

L'évolution du statut constitutionnel 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*

La Constitution du 27 octobre 1946 avait créé la catégorie des départements d'outre-mer (art. 73), distincte de celle des territoires d'outre-mer (art. 74), 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 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 Réunion⁽¹⁾. Par la suite,

(1) **Art. 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, Karikal et autres établissements.

et jusqu'en 1946, c'est le principe de spécialité, avec quelques variantes, qui avait prévalu, s'agissant du statut constitutionnel des colonies⁽²⁾.

La Constitution du 4 octobre 1958 a finalement peu innové en reprenant, 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 ».

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⁽³⁾.

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, alinéa 1 de la Constitution (Saint-Pierre-et-Miquelon, Mayotte). Il convenait en second lieu 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, mais celles-ci demeuraient limitées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui avait fait une lecture « assimilationniste » de l'article 73 de la Constitution.

Il convenait donc de faire sauter le « verrou constitutionnel » pour permettre aux départements d'outre-mer de bénéficier d'un schéma institutionnel original et d'exercer des compétences élargies.

(2) V. Const. 25 frimaire an VIII, art. 91 : « Le régime des colonies françaises est déterminé par des lois spéciales » ; Charte 4 juin 1814, art. 73 : « Les colonies sont régies par des lois et des règlements particuliers » ; Charte 14 août 1830, art. 64 : « 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 déclaré 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. not. F. Miclo, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Economica, coll. « Droit public positif », 1982, p. 25-46.

(3) « 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.*, p. 97-98.

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 Constitution⁽⁴⁾.

S'agissant plus particulièrement des départements d'outre-mer, le nouvel article 73 de la Constitution 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 collectivités⁽⁵⁾. Le nouvel article 73 de la Constitution 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 réglementaire⁽⁶⁾.

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 »⁽⁷⁾.

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 de la Constitution 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 concernait que les TOM et, dans une moindre mesure, les collectivités

(4) F. Mélin-Soucramanien, *Les collectivités territoriales régies par l'article 73 : Nouv. Cah. Cons. const.* 2012, n° 35, p. 26.

(5) S. Diémert, *Le droit de l'outre-mer : Pouvoirs* 2005, n° 113, p. 112.

(6) Sur le nouvel article 73 de la Constitution, V. not. : O. Gohin, *L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation : RFDA* juill.-août 2003, p. 678. – A.-M. Le Pourhiet, *À propos du nouvel article 73 de la Constitution : RFDA* sept.-oct. 2003, p. 890.

(7) S. Diémert, *L'histoire constitutionnelle de l'outre-mer sous la V^e République : Nouv. Cah. Cons. const.* 2012, n° 35, p. 21.

territoriales *sui generis* créées sur le fondement de l'article 72 de la Constitution 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 de la Constitution « 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. 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 sans doute été conforme à la Constitution⁽⁸⁾.

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

(8) L. Favoreu : RDP 1983, p. 379-380.

de l'article 73 de la Constitution, le législateur peut « prévoir des mesures d'adaptation susceptibles de se 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 entendus 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 elles ne liaient pas le pouvoir législatif ou 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 »⁽⁹⁾. On en était arrivé à une situation peu satisfaisante puisque, d'une part, le législateur pouvait, en application de l'article 72 de la Constitution, 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 de la Constitution, 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 départementale⁽¹⁰⁾. En revanche, Jean-Claude Douence considérait que l'article 73 de la Constitution 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 »⁽¹¹⁾.

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 de la Constitution.

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

(9) D. Custos, *Le statut constitutionnel des départements d'outre-mer* : AJDA 2001, p. 731.

(10) RDP 1991, p. 967.

(11) *Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer* : RFDA 1992, p. 447.

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.

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 alors facultative et son résultat ne liait pas juridiquement le gouvernement et le Parlement. Dorénavant la consultation devient obligatoire et si la réponse est négative, le Parlement ne peut passer outre un refus d'évolution qui s'apparente alors à un veto⁽¹²⁾.

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 de la Constitution, 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 de la Constitution, 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 de la Constitution (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.

Il convient de souligner que les collectivités créées sur le fondement du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution 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 administrative⁽¹³⁾.

La question s'est posée de savoir si La Réunion pourrait connaître une évolution comparable en application des dispositions de l'article 73, dernier alinéa, de la Constitution.

En réalité, même si la rédaction de l'article 73 ne brille pas par sa clarté, il semble évident qu'aux termes de l'article 73, alinéa 5, seuls les alinéas 3 et 4 de ce même

(12) La 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 (V. not. T. Michalon, *L'outre-mer français. Évolution institutionnelles et affirmations identitaires*, L'Harmattan, 2009, p. 159).

(13) V. not. M.-J. Aglaé, *Le Conseil constitutionnel et l'article 73 de la Constitution : RFD const.* 95-2013, p. 576-577.

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, *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 unique⁽¹⁴⁾.

