispose : « *La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles ...* ».

sous réserve de respecter les garanties accordées sur l'ensemble du territoire national, pour l'exercice des libertés publiques.

Pour les DROM, le recours aux lois organiques est nouveau : il est plus limité et assurément occasionnel. Son champ d'application ne concerne que les conditions par lesquelles un DROM peut être habilité à adapter, pour lui-même, les règles applicables sur son territoire, y compris dans les matières relevant de la loi. Là-aussi, la loi ordinaire s'applique pour les autres éléments statutaires.

Au total, l'intervention combinée de la loi organique et de la loi ordinaire demeure le principe aussi bien pour les COM que les DROM. Ni dans les COM ni dans les DROM, la loi organique ne devient la norme statutaire exclusive.

B/ Le choix de l'assemblée unique

Le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel le modèle de l'assemblée unique, élue à la représentation proportionnelle dans une circonscription unique, dans les DOM, par sa décision du 2 décembre 1982¹. Une timide avancée a été faite en faveur d'une catégorie d'assemblée unique, dans la loi d'orientation pour l'outre-mer, par l'établissement d'un congrès des élus départementaux et régionaux (art. 62 de la Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000). Mais dès lors que ce congrès - qui n'est pas une collectivité territoriale supplémentaire - a pour seule fonction de délibérer sur les propositions d'évolution institutionnelle, conduisant éventuellement le gouvernement à déposer un projet de loi pour recueillir sur celles-ci l'avis de la population, il apparaît clairement que cette institution est juridiquement abrogée par la réforme de la Constitution. En d'autres termes, si les délibérations du congrès venaient à être adoptées après la réforme, leur portée serait politique et sans valeur juridique.

L'article 73 rénové de la Constitution permet désormais aux DROM de faire le choix de l'assemblée unique. L'alternative suivante leur est ouverte. Soit l'assemblée unique est réalisée par la suppression du département et de la région d'outre-mer (hypothèse maximaliste ; on ne voit d'ailleurs pas comment il serait possible de continuer alors à qualifier cette entité de DROM). Soit l'assemblée unique est réalisée par la fusion des deux assemblées sans la suppression des deux collectivités (hypothèse minimaliste). Dans ces deux hypothèses, quatre conditions principales encadrent ce choix (art. 73, dernier al., combiné avec l'article 72-4, second alinéa). La première désigne le Président de la République, titulaire de l'initiative de la création de l'assemblée unique. Si l'exercice de l'initiative est

¹ CC, 82-147 DC, 2 décembre 1982, Loi portant adaptation de la loi 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à La Réunion, Rec. 70. La violation de la Constitution est retenue dans le chef des articles 72 et 73. En substituant au conseil général et au conseil régional une assemblée unique, le texte de loi a eu pour effet de supprimer le département, violant le principe de l'assimilation des DOM aux départements de métropole (art. 72). Par ailleurs, le texte de loi est allé au-delà des adaptations autorisées par l'article 73, pour tenir compte de la « situation particulière » des DOM. Ces mesures d'adaptation, dont le champ est limité par la cohérence qu'impose le cadre départemental, ne sauraient conférer aux DOM une « organisation particulière » au sens de l'article 74.

discrétionnaire, celui-ci dépend, deuxième condition, d'une proposition préalable du Gouvernement, faite pendant la durée des sessions parlementaires, ou d'une proposition conjointe faite par l'Assemblée nationale et le Sénat. Troisième condition, le Président de la République convoque les électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités, qui devront consentir à la création de l'assemblée unique. Enfin, dernière condition, cette création intervient par l'effet d'une loi ordinaire. Ces conditions complémentaires sont - pour chacune d'entre elle - dirimantes.

