



HAL
open science

L'évolution constitutionnelle du statut des départements d'outre-mer

André Roux

► **To cite this version:**

André Roux. L'évolution constitutionnelle du statut des départements d'outre-mer. “ L'évolution constitutionnelle du statut des Départements d'Outre-Mer ”, rapport au colloque “ 1946-1976 : Soixante-dix ans de départementalisation ultra marine. Entre diversité législative et unité constitutionnelle dans la République ”, Apr 2016, Saint Denis de la Réunion, France. halshs-01449263

HAL Id: halshs-01449263

<https://shs.hal.science/halshs-01449263>

Submitted on 30 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'évolution constitutionnelle du statut des départements d'outre-mer

André Roux

Professeur à l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence

Directeur de la Revue française de droit constitutionnel

C'est la Constitution du 27 octobre 1946 qui a créé dans son article 73 la catégorie des départements d'outre-mer, distincte de celle des territoires d'outre-mer de son article 74¹, donnant ainsi rétroactivement une base constitutionnelle à la loi du 19 mars 1946 qui avait transformé en départements « les quatre vieilles » colonies (la Guadeloupe, la Martinique, la Guyane et la Réunion).

Se trouvait ainsi consacré dans cet article 73 le principe d'assimilation: « *Le régime législatif des départements d'outre-mer est le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la loi* », en contradiction d'ailleurs avec l'article 3 de la loi du 19 mars 1946 qui avait prévu quant à lui que : « *les lois nouvelles applicables à la métropole le seront dans ces départements sur mention expresse insérée aux textes* ».

Ce même principe d'assimilation, rappelons-le, avait déjà été énoncé sous une autre forme dans l'article 6 de la Constitution du 5 fructidor An III qui disposait que : « *Les colonies françaises sont parties intégrantes de la République, et sont soumises à la même loi constitutionnelle* », alors que son article 7 prévoyait que ces colonies étaient divisées en départements, dont celui de l'île de la Réunion². Par la suite, et jusqu'en 1946, c'est le principe de spécialité, avec quelques variantes, qui avait prévalu, s'agissant du statut constitutionnel des colonies³.

¹ L'article 74 de la Constitution de 1946 disposait que « *les territoires d'outre-mer sont dotés d'un statut particulier tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République.* »

² Article 7. - Elles sont divisées en départements, ainsi qu'il suit ;

- L'île de Saint-Domingue, dont le Corps législatif déterminera la division en quatre départements au moins, et en six au plus ;
- La Guadeloupe, Marie-Galante, la Désirade, les Saintes, et la partie française de Saint-Martin ;
- La Martinique ;
- La Guyane française et Cayenne ;
- Sainte-Lucie et Tobago ;
- L'île de France, les Séchelles, Rodrigue, et les établissements de Madagascar ;
- L'île de la Réunion ;
- Les Indes-Orientales, Pondichéri, Chandernagor, Mahé, Karical et autres établissements.

³ V. art. 91 de la Constitution du 25 frimaire an VIII: « *Le régime des colonies françaises est déterminé par des lois spéciales* » ; art. 73 de la Charte du 4 juin 1814 : « *Les colonies sont régies par des lois et des règlements particuliers* » ; art. 64 de la Charte du 14 août 1830 : « *Les colonies sont régies par des lois particulières* ». De manière plus nuancée, l'article 109 de la Constitution du 4 novembre 1848 énonce : « *Le territoire de l'Algérie et des colonies est déclarée territoire français, et sera régi par des lois particulières, jusqu'à ce qu'une loi spéciale les place sous le régime de la présente Constitution* ». L'article 27 de la Constitution du 14 janvier 1852 dispose que « *le Sénat règle par un sénatus-consulte: 1°) la constitution de l'Algérie et des colonies...* ». Un sénatus-consulte du 3 mai 1854 fixera l'organisation générale des colonies lesquelles sont classées en deux groupes : d'une part la Martinique, la Guadeloupe et La Réunion, pour qui une certaine décentralisation est prévue, et d'autre part « *les autres colonies* » dont la Guyane et Saint-Pierre-et-Miquelon qui doivent être régies par décrets de l'Empereur jusqu'à l'intervention d'un sénatus-consulte. V. notamment François Miclo, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, coll. Droit public positif, Economica, 1982, pp. 25 -46.

La Constitution du 4 octobre 1958 a finalement peu innové s'agissant des départements d'outre-mer, reprenant, pour l'essentiel, dans son article 73, les dispositions de 1946, sous une forme quelque peu atténuée : « *Le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière* ». ⁴

Au demeurant, il apparaît que l'inscription des départements d'outre-mer dans le projet de Constitution a été tardive puisqu'elle est intervenue, à la demande de Max Lejeune, alors ministre du Sahara, lors du Conseil de cabinet du 25 juillet 1958, sous la pression des parlementaires (non communistes) des départements d'outre-mer qui, deux jours auparavant, avaient formulé une proposition assez audacieuse qui, avec le recul, apparaît quelque peu prémonitoire. ⁵

Il a fallu attendre le début des années 2000 pour que l'on s'accorde à reconnaître qu'une réécriture du titre XII de la Constitution était devenue nécessaire, pour au moins deux raisons principales : il convenait en premier lieu d'opérer une remise en ordre et une simplification dans un paysage institutionnel devenu quelque peu confus. Le binôme DOM-TOM prévu par la Constitution de 1958 ne rendait plus compte de la réalité, avec la création des régions d'outre-mer (ROM) par la loi du 31 décembre 1982, situées sur les mêmes territoires que les DOM, mais avec des institutions séparées et en quelque sorte superposées. Étaient également apparues des collectivités « *sui generis* » créées sur le fondement de l'article 72, al.1 C. (Saint-Pierre-et-Miquelon, Mayotte). Une deuxième raison qui a conduit à la réécriture des articles 73 et 74 tient au fait qu'ils ne permettaient plus de répondre aux aspirations des élus des DOM-TOM en matière d'évolution statutaire, exprimées depuis de nombreuses années, notamment dans les départements français d'Amérique. Certes, la loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000 avait ouvert des perspectives d'évolution pour les DOM, mais celles-ci demeuraient limitées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui avait consacré, comme nous le verrons, une lecture « assimilationniste » de l'article 73 de la Constitution.

Il convenait donc de faire sauter le « verrou constitutionnel » pour permettre aux DOM-ROM d'obtenir un schéma institutionnel original et d'exercer des compétences élargies. Le président de la République lui-même, au Palais des Congrès de Madiana, en Martinique, affirmait le 11 mars 2000 : « *L'institution départementale, fondée sur l'assimilation, et qui a longtemps été synonyme de progrès et de dignité, a, probablement, atteint ses limites. (...) Ma conviction est que les statuts uniformes ont vécu et que chaque collectivité d'outre-mer doit pouvoir désormais, si elle le souhaite, évoluer vers un statut différencié, en quelque sorte, un statut sur mesure.* »

Le 18 mai 2001, lors d'un discours également fondateur, prononcé au théâtre du Champ

⁴ Pour les territoires d'outre-mer, en revanche, l'article 74 de la Constitution de 1958 est plus synthétique que les dispositions de la Constitution de 1946 qui leur étaient consacrés : « *Les territoires d'outre-mer de la République ont une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République...* »

⁵ « *Le régime des départements d'outre-mer est le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la loi ; un statut particulier sera conféré à chaque département d'outre-mer par une loi votée sur proposition ou après avis du conseil général ; ce statut définira, notamment, les conditions dans lesquelles le conseil général de chacun des départements sera habilité à administrer et régler librement les questions d'ordre local de son département dans l'ensemble de la République française, à donner son avis sur tous les problèmes économiques, techniques et sociaux concernant ce département, à proposer des adaptations locales des textes d'application des lois de la République* ». V. F. Miclo, *op.cit.*, pp. 97-98.