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 (L. 11 juin 1985), ou à partir d'un territoire d'outre-mer pour Mayotte (L. 24 déc. 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 de la Constitution 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 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-elles accédé par la loi organique du 21 juillet 2007 au statut de collectivité d'outre-mer de l'article 74, après que leur population a approuvé ce changement en décembre 2003 (95,5 % de « oui » à Saint-Barthélemy : 76,1 % de « oui » à Saint-Martin).

En sens inverse, Mayotte, collectivité régie par l'article 74 de la Constitution, est devenue le 31 mars 2011 une collectivité à statut particulier de l'article 73 (dénommée département), après approbation massive de ce changement par sa population le 29 mars 2009 (95,2 % de « oui »).

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-

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

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, en vertu de l'article 72, alinéa 4, mais encore, s'agissant plus précisément des collectivités de l'article 73, 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 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 »⁽¹⁵⁾.

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 ultrapériphériques, dont sont par ailleurs membres les DOM, afin 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 »⁽¹⁶⁾.

(15) F. Luchaire, *La décentralisation dans les départements d'outre-mer* : AJDA 1983, p. 122.

(16) *L'assimilation adaptée de l'article 73*, in Y. Gaudemet et O. Gohin (ss dir.), *La République décentralisée*, éd. Panthéon Assas, 2004, p. 127.

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 règlements⁽¹⁷⁾, mais il s'exerce le plus souvent de manière positive par l'édiction 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 de la Constitution, 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, caractère public de la domanialité des cours d'eau, droit de la fonction publique)⁽¹⁸⁾, de droit fiscal (octroi de mer, TVA, dispositifs de défiscalisation destinés à encourager les investissements)⁽¹⁹⁾, de droit civil⁽²⁰⁾, de droit des étrangers⁽²¹⁾ 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 officiellement⁽²²⁾. À 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 métropolitain⁽²³⁾.

La nouvelle rédaction de l'article 73 de la Constitution permet 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*

(17) 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*, préc., p. 113).

(18) V. A. Pariente, *Les particularismes de la fonction publique outre-mer*, in F. Mélin-Soucramanien (ss dir.), *L'outre-mer français : un « modèle » pour la République ?*, PU Bordeaux 2008, p. 113.

(19) V. P. Augé, *L'adaptation des règles fiscales dans les départements d'outre-mer*, in J.-Y. Faberon et J.-F. Aubry (ss dir.), *L'évolution du statut du département d'outre-mer*, PUAM, 1999, p. 27.

(20) S. 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. préc., p. 114).

(21) O. Lecucq, *Les spécificités du droit des étrangers dans l'outre-mer français*, in F. Mélin-Soucramanien (ss dir.), *L'outre-mer français : un « modèle » pour la République ?*, PU Bordeaux, 2008, p. 131.

(22) V. not. F. Miclo, *op. cit.*, p. 131.

(23) V. not. J.-Y. Faberon et J. Ziller, *Droit des collectivités d'outre-mer*, LGDJ, 2007, p. 78-87.

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 »⁽¹⁾, et même si le contrôle du Conseil constitutionnel a davantage l'occasion de s'exercer depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, 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 de la Constitution 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 »⁽²⁾.

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 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⁽³⁾.

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⁽⁴⁾.

De même, 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⁽⁵⁾.

(1) O. Gohin, *Égalité et différenciation dans les départements d'outre-mer : la notion de situation particulière dans l'article 73 de la Constitution*, in A.-M. Le Pourhiet (ss dir.), *Droit constitutionnel local*, Economica-PUAM, 1999, p. 134.

(2) Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, consid. 110. V. aussi Cons. const., 22 avr. 1997, n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, consid. 21.

(3) Cons. const., 25 janv. 2013, n° 2012-290/291 QPC, *Sté Distrivit et a.*

(4) Cons. const., 5 avr. 2013, n° 2013-301 QPC, *M^{me} Annick D. Épse L.*

(5) Cons. const., 22 mai 2013, n° 2013-313 QPC, *CCI de région des îles de Guadeloupe et a.*

S'agissant des règles de formation et de composition de la cour d'assises de Mayotte, le Conseil constitutionnel a jugé dans la décision n° 2016-544 QPC du 3 juin 2016 (*M. Mohamadi C.*) que la population de Mayotte présente des caractéristiques et contraintes particulières, au sens de l'article 73 de la Constitution, de nature à permettre au législateur d'adapter les conditions dans lesquelles est formé le jury de la cour d'assises de Mayotte. En effet, une proportion importante de la population de Mayotte ne remplit pas les conditions d'âge, de nationalité et de connaissance de la langue et de l'écriture françaises exigées pour exercer les fonctions d'assesseur-juré. Ainsi, alors que les règles de droit commun prévoient que les jurés de cours d'assises sont tirés au sort à partir d'une liste établie, après tirage au sort, parmi l'ensemble des citoyens inscrits sur les listes électorales, le tirage au sort des assesseurs-jurés de la cour d'assises de Mayotte peut s'effectuer à partir d'une liste restreinte de citoyens établie par certaines autorités. Par ailleurs, en abaissant le nombre de jurés composant la cour d'assises de Mayotte tant en premier ressort qu'en appel, le législateur a institué une différence de traitement qui tient compte des caractéristiques et contraintes particulières propres au département de Mayotte et qui est en rapport avec l'objet de la loi.