La question, non tranchée par le texte constitutionnel, se pose de savoir si une telle faculté est juridiquement possible à La Réunion. Celle-ci est attachée politiquement au statut départemental et refuse les modifications institutionnelles : refus législatif du congrès (2000), refus de la bi-départementalisation (2001), refus constitutionnel de l'adaptation normative (2003). Deux interprétations s'affrontent. La première consiste à lui dénier cette possibilité dans la mesure où La Réunion est expressément mentionnée comme Département et Région d'outre-mer dans la Constitution (art. 73, al. 4). Afin de rendre juridiquement possible la création d'une assemblée unique à La Réunion, il faudrait donc préalablement réviser la qualification arrêtée par l'article 73, al. 4 de la Constitution. Le verrou serait constitutionnel ! La seconde consiste à la déclarer possible pour trois raisons. Dans la mesure où le champ de cet article - art. 73, al. 4 - ne concerne le DROM de La Réunion qu'à l'égard de l'interdiction qui lui est faite d'adapter les lois et règlements par des actes locaux et d'adapter ses compétences, il ne pourrait pas, *a priori*, servir à empêcher la création d'une assemblée unique (visé à l'article 73, dernier al.). En outre, comme on l'a vu, l'article 73 reste applicable dans le cas où une entité a créé une assemblée unique par la suppression de la région et du département (hypothèse maximaliste). Dans ce cas, l'appellation de DROM, niée dans les faits, subsiste en droit. La qualification expresse de La Réunion, comme DROM, empêcherait-elle que ce raisonnement soit tenu ? Enfin, il est considéré que la création d'une assemblée unique, assortie du maintien des assemblées départementales et régionales (hypothèse minimaliste), serait compatible avec la qualité de La Réunion comme DROM (en ce sens, opinion orale du Professeur Denys Simon, colloque Université de La Réunion, 31 mars – 1^{er} avril 2003).

II/ LES ELEMENTS DE CONVERGENCE DU REGIME LEGISLATIF

Comme en matière statutaire et institutionnelle, la convergence du régime législatif est également soulignée par deux points principaux. Le premier est relatif à la faculté pour les DROM et les COM de recourir à des actes dérogatoires au droit commun par recours à la spécialité législative (A). Le second concerne l'interdiction commune d'empiéter sur des compétences étatiques non transférables aux collectivités ultramarines (B).

A/ La faculté de recourir à des actes dérogatoires au droit commun

Dans la Constitution de 1958, il est permis aux TOM de disposer d'un régime législatif dérogatoire au droit commun, expression de leur spécialité législative. Non

énoncée formellement, le régime de spécialité législative - dérogatoire à l'architecture des articles 34 et 37 de la Constitution - est reconnu par la jurisprudence constitutionnelle (CC, 65-34 L., 2 juillet 1965). Il se traduit par la faculté d'adopter des actes administratifs territoriaux relevant de la compétence du juge administratif et du domaine de la loi (CE, Ass., 27 février 1970, Saïd Ali Tourqui, Rec. 138). Avec la réforme constitutionnelle du 20 juillet 1998, la spécialité législative est complétée par la possibilité - controversée mais constitutionnalisée - de déroger au droit constitutionnel commun, en matière d'emploi, de statut personnel et de citoyenneté. La spécialité législative est doublée d'une spécialité constitutionnelle au profit de la Nouvelle-Calédonie.

La réforme constitutionnelle du 17 mars 2003 maintient pour toutes les COM le principe d'un régime législatif spécial et reconnaît la possibilité aux COM dotées de l'autonomie de déroger facultativement au droit constitutionnel commun, en matière d'emploi, de droit d'établissement et de patrimoine foncier. Il s'agit-là d'une extension de la spécialité constitutionnelle. Pour les DROM, à l'inverse, l'identité législative s'impose, assortie néanmoins de la faculté de prendre en compte des « adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières des collectivités ». En apparence, la formule ne change guère de la formule constitutionnelle précédente (« mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière ») et s'apparente au vocabulaire de l'article 299-2 du Traité d'Amsterdam, qui définit en droit communautaire le régime juridique des régions ultrapériphériques, qui oppose, selon une logique binaire, le principe de l'applicabilité de plein droit du droit communautaire commun assorti d'exceptions liées à leur contexte singulier (L. Sermet, La notion juridique de l'ultrapériphérie communautaire, Revue Europe, 2002, n° 5). L'objectif de la réforme est de faire « vivre » l'article 73 de la Constitution en contrant les effets neutralisants de la jurisprudence du 2 décembre 1982.