Fleuri, à Saint-Pierre de La Réunion, le président Chirac développait les principes exposés à Madiana un an plus tôt :

« Quelle que soit la diversité des approches et des sensibilités, nous pouvons aujourd'hui nous accorder sur quatre grands principes.

Le premier de ces principes, c'est la délégation de compétences. Les caractéristiques propres à l'outre-mer justifient une politique ambitieuse de transfert de responsabilités, que ce soit en matière de coopération régionale, nous l'avons vu, ou dans le domaine de l'aménagement du territoire, des transports, de la culture, de l'action économique et sociale. C'est à la fois une question d'efficacité et de démocratie. Le statut constitutionnel de l'Outre-mer, l'éloignement des centres de décisions nationaux, la diversité de vos traditions culturelles, les difficultés économiques très spécifiques que vous rencontrez en raison de votre isolement géographique, les particularités de votre environnement international : tous ces facteurs se conjuguent pour justifier, pour exiger, que soient dévolus aux collectivités d'outre-mer, des pouvoirs plus larges répondant à leur volonté de prendre leurs responsabilités.

Le deuxième principe, c'est celui du droit à l'originalité de chacun de vos territoires. Je l'ai déjà indiqué l'an dernier, à Madiana : l'heure des statuts uniformes est passée. Il n'y a plus aujourd'hui de formule unique qui réponde efficacement aux attentes variées des différentes collectivités d'outre-mer. Chacune d'entre elles doit être libre de définir, au sein de la République, le régime le plus conforme à ses aspirations et à ses besoins, sans se voir opposer un cadre rigide et identique.(...)

« Troisième principe, essentiel à mes yeux : quelle que soit la forme d'organisation retenue, elle doit permettre la poursuite du développement économique et social, le maintien des acquis sociaux, l'affirmation pleine et entière de la solidarité nationale et communautaire. Je suis opposé à tout ce qui s'apparenterait à un désengagement de la métropole, à tout ce qui remettrait subrepticement en cause les liens de l'outre-mer et de l'Union européenne(...)

« Enfin, quatrième principe, chaque territoire ne peut choisir son évolution institutionnelle que dans le respect des principes de notre Constitution, sur lesquels on ne saurait transiger. Je pense bien sûr à l'unité de la République, dont je suis le garant. Je pense aux exigences démocratiques, qui impliquent que toute réforme statutaire soit soumise impérativement à l'approbation préalable des populations concernées. Je pense enfin aux engagements internationaux de la France, notamment dans le domaine des droits de l'homme, plus particulièrement des libertés publiques et du droit du travail, auxquels nous ne saurions déroger ».

Ainsi, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République a procédé à une réécriture complète des dispositions constitutionnelles relatives à l'outre-mer, tout en tirant les conséquences sur plusieurs points de la jurisprudence constitutionnelle.

Elle a mis fin à la division binaire « DOM –TOM» et à l'opposition, en apparence irréductible, entre le principe d'identité législative découlant de l'article 73 et celui de spécialité législative découlant de l'article 74 de la Constitution⁶. La catégorie des territoires d'outre-mer est supprimée, l'article 74 consacré aux collectivités d'outre-mer (COM) permettant à chaque collectivité de disposer d'un statut adapté fixé par le législateur organique. Les collectivités situées outre-mer sont dorénavant énumérées nominativement dans la Constitution, ce qui marque ainsi solennellement leur appartenance à la République. En outre, la notion de « peuples d'outre-mer » qui figurait

⁶ Ferdinand Mélin-Soucramanien, « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35 – 2012, p. 26.

dans le texte de 1958 disparaît dans sa nouvelle rédaction : « *La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer* » (article 72-3, al. 1). La possibilité est désormais ouverte au président de la République de consulter les électeurs d'une collectivité territoriale située outre-mer sur une question relative à son organisation, son régime législatif ou ses compétences (article 72-4). Ces mêmes électeurs disposent dorénavant d'un droit de veto à l'encontre des évolutions statutaires qu'ils désapprouveraient (article 72-4, premier alinéa, et article 73, dernier alinéa).

S'agissant plus particulièrement des départements d'outre-mer, le nouvel article 73 C. réaffirme le principe de l'identité législative, tout en assouplissant les conditions de l'adaptation des lois et règlements aux réalités locales. Ainsi, la notion de « caractéristiques et contraintes particulières » justifiant les mesures d'adaptation présente plus « de facilité d'utilisation que celle des nécessités liées à la « situation particulière » ; en outre, c'est désormais l'ensemble du champ couvert par les lois et les règlements qui peut faire l'objet d'une mesure d'adaptation, sans que l'on ait à s'interroger sur la notion de « régime législatif » et d'« organisation administrative » » de ces collectivités⁷. Le nouvel article 73 C. prévoit en outre un dispositif d'habilitation pour permettre aux assemblées départementales et régionales d'intervenir, sous de strictes conditions, dans le domaine législatif et réglementaire⁸.

Enfin, « *en prévoyant expressément la possibilité de l'évolution d'un territoire du régime de l'article 73 vers celui de l'article 74, ou l'inverse, le constituant tranche une question restée sans solution certaine, faute pour la Constitution d'avoir repris en 1958 une disposition équivalente à celle de l'article 75 de la Constitution de 1946.*⁹ »

Incontestablement, la révision constitutionnelle de 2003 a marqué un tournant dans l'évolution du statut constitutionnel des départements d'outre-mer. Sans remettre en cause fondamentalement le principe d'assimilation, elle a cependant permis des évolutions de leur régime statutaire qui jusqu'alors se trouvaient bridées par la jurisprudence constitutionnelle (I). Elle a permis également une différenciation beaucoup plus poussée des normes applicables sur ces territoires par rapport à celles applicables en métropole (II).

I. La différenciation des statuts : du principe d'unité catégorielle aux statuts à la carte.

Jusqu'en 2003, le Conseil constitutionnel veillait à ce que les mesures d'adaptation autorisées par l'article 73 C. ne conduisent pas à conférer aux DOM un statut trop éloigné de celui des départements métropolitains. Il faisait ainsi prévaloir le principe d'unité catégorielle des départements sur le principe de différenciation qui ne

⁷ Stéphane Diémert, « Le droit de l'outre-mer », *Pouvoirs*, n° 113, p. 112.

⁸ Sur le nouvel article 73 de la Constitution, v. not. : O. Gohin, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA* juillet- août 2003, p.678. ; A.-M. Le Pourhiet, « A propos du nouvel article 73 de la Constitution », *RFDA* septembre - octobre 2003, p. 890.

⁹ Stéphane Diémert, « L'histoire constitutionnelle de l'outre-mer sous la Ve République », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35 - 2012 p. 21.

concernait que les TOM et, dans une moindre mesure, les collectivités territoriales *sui generis* créées sur le fondement de l'article 72 C. La révision constitutionnelle de 2003 a ouvert les portes de la différenciation statutaire, au point que la catégorie des départements d'outre-mer a volé en éclats.

A. Des adaptations autorisées mais limitées

1. Avant 2003, l'organisation administrative des DOM devait en principe être calquée sur celle des départements métropolitains. Ainsi, saisi d'une loi qui adaptait les mesures de décentralisation aux départements d'outre-mer, afin de rendre effective, sur leur territoire, la création des régions, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 28 décembre 1982 avait clairement indiqué qu'il résulte des articles 72 et 73 C. « *que le statut des départements d'outre-mer doit être le même que celui des départements métropolitains* ». Quant aux mesures d'adaptation que peut prendre le législateur, « *elles ne sauraient avoir pour effet de conférer aux départements d'outre-mer une organisation particulière* » réservée quant à elle aux territoires d'outre-mer.

En l'espèce, la loi contestée faisait de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Guyane et de la Réunion à la fois un département et une région, administrées chacune par une assemblée unique élue au scrutin proportionnel dans le cadre d'une circonscription unique. Cette assemblée unique était chargée d'exercer les compétences d'un conseil général et d'un conseil régional et devait siéger tantôt comme organe de la région, tantôt comme organe du département. Le Conseil constitutionnel censure ces dispositions qui « *vont au-delà des mesures d'adaptation que l'article 73 de la Constitution autorise en ce qui concerne l'organisation des départements d'outre-mer* ».

