

La territorialisation du pouvoir législatif : un enjeu renouvelé pour la V^e République

Communication au 7^{ème} Congrès français de droit constitutionnel – Paris – septembre 2008

Version provisoire – 28 août 2008

André Fazi
Ingénieur de recherche
Université de Corse

Étant déjà pluriséculaire, la possession du pouvoir législatif apparaît comme une question qui ne saurait guère recevoir de réponse définitive. Dans une première phase, sa monopolisation par le pouvoir central fut le symbole des constructions étatiques face à des provinces plus ou moins réticentes. Suivant Bodin, « la puissance de donner loi à tous en général, et à chacun en particulier » est une marque du souverain, qui ne saurait donc être partagée¹. Cependant, il ne s'agit pas d'une passion typiquement française, inspirée par l'œuvre glorieuse des rois capétiens. Locke désignait le pouvoir législatif comme le « suprême pouvoir de l'État », pouvoir qui procède du peuple tout entier et ne saurait être délégué².

Il n'en demeure pas moins qu'en France, l'héritage de la Révolution de 1789 est d'une telle puissance que la loi n'aurait pu être autre que nationale. Dans cette seconde phase, plus que l'instrument essentiel à travers lequel le pouvoir politique gouverne, la loi symbolise aussi bien l'unité de l'État et de la nation que l'égalité des citoyens qui en est au fondement. Suivant le penseur le plus connu de la Constituante, la loi doit être « au centre d'un globe immense ; tous les citoyens, sans exception, sont à la même distance sur la circonférence et n'y occupent que des places égales ; tous dépendent également de la loi, tous lui offrent leur liberté et leur propriété à protéger ; et c'est ce que j'appelle les droits communs des citoyens, par où ils se ressemblent tous »³. Conséquemment, l'unité de législation appelle l'unité du législateur. Les hommes naissant et demeurant « libres et égaux en droit » selon l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, l'article 6 dispose que « la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. »

Mais aussi glorieuse soit-elle, cette expérience ne saurait revêtir un caractère hégémonique. La naissance concomitante des fédérations modernes impliqua le développement d'une perspective toute différente⁴. Si cette suprématie absolue ne saurait interdire toute autre autorité de produire des normes, les fédérations se sont fondées sur un dessein inverse. En son temps, Bodin lui-même montra bien des difficultés à caractériser la confédération helvétique⁵.

La perspective inspirée par Bodin et consacrée en 1789 est celle de la suprématie, et renvoie à un législateur unique et omniscient. À l'inverse, la perspective fédérale repose sur le dualisme des échelons de gouvernement, chacun intervenant dans un domaine limité de compétences. Or, ce dualisme implique naturellement le dualisme de la puissance législative. Ainsi Bluntschli affirmait-il que « suivant l'étendue de leur autorité, on peut distinguer les lois de l'État (*Reichsgesetze*), les lois particulières des États d'une forme composée (*landesgesetze*), les lois provinciales, ou même locales »⁶.

¹ BODIN Jean (1576), *Les Six Livres de la République*, édition et présentation de Gérard Mairet, livre 1^{er}, chapitre 8, Paris, Librairie générale française, 1993, p. 160.

² LOCKE John (1690), *Traité du gouvernement civil*, chap. XII.

³ SIEYÈS Emmanuel-Joseph (1789), *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, Genève, Librairie Droz, 1970, p. 209.

⁴ Nous renvoyons particulièrement à : BEAUD Olivier, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007 ; CHOPIN Thierry, *La République « une et divisible ». Les fondements de la fédération américaine*, Paris, Plon, 2002 ; ZOLLER Élisabeth, « Contribution à la théorie de la fédération d'États », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 294, 2002, pp. 41-166.

⁵ BEAUD O., *Théorie de la fédération*, pp. 48-58.

⁶ BLUNTSCHLI Johann Kaspar, *Le droit public général*, Paris, Librairie Guillaumin, 1881, p. 7.

Quoique la Constitution de 1958 ne prévît aucune distinction de ce type, à l'origine il ne faisait guère de doute qu'elle porterait un coup très dur à la souveraineté du Parlement et de la loi. La volonté de circonscrire plus étroitement le domaine législatif, au profit du pouvoir réglementaire gouvernemental, était alors le principal centre d'intérêt. Contrairement à la conception qui avait prévalu jusqu'alors, le Parlement devait dorénavant limiter son action législative aux seuls cas prévus par la Constitution.

De surcroît, les constituants prévoyaient la création d'une fédération unissant la métropole aux TOM, dont les compétences auraient été essentielles⁷. Le projet ne vit pas le jour, précipitant l'indépendance de la grande majorité des TOM. Toutefois, quelques années plus tard, le processus d'intégration européenne concrétisa plus clairement l'infériorité hiérarchique des lois adoptées par les représentants du peuple vis-à-vis de normes supranationales, y compris dans le cas de lois postérieures.

En parallèle, et par-delà le maintien du régime de spécialité législative⁸, les TOM demeurés au sein de la République française virent rapidement confirmée leur capacité à intervenir dans le domaine de la loi⁹. De façon implicite, les statuts néo-calédonien et polynésien de 1976 et 1977 ont affermi ce pouvoir en ne donnant plus qu'une étroite compétence d'attribution à l'État¹⁰. Cependant, si l'on pouvait déjà parler de partage du domaine législatif, les normes adoptées par les TOM n'en demeuraient pas moins d'une fragilité évidente, tant face au législateur que face au juge administratif¹¹.

Bien que la Constitution de 1958 soit imprécise lorsqu'elle indique que « la loi est votée par le Parlement » (art. 34)¹², la loi n'est pas moins – plus ou moins directement – l'œuvre du peuple ou de ses représentants. D'un point de vue formel, aucun acte adopté par une assemblée territoriale ne saurait prétendre à cette dignité¹³. Pourtant, la signature de l'accord de Nouméa fut un événement important, bien au-delà de la saisissante affirmation suivant laquelle le partage de compétences opéré est synonyme d'une « souveraineté partagée ». La nature unitaire de l'État fut alors mise en question, aussi bien à un niveau politique¹⁴ qu'académique¹⁵. Depuis, les diverses réformes survenues renforcent l'hypothèse d'une évolution

⁷ « Avant-projet de Constitution du 19 juillet 1958 », in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 1, Paris, La documentation française, 1987, p. 469. La fédération aurait été compétente en matière de diplomatie et de défense, d'exploitation des « matières premières stratégiques », d'enseignement supérieur, de plans d'investissement, de « contrôle de la justice sous l'autorité de la Cour de cassation », et de « politique économique et financière commune ».

⁸ Louis Favoreu qualifia la France d'« État unitaire décentralisé plurilégislatif » ; définition manifestant l'unité du pouvoir normatif et l'existence de singularités territoriales (FAVOREU L., « Les bases constitutionnelles de la décentralisation », in MOREAU Jacques, VERPEAUX Michel (dir.), *Révolution et décentralisation : le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, actes du colloque de Besançon des 14-15 décembre 1989, Paris, Economica, 1992, pp. 20-23).

⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965. C'est la loi-cadre n° 56-619 du 19 juin 1956, dite « loi Defferre », qui avait conféré pour la première fois de tels pouvoirs aux TOM.

¹⁰ Loi n° 76-1222 du 28 décembre 1976 relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, art. 7 ; loi n° 77-712 du 12 juillet 1977 relative à l'organisation de la Polynésie française, art. 62.

¹¹ BRARD Yves, « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les “lois du pays” de la spécialité législative au partage du pouvoir législatif », *Revue Juridique Polynésienne*, numéro hors série, 2001, pp. 50-55.

¹² Comme le souligne Guy Carcassonne, la loi peut être adoptée par référendum, par la seule Assemblée nationale, ou considérée comme adoptée sans vote à travers l'article 49-3 (CARCASSONNE G., *La Constitution*, Paris, Seuil, 5^{ème} édition, 2002, p. 170).

¹³ Le statut polynésien qualifiait les lois du pays d'actes « quasi-législatifs » dans son exposé des motifs, puis d'actes « relevant du domaine de la loi » (loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, art. 140). En revanche, le Conseil constitutionnel affirma clairement leur nature administrative (décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, considérant n° 75). Concernant la Nouvelle-Calédonie, l'accord de Nouméa ayant valeur constitutionnelle (art. 77) et dérogeant à plusieurs principes constitutionnels, la situation eût pu être diverse mais le texte était très lacunaire sur la définition des lois du pays (accord de Nouméa signé le 5 mai 1998, point 2.1.3, *JORF*, 27 mai 1998, p. 8041). La seule précision notable regardait le contrôle, qui ne pourrait être exercé qu'*a priori*, par le Conseil constitutionnel. Par la suite, le statut du territoire établit que les lois du pays ont « force de loi » (loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, art. 107), et que les projets et propositions sont obligatoirement soumis pour avis au Conseil d'État (art. 100). Malgré tout, le Conseil constitutionnel ne les a qualifiées que de « délibérations ayant force de loi » (décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, considérant n° 20).

¹⁴ Un rapport de l'Assemblée nationale soutint que la République rompait « définitivement avec l'indivisibilité de la souveraineté nationale », que le Parlement national n'était plus l'unique organe du pouvoir législatif, et que le bloc de constitutionnalité lui-même était désormais pluriel (Assemblée Nationale, XI^e législature, n° 1665, *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles [...] sur le projet de loi constitutionnelle (n° 1624) relatif à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie*, par Catherine Tasca, enregistré le 2 juin 1999).

¹⁵ Jacques Ziller parla d'un « État composé qui s'ignore » (ZILLER Jacques, « L'État composé et son avenir en France », *RPP*, n° 1009-1010, nov. déc./janv. fév. 2001, p. 156).

sensible de la distribution territoriale des pouvoirs normatifs, à travers deux grandes logiques s'entrecroisant en plusieurs points : celle de l'adaptation et celle de l'exception.

S'agissant de la première, depuis la réforme constitutionnelle de 2003 les départements et régions d'outre-mer (DROM) peuvent être habilités à adapter eux-mêmes des dispositions législatives ou à fixer les règles dans des matières relevant du domaine de la loi (art. 73). Quoiqu'il n'implique que des adaptations temporaires, nous y rattacherons le droit à l'expérimentation législative dont sont titulaires toutes les collectivités locales françaises (art. 72-4). S'agissant de la seconde, le contrôle juridictionnel des actes intervenant dans le domaine de la loi, la participation à l'exercice de nombreuses compétences régaliennes, la procédure de déclassement des lois intervenant dans le domaine de compétence territorial, la possibilité de régler l'exercice de droits fondamentaux (art. 74), sont autant de symboles témoignant d'une mutation profonde. Si les normes adoptées par les assemblées territoriales ne peuvent être qualifiées de lois, on constate qu'elles subrogent de plus en plus souvent la loi, et que la hiérarchie classique postulant la supériorité de cette dernière est largement remise en cause tant en théorie qu'en pratique. Nonobstant les silences de la Constitution et de la jurisprudence constitutionnelle, il nous paraît préférable de considérer les lois du pays et autres normes similaires comme une catégorie d'actes à part entière. De façon générale, il s'agit bien de normes de mise en cause, générales et impersonnelles, créant au besoin des sanctions pénales¹⁶. Dès lors, elles apparaissent malaisément assimilables à des normes réglementaires, fussent-elles autonomes et ayant force de loi.

Loin de vouloir relativiser l'importance du débat théorique sur la nature formelle des normes locales, nous avons principalement voulu interroger leur contenu matériel. Ce dernier nous semble poser les questions les plus intéressantes, lesquelles sont d'une telle variété et d'une telle richesse qu'y répondre de façon satisfaisante relève peut-être de la gageure. Parmi les plus essentielles, l'égalité des citoyens se trouve certainement au firmament. Cela dit, celles qui sont relatives à l'organisation territoriale de l'État et aux pouvoirs locaux revêtent aussi un caractère capital. Sont en jeu ici les relations entre l'État et les collectivités concernées, tant d'un point de vue politique que contentieux, mais aussi, sauf à oublier qu'un pouvoir normatif ne prend sens qu'à travers son utilisation, la capacité politique de ces collectivités¹⁷.

De surcroît, cette territorialisation du domaine de la loi intervient à une période où le diagnostic d'une crise de la loi est de mieux en mieux établi. Si une telle crise était déjà dénoncée dans les années 1970¹⁸, la situation semble avoir substantiellement évolué¹⁹. Le Conseil d'État a récemment élaboré un rapport alarmant²⁰, parlant dans ses conclusions de « dérives qui disqualifient la loi et le législateur, et menacent la cohésion sociale ». Le Conseil constitutionnel y répond à travers une attention de plus en plus importante à

¹⁶ Ce pouvoir est très encadré et ne représente pas une réelle nouveauté. Il peut être exercé dans la limite du « maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements applicables en matière pénale ». Sont concernées, avec des modalités diverses, la Nouvelle-Calédonie (loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, art. 86-87), la Polynésie (loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, art. 20-21), Saint-Barthélemy (*Code général des collectivités territoriales*, art. 6251-3.-I), Saint-Martin (*CGCT*, art. 6351-3.-I), et Saint-Pierre-et-Miquelon (*CGCT*, art. 6461-4).

¹⁷ Keating relie la « capacité gouvernementale » à la « capacité à formuler et à mettre en œuvre un projet de développement » (KEATING Michael, « Les régions constituent-elles un niveau de gouvernement en Europe ? », in LE GALÈS Patrick, LEQUESNE Christian (dir.), *Les paradoxes des régions en Europe*, Paris, La découverte, 1997, pp. 19-35). Tel est le sens que nous donnons à l'expression « capacité politique ».

¹⁸ Pour exemple : FREUND Julien, « L'ennemi et le tiers dans l'État », *Archives de philosophie du droit*, t. XXI, 1976, p. 34. « Nous assistons à une multiplication abracadabrante des lois, au point qu'elle cesse d'être générale, puisqu'elle régit de plus en plus des aspects particuliers des activités humaines, qui relèvent davantage de la réglementation ou du protocole. Elle s'insinue dans tous les détails de nos actes, les contrôlant et les soumettant à un formalisme étouffant. À force de tout vouloir légaliser l'État se paralyse lui-même et brise son dynamisme. Du même coup la loi perd son prestige de norme pour s'avilir en une simple adaptation à la pratique. »

¹⁹ Parmi les différentes contributions à ce sujet : CARCASSONNE Guy, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, pp. 39-52 ; GOHIN Olivier, « Désordre normatif et droit de la décentralisation », *Pouvoirs locaux*, n° 68, I/2006, pp. 121-128.