En revanche, dans la décision n° 2004503 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 texte⁽⁶⁾ et qu'il ne peut « être fait échec au principe d'assimilation que le législateur a voulu faire prévaloir »⁽⁷⁾. 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⁽⁸⁾.

(6) CE, 9 févr. 1983, n° 47899, *Esdras et a.*

(7) CE, 4 oct. 1967, n° 63647, *Épx Butel*.

(8) CE, ass., 10 sept. 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, *Assoc. 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 nov. 2004, n° 253670, *Assoc. 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, de la Constitution 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 » (Const. 4 oct. 1958, art. 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⁽⁹⁾.

Cette décentralisation du pouvoir d'adaptation est apparue indispensable dans la mesure où l'adaptation par l'État 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'illustrait 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⁽¹⁰⁾. 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,

(9) Cons. const., 18 janv. 1985, n° 84-185 DC, *Loi Chevènement*. – Cons. const., 13 janv. 1994, n° 93-329 DC, *Révision de la loi Falloux*. – Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, *Autonomie de la Polynésie française*. – Cons. const., 17 janv. 2002, n° 2002-454 DC, *Corse*.

(10) Cons. const., 15 févr. 2007, n° 2007-547 DC. – Cons. const., 21 juill. 2011, n° 2011-636 DC.

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 prévoit, 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 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 est vrai qu'elles ont par ailleurs la possibilité (sauf pour 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. Ce pouvoir de déroger aux normes nationales est quant à lui d'application assez fréquente.

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

1. L'alinéa 3 de l'article 73 de la Constitution 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 »⁽¹¹⁾.

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'or-

(11) A.-M. Le Pourhiet, *À propos du nouvel article 73 de la Constitution* : RFDA sept.-oct. 2003, p. 890.

ganisation 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 » (Const. 4 oct. 1958, art. 73, al. 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.

La loi organique n° 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 compétences. 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 elle 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⁽¹²⁾.

2. Il apparaît que les demandes exprimées par les départements d'outre-mer ont été assez nombreuses et ont donné lieu à une dizaine d'habilitations dans trois domaines principalement : l'énergie, la formation professionnelle et les transports⁽¹³⁾.

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, a 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, 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, ignore.

(12) CE, 30 déc. 2015, n°s 374395 et 375404.

(13) V., par ex., l'article 69 de la loi du 21 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer qui habilite 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 (habilitation ayant abouti à neuf délibérations) ; l'article 18 de la loi du 27 juillet 2011, relative aux collectivités de Guyane et de Martinique qui 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 » (dix-sept délibérations) ; l'article 83 de la loi du 4 octobre 2015 d'actualisation du droit des outre-mer habilitant le Conseil territorial de Saint Martin à adapter les règles relatives au RSA (une délibération).

3. La révision constitutionnelle initiée en 2018 par le Président de la République, si elle aboutit, modifierait de manière substantielle l'article 73 de la Constitution. L'article 17 du projet de loi constitutionnelle « Pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace » prévoit en effet de supprimer la procédure d'adaptation des lois et règlements par les collectivités elles-mêmes dans les matières où s'exercent leurs compétences (Const. 4 oct. 1958, art. 72, al. 2), procédure qui n'a pratiquement pas été utilisée depuis qu'elle a été instituée en 2003. Seule demeurerait alors la possibilité pour les collectivités de l'article 73 de « fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire » dans le domaine de la loi ou du règlement (Const. 4 oct. 1958, art. 73, al. 3), sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti. Ce pouvoir normatif s'exercerait sur la base d'une habilitation accordée par décret en Conseil d'État, que l'habilitation porte sur des matières législatives ou des matières réglementaires. Ainsi, le pouvoir réglementaire national pourrait autoriser le pouvoir réglementaire local ultramarin de prendre des mesures relevant du domaine de la loi sans consentement préalable du Parlement alors que celui-ci est nécessaire aujourd'hui. Ce consentement serait en réalité donné *a posteriori* dans la mesure où le gouvernement serait tenu, à chaque session ordinaire, de déposer un projet de loi de ratification des actes des collectivités édictés selon la procédure de l'article 73, que ces actes soient intervenus dans le domaine législatif ou dans le domaine réglementaire. Il est prévu par ailleurs que ces actes deviendraient caducs en l'absence de ratification par le Parlement dans un délai de vingt-quatre mois suivant l'habilitation. Les conseils régional et départemental de la Réunion continueraient à ne pouvoir agir que dans les domaines relevant de leurs compétences.

*
* *

En définitive, force est de 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.

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

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.