En réalité, ce que condamne le Conseil constitutionnel en l'espèce, c'est moins le principe de l'assemblée unique que le mode d'élection de cette assemblée, à savoir la représentation proportionnelle, qui, contrairement au scrutin majoritaire en vigueur dans les départements pour l'élection des conseils généraux, ne permet pas d'assurer la représentation des différentes « *composantes territoriales de la collectivité* », à savoir les cantons et, à travers eux, les communes. « *En confiant la gestion des départements d'outre-mer à une assemblée qui contrairement au conseil général des départements métropolitains, en l'état actuel de la législation, n'assure pas la représentation des composantes territoriales du département, la loi (...) confère à cette assemblée une nature différente de celle des conseils généraux* ». C'est l'atteinte au principe d'unité catégorielle des départements, résultant du choix par le législateur d'un mode de représentation de l'assemblée délibérante des DOM différent de celui existant dans les départements métropolitains qui se trouve sanctionnée. On peut considérer, avec le doyen Favoreu, que si le gouvernement avait fait du département la pièce centrale de l'assemblage en donnant à l'assemblée unique les traits d'un conseil général et en greffant l'organisation régionale sur cet élément de base, au lieu de faire l'inverse, le projet eut été conforme à la Constitution¹⁰.

2. Par ailleurs, dans sa décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984 relative aux compétences des régions d'outre-mer, le Conseil constitutionnel avait jugé qu'en vertu de l'article 73 C., le législateur peut « *prévoir des mesures d'adaptation susceptibles de se*

¹⁰RDP 1983, pp. 379-380.

traduire par un aménagement limité des compétences des régions et des départements d'outre-mer par rapport aux autres régions et départements, sans pour autant méconnaître le principe d'égalité posée par l'article 2, 1^{er} alinéa de la Constitution, qui n'interdit pas l'application des règles différentes à des situations non identiques ». Il résulte ainsi de cette décision que les adaptations pouvaient bénéficier non seulement aux départements d'outre-mer entendues comme collectivités territoriales, mais également à toutes les collectivités territoriales situées sur le territoire des départements d'outre-mer à savoir la région et les communes. Le Conseil constitutionnel avait donc choisi l'acception géographique de l'expression « départements d'outre-mer » ce qui était d'ailleurs conforme à la pratique suivie jusque-là, car les communes des DOM ont toujours connu un certain nombre d'adaptations par rapport aux communes métropolitaines.

Le Conseil constitutionnel s'attache également à préciser ce qu'il convient d'entendre par « adaptations », en faisant porter son contrôle sur deux points essentiels. Il vérifie d'abord que les dispositions législatives relatives aux compétences des départements et régions d'outre-mer n'aboutissent pas à opérer une différenciation excessive par rapport aux collectivités métropolitaines, ce qui transformerait « l'adaptation » autorisée en « organisation particulière » interdite. Il admet ainsi des dérogations au droit commun des compétences régionales et départementales dans la mesure où elles n'ont qu'une « portée limitée ». Mais encore faut-il, et c'est le second point sur lequel s'exerce le contrôle, que les mesures d'adaptation respectent le régime propre des autres collectivités, qu'il s'agisse des communes et surtout des départements. Étant donné le caractère du département, « *représentatif de ses composantes territoriales* », celui-ci ne peut être substantiellement dessaisi d'attributions qui concernent ses diverses composantes, en matière d'habitat et de transport notamment. En revanche, le Conseil constitutionnel admet le transfert d'attributions du département à la région en matière fiscale dans la mesure où ces attributions sont spécifiques au DOM et qu'il n'y a donc pas de comparaison possible avec un équivalent métropolitain.

3. La loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000 avait quant à elle ouvert la voie à une évolution statutaire diversifiée pour chaque département d'outre-mer en instituant un congrès des élus départementaux et régionaux, compétent pour formuler des propositions en matière d'évolution statutaire. Ces propositions, si elle ne liaient pas le pouvoir législatif où le pouvoir réglementaire, pouvaient néanmoins donner lieu à l'organisation d'une consultation des populations concernées. Ces dispositions nouvelles manifestaient ainsi la volonté du législateur de rompre avec les statuts uniformes et de reconnaître toute leur légitimité aux propositions émanant des élus locaux.

Toutefois, la décision du Conseil constitutionnel n° 2000- 435 DC du 7 décembre 2000, tout en confirmant le bénéfice du principe d'adaptation de l'article 73 de la Constitution aux communes situées outre-mer (en l'espèce Saint-Martin et Saint-Barthélemy) procède à une interprétation neutralisante de la disposition de la loi mentionnant « *la possibilité de disposer à l'avenir d'une organisation institutionnelle propre* » à chaque département d'outre-mer, en indiquant que cette possibilité « *ne peut être entendue que dans les limites fixées par l'article 73 de la Constitution* ». Si bien que, comme l'a fort justement montré Dominique Custos, la décision du 7 décembre 2000 plaçait le législateur devant la quadrature du cercle. « *D'un côté il est habilité à établir un statut à la carte pour chacun des départements d'outre-mer, ce qui concrètement revient à pouvoir*

instituer des catégories sui generis. De l'autre, il est rappelé à l'ordre assimilationniste.¹¹ ». On en était arrivé à une situation peu satisfaisante, puisque d'une part, le législateur pouvait, en application de l'article 72 C., créer en métropole une nouvelle catégorie de collectivités territoriales ne comprenant qu'une seule unité et dotée d'un statut particulier, comme l'avait admis le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 91-190 DC du 9 mai 1991 sur le statut de la Corse et que, d'autre part, les départements d'outre-mer qui bénéficiaient pourtant d'une clause d'adaptation expresse, celle de l'article 73 C., devaient rester calqués sur le schéma départemental métropolitain, sauf à sortir de ce cadre départemental et à être transformés eux mêmes en collectivités particulières, ce qui, au demeurant, pouvait faire débat. François Luchaire considérait que la décision du 9 mai 1991 n'ouvrait de perspectives nouvelles qu'au profit des régions d'outre-mer que la loi pouvait supprimer pour en faire une collectivité territoriale d'un genre nouveau mais à condition de ne pas modifier substantiellement l'organisation départementale¹². En revanche, Jean-Claude Douence considérait que l'article 73 C. ne saurait « *interdire au législateur de créer dans les départements d'outre-mer des collectivités spécifiques pour répondre à leur situation particulière, la compétence d'adaptation prenant le pas sur un principe d'identité dépourvue de référence utile.* »¹³

On peut donc affirmer que le constituant de 2003, en autorisant la diversification des statuts, a entériné, voire élargi, la jurisprudence *Statut de la Corse* de 1991 et a permis d'accomplir pleinement la volonté du législateur de 2000.

B. Des évolutions statutaires diversifiées

1. En premier lieu, la révision constitutionnelle de 2003 a permis d'assouplir les conditions d'évolution des statuts des départements d'outre-mer, dans le cadre de l'article 73 C.

Désormais, le dernier alinéa de cet article prévoit la possibilité de fusionner un département et une région d'outre-mer ou d'instaurer une assemblée unique, ces changements statutaires étant soumis à l'approbation préalable et nécessaire des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités (alors même que la création, en métropole, d'une collectivité particulière n'est pas soumise à cette obligation).

L'exigence de l'approbation préalable des électeurs de la collectivité a été prévue afin d'éviter que se reproduise la situation de Saint-Pierre-et-Miquelon, TOM transformé en DOM par la loi du 29 juillet 1976 contre la volonté de sa population (alors même que ce statut de DOM avait été refusé à Mayotte bien que sa population l'ait réclamé à une très forte majorité en 1976), pour devenir par la loi du 11 juin 1985 une collectivité *sui generis*, toujours sans consultation de sa population.