²⁰ Rapport public du Conseil d'État, 2005, *Sécurité juridique et complexité du droit*, études et documents du Conseil d'État, n° 56, Paris, La documentation française, 2006, pp. 224-338.

la normativité de la loi²¹, aboutissant à la censure de dispositions jugées « manifestement dépourvues de toute portée normative », et à des réserves concernant des « dispositions de portée normative incertaine »²².

Les dispositifs que nous étudierons ici ont fait l'objet d'une attention très inégale au niveau académique. Les situations de la Nouvelle-Calédonie et, à un degré moindre, de la Polynésie ont fait l'objet de très nombreux travaux. À l'inverse, les autres collectivités ont été plutôt ignorées. Mais plus que la réalisation d'un état des lieux, notre objectif est de mettre en perspective le futur de ces dispositifs, tant au regard de leur utilisation et de la jurisprudence existante, qu'à celui des expériences étrangères. La seule diversité de ces dernières démontre combien la territorialisation du pouvoir législatif est un processus complexe, indécis et fragile. Dans un État aussi marqué que la France par les principes d'unité et d'égalité, il était d'autant plus difficile de croire en sa facile consécration. Nous voudrions montrer combien les choix effectués – souvent présentés comme diamétralement opposés – sont riches d'incertitudes, si ce n'est d'incohérences, mais aussi que la quête d'équilibres satisfaisants et féconds n'apparaît pas comme un objectif illusoire.

I. La logique d'adaptation entre timidité et fiction

En théorie, la réforme constitutionnelle de 2003 ouvrit d'assez larges portes à la différenciation parmi les collectivités locales soumises au principe général d'identité législative. Dans la pratique, il n'y avait guère lieu de craindre un foisonnement normatif indéchiffrable. L'expérimentation législative par les collectivités revêt encore un caractère quasi-exceptionnel, et l'efficacité des expériences initiées est loin de pouvoir être mesurée. Les certitudes sont encore moindres en ce qui concerne le dispositif d'adaptation destiné aux DROM. Ne fût-ce que pour avoir été adoptée près de quatre ans après la réforme de la Constitution²³, l'indispensable loi organique en établissant les modalités suscita de fortes critiques. Toutefois, c'est bien la portée réelle de ce nouveau pouvoir qui est principalement en question.

A. Un contrôle extrêmement restrictif

Sans nul doute, les deux principaux dispositifs créés par la réforme de 2003 présentent un caractère commun des plus essentiels : celui d'être placés sous l'étroit contrôle du pouvoir politique national, et plus particulièrement du Parlement. S'il était certain que la France n'allait pas connaître une révolution copernicienne, l'étendue de ce contrôle est telle que les collectivités concernées pourraient ne trouver qu'un intérêt minime aux possibilités qui leur ont été offertes.

1. Les promesses non tenues de l'expérimentation

L'expérimentation législative fut présentée comme une importante novation, signant un véritable basculement de conception. Selon le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale, elle « apparaît non seulement comme un instrument essentiel de la réforme de l'État mais aussi comme un changement de conception : la thèse de l'infailibilité de la loi et du législateur fait place maintenant à une vision plus réaliste du droit, et singulièrement de la norme législative, qui doit sans cesse appréhender des contraintes du réel multiformes et mouvantes »²⁴.

²¹ À ce sujet : MATHIEU Bertrand, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, avril/septembre 2006.

²² Conseil constitutionnel, décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 (loi d'orientation et de programme sur l'avenir de l'école), considérants n° 16 à 21.

²³ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer.

²⁴ Assemblée nationale, XII^e législature, n° 955, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles [...] sur le projet de loi organique, (n° 855), relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, par Michel Piron, enregistré le 18 juin 2003, p. 5.

En vérité, nonobstant le fait symbolique, le procédé n'avait rien d'innovant. Le rapport précité nous apprend que la première expérimentation relative à une partie du territoire remontait à 1962. Le Conseil constitutionnel reconnu officiellement la validité de cette technique en 1993, tout en imposant au législateur « de définir précisément la nature et la portée de ces expérimentations », « les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises », ainsi que « les conditions et les procédures selon lesquelles [elles] doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon »²⁵.

Au bout de cinq ans, le bilan est beaucoup plus mitigé. Non seulement les possibilités ouvertes aux collectivités locales ont été très peu nombreuses – tout au plus peut-on en dénombrer douze –, mais ces dernières les ont totalement dédaignées dans le tiers des cas. Certaines ont connu un très beau succès, telles que l'expérimentation du revenu de solidarité active, à laquelle se livrent non moins de 34 départements²⁶. C'est plus encore le cas de l'élaboration, par le conseil régional, d'un schéma régional de développement économique²⁷. Néanmoins, sans vouloir relativiser cette responsabilité, il est à remarquer qu'il s'agit d'une compétence que possède la Collectivité Territoriale de Corse depuis 1991²⁸, qui n'implique pas de réels risques pour les régions demandeuses, et qui pourrait avoir un réel impact, d'un point de vue économique mais aussi, voire surtout, d'un point de vue politique. À l'inverse, la gestion des crédits d'entretien des monuments classés semble être apparue comme une charge supplémentaire présentant un intérêt limité. Seuls une région et trois départements ont déposé leur candidature²⁹, et seule celle du département du Lot a été retenue³⁰.

Présumer de futurs développements est difficile. Il est possible de penser que les collectivités locales seraient plus actives et réactives, si elles n'avaient déjà fort à faire pour s'approprier pleinement les compétences dévolues par la loi de 2004, et pour trouver un nouvel équilibre financier. Au demeurant, le dispositif ne permettait guère d'espérer une explosion de dynamisme. Il était évident que le Parlement autoriserait, encadrerait et contrôlerait toute démarche, et que l'expérimentation ne pourrait être synonyme de dérogation. Mais surtout, les initiatives locales ont été confinées dans la marginalité³¹, voire la clandestinité, à tel point que distinguer l'expérimentation prévue par l'article 37-1 et celle prévue par l'article 72, al. 4, de la Constitution en devient surfait. Y compris dans le second cas, la maîtrise du Parlement est si grande que l'on peut affirmer qu'« à proprement parler », ce droit à l'expérimentation « n'en est pas un »³².

²⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, considérant n° 9. Le Conseil reconnu « qu'il est même loisible au législateur de prévoir la possibilité d'expériences comportant des dérogations [...] de nature à lui permettre d'adopter par la suite, au vu des résultats de celles-ci, des règles nouvelles ».

²⁶ Haut Commissaire aux solidarités actives contre les pauvretés, *Livre vert vers un revenu de solidarité active*, février 2008, http://www.premier-ministre.gouv.fr/IMG/pdf/livre_vert.pdf [août 2008], p. 16.

²⁷ Assemblée nationale, XII^e législature, n° 3199, *Rapport d'information [...] par la commission des lois constitutionnelles [...] sur la mise en application de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales*, enregistré le 28 juin 2006, p. 73. En moins de deux ans, douze régions avaient déjà signé un SRDE. Onze autres devaient adopter le leur avant la fin de l'année 2006. Cette possibilité avait été ouverte par l'article 1^{er} de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004.

²⁸ Loi n° 91-428 du 13 mai 1991 portant statut de la Collectivité territoriale de Corse, art. 58.

²⁹ *Rapport d'information [...] sur la mise en application de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales*, p. 79.

³⁰ Décret n° 2007-1343 du 11 septembre 2007 pris pour l'application de l'article 99 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, art. 1.

³¹ *Rapport [...] sur le projet de loi organique, (n° 855), relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, p. 17. « [...] l'initiative de l'expérimentation revient au législateur ; une telle disposition n'interdit pas cependant que les collectivités territoriales aient une force de proposition en la matière [...]. Ce pouvoir de proposition, en amont de la loi d'habilitation, ne figure pas dans la loi organique, ou, du moins, n'est qu'évoqué à travers un rapport annuel au Parlement faisant état des propositions émises par les collectivités locales. Son inscription dans la loi n'a pas été jugée souhaitable car elle pourrait contrevenir aux dispositions de l'article 39 de la Constitution réservant l'initiative des lois au Premier ministre et aux membres du Parlement : il ne faudrait pas que le législateur se trouve dans l'obligation, au vu des initiatives proposées par les collectivités territoriales, de procéder à l'expérimentation ; le législateur devant garder toute latitude pour autoriser cette expérimentation, la procédure d'initiative locale ne saurait être formalisée. »

³² CAILLOSSE J., « Comment le "centre" (se) sort-il des politiques de décentralisation ? Éléments de réponse du droit français », *Pouvoirs locaux*, n° 63, IV/2004, p. 49.

Cinq ans après l'adoption de la loi organique, aucune « demande formalisée » d'expérimentation sur la base de l'article 72, al. 4, de la Constitution n'avait été enregistrée³³.

Il est vrai que d'autres États (USA, Allemagne, Norvège, etc.) utilisent la méthode expérimentale, et que cette dernière peut rarement être qualifiée de réussite³⁴. Pour autant, il semble que ses potentialités soient particulièrement difficiles à révéler en France. Ces laborieux débuts de l'expérimentation législative, et tout particulièrement la grande réserve des collectivités locales, renvoient au déficit général de coopération entre l'État et ces dernières. Si les collectivités locales françaises ont prouvé qu'elles pouvaient, à l'occasion, représenter un puissant groupe d'intérêt³⁵, la création d'instances officielles de collaboration devrait être bien plus féconde. Celle-ci est présentée comme nécessaire, voire indispensable, par plusieurs rapports récents³⁶. Ce développement des relations partenariales peut être conçu non pas comme une nouvelle preuve de l'affaiblissement et de la dénaturation du pouvoir souverain, mais comme une étape incontournable de la maturation d'un État décentralisé.

2. Les promesses impossibles de l'adaptation ?

Loin de se limiter aux seuls DROM, la loi organique de 2007 étendit les possibilités d'adaptation législative à plusieurs COM. Le dispositif est ainsi utilisable par le conseil général de Mayotte³⁷, ainsi que par les conseils territoriaux de Saint-Barthélemy³⁸, Saint-Martin³⁹, et Saint-Pierre-et-Miquelon⁴⁰. Cependant, les exceptions sont notables. La première, imposée par la Constitution elle-même (art. 73, al. 5), interdit aux collectivités de la Réunion d'être habilitées à fixer les règles dans « un nombre limité de matières relevant du domaine de la loi ». Du fait des volontés politiques exprimées localement, cette possibilité n'a pas non plus été donnée au conseil général de Mayotte. À l'inverse, même si Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon et – surtout – Saint-Barthélemy fixent les règles dans d'importantes matières⁴¹, ces trois collectivités sont privées du pouvoir de demander une habilitation afin d'en faire de même dans d'autres matières. Peut-être jugea-t-on que leurs pouvoirs étaient déjà fort étendus, mais la logique est peu évidente. En de nombreux domaines, des collectivités pourtant censées être beaucoup plus proches du droit commun devraient bénéficier de latitudes supérieures.

À l'échelle des modalités, la Constitution laissait imaginer que les collectivités concernées bénéficieraient de libertés assez importantes. Certes, elles devraient obtenir l'habilitation du Parlement avant de pouvoir procéder aux adaptations, et ne pourraient attenter aux « conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti »⁴². Néanmoins, d'un côté, seul un nombre limité de matières à caractère régalien est exclu du champ des adaptations permises. D'un autre côté, il serait possible à ces collectivités d'intervenir aussi dans le domaine de la loi. Enfin, la Constitution n'exclut pas qu'une habilitation porte sur l'ensemble d'une matière, ressortissant ou non aux compétences de la collectivité concernée.

³³ <http://www.dgcl.interieur.gouv.fr> [août 2008].

³⁴ Centre d'analyse stratégique, « L'expérimentation législative : un outil pour mieux légiférer ? », *La note de veille*, n° 84, 3 décembre 2007.

³⁵ LE LIDEC Patrick, « Le jeu du compromis : l'État et les collectivités territoriales dans la décentralisation en France », *Revue Française d'Administration Publique*, n° 121-122, 2007, pp. 111-130.

³⁶ Conseil d'État, section du rapport et des études, *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, étude adoptée le 23 octobre 2003 par l'assemblée générale du Conseil d'État, Paris, La documentation française, 2004, pp. 40-48 ; Assemblée nationale, XII^e législature, n° 2881, *Rapport d'information [...] par la commission des lois constitutionnelles [...] sur l'équilibre territorial des pouvoirs*, présenté par Michel Piron, enregistré le 22 février 2006, pp. 317-320 ; *Les relations entre l'État et les collectivités locales*, rapport du groupe de travail présidé par Alain Lambert, à l'attention du Premier ministre, décembre 2007, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr> [mars 2008], pp. 11-14.

³⁷ *CGCT*, art. LO 6161-2 à 6161-7.

³⁸ *Ibid.*, art. LO 6251-5 à 6251-10.

³⁹ *Ibid.*, art. LO 6351-5 à 6351-10.

⁴⁰ *Ibid.*, art. LO 6461-5 à 6461-10.

⁴¹ *Ibid.*, art. LO 6314-3-I ; LO 6414-1-II ; LO 6214-3-I.

⁴² Le groupe socialiste soutint un amendement demandant que les DROM fixent les règles dans leur sphère de compétence, et que l'encadrement du Parlement national n'intervienne qu'*a posteriori* lorsqu'il s'agirait d'un domaine ressortissant à l'article 34 de la Constitution (*JOAN*, compte-rendu intégral, 2^{ème} séance du 27 novembre 2002, amendement n° 84, p. 5873).

Indubitablement, il était difficile d'imaginer qu'un conseil général ou un conseil régional se retrouverait entièrement compétent en matière de tourisme, de logement ou d'action sociale. Il était prévisible que les objectifs poursuivis devraient être explicités, et que l'habilitation porterait sur un objet clairement établi. Cela ne s'opposait pas à ce que la collectivité habilitée soit ensuite libre, dans les limites fixées par la Constitution, de définir les mesures jugées opportunes. Telle semblait être la philosophie générale qui se dégageait des rapports parlementaires, bien que ceux-ci – comme les débats attenants – fussent muets sur les modalités de l'habilitation⁴³.