Trois hypothèses d'adaptation du droit sont arrêtées. La première concerne l'adaptation de la loi et/ou du règlement par le pouvoir législatif et/ou réglementaire (art. 73, al. 1). Elle est classique. La deuxième vise l'adaptation du droit, par l'autorité réglementaire locale, dans le domaine de ses compétences et sur habilitation préalable de la loi (art. 73, 2^e al.). Il y a lieu de considérer que toutes les collectivités locales, communes, collectivités de communes, département et région peuvent bénéficier de ce dispositif. La troisième concerne l'adaptation de la loi et du règlement national par l'autorité réglementaire locale, dans des matières relevant éventuellement du domaine de la loi (art. 73, 3^e al.). Dans ces deux dernières hypothèses, les actes des collectivités locales portant adaptation sont de nature administrative et ne peuvent être décidés qu'à la demande préalable et expresse de la collectivité (ce qui signifie que le pouvoir d'adaptation est facultatif et ne peut être contraint par l'Etat), dans les conditions arrêtées par la loi organique, et ne peuvent porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou à un droit constitutionnellement garanti. Les deuxième et troisième hypothèses sont

exclues pour La Réunion par l'effet de l'amendement du sénateur Jean-Paul Virapoullé.

Enfin, il doit être souligné que le pouvoir d'adaptation normative se combine avec le pouvoir d'expérimentation normative. Ainsi les collectivités peuvent déroger à la loi et au règlement, pour un objet et une durée limités, par des dispositions de caractère expérimental (art. 72, al. 3), une prérogative également reconnue à la loi et au règlement (art. 37-1). A La Réunion, l'expérimentation et l'adaptation de la loi et/ou du règlement par le pouvoir législatif et/ou réglementaire sont possibles par une mise en œuvre alternative ou cumulée. De même, l'expérimentation par les collectivités locales, dans le domaine de la loi et du règlement, en ce qui concerne l'exercice de leurs compétences, est juridiquement possible.

Au total, au nom du pouvoir d'adaptation et d'expérimentation normatives, les collectivités des DROM peuvent être habilitées à déroger aux règles législatives de droit commun et à adopter des règles relevant du domaine de la loi, bouleversant l'architecture des articles 34 et 37 de la Constitution. Il s'agit-là de la reconnaissance d'une spécialité législative, à leur profit, ne serait-ce que de nature expérimentale. En revanche, aucune spécialité constitutionnelle n'est reconnue aux DROM - ainsi qu'aux COM dépourvues de l'autonomie-, dès lors qu'il leur est expressément interdit de recourir à l'expérimentation et à l'adaptation lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti (art. 72, al. 3 et art. 73, al. 6).

B/ L'interdiction d'empiéter sur des compétences étatiques non transférables

Sur ce point, il y a une véritable identité, c'est-à-dire un alignement de l'article 74, al. 2, 2^e tiret, qui renvoie expressément à l'article 73, al. 3, de la Constitution. Une liste de quatorze matières, éventuellement complétée par la loi organique, opposable tant aux DROM qu'aux COM, qui s'évincent *grosso modo* de l'article 34 de la Constitution, vise les cas de compétence étatique non transférable à l'ensemble des entités ultramarines. Ces matières peuvent être regroupées en trois catégories principales : le droit des personnes, le droit politique et la justice, et le droit économique. Ces matières forment des domaines pour lesquels l'Etat reste pleinement compétent. Cependant l'analogie complète entre DROM et COM s'arrête là. En effet, dans les DROM, ces matières ne sont pas susceptibles de fonder les actes administratifs des collectivités locales. Dans les COM, ces matières ne peuvent pas être attribuées à la collectivité en tant que compétence de la collectivité. Toutefois, l'article 74, avant dernier alinéa, prévoit que les COM puissent être associées par l'Etat à l'exercice de ces compétences non transférables.

En définitive, cette réforme constitutionnelle ouverte des perspectives nouvelles que permettront de déterminer plus concrètement les lois organiques à venir. Nul doute néanmoins, qu'il s'agit-là d'une réforme importante pour le droit de l'outre-mer.