Rappelons que la possibilité de consulter les populations d'outre-mer sur leur évolution statutaire avait été admise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000 relative à la loi organisant la consultation de la population de Mayotte, avant d'être consacrée par la loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000. Mais la consultation de la population restait facultative et son résultat ne liait pas juridiquement le Gouvernement et le Parlement. Dorénavant la consultation devient

¹¹ D. Custos, « Le statut constitutionnel des départements d'outre-mer », *AJDA* 2001, p. 731.

¹² *RDP* 1991, p. 967.

¹³ « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer », *RFDA* 1992, p. 447.

obligatoire et si la réponse est négative, le Parlement ne peut passer outre un refus d'évolution qui s'apparente alors à un veto¹⁴.

En revanche, en cas de réponse positive, le Parlement n'est évidemment pas tenu juridiquement d'entériner le changement de statut mais on peut penser qu'il pourrait difficilement le refuser.

Ainsi, le 7 décembre 2003, des référendums ont été organisés en Guadeloupe et en Martinique. Les électeurs devaient se prononcer sur la création d'une collectivité territoriale unique, régie par l'article 73 C., se substituant aux départements et aux régions. Près de 73 % d'entre eux votèrent contre ce projet en Guadeloupe et 50,5 % en Martinique. En 2010, de nouvelles consultations se sont déroulées, cette fois-ci en Martinique et en Guyane. Les électeurs de ces départements d'outre-mer, après avoir refusé le 10 janvier 2010 l'évolution statutaire de leur collectivité vers le régime de l'article 74 C., ont approuvé le 24 janvier 2010 la création d'une collectivité unique exerçant les compétences dévolues au département et à la région, tout en restant dans le cadre de l'article 73 C. (57, 5 % de oui en Guyane, 68, 3 % de oui en Martinique). Le Parlement a, par la suite, adopté la loi organique du 27 juillet 2011 qui prévoit la transformation des institutions de ces deux collectivités territoriales qui se trouvent ainsi dotées d'une assemblée délibérante unique, « l'Assemblée de Guyane » et « l'Assemblée de Martinique ». La mise en place de ces deux collectivités territoriales uniques a eu lieu après les élections de décembre 2015 organisées en même temps que les élections régionales.

Rappelons que les collectivités créées sur le fondement du dernier alinéa de l'article 73 C. continuent d'être régies par le principe d'identité législative, même si leur organisation institutionnelle est différente, dans la mesure où il y a une totale indépendance entre le régime législatif des collectivités relevant de l'article 73 et leur organisation administrative¹⁵.

La question s'est posée de savoir si La Réunion pourrait connaître une évolution comparable en application des dispositions de l'article 73 C. dernier alinéa. Pour Olivier Gohin, la réponse est négative : « *...l'existence du département et de la région de La Réunion bénéficie d'une garantie constitutionnelle spécifique dès lors qu'a droit constitutionnel constant, de façon implicite mais nécessaire, sa transformation en collectivité d'outre-mer de l'article 74 de la Constitution révisée (article 72-4) ou en collectivité territoriale unique à statut propre de l'article 73 du même texte (article 72 - 3, al. 2 et 73, al.7) est exclu*¹⁶ ».

En réalité, même si la rédaction de l'article 73 C. ne brille pas par sa clarté, il semble évident qu'aux termes de l'article 73, al. 5, seuls les alinéas 3 et 4 de ce même article (qui prévoient la possibilité pour les collectivités régies par l'article 73 de disposer d'un pouvoir normatif dans des domaines relevant de la loi ou du règlement) ne sont pas applicables au département et à la région de La Réunion. C'est au demeurant, ce qui ressort de la décision n° 2003 - 474 DC du 17 juillet 2003 du Conseil constitutionnel,

¹⁴La question peut se poser de savoir si l'attribution par la Constitution aux populations des collectivités territoriales d'outre-mer du pouvoir d'empêcher le législateur d'adopter les réformes statutaires qui les concernent ne constitue pas un transfert à « une section du peuple » de l'exercice de la souveraineté et par là-même une dérogation au principe de l'indivisibilité de la souveraineté (Voir notamment Thierry Michalon, *L'outre-mer français. Évolution institutionnelles et affirmations identitaires*, L'Harmattan 2009, p.159).

¹⁵ V. not. M.-J. Aglaé, « Le Conseil constitutionnel et l'article 73 de la Constitution », *RFDC* n° 95-2013, pp. 576-577.

¹⁶ « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État en France », *AJDA* 2003, p. 527.

Loi de programme pour l'outre-mer : «... Le cinquième alinéa de l'article 73 de la Constitution exclut le département et la région de La Réunion de la possibilité accordée par les troisièmes et quatrièmes alinéas de cet article de disposer d'un pouvoir normatif dans des domaines relevant de la loi ». La faculté reste donc ouverte à La Réunion de sortir du cadre départemental et régional et de se doter d'institutions particulières, soit assemblée unique, soit collectivité unique¹⁷.

En outre, comme le souligne F. Mélin-Soucramanien « ...le fait que l'article 73, al.5, cite expressément « le département et la région de La Réunion » ne constitue pas davantage un obstacle à une évolution statutaire de cette collectivité dans la mesure où, à droit constitutionnel constant, cette disposition pourrait demeurer inscrite dans la Constitution sans pour autant produire d'effets juridiques. Considérer que cette simple mention constitue un rempart infranchissable paraît relever du plus pur nominalisme juridique¹⁸».

2. L'évolution statutaire des départements d'outre-mer peut également les conduire à sortir du cadre de l'article 73 pour effectuer une migration vers l'article 74 de la Constitution. L'hypothèse d'un changement de cadre statutaire n'était pas prévue initialement par la Constitution, si bien qu'il pouvait selon les cas résulter d'une loi ordinaire (création d'une collectivité particulière à partir d'un département d'outre-mer pour Saint-Pierre-et-Miquelon par exemple (loi du 11 juin 1985), ou à partir d'un territoire d'outre-mer pour Mayotte (loi du 24 décembre 1976) ou d'une loi organique depuis 1992 (transformation d'un DOM en TOM ou d'un TOM en DOM). Le nouvel article 72-4 C. soumet dorénavant le changement de régime d'une collectivité territoriale d'outre-mer à une double condition : le consentement préalable des électeurs de la collectivité concernée et l'intervention d'une loi organique.

Le transfert de l'article 73 vers l'article 74 C. peut, on le sait, ne concerner qu'une partie d'un département d'outre-mer. Ainsi, les communes de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin, qui faisaient partie du département de la Guadeloupe, ont-elle accédé par la loi organique du 21 juillet 2007 au statut de collectivité d'outre-mer de l'article 74 C., après que leur population ait approuvé ce changement en décembre 2003 (95,5% de oui à Saint Barthélémy : 76,1% de oui à Saint Martin).

Rappelons que les électeurs de la Martinique et de la Guyane avaient refusé le 10 janvier 2010 la création d'une collectivité unique dans le cadre de l'article 74 C. (70,2% de non en Guyane, 78,9 % de non en Martinique).

Rappelons également qu'en sens inverse, Mayotte, collectivité régie par l'article 74 C., est devenue le 31 mars 2011 une collectivité départementale d'outre-mer de l'article 73 C., après approbation massive de ce changement par sa population le 29 mars 2009 (95,2% de oui).

3. Il reste à évoquer une dernière évolution possible, qui reste encore aujourd'hui largement théorique pour les départements d'outre-mer, celle de leur accession à l'indépendance. En 2003, « le constituant n'a (...) pas poussé l'audace jusqu'à déterminer clairement la procédure relative à l'accession d'un territoire à l'indépendance : une

¹⁷ En ce sens, v. not. F. Mélin-Soucramanien, « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 », art. précit. p. 34 ; L. Blériot, « Les départements et régions d'outre-mer : un statut à la carte », *Pouvoirs*, n° 113, 2005, p. 63 ; F Sauvageot, *Les catégories de collectivités territoriales de la République*, PUAM, 2004, p. 182.