La loi organique fit un choix différent, en exigeant des collectivités concernées – à l'exception des ROM – qu'elles précisent préalablement la « nature » des mesures d'adaptation qu'elles envisagent. À tout le moins, on peine à imaginer ce qui aurait motivé ces – certes théoriques – latitudes supplémentaires des ROM, mais il est probable que la logique de surenchère qui a marqué la phase parlementaire les a simplement oubliées. Initialement, le projet de loi organique prévoyait uniquement une « délibération motivée » mentionnant les dispositions en cause ou la matière devant faire l'objet de l'habilitation⁴⁴. Ensuite, à l'initiative de sa commission des lois, le Sénat a adopté plusieurs amendements demandant que, pour chaque collectivité, la « demande d'habilitation précise la finalité des mesures » qu'elles désirent mettre en œuvre⁴⁵. Enfin, toujours à l'initiative de la commission des lois, l'Assemblée nationale a adopté, afin de « parfaire l'information du Parlement », d'autres amendements requérant que soit indiquée la « nature » des mesures envisagées⁴⁶.

Suivant les interprétations, le Parlement aura fait preuve de prudence élémentaire, et/ou d'une volonté de contrôler totalement le processus. Quoi qu'il en fût, cela devrait avoir pour conséquence de réduire substantiellement ledit pouvoir d'adaptation au pouvoir de proposer des adaptations. Nous ne connaissons aucun autre État pratiquant un tel contrôle *a priori*. Le seul exemple auquel nous puissions nous reporter est celui du Pays de Galles, où la réforme de 2006 crée un dispositif complexe⁴⁷, vis-à-vis duquel on pourrait quasiment parler de législation négociée. Celui-ci repose bien sur une habilitation à légiférer, donnée par le Parlement en une matière rigoureusement définie et ressortissant aux champs de compétences susceptibles d'être dévolus à l'Assemblée galloise⁴⁸. Cependant, d'une part, le mémorandum que joignent les autorités galloises, à l'appui de leurs demandes, détaille les objectifs qu'elles poursuivent mais pas les mesures qu'elles envisagent d'adopter⁴⁹. D'autre part, un tel choix ne serait guère conséquent considérant que, sauf à ce que Westminster en vienne à se dédire, l'habilitation est permanente et s'assimile donc plutôt à une délégation.

⁴³ Sénat, session ordinaire de 2002-2003, n° 27, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles [...] sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République [...]*, par René Garrec, annexe au procès-verbal de la séance du 23 octobre 2002, pp. 148-152 ; Assemblée nationale, XII^e législature, n° 376, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles [...] sur le projet de loi constitutionnelle (n° 369), adopté par le Sénat, relatif à l'organisation décentralisée de la République [...]*, par Pascal Clément, enregistré le 13 novembre 2002, pp. 49-51.

⁴⁴ Sénat, session ordinaire de 2005-2006, n° 360, *Projet de loi portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, annexe au procès-verbal de la séance du 17 mai 2006.

⁴⁵ Sénat, session ordinaire de 2006-2007, n° 25, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles [...] sur le projet de loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer [...]*, par Christian Cointat, t. I, annexe au procès-verbal de la séance du 18 octobre 2006, passim.

⁴⁶ Assemblée nationale, XII^e législature, n° 3593, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles [...] sur le projet de loi organique (n° 3404) [...] portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, par Didier Quentin, t. I, enregistré le 17 janvier 2007, passim.

⁴⁷ *Government of Wales Act 2006*, 25 juillet 2006, 3^{ème} partie ; JOHNSON Nigel, « The Government of Wales Act 2006: Welsh Devolution Still a Process and Not an Event? », *Web Journal of Current Legal Issues*, n° 4, 2007, <http://webjcli.ncl.ac.uk/2007/issue4/johnson.html> [mars 2008].

⁴⁸ Initialement, ces champs étaient au nombre de vingt (liste n° 5), mais le Parlement peut en rajouter ou en supprimer (art. 95, (1), b). Ils sont définis de façon générique (« développement économique », « protection sociale », « éducation et formation », etc.), ce qui justifie que les compétences dévolues soient plus rigoureusement déterminées. Concernant la protection sociale, les autorités galloises ont récemment demandé à être habilitées à légiférer en de nombreux points, tels la protection des mineurs contre la violence, les services d'adoption, le placement des mineurs, etc. (House of Commons, Welsh Affairs Committee, *The proposed draft National Assembly for Wales (Legislative Competence) (social welfare and other fields) Order 2008: Government Response to the Committee's Fifth Report of Session 2007-08 [...]*, HC 993, 23 juillet 2008).

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 12-22.

Sans présumer des effets de la réforme constitutionnelle de juillet 2008, « l'encombrement du Parlement » dénoncé par le Conseil d'État⁵⁰ devient tel que l'on peut craindre que les demandes d'habilitation fassent l'objet d'une attention toute relative, et que les projets et propositions de loi enregistrés feroient l'objet d'un examen trop rapide. Quoique logique, la décision du Conseil constitutionnel, interdisant l'utilisation des ordonnances à l'échelle des procédures d'habilitation⁵¹, devrait compliquer plus encore la prise en compte des sollicitations locales.

Au surplus, afin que les demandes présentées et les mesures adoptées ne puissent être renforcées par la légitimité populaire, les délibérations ne peuvent faire l'objet d'un référendum local⁵². Le Gouvernement voulait même prohiber tout type de consultation, par souci de conserver une totale liberté au Parlement⁵³. En revanche, un amendement du Sénat permet l'organisation d'une simple consultation, dans le seul cas des mesures adoptées sur la base de l'habilitation⁵⁴.

Potentiellement, le contrôle politique du pouvoir central est si parfait que d'autres aspects du dispositif, d'apparence plus audacieuse, revêtent une importance assez symbolique. D'un côté, grâce à un amendement du Sénat⁵⁵, les dispositions d'adaptation ne pourront être modifiées que si la loi « le prévoit expressément »⁵⁶. S'il s'agit d'une entorse au principe constitutionnel de l'applicabilité « de plein droit » des lois dans les DOM (art. 73, al. 1), le Parlement conserve bien tout son pouvoir.

D'un autre côté, « compte tenu du fait que les délibérations en cause interviendront dans le domaine de la loi ou en lieu et place du pouvoir réglementaire central »⁵⁷, le Sénat a confié au Conseil d'État le pouvoir de contrôler les mesures d'adaptation⁵⁸, ce qui distingue ces dernières des actes réglementaires de droit commun. Néanmoins, faute de mention en ce sens, cela ne suppose pas un régime particulier à l'échelle des normes de référence. Contrairement aux actes matériellement législatifs des COM dotées de l'autonomie, le Conseil d'État ne se limitera pas à la conformité à la Constitution, aux lois organiques, aux engagements internationaux de la France et aux principes généraux du droit. Certes, le contrôle ne devrait pas être aussi strict qu'il ne l'était sur les mesures particulières adoptées par le pouvoir central⁵⁹. La réforme de 2003 prévoyait bien un assouplissement du régime législatif de ces territoires, lorsqu'elle indiquait que les adaptations procéderont de leurs « caractéristiques et contraintes particulières », et non plus de leurs « nécessités ». En somme, les formes du contrôle pourraient s'assimiler à celles qui étaient utilisées jusqu'en 2003, pour les actes des TOM intervenant dans le domaine de la loi⁶⁰.

Nul ne saurait supputer que le Parlement accueillera toutes les demandes d'habilitation par une expertise sourcilieuse, interminable et décourageante. Pour autant, la tendance à considérer avec de plus en plus de bienveillance les revendications locales, donnant jusqu'à l'apparence de relations contractuelles⁶¹, n'est pas annonciatrice de blancs-seings. Au niveau des COM, les rapports relatifs à la loi organique de 2007

⁵⁰ Conseil d'État, « Sécurité juridique et complexité du droit », *passim*.

⁵¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, considérant n° 37.

⁵² *CGCT*, art. LO 3445-12, LO 4435-12, LO 6161-2, LO 6161-6, LO 6251-5, LO 6251-9, LO 6351-5, LO 6351-9, LO 6461-5, LO 6461-9.

⁵³ Sénat, session ordinaire de 2006-2007, n° 25, *Rapport [...] sur le projet de loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer [...]*, t. I, p. 94.

⁵⁴ Il s'agissait de l'amendement n° 1 déposé au nom de la commission des lois par le rapporteur de celle-ci (*JO Sénat*, compte-rendu intégral, 30 octobre 2006, pp. 7278-7279).

⁵⁵ *Ibid.*.

⁵⁶ *CGCT*, art. LO 3445-8, LO 4435-8, LO 6161-7, LO 6251-10, LO 6351-10, LO 6461-10.

⁵⁷ Sénat, session ordinaire de 2006-2007, n° 25, *Rapport [...] sur le projet de loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer [...]*, t. I, p. 93.

⁵⁸ *CGCT*, art. LO 3445-7, LO 4435-7, LO 6161-6, LO 6251-9, LO 6351-9, LO 6461-9. Même les délibérations portant demande d'habilitation ne peuvent être contestées que devant le Conseil d'État.

⁵⁹ Rappelons qu'en 1967, le Conseil d'État excluait qu'à travers des décrets d'application relatifs aux DOM, « il puisse être fait échec au principe d'assimilation que le législateur a voulu faire prévaloir » (Conseil d'État, n° 63647 et 63695, 4 octobre 1967, *Époux Butel*).

⁶⁰ Bien évidemment, nul ne saurait oublier que ces derniers n'étaient pas préalablement soumis à l'octroi d'une habilitation parlementaire.

⁶¹ En ce sens : LE POURHIET Anne-Marie, « Départements d'outre-mer : l'assimilation en questions », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, octobre 2001/février 2002.

montrent que les demandes locales ont été au fondement des dispositions adoptées. Au niveau des DROM, le Parlement en fut très loin.

Le Conseil constitutionnel a encore accru les contraintes susmentionnées. Pour sûr, il était difficilement compréhensible que les seules ROM soient dispensées de préciser la nature des mesures envisagées. Cela dit, en exigeant que cette nature soit définie en tous cas et toutes circonstances⁶², le Conseil suscite une certaine perplexité. Celui-ci serait assurément susceptible de réaliser un travail de mise en cohérence dépassant le cadre du strict contrôle de constitutionnalité, en imposant une obligation supplémentaire. Néanmoins, il semble que la complexification du droit soit si pesante que son juge suprême lui-même s'y perde. La rédaction de la décision est si concise et catégorique que le risque d'équivoque est faible : soit le Conseil s'est comporté en législateur, soit il a involontairement ignoré une distinction si peu logique qu'il ne pouvait guère en présumer l'existence.

B. L'habilitation permanente à l'adaptation : un dispositif unique

Le sommet de l'incertitude semble atteint en ce qui concerne la collectivité de Saint-Martin. Celle-ci est, suivant la loi organique, habilitée en permanence à adapter lois et règlements en certaines matières⁶³, mais aucune mention n'est relative aux modalités d'exercice et de contrôle de ce pouvoir encore jamais utilisé. Par conséquent, nous tâcherons de tracer le cadre dans lequel celui-ci pourrait se mouvoir, mais aussi de proposer une réflexion prospective envisageant ses possibilités d'extension voire de généralisation.

1. Une énigme institutionnelle

Le projet de loi organique prévoyait d'octroyer à Saint-Martin une habilitation permanente à adapter les lois et règlements en matière d'environnement et d'urbanisme. Un amendement sénatorial l'a étendue aux cas de la construction, de l'habitation, du logement et de l'énergie⁶⁴, en prévoyant qu'à brève échéance cette collectivité fixera elle-même les règles dans le domaine de la loi excepté dans le domaine de l'environnement⁶⁵. Cette solution, pourtant parfaitement singulière, n'est guère expliquée et motivée par les actes parlementaires. S'agissant de l'environnement, le rapporteur de la commission des lois a indiqué – sans surprise – que ce choix procédait des « très fortes pressions foncières qui peuvent s'exercer sur son littoral », et a rappelé que le document d'orientation de la commune de Saint-Martin ne demandait pas le transfert de cette compétence⁶⁶. Les propos du ministre de l'outre-mer évoquaient un simple non-choix, participant de l'incapacité plus ou moins supposée de la collectivité à assumer convenablement cette compétence⁶⁷. S'agissant des quatre compétences rajoutées par le Sénat et de l'urbanisme, la progressivité a été justifiée par la nécessité de « donner aux responsables de la collectivité le temps nécessaire pour la mise en place et la formation des services techniques indispensables »⁶⁸. Par-delà le caractère assez convenu de ces éclaircissements, les modalités selon lesquelles s'exercera ce pouvoir d'adaptation n'ont fait l'objet d'aucune

⁶² Conseil constitutionnel, décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, considérants n° 32 et 33.

⁶³ *CGCT*, art. LO 6351-5.-IV-V.

⁶⁴ Il s'agissait de l'amendement n° 143, déposé au nom de la commission des lois par le rapporteur de celle-ci (*JO Sénat*, compte-rendu intégral, 30 octobre 2006, p. 7399).

⁶⁵ À compter du premier renouvellement du conseil territorial postérieur au 1^{er} janvier 2012, le conseil territorial fixera lui-même les règles (*CGCT*, art. LO 6314-3.-II).

⁶⁶ *JO Sénat*, compte-rendu intégral, 30 octobre 2006, intervention du rapporteur Christian Cointat, p. 7385.

⁶⁷ *Ibid.*, intervention de François Baroin. « Cette responsabilité est immense et [...] répond à des critères internationaux de plus en plus rigoureux. [...] De surcroît, l'environnement est l'un des bijoux qui favorisent le développement et le rayonnement de ces deux territoires magnifiques. Une évolution est peut-être envisageable dans le temps, une fois que ces collectivités auront trouvé leur vitesse de croisière. » Il est évident que, par inadvertance, le ministre a relié le cas de Saint-Barthélemy à celui de Saint-Martin.