¹⁸ Art. précit., p.34.

*clarification sur ce point aurait pourtant été la bienvenue, dans un souci de sécurité juridique que les fluctuations jurisprudentielles ne viennent pas apaiser*¹⁹».

Alors que la décision du Conseil constitutionnel n° 87-226 DC du 2 juin 1987, *Consultation des populations calédoniennes*, paraissait limiter le principe de libre détermination des peuples et de libre manifestation de leur volonté aux seuls territoires d'outre-mer, la décision n° 91 – 290 DC du 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, rappelle que « *la Constitution de 1958 distingue le peuple français des peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination* » (cons. 12), ce qui implique que les peuples des départements d'outre-mer bénéficient également de ce droit²⁰.

La mise en œuvre de ce droit reste soumise, quoi qu'il en soit, à plusieurs conditions : l'initiative doit émaner des « *autorités compétentes de la République* » ; le processus doit s'inscrire dans le cadre de la Constitution, ce qui tend à exclure l'application des règles du droit international ; la procédure doit comprendre la consultation des populations intéressées, au moyen d'une question qui doit être loyale, claire et ne comporter aucune équivoque ; le Parlement, enfin, doit autoriser la sécession et déterminer ses conditions d'application.

Certes, depuis la révision de 2003, la Constitution mentionne nommément toutes les collectivités situées outre-mer (art. 72-3) si bien que l'on aurait pu penser que l'accession à l'indépendance de l'une d'entre elles nécessiterait une révision constitutionnelle préalable, pour la rayer de cette liste. Mais le Conseil constitutionnel a jugé à cet égard qu'une loi organique ne pouvait elle-même subordonner l'éventuelle accession à l'indépendance d'une collectivité d'outre-mer (il s'agissait en l'espèce de Mayotte) à une révision de la Constitution, au motif que la loi organique empiète alors sur les pouvoirs du constituant (décision n° 2007 – 547 DC du 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relative à l'outre-mer*).

II. La différenciation normative : de l'adaptation à la dérogation.

Affirmé avec force par l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel « *le régime législatif des départements d'outre-mer et le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la loi* », repris implicitement par le texte initial de l'article 73 de la Constitution de 1958 qui disposait que « *le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leurs situations particulières* », le principe d'identité législative reste inscrit au frontispice de l'article 73 réécrit en 2003 : « *Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit.* » Mais ce principe d'identité normative qui est l'une des manifestations les plus évidentes du principe d'assimilation, peut se trouver limité non seulement par l'exercice du droit à l'expérimentation dont peuvent bénéficier toutes les collectivités territoriales, de métropole et d'outre-mer en vertu de l'article 72, al.4 C., mais encore, s'agissant plus précisément des collectivités de l'article 73 C., par les adaptations qui peuvent être apportées aux lois et règlements, qu'elles soient décidées par l'État ou par les collectivités elles-mêmes, voire même par les dérogations aux normes législatives

¹⁹Stéphane Diémert, « L'histoire constitutionnelle de l'outre-mer sous la Ve République », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35 – 2012, p. 21.

²⁰Voir aussi décision n° 2000 – 428 DC du 4 mai 2000, *Consultation de la population de Mayotte*.

résultant d'un transfert du pouvoir normatif de l'État aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution.

A. L'extension du pouvoir normatif d'adaptation des dispositions législatives ou réglementaires

Alors que ce pouvoir d'adaptation n'était reconnu expressément jusqu'à la révision de 2003 qu'aux autorités nationales (Parlement et Gouvernement), il peut aussi, dorénavant, être exercé par les assemblées délibérantes des départements d'outre-mer.

1. S'agissant du pouvoir d'adaptation par les autorités nationales, les dispositions constitutionnelles ont évolué : l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoyait simplement la possibilité pour le législateur d'instaurer des « *exceptions* » par rapport au régime législatif des départements métropolitains. L'ancien texte de l'article 73 de la Constitution de 1958 évoquait quant à lui les « *mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière* ». On pouvait au demeurant se demander si cette habilitation constitutionnelle était nécessaire, dans la mesure où, comme l'écrivait François Luchaire « *Il n'est nul besoin d'une disposition constitutionnelle pour permettre au législateur « d'adapter » une loi aux conditions particulières d'une parcelle quelconque du territoire français, soit dans la métropole, soit outre-mer*²¹ ».

Depuis la révision constitutionnelle de 2003, la possibilité d'adaptation des lois et règlements par les autorités nationales est désormais ouverte sur une base élargie, prenant en compte les « *caractéristiques et contraintes particulières des départements et régions d'outre-mer* », formule reprise de l'article 299-§2 du traité d'Amsterdam sur les régions ultra périphériques, dont sont par ailleurs membres les DOM, afin de d'établir une cohérence entre les adaptations au droit européen et les adaptations au droit national. Comme le souligne Yves Pimont : « *Il s'agit donc de prendre en considération la situation économique et sociale structurelle aggravée par l'éloignement, l'insularité, la faible superficie, le relief et le climat difficile, la dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits. La notion antérieure de « situation particulière » est nettement explicitée et laisse peu de marge à un rejet d'adaptation pour motif mal fondé par le juge*²². »

Le pouvoir d'adaptation reconnu aux autorités nationales peut se traduire, de manière négative, par l'exclusion de certains départements d'outre-mer du champ d'application des lois et règlements²³, mais il s'exerce le plus souvent de manière positive par l'édition de règles particulières à un ou plusieurs départements d'outre-mer, lesquelles peuvent soit s'ajouter soit se substituer aux règles de droit commun.

Ainsi, sur le fondement des dispositions de l'article 73 C., le droit commun a pu faire l'objet d'adaptations dans de nombreux domaines, principalement en matière de droit public (régime du domaine public maritime avec la règle des 50 pas géométriques,

²¹François Luchaire, « La décentralisation dans les départements d'outre-mer », *AJDA*1983, p. 122.

²² « L'assimilation adaptée de l'article 73 » in : *La République décentralisée*, dir. Yves Gaudemet et Olivier Gohin, éditions Panthéon Assas, 2004, p. 127.

²³ Ainsi, en Guyane, le recours en annulation des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière n'est pas assorti d'un effet suspensif, compte tenu de la pression migratoire que connaît ce département « dont la moitié de la population est étrangère, et la moitié de cette moitié au moins est composée d'étrangers clandestins » (S. Diémert, « Le droit de l'outre-mer », précit., p. 113).

caractère public de la domanialité des cours d'eau, droit de la fonction publique²⁴), de droit fiscal (octroi de mer, TVA, dispositifs de défiscalisation destinés à encourager les investissements)²⁵, de droit civil²⁶, de droit des étrangers²⁷ et de législation sociale.

Dans ce dernier domaine, les adaptations ont longtemps consisté à prévoir un régime de prestations sociales moins avantageux dans les départements d'outre-mer qu'en métropole, essentiellement pour des raisons financières, même si l'argument était rarement avancé officiellement²⁸. A cet égard, la loi d'orientation pour l'outre-mer de décembre 2000 a eu notamment pour objet d'aligner progressivement les différentes allocations sur le régime métropolitain²⁹. Récemment, plusieurs lois sont venues par ailleurs modifier diverses dispositions applicables aux collectivités ultra-marines pour prendre en compte leurs spécificités³⁰.

Rappelons que le Conseil constitutionnel avait jugé que ces mesures d'adaptation ne pouvaient se traduire que par un aménagement limité des compétences des régions et des départements d'outre-mer par rapport aux autres régions et départements et qu'elles ne sauraient avoir pour effet de doter les départements d'outre-mer d'une « *organisation particulière* » réservée aux seuls territoires d'outre-mer (Décisions n° 84-174 DC du 24 juillet 1984, précit ; n° 2000 - 435 DC du 7 décembre 2000 précit..)

²⁴ V. Alain Pariente, « Les particularismes de la fonction publique outre-mer », in: *L'outre-mer français : un « modèle » pour la République ?*, dir. F.Mélin-Soucramanien, Presses Universitaires de Bordeaux 2008, p. 113.

²⁵ V. Philippe Augé, « L'adaptation des règles fiscales dans les départements d'outre-mer » in: *L'évolution du statut du de département d'outre-mer*, dir. Jean-Yves Faberon et Jean-François Auby, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, page 27.

²⁶ Stéphane Diémert cite notamment l'exemple de l'adaptation du délai de déclaration des naissances pour les populations riveraines des fleuves Oyapock et Maroni en Guyane, eu égard à la difficulté, compte tenu des distances à parcourir, de déclarer à l'officier d'état civil la naissance d'un enfant dans le délai de trois jours de droit commun (V. « Le droit de l'outre-mer », art. précit. p. 114).

²⁷ Olivier Lecucq, « Les spécificités du droit des étrangers dans l'outre-mer français », in: *L'outre-mer français : un « modèle » pour la République ?*, dir. F.Mélin-Soucramanien, Presses universitaires de Bordeaux 2008, p. 131.

²⁸ V. not. F. Miclo, *op. cit.*, p.131.

²⁹ V. not. Jean-Yves Faberon et Jacques Ziller, *Droit des collectivités d'outre-mer*, LGDJ 2007, pp. 78 - 87.

³⁰ Ainsi la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer a entendu répondre à la problématique de la vie chère, à la suite de la crise sociale de 2009 au cours de laquelle les départements d'outre-mer se sont embrasés dans un mouvement de protestation générale contre le niveau structurellement élevé des prix. La loi n° 2013-1029 du 15 novembre 2013 portant diverses dispositions relatives aux outre-mer répondait également à un besoin d'actualisation et d'adaptation du droit ultra-marin. Comptant initialement un article unique, le projet de loi comportait, à l'issue du débat parlementaire, 37 articles lors de son adoption définitive. Enfin, la loi n°2015-1268 du 14 octobre 2015 d'actualisation du droit des outre-mer vise à l'actualisation de dispositions applicables soit à l'ensemble des collectivités ultra-marines, soit à certaines d'entre elles.

La nouvelle rédaction de l'article 73 de la Constitution doit permettre d'élargir les possibilités d'adaptation, la notion de « *caractéristiques et contraintes particulières* » paraissant en effet laisser plus de marge que celle de « *situation particulière* ».

En outre, le champ d'application de l'adaptation a été lui-même élargi par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 puisque cette adaptation peut concerner à la fois les lois et les règlements nationaux. C'est au demeurant ce qui avait été jugé précédemment par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 82-152 DC du 14 janvier 1983, *Taxes sur les tabacs et alcools* (« *de telles mesures relèvent, selon leur objet, de la voie législative ou de la voie réglementaire* »), celui-ci ayant précisé par la suite dans sa décision n° 90-277 DC du 25 juin 1990, *Révision générale des évaluations des immeubles*, que le pouvoir réglementaire n'avait pas besoin d'une habilitation législative pour prendre des mesures d'adaptation. Il faut ajouter que la décision du Conseil constitutionnel n° 2007-547 DC du 15 février 2007 (*Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*), a exclu que le Parlement puisse habiliter le Gouvernement à prendre par la voie des ordonnances de l'article 38 de la Constitution les mesures d'adaptation des lois nationales.

Même élargi, ce pouvoir d'adaptation reste soumis au contrôle du Conseil constitutionnel qui vérifie l'adéquation entre les mesures prévues et les « *caractéristiques et contraintes particulières des départements d'outre-mer* ». Force est de constater cependant, que les décisions d'invalidation des mesures d'adaptation sont très peu nombreuses, comme si « *pour le juge constitutionnel, cette différenciation de l'outre-mer est présumée*³¹ », et même si le contrôle du Conseil constitutionnel a davantage l'occasion de s'exercer depuis l'entrée en vigueur de la QPC, les requérants invoquant notamment l'atteinte au principe d'égalité résultant des mesures d'adaptation prévues au profit des départements d'outre-mer.

Ainsi, ne sont pas jugées contraires à l'article 73 C. les adaptations prévues par les articles 141 et 142 de la loi pour la sécurité intérieure qui pérennisent en Guyane et dans la commune de Saint-Martin, en Guadeloupe, les dispositions dérogatoires rendues applicables pour cinq ans dans les départements d'outre-mer par la loi du 11 mai 1998, compte tenu de leur situation particulière caractérisée par « *les difficultés durables* » de ces territoires « *en matière de circulation internationale des personnes* » (Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons.110)³².

Il en va de même de l'article 268 du code des douanes qui donne compétence aux assemblées délibérantes des départements d'outre-mer pour fixer l'assiette et le taux du droit de consommation sur les tabacs et pour en recevoir le produit. La faiblesse des

Ces dispositions s'organisent autour de six thématiques principales : l'économie, le statut de l'Agence de l'outre-mer pour la mobilité, la maîtrise et l'aménagement foncier, la fonction publique, les collectivités locales, la sûreté et la sécurité, auxquelles s'ajoutent des thématiques plus secondaires. Par ailleurs, sur la base des propositions du rapport de l'ancien ministre des outre-mer Victorin Lurel, le premier ministre Manuel Valls a annoncé le 16 mars 2016, lors du deuxième dîner annuel du Conseil représentatif des Français d'outre-mer qu'un projet de loi sur l'égalité réelle économique entre les outre-mer et la métropole serait présenté en conseil des ministres « *si possible avant l'été* ». Il a ajouté « *70 ans après la loi de 1946 l'adoption de cette loi serait un très beau symbole et je ne doute pas que nous aurons un très large consensus sur ce thème* ».

³¹ Olivier Gohin, « Egalité et différenciation dans les départements d'outre-mer : la notion de situation particulière dans l'article 73 de la Constitution », in *Droit constitutionnel local*, dir. Anne-Marie LePourhiet, Economica-PUAM, 1999, p. 134.

³²V. aussi décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons 21.

ressources, notamment fiscales, de ces collectivités territoriales et les écarts de prix du tabac entre ces territoires et la France continentale constituent, au sens de l'article 73 de la Constitution, des « caractéristiques et contraintes particulières » de nature à justifier ces adaptations (Décision n° 2012 – 290/291 QPC du 25 janvier 2013, *Soc. Distrivit et autres*).

Pareillement, il a été jugé que la situation de l'emploi et celle des travailleurs indépendants dans les départements d'outre-mer constituent des caractéristiques et contraintes particulières de nature à permettre au législateur d'adapter les modalités de détermination de l'assiette des cotisations et contributions sociales dues par ces travailleurs indépendants et de les exonérer du paiement de ces cotisations et contributions pendant une durée limitée (Décision n° 2013- 301 QPC du 5 avril 2013, *Mme Annick D. Epouse L.*).

Enfin, les règles particulières relatives à la composition du conseil de surveillance des grands ports maritimes des départements d'outre-mer ont été validées au motif que, compte tenu de la situation géographique des départements d'outre-mer, ces ports occupent une place particulière dans leurs réseaux de transport et leur économie générale, ce qui constitue des caractéristiques et contraintes particulières (Décision n° 2013-313 QPC du 22 mai 2013, *Chambre de commerce et d'industrie de région des îles de Guadeloupe et autres*).

En revanche, dans la décision n°2004–503 DC du 12 août 2004 (*Loi relative aux libertés et responsabilités locales*) est déclaré contraire à la Constitution l'article 203 de la loi déferée qui prévoyait pour les départements d'outre-mer, compte tenu de leur situation particulière, une entrée en vigueur différée de l'article 82 de cette loi relatif au transfert aux départements des personnels techniciens, ouvriers et de service des collèges et des lycées. Le Conseil constitutionnel constate en effet que les écarts existants entre les besoins de ces personnels et leurs effectifs réels peuvent être plus importants dans certaines académies de métropole que dans certaines académies d'outre-mer, si bien que ces écarts ne constituent pas des « caractéristiques et contraintes particulières » de nature à différer l'entrée en vigueur de la loi dans les départements et régions d'outre-mer.