⁶⁸ *Ibid.*, intervention du rapporteur Christian Cointat, p. 7253. Selon le rapport, le « délai paraît en effet nécessaire avant de confier à la collectivité des compétences normatives dont la mise en œuvre suppose la mobilisation d'une capacité technique adaptée. Il permettra à la collectivité de rassembler les ressources nécessaires et de se mettre en place sans avoir à édicter d'emblée un corpus de normes important dans ces matières » (Sénat, session ordinaire de 2006-2007, n° 25, *Rapport [...] sur le projet de loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer [...]*, t. 1, p. 222).

précision. De façon intrinsèque, l'exercice partagé d'une compétence n'a rien d'une invraisemblance. Malgré tout, le cas est si unique qu'il suscite des interrogations essentielles.

Concernant la juridiction devant exercer l'éventuel contrôle sur des normes d'adaptation, l'hésitation n'est guère permise. Le CGCT indique que les recours dirigés contre « les délibérations prises en application de l'habilitation » seront portés devant le Conseil d'État (art. LO 6351-9). Ceci étant, que l'habilitation procède de la loi organique elle-même ou de la volonté du Parlement n'a pas de conséquences.

Concernant les formes du contrôle, le doute est logiquement plus grand, tant il est clair que l'idée d'adaptation peut revêtir des réalités très éloignées. À un extrême, l'adaptation ne porterait que sur des détails plus ou moins négligeables. Pour exemple, la collectivité pourrait seulement imposer une servitude plus importante pour faciliter l'accès des piétons au rivage, raccourcir le temps de chasse d'une heure supplémentaire, ou imposer la consultation d'une corporation ou association quelconque. À l'autre extrême, le pouvoir d'adaptation serait limité par les mêmes normes de référence que les actes intervenant dans le domaine de la loi, à savoir la Constitution, les lois organiques, les engagements internationaux et les principes généraux du droit. De la sorte, le conseil territorial pourrait s'arroger un pouvoir détenu par l'État, tel l'inventaire du patrimoine naturel, ou s'affranchir partiellement ou intégralement d'obligations telles la réalisation d'études d'impact ou l'élaboration du plan régional pour la qualité de l'air.

En changeant de perspective, on peut penser que si le Conseil d'État s'inspire du contrôle de légalité classique, toute mesure d'adaptation contrevenant aux principes, fondements et équilibres de la loi sera impitoyablement censurée. Considérant le caractère fort minutieux de la partie législative du code de l'environnement, autant dire que le dispositif n'aurait qu'un infime intérêt et qu'il serait vraisemblablement plus efficace de pouvoir présenter une demande d'habilitation au Parlement. Or, il serait contreproductif et contraire à la volonté du législateur que l'habilitation permanente laisse moins de latitudes que l'habilitation circonstanciée. À l'inverse, si le Conseil d'État s'inspire du contrôle spécifique des lois du pays, le pouvoir d'adaptation de Saint-Martin sera comparable à celui de fixer les règles, ce qui n'était assurément pas la volonté du législateur. En définitive, il est très probable qu'une solution médiane sera à définir, mais cela ne ferme pas étroitement le champ des possibles.

Notons que dans tous les États où la compétence législative partagée est le principe-clé, les formes de la législation nationale revêtent logiquement une importance capitale. En Italie, les fameuses « lois-cadres » dont le rôle – défini par l'article 117 de la Constitution – était de fixer les « principes fondamentaux » en lesquels la loi régionale dût se mouvoir librement, se révélèrent plus restrictives encore que la législation antérieure, déjà luxuriante⁶⁹. En conséquence, les lois régionales arborèrent un caractère de plus en plus interstitiel qui motiva leur dénomination de *leggine* [petites lois]⁷⁰. Dans un même ordre d'idées, le pouvoir réglementaire des institutions galloises, parfois qualifié de législation secondaire, a pu modifier l'impact des lois de Westminster, notamment en matière d'enseignement et de développement économique⁷¹. Toutefois, les marges de manœuvre étaient entièrement dépendantes de la législation nationale, ce qui généra bien des frustrations et motiva une évolution statutaire en 2006. Même en Espagne, à savoir dans un État considéré comme très décentralisé, une grande partie de la doctrine juge que la législation nationale fait preuve d'une précision excessive⁷².

2. Une anomalie provisoire ?

⁶⁹ ZAGREBELSKY Gustavo, « Come cambia il potere normativo », in GINSBORG Paul (dir.), *Stato dell'Italia*, Milan, Il Saggiatore, 1994, pp. 464-467.

⁷⁰ D'ATENA Antonio, « La crisi della legge regionale », in D'ATENA A., *Costituzione e regioni*, Milan, Giuffrè, 1991 p. 222.

⁷¹ NAVARRO Marie, LAMBERT David, « The Nature and Scope of the Legislative Powers of the National Assembly for Wales », *Briefing*, n° 13, janvier 2005, <http://www.devolution.ac.uk> [mars 2008].

⁷² En attestent quasiment toutes les contributions réunies in : *Estudis sobre l'autogovern de Catalunya*, Barcelone, Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003. Toutefois, cette interprétation n'est pas l'apanage de constitutionnalistes choisis pour leurs positions par les élus catalans. Pour preuve : BALAGUER CALLEJÓN, « Lo Stato "autonómico" spagnolo: la stagione delle riforme », Colloque *I cantieri del federalismo in Europa*, Rome, 25 juillet 2007, <http://www.issirfa.it> [décembre 2007] ; MONTILLA MARTOS José Antonio, « La legislación básica tras las reformas estatutarias », *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 78, septembre/décembre 2006, pp. 110-120.

L'hypothèse que nous voudrions formuler est qu'à court terme, le dispositif aujourd'hui unique à Saint-Martin pourrait devenir la norme pour les DROM. On rappelle qu'avant la réforme constitutionnelle de 2003, les élus des départements français d'Amérique avaient formulé des demandes allant bien au-delà des pouvoirs qui leur furent finalement attribués, revendiquant tous une ample extension de leurs compétences et la capacité à intervenir dans le domaine de la loi⁷³. Bien évidemment, l'échec, en décembre 2003, des référendums guadeloupéen et martiniquais tendant à la fusion des conseils généraux et des conseils régionaux fut préjudiciable à la crédibilité des élus territoriaux tant ceux-ci étaient favorables à cette réforme⁷⁴. Pour autant, ces derniers n'ont pas renoncé à leurs souhaits. Lors des débats sur la loi organique de 2007, le dispositif d'habilitation fut désigné comme inutilisable⁷⁵, qualifié de « chemin de croix »⁷⁶, ne pouvant générer que d'insignifiantes marges de manœuvre, et entièrement dépendant du bon vouloir du Gouvernement et du Parlement⁷⁷.

Lors du processus de réforme constitutionnelle de 2008, les élus des DROM furent très discrets. Cependant, le sénateur Christian Cointat, rapporteur de la loi organique de 2007, fit adopter un amendement dans le but d'« assouplir l'application » du dispositif d'adaptation législative sur habilitation⁷⁸. En l'espèce, il s'agit de confier au pouvoir réglementaire l'habilitation à adapter en matière réglementaire, alors que cela relevait jusque-là – assez étrangement – du pouvoir législatif. Quoiqu'assez froidement accueilli par les rapporteurs, qui le jugèrent étranger à la problématique générale de la révision⁷⁹, cet amendement fut accepté, et le clair soutien du Gouvernement pourrait ne pas avoir été motivé par la seule logique juridique.

Il est avéré que depuis l'approbation de la loi organique de 2007, le pouvoir d'adaptation n'a eu aucun résultat, et il est facile de parler de responsabilités partagées. Au Sénat, le président du conseil général de la Martinique, Claude Lise, demanda rapidement au secrétaire d'État chargé des transports s'il serait possible d'envisager une habilitation en vue de la création d'un « périmètre unique de transport » par le conseil général et le conseil régional⁸⁰. Ce périmètre serait dirigé par une « autorité unique », sachant que la Martinique dénombrerait non moins de seize « autorités organisatrices de transport », et que la cohérence et l'efficacité de l'action publique en pâtiraient gravement. Au terme d'un délai de plus de deux mois, le secrétaire d'État n'a fait que suggérer la création d'un syndicat mixte ou la signature de conventions, ne prenant pas même la peine d'évoquer la solution qui lui était proposée⁸¹.

S'agissant des DROM, il est évident que les élus n'ont, pour l'heure, porté que très peu d'attention à leurs nouvelles possibilités. Pour l'heure, seule l'idée martiniquaise d'une autorité unique de transports semble avoir fait l'objet de délibérations du conseil général et du conseil régional, demandant une habilitation à adapter la législation en vigueur⁸². Il est vrai que la perspective, annoncée par le candidat Sarkozy⁸³, d'une nouvelle loi-programme pour l'outre-mer enjoignait les DROM à la temporisation⁸⁴. Cela dit, la logique de la confrontation, particulièrement en Martinique, pourrait reprendre ses droits. Tous les départements français

⁷³ Assemblée nationale, XII^e législature, n° 376, *Rapport [...] sur le projet de loi constitutionnelle (n° 369), adopté par le Sénat, relatif à l'organisation décentralisée de la République [...]*, pp. 91-96.

⁷⁴ Il y eut près de 50% d'abstentions en Guadeloupe et plus de 56% en Martinique, ce qui montrait pour le moins un grand désintérêt pour la question posée. Il y eut une très courte majorité de Non en Martinique (50,5%) et une très large en Guadeloupe (73%).

⁷⁵ *JO Assemblée nationale*, compte-rendu intégral, 3^{ème} séance du 23 janvier 2007, intervention de Victorin Lurel, p. 597.

⁷⁶ *JO Assemblée nationale*, compte-rendu intégral, 1^{ère} séance du 24 janvier 2007, intervention de Philippe-Edmond Mariette, p. 629.

⁷⁷ *JO Sénat*, compte-rendu intégral, séance du 30 octobre 2006, intervention de Claude Lise, pp. 7261-7262.

⁷⁸ *JO Sénat*, compte-rendu intégral, séance du 24 juin 2008, amendement n° 499 rectifié, pp. 3388-3389.

⁷⁹ *Ibid.*, intervention de Jean-Jacques Hyst ; Assemblée nationale, XIII^e législature, n° 1009, *Rapport [...] sur le projet de loi constitutionnelle modifié par le Sénat (n° 993), de modernisation des institutions de la V^e République*, par Jean-Luc Warsmann, enregistré le 2 juillet 2008, pp. 179-181.

⁸⁰ *JO Sénat*, 2 août 2007, question écrite n° 01222, p. 1380.

⁸¹ *JO Sénat*, 4 octobre 2007, p. 1784.

⁸² Ces délibérations ont été adoptées en décembre 2007. Cette idée d'autorité unique est l'un des points importants du projet de schéma martiniquais de développement économique, qui n'est autre que la dénomination locale du SRDE. Ce texte a été voté en séance plénière commune aux deux collectivités le 18 décembre 2007, et remis au Premier ministre le 5 janvier 2008.

⁸³ Discours de Nicolas Sarkozy, Les Abymes, 22 mars 2007.

⁸⁴ Le projet de loi pour le développement économique de l'outre-mer (n° 496) a été déposé devant le Sénat le 23 juillet 2008.

d'Amérique ont émis un avis défavorable sur le projet de loi, et les autorités martiniquaises n'ont, selon le secrétaire d'État à l'outre-mer, pas daigné participer aux réunions de concertation⁸⁵.

En somme, pour peu qu'au terme d'une période assez brève – que nous dirions comprise entre cinq et dix ans – l'ineffectivité du dispositif d'adaptation sur habilitation soit confirmée, il est assez probable que l'État sera amené à reconsidérer la question des pouvoirs normatifs des DROM. Dans ce cadre, l'hypothèse la plus probable ne semble pas devoir être l'octroi de compétences dans le domaine de la loi, qui briserait clairement la dichotomie entre DROM et COM, mais la généralisation d'un pouvoir d'adaptation législative émancipé des contingences parlementaires.

Si tel devait être le cas, il sera souhaitable que le législateur précise l'étendue qualitative de ce pouvoir d'adaptation, sachant que le rôle des juridictions serait renforcé. Cela dit, l'équilibre n'en serait pas moins délicat à trouver. À ce sujet, le Tribunal constitutionnel espagnol avait rapidement fixé le principe suivant lequel dans les matières où la compétence est partagée, la Communauté autonome (CA) doit obligatoirement pouvoir définir une politique propre, ce qui relève de l'essence des normes législatives⁸⁶. Toutefois, par-delà la nature formelle des normes en cause, l'application d'un tel principe apparaît d'autant plus difficile dans un contexte où l'excès de détail de la législation est une réalité bien affirmée.

Dès lors, il serait possible de formuler quatre hypothèses. Selon la première, le pouvoir d'adaptation demeurerait assez insignifiant. Selon la deuxième, ce pouvoir permettrait de remettre largement en cause la législation nationale, au prix du concept d'identité législative. Selon la troisième, que l'on croit moins réaliste, les formes de la législation seraient réellement transformées en France, au profit de la norme dite secondaire, nationale ou locale. Selon la quatrième et dernière, le Parlement adopterait, parallèlement à la législation ordinaire, une législation spéciale, circonscrite aux principes fondamentaux pouvant être développés par les DROM ; la législation nationale s'appliquant en cas de carence. Cela rappellerait les programmes législatifs du Gouvernement anglais, lesquels spécifient le degré d'applicabilité des projets de loi aux différentes régions autonomes du Royaume-Uni⁸⁷. Certes, là encore, le concept d'identité législative et la logique d'assimilation, sur lesquels se fonde la partition DROM/COM, seraient en question. Au demeurant, sacraliser ceux-ci ne semble pas propice à la réflexion, et paraît d'autant moins opportun à l'heure où les craintes liées au développement d'une tout autre logique, la logique d'exception, s'atténuent quelque peu.

II. La logique d'exception entre crainte et pondération

Aussi irrespectueux des fondements de la République seraient-ils, les statuts de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie impliquent des mécanismes d'une rare complexité et d'un grand intérêt, sur un plan tant juridique que politique. Peut-être est-ce là le prix logique des audaces consacrées, mais les interrogations étaient aussi nombreuses qu'essentielles. Par exemple, concernant la jurisprudence relative aux lois du pays néo-calédoniennes, il fut présumé que le Conseil constitutionnel adopterait « dans une certaine mesure [...], le comportement du juge de l'excès de pouvoir »⁸⁸. À l'échelle de cette même juridiction, on craignit concomitamment un excès de contentieux, au regard de la foule de matières concernées par les lois du pays, ou un excès de consensus entre acteurs, permettant à des actes très contestables d'entrer en vigueur sans possibilité de recours *a posteriori*⁸⁹.

Plus de dix ans après l'accord de Nouméa, aucune des hypothèses citées ne peut être vérifiée. Cela révèle, sans ce que fût imprévisible, que les solutions entérinées ne portaient pas forcément en elles la

⁸⁵ Interview d'Yves Jégo, *France Antilles*, 19 juillet 2008.

⁸⁶ Sentence n° 32/1981 du 28 juillet 1981. « La fixation [des] conditions de base ne peut impliquer en aucun cas la mise en œuvre d'un régime uniforme pour toutes les collectivités locales de l'État, mais doit permettre des options diverses, puisque le pouvoir normatif des Communautés autonomes n'est pas, dans ce cas, de nature réglementaire. »

⁸⁷ Pour exemples : House of Commons, « The House of Commons (Participation) Bill », *Research Paper*, n° 07/24, 6 mars 2007 ; House of Commons, Office of the Leader, *Preparing Britain for the Future. The Government's Draft Legislative Program 2008/09*, Cm 7372, mai 2008.

⁸⁸ BRARD Yves, « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les “lois du pays” [...] », p. 63.

⁸⁹ CARCASSONNE G., *La Constitution*, pp. 330-331.

promesse de dérives effrayantes, face auxquelles la sécession ne serait qu'un doux soulagement. Les premières réponses aux principales questions posées, celles de la répartition des compétences et des politiques discriminatoires, tendent même à écarter plus nettement ce type de conjectures.

A. Les inconnues de la répartition des compétences

Dès l'instant où plusieurs échelons de pouvoir peuvent investir le domaine de la loi, les formes prises par la répartition des compétences revêtent une dimension cruciale. L'analyse est d'autant plus ardue que cette répartition doit impérativement être pensée à travers deux perspectives souvent consubstantielles. Suivant la première, qui peut être dite horizontale, elle regarde le choix des matières dévolues à l'un et l'autre pouvoir. Suivant la seconde, qui peut être dite verticale, elle regarde les modalités d'exercice et les limites de la compétence de chaque échelon, sachant que celles-ci peuvent fondamentalement varier selon la matière concernée.

Sans éluder l'amincissement continu du domaine de compétence de l'État, c'est principalement sous l'angle de la seconde perspective que nous aborderons la question. C'est celle-ci qui nous paraît la plus intéressante, notamment en ce qu'elle mêle intimement caractères institutionnels, politiques et jurisprudentiels.

1. La difficulté de l'exclusivité de compétence

Faute d'éléments contraires, le principe généralement retenu en ce qui concerne l'exercice des compétences est celui de l'exclusivité. Pour sûr, cela relève d'une vision partielle de la complexité des statuts des COM et de la Nouvelle-Calédonie. Considérant que la jurisprudence a, jusqu'à présent, été peu disert, nous envisagerons d'abord le concept d'exclusivité à la lumière de l'expérience comparée.

Nul ne s'étonnera que dans les États politiquement décentralisés, le partage du pouvoir législatif s'effectue suivant des modalités très diverses. Pour un auteur classique tel Louis Le Fur, le partage du pouvoir législatif entre État et régions devrait être opéré de manière à ce que les compétences de l'un et des autres soient parfaitement indépendantes⁹⁰. Cette conception, qui a prévalu aux États-Unis jusqu'à la guerre de sécession, renvoie à l'idée de fédéralisme dualiste. Pour symbole, le pouvoir fédéral n'est titulaire que d'une compétence d'attribution⁹¹, à l'instar de l'actuelle Union européenne.

Suite à la Première guerre mondiale, une conception très différente a été développée dans le monde germanique⁹², et renvoie à l'idée de fédéralisme coopératif. Celle-ci tend à exclure l'idée de compétence exclusive régionale, alors que celle-ci a longtemps semblé inhérente au fédéralisme. Au demeurant, Tocqueville avait déjà perçu qu'une parfaite démarcation des sphères de compétence était chimérique⁹³. Bien qu'étant une construction beaucoup moins centralisée que n'importe quel État, l'Union européenne n'a fait

⁹⁰ LE FUR Louis (1896), *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Panthéon-Assas, 2000, p. 487. Le Fur parle plus précisément de « deux puissances possédant toutes deux un cercle d'activités distinct et les moyens de fait et de droit nécessaires pour la réalisation de leur but, complètement indépendantes, chacune dans ses limites, de tout autre pouvoir humain, et dont chacune doit par conséquent être considérée comme la puissance la plus élevée à l'intérieur de son cercle d'activité ».

⁹¹ Constitution des États-Unis du 17 septembre 1787, 10^{ème} amendement (1791). « Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution ou qui ne sont pas refusés par elle aux États, sont réservés aux États respectivement ou au peuple. »

⁹² En 1919, la Constitution de Weimar distinguait les compétences exclusives du pouvoir central (art. 6) ; les compétences du pouvoir central où les *Länder* peuvent légiférer dans les limites de la législation nationale, soit là où celle-ci n'intervient pas, soit pour préciser celle-ci (art. 7, 8, 9 et 12) ; les compétences dans lesquelles le pouvoir central peut établir les principes de base de la législation (art. 10 et 11). Un an plus tard, la Constitution autrichienne séparait les compétences exclusives du pouvoir central, où ce dernier exerce les fonctions législatives et exécutives (art. 10) ; les compétences partagées, s'agissant desquelles le pouvoir central ne définit que les principes de la législation, celle-ci devant être développée et appliquée par les *Länder* (art. 12) ; et les compétences d'exécution, où les *Länder* ont pour tâche d'appliquer la loi nationale (art. 11).

⁹³ TOCQUEVILLE A. de, *De la démocratie en Amérique*, I, I, VIII, in TOCQUEVILLE A. de, *Œuvres*, II, édition publiée sous la direction d'André Jardin, Paris, Gallimard, 1992, p. 185. « Le législateur parvient à rendre les mouvements de ces deux souverainetés aussi simples et aussi égaux que possible, et peut les renfermer toutes les deux dans des sphères d'action nettement tracées ; mais il ne saurait faire qu'il n'y en ait qu'une, ni empêcher qu'elles ne se touchent en quelque endroit. »

que confirmer l'extrême difficulté pratique qu'implique cette idée d'exclusivité. Pour exemple, une matière telle que l'agriculture renvoie très directement à l'aménagement du territoire et à l'environnement, mais aussi au commerce, à la santé alimentaire, aux ressources hydriques, au tourisme, etc. Dès 1981, le Tribunal constitutionnel espagnol exprima l'impossibilité, du fait de la pluralité d'intérêts généralement présente, d'une distribution de compétences fondée sur l'exclusivité⁹⁴.

Malgré tout, on doit remarquer que depuis la Seconde guerre mondiale, cette idée continue de connaître un grand succès. D'une part, elle a été consacrée explicitement en Inde, en Afrique du Sud, en Espagne⁹⁵, ainsi que dans les territoires autonomes que sont les Îles Åland, les Féroé et le Groenland⁹⁶, etc. D'autre part, elle a pu être consacrée implicitement, en attribuant la compétence résiduelle aux régions, en Belgique (art. 35) et en Italie (art. 117, al. 4).

La reconnaissance de ces compétences exclusives régionales est d'autant plus étonnante lorsque l'idée de pouvoirs partagés est omise. Pour exemple, à en suivre la Constitution belge, aucune compétence partagée n'existerait. Les seuls principes constitutionnellement affirmés sont ceux de la « loyauté fédérale », et de la création d'une procédure de règlement des conflits (art. 143). Toutefois, les lois de réformes institutionnelles, votées en 1980 et réformées maintes fois, décrivent le fonctionnement des institutions de façon à la fois beaucoup plus détaillée et très différente. D'une part, il existe bien, officiellement, des compétences partagées⁹⁷. D'autre part, parfois la loi spéciale exige la concertation⁹⁸, voire même la signature d'un accord de coopération⁹⁹. Enfin, il existe une instance politique de règlement des conflits, le comité de concertation, réunissant des représentants des différents exécutifs¹⁰⁰.

Par-delà cette ruse institutionnelle belge, on constate que dans les États politiquement décentralisés voisins de la France, la compétence régionale exclusive s'oppose souvent à une ou plusieurs compétence(s) étatique(s) transversales, lesquelles sont de nature à lui faire perdre sa substance. En Espagne, certaines prérogatives étatiques exclusives donnent au pouvoir central une capacité d'immixtion générale et difficilement maîtrisable par la jurisprudence. Parmi ces prérogatives, les plus connues sont la « réglementation des conditions fondamentales qui garantissent l'égalité de tous les espagnols dans l'exercice des droits et l'exécution de leurs devoirs constitutionnels » (art. 149.1.1), les « relations internationales » (art. 149.1.3), et les « principes et coordination de la planification générale de l'activité économique » (art. 149.1.13).

De même, en Italie, l'État détient une sorte de compétence générale, à travers la « fixation des niveaux essentiels des prestations se rapportant aux droits civils et sociaux qui doivent être garantis sur l'ensemble du territoire national » (art. 117, al. 2, (m)). La Cour constitutionnelle a rapidement caractérisé celle-ci comme une « compétence du législateur étatique propre à investir toutes les matières », à travers la capacité de créer

⁹⁴ Sentence n° 4/1981 du 2 février 1981.

⁹⁵ Constitution indienne du 26 janvier 1950, art. 246, (3) ; Constitution sud-africaine du 7 février 1997, liste V, domaines fonctionnels de la compétence législative provinciale exclusive. En Espagne, tous les statuts des communautés autonomes, adoptés par les *Cortes*, consacrent le concept de compétence régionale exclusive.

⁹⁶ Loi n° 137 du 23 mars 1948, Statut d'autonomie des îles Féroé, art. 2 ; loi n° 577 du 29 novembre 1978 sur l'autonomie du Groenland, art. 4 ; loi n° 1144 du 16 août 1991 sur l'autonomie d'Åland, art. 18.

⁹⁷ Par exemple, l'autorité fédérale ne fixe que les « règles générales » en matière de marchés publics, de protection des consommateurs, d'aides aux entreprises, et surtout, d'« organisation générale de l'économie » (loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, art. 6, §1, VI).

⁹⁸ Cela concerne particulièrement la politique de l'énergie, les communications et les transports, la gestion des déchets, etc. (*ibid.*, art. 6).

⁹⁹ *Ibid.*. Tel est notamment le cas pour les réseaux de télécommunications, les risques industriels majeurs, l'octroi des permis de travail et permis de séjour, la représentation de la Belgique au sein des organisations internationales (art. 92 bis), les programmes de recherche nationaux (art. 6 bis), etc.. Notons qu'il peut y avoir suprématie du pouvoir central (art. 81). Le Gouvernement national peut faire suspendre la procédure de négociation d'un traité par une région ou communauté, et faire examiner le texte par la conférence interministérielle de politique étrangère. S'il n'y a pas consensus, le pouvoir central peut obtenir une suspension définitive, notamment si les obligations internationales de la Belgique seraient mises en cause.

¹⁰⁰ Loi ordinaire de réformes institutionnelles du 9 août 1980, art. 31, 31 bis, 32. Si une assemblée législative, nationale ou régionale, estime qu'un projet d'une autre institution peut léser gravement les intérêts de sa collectivité, elle peut, aux trois quarts des voix, obtenir la suspension de ce projet en vue d'une concertation. Si l'obligatoire consensus est introuvable, les institutions qui s'estiment lésées peuvent déposer un recours devant la Cour constitutionnelle.

des garanties que la loi régionale ne puisse limiter¹⁰¹. Cette juridiction a même largement réécrit le partage constitutionnel des compétences. D'un côté, elle a admis que les régions puissent légiférer dans des matières de compétence exclusive de l'État, telles que l'environnement, en jugeant cette exclusivité inapplicable et préjudiciable¹⁰². Son homologue belge, pourtant bien plus attachée à l'exclusivité de compétence, a suivi cette voie, notamment en matière sociale¹⁰³. D'un autre côté, la Cour constitutionnelle a affirmé que restreindre l'application du principe de subsidiarité aux seules fonctions administratives, ainsi que le prévoit l'article 118 de la Constitution, était incohérent, ce qui lui a permis d'étendre très largement le champ de la compétence étatique¹⁰⁴.

Parallèlement, la jurisprudence constitutionnelle accorde souvent une grande force aux exigences unitaires, dont la définition ne saurait logiquement ressortir qu'au pouvoir politique national. Suivant le Tribunal constitutionnel espagnol, la « compétence d'organisation générale de l'activité économique » implique la capacité d'adopter les « normes étatiques qui déterminent les lignes directrices et les principes généraux d'organisation de secteurs économiques concrets, ainsi que la définition des actions ou des moyens particuliers nécessaires pour atteindre les objectifs fixés en chaque secteur »¹⁰⁵. Ce faisant, nul ne s'étonne plus des intrusions nombreuses et permanentes de la législation nationale dans les compétences des CA. Pour exemple, la loi de 2007 relative au développement durable en milieu rural intervient dans de nombreuses matières que tous les statuts d'autonomie définissent comme exclusives aux CA (aménagement du territoire, urbanisme, logement, tourisme, ressources hydrauliques, etc.)¹⁰⁶. Force est de constater que le texte se limite bien à l'édition des principes sur lesquels devra se fonder le futur « programme de développement rural durable ». Cela dit, bien qu'élaboré en coordination avec les CA, celui-ci sera bien un programme étatique (art. 5).

Cela dit, ces expériences ne sauraient constituer l'alpha et l'oméga du partage des compétences. Ne serait-ce qu'en Belgique, la situation est sensiblement différente. Bien que la Cour constitutionnelle – ex-Cour d'arbitrage – se fonde très régulièrement sur le principe de l'« union économique et monétaire », et qu'elle affirme « la volonté du législateur spécial de maintenir une organisation de base uniforme de l'organisation de l'économie dans un marché intégré »¹⁰⁷, elle est beaucoup moins encline à légitimer des lois fédérales sur ce fondement.

La rigidité de l'exclusivité de compétence est encore mieux assurée dans les territoires danois des Féroé et du Groenland, excepté en matière internationale. Cela participe fondamentalement d'une singularité exceptionnelle. On note, d'une part, que le Premier ministre danois n'hésite pas à parler de « trois peuples

¹⁰¹ Sentence n° 282/2002 du 26 juin 2002.