Les mesures d'adaptation, lorsqu'elles relèvent du pouvoir réglementaire, peuvent également faire l'objet d'un contrôle du Conseil d'État, qui est de même nature que celui exercé par le Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État a ainsi rappelé que l'adaptation ne doit pas porter atteinte à l'esprit général du texte³³ et qu'il ne peut « être fait échec au principe d'assimilation que le législateur a voulu faire prévaloir »³⁴. Il contrôle également l'appréciation au terme de laquelle le pouvoir réglementaire estime que les éléments propres aux départements d'outre-mer justifient qu'il soit procédé à une adaptation.³⁵

³³ CE, 9 février 1983, n°47899, *Esdras et autres*.

³⁴ CE, 4 octobre 1967, n°63647, *Epoux Butel*.

³⁵ CE, Ass., 10 septembre 1992, *Meyet*, s'agissant des adaptations de la campagne officielle audiovisuelle en vue d'un référendum aux nécessités du décalage horaire et des difficultés d'acheminement des émissions télévisées et radiodiffusées ; CE, 29 juin 1994, n°137882, *Association pour la presse de La Réunion et Quotidien de La Réunion*, s'agissant de la possibilité d'autoriser la publicité télévisée pour le secteur de la distribution, eu égard à la spécificité du marché publicitaire outre-mer ; CE, 10 novembre 2004, n° 253670, *Association Droit de cité*, s'agissant de la réduction de huit à quatre jours du délai pendant lequel les chiens et chats non identifiés peuvent être gardés en fourrière avant d'être le cas échéant euthanasiés, eu égard, dans les départements d'outre-mer, au grand nombre de chiens errants par rapport aux capacités d'accueil des animaux capturés.

2. Le pouvoir normatif d'auto-adaptation reconnu par l'article 73 alinéa 2 C. depuis la révision constitutionnelle de 2003 ne peut évidemment s'exercer que dans les matières qui relèvent de la compétence des collectivités et à condition qu'elles y aient été habilitées, selon le cas par la loi ou par le règlement, ce qui permet de préserver le principe d'unité du pouvoir normatif national. Par ailleurs, il ne peut intervenir « *lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti* » (article 73, al. 6), ce qui ne fait que confirmer une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel selon laquelle les conditions essentielles d'application d'une loi relative aux libertés publiques ne peuvent dépendre des décisions des collectivités locales et ne peuvent donc être différentes selon les collectivités.³⁶

Cette décentralisation du pouvoir d'adaptation est apparue indispensable dans la mesure où l'adaptation par l'Etat du droit applicable outre-mer demeurait insatisfaisante en dépit des consignes gouvernementales et où les projets de textes incluant d'emblée les mesures nécessaires à leur extension ou à leur mise en œuvre outre-mer restaient encore largement minoritaires, comme l'illustre le recours banalisé à la procédure des ordonnances, normalement réservée aux territoires d'outre-mer. Cette situation se révélait ainsi néfaste tant pour les administrations locales que pour les citoyens, confrontés à des situations juridiques mal établies dans l'attente de l'entrée en vigueur de telles ordonnances. Comme le soulignait en 2003 le rapport Clément sur le projet de loi relatif à l'organisation décentralisée de la République : « *L'échec de la politique d'adaptation est lourd de conséquences pour l'outre-mer : au-delà du fait que le droit applicable, à ce jour, à l'outre-mer n'est connu que des experts, c'est in fine à une négation de l'assimilation que cette situation conduit, les normes édictées n'étant, sur bien des points, ni applicables telles quelles, ni adaptées* ».

Les conditions d'exercice de ce pouvoir d'auto-adaptation ont été fixées par la loi organique du 21 février 2007, modifiée par la loi organique du 27 juillet 2011 relative aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a validé l'ensemble du dispositif (Décisions n° 2007-547 DC du 15 février 2007 ; n° 2011-636 DC du 21 juillet 2011). Rappelons que la demande d'habilitation doit être adoptée par délibération motivée du conseil départemental ou régional, chacun dans le champ de compétence qui le concerne. La demande doit indiquer les dispositions législatives ou réglementaires en cause, et exposer les « *caractéristiques et contraintes particulières* » justifiant la demande d'habilitation.

La demande d'habilitation doit être transmise à l'Assemblée nationale et au Sénat par le Premier ministre pour éviter que le gouvernement exerce un contrôle d'opportunité sur les demandes d'habilitation, cette disposition résultant de la loi organique du 27 juillet 2011 qui a également prévu que l'habilitation peut être accordée par un décret en Conseil d'État lorsqu'elle n'intervient que dans le domaine réglementaire. Ainsi, le contrôle d'opportunité sur les demandes d'habilitation ne relève que de la seule autorité compétente pour accorder ou non l'habilitation, c'est-à-dire bien sûr le Gouvernement dans le domaine réglementaire, mais dans le domaine législatif le Parlement seul.

L'habilitation est accordée pour une durée qui ne peut aller au-delà du renouvellement de l'assemblée délibérante. Toutefois, si la loi ou le décret en Conseil d'État le prévoient, elle peut être prorogée, par délibération motivée adoptée dans les six mois suivant le renouvellement de cette assemblée, pour une durée ne pouvant aller au-delà de son

³⁶Décisions n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, *Loi Chevènement* ; n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Révision de la loi Falloux* ; n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Autonomie de la Polynésie française* ; n° 2002-454 DC du 17 janvier 2002, *Corse*.

prochain renouvellement. Les délibérations prises en application de l'habilitation sont adoptées à la majorité absolue des membres composant le conseil concerné et elles doivent préciser les dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles dérogent. Les dispositions prises en application de l'habilitation ne peuvent être modifiées, selon le cas, que par une loi ou un règlement le prévoyant expressément. Les recours dirigés contre ces délibérations sont portés devant le Conseil d'État.

Il ne semble pas, à ce jour, que les collectivités régies par l'article 73 de la Constitution aient exploité la nouvelle possibilité qui leur a été accordée par la révision constitutionnelle de 2003 d'adapter elles-mêmes les lois ou les règlements nationaux. Il en va de même par ailleurs de la possibilité qui leur est offerte (sauf à la Réunion) de fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire dans les matières relevant du domaine de la loi ou du règlement national.

B. La consécration du pouvoir normatif de dérogation aux normes nationales

1. L'alinéa 3 de l'article 73 C. représente une novation majeure puisqu'il permet aux collectivités régies par cet article, afin de tenir compte de leurs « *spécificités* », de fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement. Cette possibilité n'existait avant la révision de 2003 qu'au profit des territoires d'outre-mer.

Il ne s'agit plus là de simples adaptations de lois ou de règlements nationaux, mais d'un véritable transfert de pouvoir normatif susceptible de « *vider le principe d'assimilation de son sens* »³⁷.

Les matières « transférables » ne sont d'ailleurs pas forcément celles inconnues en métropole (droit coutumier, 50 pas géométriques par exemple) comme pourrait le laisser penser l'expression « *pour tenir compte de leurs spécificités* ». L'idée du constituant était d'étendre aux départements et régions d'outre-mer le dispositif existant à Saint-Pierre-et-Miquelon qui relève du principe de l'assimilation législative tout en étant compétent en matière de fiscalité, de régime douanier ou d'urbanisme. Il était envisagé que les possibilités de dérogation puissent concerner, tout au moins à l'origine, quelques domaines ayant une incidence sur la vie quotidienne ou économique, comme le code forestier en Guyane où la réglementation relative aux transports aux Antilles.