¹⁰² Sentence n° 407/2002 du 26 juillet 2002. « En ce sens, l'évolution législative et la jurisprudence constitutionnelle portent à exclure que l'on puisse identifier une "matière", au sens technique, qualifiable de "protection de l'environnement", à partir du moment où il ne semble pas que l'on puisse la présenter comme une sphère de compétence étatique rigoureusement circonscrite et délimitée, puisque au contraire, dans son exercice, elle s'entrelace inextricablement avec d'autres intérêts et compétences. »

¹⁰³ Cour d'arbitrage, arrêt n° 51/2006 du 19 avril 2006, B.3.9.3. « Devraient être considérées comme excédant la compétence d'une communauté les mesures par lesquelles elle prétendrait modifier une règle de sécurité sociale, la remplacer, y déroger ou l'abroger. Mais une communauté n'excède pas ses compétences si, dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées en matière d'aide aux personnes, elle accorde à certaines d'entre elles une aide particulière, distincte de celles qui sont accordées par le régime de sécurité sociale organisé par l'autorité fédérale, et sans toucher à une matière réservée à celle-ci. »

¹⁰⁴ Sentence n° 303/3003 du 1^{er} octobre 2003. « [...] lorsque l'exigence unitaire transcende même le cadre régional, la fonction administrative peut être exercée par l'État. Ceci ne peut rester sans conséquences sur l'exercice de la fonction législative puisque le principe de légalité, qui impose que même les fonctions assumées subsidiairement soient définies et réglées par la loi, conduit logiquement à exclure que les régions, à travers des normes propres à chacune, puissent définir et régler des fonctions administratives assumées à un niveau national, et à affirmer que seule la loi étatique puisse remplir une telle tâche. »

¹⁰⁵ Sentence 152/1988 du 20 juillet 1988, fondement n° 2. Selon le vote particulier émis par l'actuel Président du Conseil d'État, Francisco Rubio Llorente, en se fondant sur sa compétence en matière d'organisation générale de l'économie, l'État tendrait à « l'ablation totale des compétences autonomiques ». Quelques mois plus tard, le Tribunal affirmait que « la nécessaire cohérence de la politique économique requiert des décisions unitaires qui assurent un traitement uniforme de problèmes déterminés en relation avec la concrétisation des objectifs fixés, et évitent qu'au vu de l'étroite interdépendance des actions mises en œuvre dans les différentes parties du territoire national, l'on parvienne à des résultats dysfonctionnels et diviseurs » (sentence n° 186/1988 du 17 octobre 1988, fondement n° 2).

¹⁰⁶ Loi n° 45/2007 du 13 décembre 2007, *Boletín Oficial del Estado*, n° 299, 14 décembre 2007, pp. 51339-51349.

¹⁰⁷ Cour d'arbitrage, arrêt n° 55/96 du 15 octobre 1996.

égaux »¹⁰⁸, et que depuis 2005, la compétence nationale exclusive aux Féroé ne concerne plus que la Constitution, la Cour suprême, la citoyenneté danoise, les affaires étrangères, la sécurité et la défense, et la politique monétaire¹⁰⁹. D'autre part, la répartition des compétences repose sur un principe original et exigeant, suivant lequel les transferts sont effectués à la demande des autorités autonomes, sur la base de leur capacité financière à les assumer¹¹⁰. Enfin, le règlement du contentieux est attribué à une commission *ad hoc* majoritairement formée d'élus¹¹¹. Par-delà l'originalité certaine que cela représente, cela atteste du caractère extrêmement délicat des conflits d'attributions sur un plan politique. Pour preuve supplémentaire, jamais telle commission n'eut à se réunir¹¹².

En matière de répartition des compétences, l'éloignement, aussi bien géographique que politique, est peut-être le facteur-clé permettant l'exclusivité. Les concepts d'unité politique et d'unité économique, si volontiers mis en évidence en Italie ou en Espagne, possèdent une force bien inférieure lorsque la discontinuité objective est importante. Si la jurisprudence est encore loin d'être affirmée, les avis publics du Conseil d'État, y compris lorsqu'ils sont antérieurs à la promulgation des actuels statuts, montrent que l'exclusivité est une idée qui, jusqu'à présent, a souffert peu d'exceptions en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie.

2. L'exercice partagé : de la norme à la nécessité

Après avoir considéré la difficulté, aussi bien théorique que pratique, du principe d'exclusivité de compétence, nous nous attacherons à montrer comment l'exercice partagé de certaines compétences est, explicitement ou implicitement, imposé par les statuts et tend à occuper une place plus importante. La première jurisprudence relative à une demande de déclassement législatif, déposée par le Président de la Polynésie française, illustre clairement cette difficulté. On rappelle que la réforme de mars 2003 avait créé une procédure inspirée par l'article 37 de la Constitution. Grâce à celle-ci, les autorités des COM dotées de l'autonomie peuvent saisir le Conseil constitutionnel afin de faire constater un « empiètement » du législateur et, par là même, d'ôter à la loi visée sa portée prescriptive dans le territoire. Pour justification, les rapports parlementaires rappelèrent que le Conseil d'État avait, dans un avis de 1999, signifié « que les lois promulguées, même intervenues dans le domaine réservé à la Polynésie française par la loi organique statutaire, sont incontestables et ne peuvent être modifiées par une délibération locale, bien qu'elles portent atteinte au partage des compétences opéré par un texte qui leur est supérieur dans la hiérarchie des normes »¹¹³.

Pour en venir à la décision, il est vrai que la liste des compétences de l'État en Polynésie n'inclut pas la fiscalité¹¹⁴. Cela étant, en suivant à la lettre le principe de la compétence d'attribution, l'État ne saurait créer et percevoir des impôts et taxes sur ce territoire. Loin de là, le Conseil constitutionnel a logiquement

¹⁰⁸ Discours d'Anders Fogh Rasmussen à l'occasion du 25^{ème} anniversaire du statut d'autonomie du Groenland, 21 juin 2004.

¹⁰⁹ Royaume du Danemark, loi n° 578 du 24 juin 2005 relative à l'appropriation de matières et champs de responsabilité par les autorités des Féroé ; Communauté autonome des îles Féroé, loi n° 79 du 12 mai 2008, <http://www.tinganes.fo> [mars 2008]. Dans certains cas très délicats (passeports, contrôle de l'immigration, droit de la famille, etc.), définis par une liste, le transfert devra être négocié avec l'État (art. 2.2). La source régionale propose aussi de longues et intéressantes précisions sur le texte.

¹¹⁰ Lorsque la compétence est partagée, les coûts le sont normalement aussi, mais ils peuvent – en cas d'accord – être supportés par l'État. Ainsi, on note que les services sociaux et les services de santé n'ont pas encore été intégralement transférés (*Special Faroes Affairs*, <http://www.stm.dk> [mars 2008]). Toutefois, ces cas sont rares.

¹¹¹ Statut d'autonomie des îles Féroé, art. 6 ; Statut d'autonomie du Groenland, art. 18. Dans les deux cas, la commission est constituée de deux représentants du Gouvernement national, de deux représentants des institutions autonomes, et de trois juges de la Cour suprême danoise nommés par le Président de cette dernière.

¹¹² DURANTI Francesco, « La specialità insulare di Groenlandia e Faroeer nell'ordinamento costituzionale danese », 6 septembre 2006, *Federalismi.it*, n° 17/2006, p. 12.

¹¹³ Sénat, session ordinaire de 2002-2003, n° 27, *Rapport [...] sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République [...]*, p. 160. Il s'agissait de l'avis n° 363.633 du 5 octobre 1999.

¹¹⁴ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, art. 14.

considéré qu'à compter de l'instant où l'État continuait à exercer des compétences en Polynésie française, celles-ci ne sauraient être intégralement financées par les autres citoyens français. On remarque particulièrement que le Conseil s'est appuyé sur le principe d'égalité devant les charges publiques consacré par l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen¹¹⁵.

Si la jurisprudence ne nous donne encore que très peu d'enseignements sur le partage concret des compétences, des avis rendus par le Conseil d'État montrent qu'il serait possible de rencontrer un contentieux plus abondant dans les années à venir. Selon un avis du 18 janvier 2000¹¹⁶, les autorités néo-calédoniennes auraient le droit d'entreprendre des actions de prévention contre le dopage dans le domaine de l'enseignement primaire et de la formation professionnelle. En revanche, malgré leurs compétences en matière d'« hygiène publique et santé » et de « réglementation des activités sportives et socio-éducatives », elles ne pourraient pas en faire autant dans l'enseignement secondaire et l'enseignement supérieur, car ces compétences demeurent du ressort de l'État. D'une part, les conclusions sont intrinsèquement contestables. L'État étant compétent en matière de « santé scolaire », il pourrait très bien être qualifié pour intervenir dans l'enseignement primaire. D'autre part, ce type de découpage, procédant d'une interprétation littérale, ne semble pas de nature à favoriser la lisibilité et la qualité générales de l'action publique. Sans doute, il n'était en la matière guère de risques de politiques contradictoires. Malgré tout, pareils enchevêtrements de compétences étant inévitables, établir des mécanismes performants de coopération et concertation entre les différents acteurs paraît encore plus essentiel qu'à l'échelle de la métropole.

En la matière, le législateur n'est pas seul à pouvoir agir. Il est frappant de remarquer que dans le cadre de compétences partagées, la Cour constitutionnelle italienne a parfois imposé que le recours à une entente État/régions soit au fondement de la législation, sachant que les instances de collaboration ne sont pas des organes constitutionnels¹¹⁷. Ces décisions se sont appuyées sur le constat selon lequel la question précisément traitée excluait que les régions puissent jouer un véritable rôle législatif, ce qui contredisait la distribution constitutionnelle des compétences¹¹⁸. Pour sûr, il est difficile d'envisager que le Conseil d'État ou le Conseil constitutionnel pourraient, à court terme, prendre des décisions similaires. Il n'en demeure pas moins qu'en présence de plusieurs sources normatives potentiellement concurrentes, le développement de la coopération politique apparaît globalement plus fécond que l'exégèse juridique.

En plusieurs autres cas, définis par les statuts, le pouvoir central est placé en position de réelle suprématie, ce qui renvoie au dispositif d'adaptation sur habilitation parlementaire conçu pour les DOM. Certes, l'idée de compétence partagée, initialement développée dans le monde germanique, renvoie généralement à un pouvoir national fixant les principes de la législation, et à un pouvoir territorial développant ces derniers avec plus ou moins de latitudes. De même, les conflits entre échelons de pouvoirs sont normalement résolus par une juridiction suprême, laquelle peut notamment s'appuyer sur la règle de primauté du droit national, établie dès 1849 par la Constitution de l'Empire allemand¹¹⁹.

Pour autant, s'il serait peut-être plus juste de parler de compétences négociées, l'exercice de plusieurs compétences concerne fondamentalement à la fois les acteurs étatiques et territoriaux. Il s'agit spécialement

¹¹⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2007-1 LOM du 3 mai 2007, considérant n° 4. Selon la DDHC, « pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés »

¹¹⁶ Conseil d'État, section de l'intérieur, avis n° 364.142 du 18 janvier 2000.

¹¹⁷ Sentence n° 383/2005 du 11 octobre 2005. « [...] l'importance, dans le domaine énergétique, du pouvoir de définir les orientations pour le développement des réseaux nationaux de transport de l'énergie électrique et du gaz naturel, ainsi que son incidence indirecte certaine sur le territoire et donc sur les différents pouvoirs régionaux, obligent constitutionnellement à la définition d'une entente au sens fort du terme, entre les organes de l'État et le système des autonomies territoriales représenté au sein de la Conférence unifiée. »

¹¹⁸ Sentence n° 285/2005 du 7 juillet 2005. Cette décision était relative aux activités cinématographiques. La Cour considérait que celles-ci relèvent de la compétence partagée en matière de « promotion et d'organisation des biens culturels », mais qu'en l'espèce des « éléments solides et indéniables » « exigent une gestion unitaire au niveau national ». Elle jugea qu'il était dès lors « indispensable de renvoyer aux règles de la concertation nécessaire et paritaire », organisée au sein de la Conférence État/Régions, « tous les nombreux pouvoirs de type normatif ou programmatique qui caractérisent le nouveau système de soutien et d'aides aux activités cinématographiques, lesquels sont, à l'inverse, réservés aux organes étatiques par le décret législatif ».

¹¹⁹ Constitution de l'Empire allemand du 28 mars 1849, titre II, art. XIII, §66. Le Tribunal de l'Empire avait pour tâche de trancher les différends constitutionnels entre les *Länder* et le pouvoir central (titre V, art. I, §126).

de participation à des compétences régaliennes par excellence, telles les relations internationales – au-delà des compétences territoriales¹²⁰ –, la police¹²¹, et le droit pénal¹²². Ainsi, la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie peuvent définir des peines d'emprisonnement punissant les infractions à leurs lois de pays. Néanmoins, les contraintes sont très sérieuses. À un niveau juridique, ces peines doivent respecter la « classification des délits », et ne doivent pas dépasser « la peine maximum prévue par les lois nationales pour les infractions de même nature ». À un niveau politique, contrairement à la liberté existant lorsqu'il s'agit de peines d'amende, la loi doit ici « homologuer » la délibération de l'assemblée territoriale pour que celle-ci entre en vigueur. C'est bien évidemment ce dernier aspect qui nous intéresse particulièrement, car l'on ne saurait croire à une multiplication des navettes jusqu'à ce que le Parlement acquiesce à une proposition. Nous ne connaissons aucun cas précis en la matière. Toutefois, il est probable que les autorités territoriales établiront les sanctions dans les limites indiquées par le pouvoir central, voire qu'il y aura concertation entre les différentes autorités.

En certaines situations, c'est non pas le Parlement mais le Gouvernement qui est en charge d'examiner les propositions des assemblées territoriales et de prendre une décision. Sont particulièrement concernées certaines compétences de l'État en Polynésie, dont l'état civil, l'entrée des étrangers, et la communication audiovisuelle¹²³. Mais pour troublante que soit la dépossession du Parlement, celle-ci ne devrait pas avoir une grande influence sur les réponses apportées aux demandes locales. Tout au plus peut-on croire qu'un Gouvernement pourra fournir celles-ci plus rapidement, et qu'il n'aura pas à affronter directement l'avis des parlementaires les plus rétifs.