En tout état de cause, il existe un bloc de « *compétences régaliennes* » intransférables, celles mentionnées à l'alinéa 4 de l'article 73 (la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre public, la monnaie, le crédit et les changes, le droit électoral), la liste de ces matières pouvant être précisée et complétée par une loi organique. Par ailleurs, comme en matière d'auto - adaptation, l'habilitation ne peut intervenir « *lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti* » (article 73, alinéa 6). *A contrario*, restent notamment transférables les matières touchant au régime de la propriété et des obligations civiles et commerciales, le droit fiscal, le droit de l'urbanisme, le droit du travail, le droit syndical et celui de la sécurité sociale.

³⁷A.-M. Le Pourhiet, « A propos du nouvel article 73 de la Constitution », *RFDA* septembre - octobre 2003, p. 890.

La loi organique 2007 – 223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer n'a apporté à cet égard aucune précision ni aucun complément mais elle a déterminé la procédure applicable en la matière, qui est pratiquement identique à celle relative à l'habilitation pouvant être donnée aux collectivités pour l'adaptation des lois et règlements dans les matières où s'exercent leurs compétence. Cette procédure, rappelons-le, a été modifiée dans le sens d'un allègement des contraintes, par la loi organique du 27 juillet 2011.

Relevons que le Conseil d'État a jugé par ailleurs que si une délibération prise sur habilitation accordée à un département ou une région d'outre-mer pour fixer des règles applicables sur son territoire dans un certain nombre de matières relevant du domaine de la loi ou du règlement doit préciser les textes législatifs ou réglementaires auxquels elles déroge, l'assemblée délibérante n'est pas tenue, dans le cadre d'une telle habilitation, de déroger à des règles nationales et peut créer des règles nouvelles (CE, 30 décembre 2015, n° 374395 et 375404).

2. Malgré cet assouplissement de la procédure, rares ont été, les habilitations accordées par le législateur, les demandes exprimées par les départements d'outre-mer étant elles-mêmes peu nombreuses et parfois restées sans effet. Ainsi les demandes d'habilitation réitérées en 2007 et en 2008 du conseil général et du conseil régional de Martinique concernant la compétence relative aux transports intérieurs ont été laissées sans réponse du Parlement ou du Gouvernement. En revanche, l'article 18 de la loi du 27 juillet 2011 relative aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution a habilité le conseil régional de la Martinique, pour une durée de deux ans, « à fixer les règles spécifiques à la Martinique en matière de maîtrise de la demande d'énergie, de réglementation thermique pour la construction de bâtiments et de développement des énergies renouvelables ». Les demandes formulées par le conseil régional de la Guadeloupe ont également été acceptées. La loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer a en effet habilité le conseil régional de la Guadeloupe d'une part à fixer des règles pour la création d'un établissement public régional pour la formation professionnelle et d'autre part à fixer des règles en matière de maîtrise de la demande d'énergie, de réglementation thermique pour la construction de bâtiments et de développement des énergies renouvelables.

On sait que ce pouvoir normatif dérogatoire est exclu pour le département et la région de La Réunion, à la demande des élus réunionnais eux-mêmes, notamment du sénateur Jean-Paul Virapoullé, qui, au cours des débats parlementaires à invoqué la « prudence », la « stabilité institutionnelle » et la « sécurité juridique ». La Réunion, suivant en cela une longue tradition historique, se distingue ainsi par une revendication toujours plus ferme en faveur de l'assimilation. Toutefois, inscrire l'exception réunionnaise dans la Constitution pouvait paraître contradictoire avec l'esprit de la révision constitutionnelle de 2003 qui visait à placer « *la participation des acteurs locaux au cœur de la construction du droit de l'outre-mer* » (rapport Clément). En outre, l'exclusion explicite de La Réunion d'un dispositif totalement facultatif, puisqu'il ne peut s'appliquer qu'à la demande des assemblées délibérantes concernées, ne s'imposait pas de manière évidente d'un point de vue juridique, mais la politique a parfois ses raisons que le droit, fût-il constitutionnel, ignore³⁸.

³⁸Olivier Gohin fournit l'explication suivante : « *A la suite du sénateur Jean-Paul Virapoullé, une majorité de parlementaires réunionnais ont alors considéré que, même au bénéfice des nombreuses et importantes limitations précitées, un tel dispositif dérogatoire engendre, par lui-même, « un risque-pays » – ne serait-il que potentiel – de nature à éloigner l'investissement privé, moteur du développement dans un contexte économiquement fragile et socialement déprimé : car on peut hésiter à créer une entreprise de main-d'œuvre*

En guise de conclusion, on peut se borner à constater la grande diversité des cinq collectivités actuellement régies par l'article 73 de la Constitution, à savoir les « quatre vieilles » auxquelles s'est ajoutée Mayotte depuis le 31 mars 2011.

Comme il existe une « échelle de spécialité » pour les collectivités de l'article 74 de la Constitution³⁹, il est possible aujourd'hui de distinguer, pour les collectivités de l'article 73, plusieurs degrés sur l'« échelle de l'identité ».

L'outre-mer a fait place aux outre-mer.

Le schéma régissant les DOM avant la révision constitutionnelle de 2003 reposait sur une triple assimilation : assimilation des DOM au régime législatif de la métropole d'une part, à l'organisation administrative métropolitaine de droit commun d'autre part, et enfin assimilation des DOM entre eux.

À cette triple assimilation a fait place une triple diversification : diversité de leur organisation administrative, notamment depuis que la Guyane et la Martinique sont devenues des collectivités territoriales particulières dotées d'une assemblée unique ; diversité des normes applicables sur ces différents territoires, la territorialisation du droit de l'outre-mer contribuant à cet égard à sa complexité ; diversité, enfin, entre les collectivités régies par l'article 73 de la Constitution, au point que la notion de département d'outre-mer semble avoir perdu aujourd'hui, du point de vue du droit constitutionnel, toute signification.

quand on sait que le conseil régional peut être en mesure, un jour, d'accroître librement les charges sociales des employeurs locaux. Là est l'explication de l'alinéa cinq de l'article 73 nouveau ». O. Gohin, M. Degoffe, A. Maitrot de La Motte, C.-A. Dubreuil, Droit des collectivités territoriales, Ed. Cujas, 2011-2012, p. 269.

L'explication donnée par Stéphane Diémert est quelque peu différente : « *Cet amendement trouve son origine dans l'émotion suscitée localement lorsque le projet de loi constitutionnelle, à l'évidence peu lu et mal compris, a été rendu public : la presse locale, en mal de sensationnalisme, et quelques élus locaux en mal de récupération politicienne, l'ont présenté comme une tentative dissimulée du Gouvernement d'imposer, à coups de consultations locales à répétition, l'autonomie, voire l'indépendance (!) à une population présentée comme n'en voulant pas. Le caractère tendancieux et l'irrationalité de cette analyse sont patents : néanmoins, les éventuels troubles à l'ordre public qui aurait pu en résulter ne furent finalement contrés par les élus locaux les plus modérés de la majorité présidentielle qu'avec l'assurance du dépôt d'amendement au projet de révision » (« L'ancrage constitutionnel de la France d'outre-mer », in : *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, dir. Jean-Yves Faberon, Etudes de la documentation française, 2004, p.81) Thierry Michalon, quant à lui, se demande s'il ne s'agissait pas plutôt d' « *attester auprès de Paris de la loyauté des Réunionnais par opposition aux revendications empreintes de nationalisme des Antillais et Guyanais... » (L'outre-mer français. Évolution institutionnelle et affirmations identitaires, op. cit., p. 77.**

Notons qu'en 2013, la députée PS, Ericka Bareigts proposait de supprimer l'alinéa 5 de l'article 73 qui exclut La Réunion du pouvoir d'habilitation législative dont disposent les autres régions d'outre-mer, depuis la réforme constitutionnelle de 2003.

³⁹V. not. Y. Brard, « Identité et spécialité législative », in *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, dir. Jean-Yves Faberon, Etudes de la documentation française, 2004, p.115.