B. Des possibilités inexplorées

Parmi toutes les dispositions ayant touché l'outre-mer français ces dix dernières années, le fait majeur semble bien résider dans la capacité des lois du pays à investir le champ des droits fondamentaux en privilégiant la population locale. Bien que l'objectif de pacification politique soit difficile à dénigrer, on peut légitimement s'étonner de la facilité avec laquelle le Parlement a remis en question plusieurs piliers de la République en Nouvelle-Calédonie. La révision constitutionnelle consacrant l'accord de Nouméa fut approuvée à une majorité écrasante¹²⁴, et l'on ne trouva guère que Charles Pasqua pour faire puissamment entendre son hostilité¹²⁵.

Au demeurant, la détention d'un pouvoir ne permet pas de préjuger de son application. En l'espèce, les juridictions suprêmes ont fixé *a priori* de réelles limites à son exercice, mais surtout, il est avéré que les acteurs politiques n'ont pas su, pas pu, ou pas voulu l'utiliser.

1. La République en danger ?

Pour sûr, le cas de la Nouvelle-Calédonie est celui qui semble contredire avec le plus de force les fondements de la République française. L'accord de Nouméa repose essentiellement sur la création d'une

¹²⁰ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, art. 28 ; loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, art. 38.

¹²¹ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, art. 86 ; loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, art. 34-35 ; *CGCT*, art. LO 6251-3.-II, LO 6351-3.-II.

¹²² Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, art. 86-87 ; loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, art. 20-21 ; *CGCT*, art. LO 6251-3.-I, LO 6351-3.-I, LO 6461-4.-III.

¹²³ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, art. 31-32.

¹²⁴ Le projet de révision a été approuvé par 827 parlementaires, pour 31 refus et 27 non-participations.

¹²⁵ *JO Sénat*, compte-rendu intégral, séance du 30 juin 1998. « La souveraineté ne se partage, ne se délègue pas. Elle n'appartient qu'au peuple tout entier, elle dépasse même ce peuple car elle s'identifie à la République et à l'histoire de la France. Lorsqu'on s'attaque à elle, on s'attaque à l'égalité ; lorsqu'on s'attaque à elle, on s'attaque au suffrage universel ; lorsqu'on s'attaque à elle, on s'attaque à la citoyenneté. Cette cohérence-là, c'est la cohérence de la France et de la République. Face à elle, l'incohérence du projet institutionnel et politique que l'on vous demande d'approuver fait figure, au sens classique du mot, de monstre. Je comprends les difficultés de la situation de la Nouvelle-Calédonie, mais la République ne peut pas régler ses problèmes en reniant ses principes. La République ne peut pas, au nom de l'équité, instaurer l'inégalité ; la République ne peut pas, au nom de la souveraineté, bafouer sa souveraineté ; la République ne peut pas, au nom de la démocratie, renier le suffrage universel. »

« citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie » restrictive de droits pour les citoyens français qui n'en seraient pas titulaires, notamment à travers la constitution d'un corps électoral spécial pour les élections provinciales et les futurs référendums d'autodétermination¹²⁶. Au surplus, les institutions territoriales peuvent adopter des lois du pays limitant l'accès à l'emploi et à l'établissement économique¹²⁷. Depuis la réforme constitutionnelle de 2003, un même pouvoir peut être confié aux COM « dotées de l'autonomie », en matière « d'accès à l'emploi, « de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle », et aussi de « protection du patrimoine foncier » (art. 74). Pour l'heure, seuls les élus polynésiens sont dotés de toutes ces attributions. Les deux seules autres COM dotées de l'autonomie, Saint-Barthélemy et – grâce au Sénat – Saint-Martin, ont été limitées à la seule question foncière¹²⁸. S'il est vrai que c'est en la matière que les principes républicains sont le moins malmenés¹²⁹, il n'est pas moins vrai que la collectivité de Saint-Barthélemy a été prompte à l'utiliser, en en définissant d'abord les modalités¹³⁰, puis en le mettant en œuvre¹³¹. À l'inverse, on relève que la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie n'ont encore institué aucun dispositif discriminatoire.

Jusqu'à la réforme de février 2007, précisant la composition de la liste électorale spéciale néo-calédonienne¹³², l'ubiquité du statut de 1999 aurait pu constituer un frein¹³³. En effet, à travers le concept de citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, l'accord de Nouméa reliait l'appartenance à ce corps électoral restreint et le bénéfice des mesures devant bénéficier à l'emploi local. Or, le Conseil constitutionnel avait privilégié l'interprétation la moins exorbitante du droit commun¹³⁴, et celle-ci contredisait la volonté du législateur organique et du Gouvernement, suivant laquelle ne pourraient voter aux élections provinciales que les personnes arrivées sur le territoire avant 1999. Pourtant, l'équivoque n'aurait su être capitale. Le Conseil constitutionnel avait affirmé que la « durée suffisante de résidence » ne pourrait être supérieure à celle qui était exigée pour « acquérir la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie ». Ce faisant, pour peu que cette « durée suffisante » fût conçue à minima, il n'était guère de controverses possibles. Au reste, plusieurs projets ont déjà été étudiés.

Le texte adopté par l'exécutif territorial en juillet 2005, relatif à la fonction publique, faisait fi des incertitudes. Celui-ci prévoyait une application identique pour les « titulaires » de l'indécise citoyenneté néo-calédonienne et les personnes justifiant de dix ans de résidence¹³⁵. L'enjeu était extrêmement important puisqu'il s'agissait de réserver les recrutements jusqu'au niveau du baccalauréat aux deux catégories déjà citées, aux « conjoints de personnes remplissant une des deux conditions susmentionnées », et aux

¹²⁶ Accord de Nouméa, point 2.2.1 ; loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, art. 188-189 et 218-219.

¹²⁷ Accord de Nouméa, point 3.1.1 ; loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, art. 24.

¹²⁸ *CGCT*, LO 6214-7, LO 6314-7. Selon le rapport du Sénat, ce droit devait être étendu à Saint-Martin afin « de préserver la cohésion sociale de l'île, de garantir l'exercice effectif du droit au logement de ses habitants et de sauvegarder ou de mettre en valeur les espaces naturels » (Sénat, session ordinaire de 2006-2007, n° 25, *Rapport [...] sur le projet de loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer [...]*, par Christian Cointat, t. I, p. 75).

¹²⁹ Les collectivités disposant de ce pouvoir peuvent soumettre les transferts de propriété entre vifs à une obligation de déclaration, et pourraient ensuite exercer un droit de préemption sur les biens concernés. En Polynésie, les transferts ne sont pas soumis à déclaration s'ils sont à destination de personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence, de conjoints d'une personne appartenant à la première catégorie, et de personnes morales ayant leur siège social en Polynésie et gérées par des personnes appartenant aux deux premières catégories (loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, art. 19). À Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, la déclaration est obligatoire mais le droit de préemption n'est pas opposable aux catégories de personnes définies ci-dessus.

¹³⁰ Collectivité de Saint-Barthélemy, délibération relative au droit de préemption statutaire de la collectivité de Saint-Barthélemy, acte n° 2008-005 CT, adopté le 12 février 2008.

¹³¹ Collectivité de Saint-Barthélemy, avis du conseil territorial sur une proposition d'acquisition d'un terrain bâti à Gustavia, acte n° 2008-033, adopté le 13 mai 2008.

¹³² Loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007 modifiant l'article 77 de la Constitution.

¹³³ On peut se reporter au rapport du député Quentin (Assemblée nationale, XII^e législature, n° 3506, *Rapport [...] sur le projet de loi constitutionnelle complétant l'article 77 de la Constitution*, enregistré le 6 décembre 2006, pp. 8-25).

¹³⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, considérant n° 33. Selon le Conseil, « il ressort des dispositions combinées des articles 188 et 189 que doivent notamment participer à l'élection des assemblées de province et du congrès les personnes qui, à la date de l'élection, figurent au tableau annexe mentionné au I de l'article 189 et sont domiciliées depuis dix ans en Nouvelle-Calédonie, quelle que soit la date de leur établissement en Nouvelle-Calédonie, même postérieure au 8 novembre 1998 ».

¹³⁵ Communiqué de la présidence du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, réunion du 28 juillet 2005.

fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie¹³⁶. Le Conseil économique et social aurait globalement souhaité un texte plus limitatif encore¹³⁷. Si les avis étaient partagés au sujet de la durée de résidence, cette instance déclara surtout que le projet était fâcheusement muet concernant les recrutements de droit privé et l'intégration des fonctionnaires d'État. À l'inverse, le Conseil d'État fit valoir qu'une exclusion totale n'apparaissait pas conforme aux prescriptions du Conseil constitutionnel, impliquant que les restrictions soient « strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord »¹³⁸.

En conséquence, le Gouvernement néo-calédonien a préparé et présenté un nouveau texte en janvier 2006. Cela donne à croire que la procédure de consultation obligatoire du Conseil d'État pourrait revêtir un caractère capital dans l'utilisation des lois du pays. Sauf à rechercher le contentieux avec l'État, ce qui dans les circonstances politiques actuelles apparaît impensable, la majorité territoriale – caldoche – a tout intérêt à accueillir favorablement les réserves de la Haute juridiction et à faire preuve de modération. En l'espèce, le Conseil d'État apparaît presque comme une figure tutélaire, puisque le projet de janvier 2006 reprenait la préconisation majeure de celui-ci, consistant en l'ouverture de deux concours pour chaque type de recrutement, dont l'un serait réservé aux citoyens néo-calédoniens et aux personnes justifiant de dix années de résidence¹³⁹. Certes, le degré de restriction demeurait très élevé. Ce second texte prévoyait que 95% des postes de niveau baccalauréat ou inférieur, et 90% des postes de niveau supérieur au baccalauréat seraient attribués par l'intermédiaire des concours réservés. Cependant, il fut lui aussi abandonné.

En réalité, il est assez facile de comprendre la modération des élus néo-calédoniens. Depuis 1999, nonobstant l'étendue de leurs compétences, ces derniers n'ont adopté que 69 lois du pays et la jurisprudence relative à ces actes ne peut pas même être qualifiée d'embryonnaire. Seules deux lois du pays ont été examinées par le Conseil constitutionnel, en aucun cas à l'initiative du haut-commissaire¹⁴⁰ ; le premier recours ne reposait que sur des considérations de pure forme, et le second fut jugé irrecevable.

Il faut remarquer que le statut et la décision consécutive du Conseil constitutionnel ont fixé des limites certaines au pouvoir de discrimination. D'abord, la préférence locale ne saurait être générale et inconditionnée. L'accord de Nouméa et la loi organique statutaire semblaient le permettre en matière de protection de l'emploi local. Le Conseil constitutionnel l'a exclu, soutenant que les mesures devront « fixer, pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité, la "durée suffisante de résidence" mentionnée aux premier et deuxième alinéas de cet article en se fondant sur des critères objectifs et rationnels en relation directe avec la promotion de l'emploi local, sans imposer de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa »¹⁴¹. Partant, le statut de la Polynésie reprit la formulation du Conseil quasiment mot pour mot¹⁴².

En Polynésie, où le concept de citoyenneté territoriale n'a pas été consacré, le projet relatif à la « protection de l'emploi local dans le secteur privé » se fondait autour de la notion de résident¹⁴³. Or, les résidents étaient définis comme « les personnes qui justifient d'une durée de résidence de plus de cinq ans en Polynésie française ou les personnes qui justifient d'une durée de mariage, de concubinage ou de pacte civil

¹³⁶ Concernant les emplois de cadres (catégories A et B+), ces quatre catégories devaient faire l'objet d'une priorité à l'embauche. Nous ne disposons pas de précisions à ce sujet.

¹³⁷ Conseil économique et Social de Nouvelle-Calédonie, avis n° 08/2005, 2 septembre 2005. Malgré ses critiques, cette instance rendit un avis favorable au texte. En revanche, le conseil de la fonction publique s'y opposa.

¹³⁸ Conseil d'État, Assemblée, avis n° 372.237 du 17 novembre 2005. Cet avis est cité in : CLINCHAMPS Nicolas, « L'administration de la Nouvelle-Calédonie en mal de représentativité », *Revue Française d'Administration Publique*, n° 118 (2006/2), pp. 335-345.

¹³⁹ Communiqué de la présidence du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, réunion du 5 janvier 2006.

¹⁴⁰ Décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000, institution d'une taxe générale sur les services ; décision n° 2006-2 LP du 5 avril 2006, représentativité des organisations syndicales des salariés.

¹⁴¹ Conseil constitutionnel, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, considérant n° 17. De façon générale, suivant le considérant n° 3, les dérogations à des règles ou valeurs constitutionnelles permises par l'accord ne « sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre » de celui-ci.

¹⁴² Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, art. 18, al. 4. « Les mesures [...] doivent, pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité, être justifiées par des critères objectifs en relation directe avec les nécessités du soutien ou de la promotion de l'emploi local. »

¹⁴³ Conseil Économique Social et Culturel de la Polynésie française, *Avis sur le projet de « loi du pays » relatif à la protection de l'emploi local dans le secteur privé*, n° 40/2007, rapporteur : Bruno Bellanger, projet adopté en commission le 11 septembre 2007 et en assemblée plénière le 13 septembre 2007.

de solidarité de plus d'un an avec ces dernières ». En outre, le texte renvoyait la définition des « secteurs d'activités à protéger » à un arrêté de l'exécutif territorial, ce qui donnerait certainement lieu à contentieux tant les implications dudit arrêté seraient cruciales, et prévoyait que les employeurs contrevenants seraient passibles d'une amende administrative et d'une privation d'aides publiques pendant deux ans.

Ce projet a suscité de fortes réserves de la part du Conseil économique et social. Cette instance a notamment prôné, d'une part, des restrictions beaucoup plus fortes, demandant que la durée de résidence fût portée à dix ans, et la durée de vie commune avec une personne résidente à cinq ans. D'autre part, elle requit l'extension du bénéfice aux « descendants des polynésiens établis hors du territoire ». Au demeurant, cette dernière demande ne saurait être satisfaite. La loi organique portant statut du territoire était déjà très claire¹⁴⁴, et le Conseil constitutionnel a renforcé ses prescriptions. D'une part, en réaffirmant que la population concernée par des mesures d'*affirmative action* « ne peut être définie *que* comme regroupant les personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence dans la collectivité d'outre-mer concernée »¹⁴⁵. D'autre part, en frappant d'inconstitutionnalité des dispositions visant à soustraire des catégories de personnes non résidentes en Polynésie de l'obligation de déclarer un transfert de propriété¹⁴⁶.

2. Un équilibre durable ?

Ne pouvant être soumises qu'à un contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, les lois du pays néo-calédoniennes sont assurément les normes locales les plus proches des lois nationales en France. En revanche, suivant le statut polynésien, les lois du pays adoptées dans les domaines de compétence territoriale doivent aussi respecter les engagements internationaux de la France et les principes généraux du droit¹⁴⁷. Considérant que le caractère réglementaire des lois du pays polynésiennes a été expressément affirmé, cela semblerait relever de l'évidence. Au demeurant, le Conseil d'État n'a pas encore rendu d'arrêt sur ces bases, et il n'est pas tant de principes généraux de droit qui ne soient rattachables à aucun principe de valeur constitutionnelle. Fort heureusement, le Conseil d'État ne crée pas un principe général du droit au gré de chaque sollicitation qui lui parvient. De ce fait, la différence entre les lois du pays néo-calédoniennes et leurs homologues polynésiennes semble – depuis longtemps – à relativiser. Elle doit l'être plus encore aujourd'hui, du fait de la création d'une exception d'inconstitutionnalité qui permettra un contrôle *a posteriori* des premières¹⁴⁸.

En ce sens, un regard à peine plus précis montre que la vingtaine d'arrêts rendus – sachant que 52 lois du pays ont été promulguées – est loin de renseigner précisément sur les limites de cette nouvelle catégorie d'actes. Les questions posées sont telles que l'on pourrait regretter – par impatience – que la très grande majorité des décisions repose sur des considérations de forme. Aucune loi du pays n'a encore été rejetée pour avoir contredit l'égalité des citoyens ou tout autre droit fondamental garanti par la République française¹⁴⁹. Pour autant, considérant que les autorités territoriales n'ont encore jamais adopté de lois du pays

¹⁴⁴ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, art. 18, al. 1. « La Polynésie française peut prendre des mesures favorisant l'accès aux emplois salariés du secteur privé au bénéfice des personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence sur son territoire ou des personnes justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec ces dernières. »

¹⁴⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, considérant n° 31.

¹⁴⁶ *Ibid.*, considérant n° 34. « [...] si l'article 19 a pu exclure de la procédure de déclaration les transferts de propriété au profit de personnes "justifiant d'une durée suffisante de résidence en Polynésie française" ou "justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec une personne" justifiant d'une telle durée de résidence, il n'a pu, sans méconnaître la notion de population au sens des articles 72-3 et 74 de la Constitution, étendre cette exclusion aux "personnes de nationalité française" "nées en Polynésie française" ou "dont l'un des parents est né en Polynésie française" [...] ».

¹⁴⁷ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, art. 176-III.

¹⁴⁸ Depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, la Constitution de la V^e République compte un article 61-1, suivant lequel : « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

¹⁴⁹ Signalons tout de même deux interdictions de promulgation du fait que les débats de l'Assemblée territoriale se fussent tenus dans la seule langue tahitienne (Conseil d'État, n° 299649, Sect., 22 février 2007, *Édouard A. et autres* ; Conseil d'État, n° 300312, Sect., 22 février 2007, *Société civile immobilière Caroline*). Cependant, ce n'est pas le contenu matériel des lois du pays qui était en cause.

compromettant gravement les principes généraux de l'ordre constitutionnel, il serait malavisé d'en faire grief au Conseil d'État.

Cela le serait d'autant plus que ce dernier a déjà défini une orientation majeure : le considérable développement des compétences territoriales ne motivera pas un changement de perspective, dans un sens plus restrictif, au niveau du contrôle. Ceci était prévisible. En 1994, le Conseil d'État avait admis que les institutions polynésiennes organisent les conditions d'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie, à travers la réglementation d'une activité professionnelle¹⁵⁰. Conséquemment, et à plusieurs reprises, des requêtes fondées sur une rupture d'égalité ont été repoussées de façon très nette, à l'échelle de normes créant des différences de situation avec le reste de l'État¹⁵¹, mais aussi à celle de normes créant des différences entre les circonscriptions polynésiennes¹⁵², entre divers secteurs d'activité professionnels¹⁵³, ou entre divers types de commerces¹⁵⁴.

La modération des lois du pays est le reflet de la modération du juge. Quoique jusqu'à aujourd'hui la protection de l'emploi local ait constitué une priorité politique, aucune loi du pays n'a encore été adoptée en la matière. À première vue, la situation est d'autant plus étonnante que la Polynésie a déjà adopté quinze lois du pays relatives au travail et à l'emploi, et que la Nouvelle-Calédonie a entièrement réformé son code du travail en février 2008. L'un des titres dudit code est bien consacré aux « travailleurs étrangers » et à la « protection de la main d'œuvre locale », mais il ne crée pas de distinction entre citoyens français¹⁵⁵.

Par-delà l'œuvre du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, l'explication principale réside dans le jeu des acteurs. Pour sûr, la forte tension politique qui, depuis plusieurs années, caractérise ces deux territoires, a été un obstacle essentiel à l'adoption de normes de ce type. Alors que cette tension est permanente entre les partis locaux, on pourrait craindre que ces derniers ne préfèrent en retourner à ce mythique ennemi commun qu'est l'État, et instrumentalisent à cet effet leur pouvoir de régler l'exercice de droits fondamentaux. Cependant, l'hypothèse est peu vraisemblable, tant en Nouvelle-Calédonie qu'en Polynésie. S'il est probable que des lois du pays créant des discriminations en faveur de l'emploi local soient prochainement adoptées, rien ne semble indiquer que celles-ci revêtiront des formes extrêmes. D'un point de vue juridique, les limites établies par le Conseil constitutionnel puis par le statut de la Polynésie semblent à même d'empêcher tout aventurisme. D'un point de vue politique, tant en Nouvelle-Calédonie qu'en Polynésie, le pouvoir territorial se structure actuellement autour d'une force politique que l'on peut dire modérée, n'ayant ni vocation ni intérêt à verser dans un périlleux jusqu'aboutisme¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Conseil d'État, n° 112409, Sect., 13 mai 1994, *Président de l'assemblée territoriale de la Polynésie française c. Union des syndicats des taxis des îles du Vent et autres*.

¹⁵¹ Conseil d'État, n° 304400, Sect., 20 juillet 2007, *Syndicat des médecins de la Polynésie française*.

¹⁵² Conseil d'État, n° 286584, Sect., 1^{er} février 2008, *Commune de Parara*. La loi du pays n° 2005/1 du 6 octobre 2005 instituait un dispositif d'aide à l'emploi dont étaient notamment exclues les communes des Îles du Vent. Le Conseil d'État a affirmé que « les différences de traitement retenues par les dispositions litigieuses ne sont pas manifestement disproportionnées », considérant que cette circonscription est le « principal bassin d'emploi » de la Polynésie, alors que « le moindre développement du secteur marchand [dans les] autres archipels » et « la situation périphérique de ces derniers » rendent « plus malaisé l'accès de leurs habitants aux dispositifs de formation et à l'emploi ».

¹⁵³ Conseil d'État, n° 288391, Sect., 15 mars 2006, *M. A. et autres*. La loi du pays n° 2005-07 du 5 décembre 2007 exonérait certains secteurs d'activité, tout particulièrement la pêche, du paiement de la taxe intérieure sur les produits pétroliers. Le Conseil d'État a jugé que ces exonérations ne méconnaissaient pas le principe d'égalité, car elles pouvaient être justifiées par « les conséquences économiques de la hausse des cours des produits pétroliers sur certains secteurs d'activités particulièrement vulnérables ou indispensables au développement de la Polynésie française ».

¹⁵⁴ Conseil d'État, n° 288756 et 289036, Sect., 3 avril 2006, *Société SEGC et autres. Fédération générale du commerce de Polynésie française et autres*. La loi du pays n° 2005-6 du 5 décembre 2005 créait une taxe d'urbanisme commercial visant notamment les grandes surfaces. Le Conseil d'État a jugé que cela ne méconnaissait pas le principe d'égalité, et que la « différence de traitement se justifie par les difficultés économiques rencontrées par certains commerces de proximité de la Polynésie française, et par la volonté de la Polynésie française d'assurer un développement équilibré des activités commerciales locales ».

¹⁵⁵ *Code du travail de Nouvelle-Calédonie*, livre IV, titre V.

¹⁵⁶ Dans le discours programmatique qu'il prononça au titre de sa candidature à la présidence du territoire, Gaston Tong Sang ne fit aucune allusion à un dispositif de préférence territoriale (discours de Gaston Tong Sang, candidat à la présidence de la Polynésie française, 23 février 2008). Le discours de politique générale de son homologue néo-calédonien, élu le 21 août 2007, a évoqué une future loi du pays sur ce thème, mais sans aucune précision (discours d'Harold Martin, président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, Congrès de la Nouvelle-Calédonie, 4 janvier 2008). Il est vrai qu'en Nouvelle-Calédonie les élections territoriales se dérouleront en mai 2009, et que cette omission était peut-être de nature tactique.

Conclusion

Dans la sphère politique, certains concepts demeurent si sulfureux qu'établir un équilibre nouveau entre l'État et ses territoires ultramarins apparaît toujours comme un défi. Suivant le député Dosière, qui fut pourtant rapporteur du projet de loi portant statut de la Nouvelle-Calédonie¹⁵⁷, l'autonomie signifie « la disparition de l'État, en fait sinon en droit »¹⁵⁸. Au crédit de celui-ci, les rapports du Sénat et de la Chambre régionale des comptes, sur lesquels il basa son argumentaire¹⁵⁹, étaient alarmants. D'une part, Saint-Martin serait un territoire abandonné de la République, qui laisse s'y développer les narcotrafics sans réaction ou presque. D'autre part, la gestion des autorités locales se fonderait sur la prévarication et le clientélisme, lesquels ont motivé la mise sous tutelle de la commune depuis 1997. Pour autant, il n'existe nulle corrélation obligée entre la capacité locale à intervenir – en des matières déterminées – dans le domaine de la loi, et l'incapacité de l'État à assumer ses obligations constitutionnelles, et tout particulièrement le contrôle de légalité.

D'autres craintes, notamment celle de l'indépendantisme, apparaissent consubstantielles aux débats institutionnels en France. Pourtant, si la Catalogne, le Pays basque, la Flandre, l'Écosse, etc., mettent en question l'intégrité de leur État respectif, ce n'est pas du fait de l'autonomie dont elles disposent mais de sentiments nationalistes puissants et très largement antérieurs à l'obtention de cette même autonomie. Il en est de même en ce qui concerne la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie. Si l'indépendantisme polynésien a gagné en force durant ces vingt dernières années, cela apparaît bien plus imputable à la gestion des forces détenant le pouvoir territorial qu'à l'autonomie officiellement octroyée en 1984.

Dans ces deux territoires, l'état des différentes législations du pays et la jurisprudence existante n'autorisent que très peu de certitudes sur la portée réelle des dispositifs existants. Plus généralement, les possibilités ouvertes par les réformes constitutionnelles de 1998 et de 2003, et par les lois organiques de 1999, 2004 et 2007, sont toujours largement inexplorées, conduisant fatalement l'analyste à la prudence et à la circonspection. À l'extrême, les audaces consacrées aux antipodes pourraient se révéler moins dangereuses pour la République que les dispositions peu utilisables ou inutilisables imaginées au profit des DROM.

Cela laisse à penser que la modération – ou l'autolimitation – des acteurs constitue peut-être la meilleure des garanties pour fonder un partage efficace des pouvoirs normatifs. Alors que la souveraineté du Parlement est au Royaume-Uni un principe intangible, affirmé avec force dans tous les statuts d'autonomie, les exécutifs britannique et écossais ont poussé à l'adoption d'un principe, dénommé convention de Sewel, suivant lequel le Parlement de Westminster ne peut légiférer dans les matières dévolues à l'Écosse qu'avec le consentement du Parlement d'Édimbourg¹⁶⁰.

Pour peu que cela soit souhaitable, il est difficile d'imaginer qu'une majorité gouvernementale pourrait démontrer une telle volonté en France. À court terme, le perfectionnement des divers mécanismes permettant la territorialisation du domaine de la loi apparaît comme une voie plus praticable. Celle-là n'est pas aisée pour autant, et l'impossibilité – jusqu'à présent – d'instituer de véritables instances de collaboration en est un symbole. Si la machine étatique est obligée au changement, les autorités territoriales ne le sont guère moins, et la construction rapide d'un système stable et performant apparaît presque comme une gageure. Au

¹⁵⁷ Assemblée Nationale, XI^e législature, n° 1275, *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles [...] sur le projet de loi organique (n° 1229) relatif à la Nouvelle-Calédonie [...]*, par René Dosière, enregistré le 16 décembre 1998.

¹⁵⁸ *JO Assemblée nationale*, compte-rendu intégral, 3^{ème} séance du 23 janvier 2007, p. 593.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 592-595 ; Sénat, session ordinaire de 2004-2005, n° 329, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois à la suite d'une mission effectuée en Guadeloupe, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin du 9 au 14 décembre 2004*, par Jean-Jacques Hyst, Christian Cointat et Simon Sutour, annexe au procès-verbal de la séance du 10 mai 2005 ; Chambre régionale des comptes de la Guadeloupe, Observations définitives relatives à la gestion de la commune de Saint-Martin pour les exercices 1991 à 1997. La Chambre régionale des comptes a rendu public un nouveau rapport en mai 2007. Celui-ci relève quelques améliorations (gestion du personnel, organisation des services, etc.), mais juge que les dysfonctionnements demeurent graves et nombreux (« comptes insincères », « inégalité des contribuables devant l'impôt », absence de compte de gestion, etc.), et que la collectivité ne dispose actuellement pas des moyens d'assumer ses futures compétences.

¹⁶⁰ House of Commons, « The Sewel Convention », *Standard Note*, SN/PC/2084, 25 novembre 2005.

demeurant, sauf à croire en la possibilité d'un brusque retour en arrière, relever ce défi paraît bien indispensable. Ce ne sont pas tant les ambitions plus ou moins mesurées des classes politiques locales qui sont en jeu que l'efficacité de l'État territorial et la qualité générale de la gestion publique.