

Rencontre trilatérale de Bordeaux du 14 septembre 2018.

La mutation des formes d'Etat.

La diversification normative dans le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace.

La République française était, est et restera un Etat unitaire pluri-législatif décentralisé. Cette formule est de Pierre Lampué. Elle visait à décrire la situation faite aux territoires d'outre-mer en 1958. Cette situation est aujourd'hui celle des collectivités territoriales d'outre-mer et concernera demain si la réforme constitutionnelle projetée va à son terme la République des départements. Pour l'heure, aucun commentateur du projet de révision n'a relevé ce point. On préfère évoquer la diminution du nombre de parlementaires, l'encadrement du droit d'amendement ou encore le statut de la Corse.

Pourtant, la réforme engagée porte atteinte à une sorte de dogme sur lequel s'est construite la République et selon lequel la loi doit être la même pour tous. Demain, non seulement la loi ne sera plus la même pour tous, ce point étant déjà très largement acquis, mais surtout la variabilité de la loi ne dépendra plus du législateur national mais d'autorité administrative locale. Si la réforme projetée est adoptée, on sera en présence, selon nous, d'une rupture capitale dans la conception de la forme d'Etat en France.

Le projet envisage d'apporter des modifications importantes au titre XII de la Constitution. Les articles 72 et 73 sont partiellement réécrits. En outre, il serait créé un article 72-5 consacré à la Corse.

Je précise à titre liminaire que mon propos ne concernera pas la Corse qui fait l'objet d'une intervention spécifique.

Les modifications apportées au titre XII de la Constitution ont pour objet d'autoriser le législateur à différencier les compétences des collectivités territoriales appartenant à une même catégorie et de permettre l'habilitation des

collectivités territoriales à intervenir dans des matières relevant du domaine de la loi ou du règlement national.

Ce projet s'appuie sur un avis du Conseil d'Etat qui a porté sur les collectivités territoriales de droit commun c'est-à-dire celle de l'article 72 de la Constitution. Les collectivités régies par l'article 73 de la Constitution n'ont pas constitué l'objet direct de l'avis.

Nous présenterons d'une part les modifications projetées des articles 72 et 73 de la Constitution et d'autre part les conséquences de la réforme projetée sur la forme d'Etat de la République française.

I : Les modifications projetées des articles 72 et 73 de la Constitution.

A : Les modifications projetées de l'article 72 de la Constitution.

Il est envisagé de modifier deux alinéas de l'article 72.

1 : L'article 72 alinéa 2 de la Constitution.

L'article 72 alinéa 2 de la Constitution serait complété par une phrase. Il se lira de la façon suivante « Les collectivités territoriales ont vocation prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon. Dans les conditions prévues par la loi et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnel garanti, la loi peut prévoir que certaines collectivités territoriales exercent des compétences, en nombre limité, dont ne disposent pas l'ensemble des collectivités de la même catégorie »

La modification apportée à l'article 72 alinéa 2 a ainsi pour objet d'autoriser le législateur à différencier les compétences attribuées aux collectivités territoriales d'une même catégorie.

La modification de l'alinéa 2 de l'article 72 ne fait qu'accroître les possibilités déjà ouvertes au législateur pour différencier les compétences attribuées aux collectivités territoriales d'une même catégorie. En effet, contrairement à une vision trop simpliste du droit positif, le législateur peut en droit positif au sein d'une même catégorie différencier l'étendue des compétences de telle ou telle collectivités territoriales. En effet, la coopération intercommunale qui s'est très largement développé depuis une vingtaine d'année aboutit à une différenciation des compétences communales selon le type d'EPCI. Cette situation n'a pas été jugé contraire à la Constitution.

2013-303 QPC du 26 avril 2013 cons 4 : « *Considérant que si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général ; que le principe de la libre administration des collectivités territoriales, non plus que le principe selon lequel aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre ne font obstacle, en eux-mêmes, à ce que le législateur organise les conditions dans lesquelles les communes peuvent ou doivent exercer en commun certaines de leurs compétences dans le cadre de groupements ;* »

C.const. 2013-687 DC du 23 janvier 2014 cons.24. Considérant que, si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, les obligations ainsi mises à la charge d'une collectivité territoriale doivent être définies avec précision quant à leur objet et à leur portée et ne sauraient méconnaître la compétence propre des collectivités territoriales ni entraver leur libre administration ; que ni le principe de la libre administration des collectivités territoriales ni celui selon lequel aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre ne font obstacle, en eux-mêmes, à ce que le législateur organise les conditions dans lesquelles les communes peuvent ou doivent exercer en commun certaines de leurs compétences dans le cadre de groupements ;

La nouvelle rédaction de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution permettra au législateur de moduler directement les compétences des collectivités territoriales appartenant à une même catégorie. Il est très difficile de déterminer la portée d'une telle modulation. Le texte proposé nous indique que cela ne devrait concerner qu'un nombre limité de compétences. Il appartiendra au juge constitutionnel de veiller au respect de cette contrainte. Une question apparaît immédiatement la modulation pourra-t-elle s'effectuer de façon négative c'est-à-dire que le législateur est-il habilité à décider que telle collectivité n'exercera pas telle compétences relevant selon le droit commun des compétences appartenant aux collectivités de cette catégorie ?

2 : L'article 72 alinéa 4 de la Constitution.

L'article 72 alinéa 4 sera entièrement réécrit. Cette disposition prévoit actuellement le droit à l'expérimentation en ces termes « Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un

objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. »

L'article 72 alinéa 4 nouveau disposera « dans les conditions prévues par la loi organique et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnel garanti, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger pour un objet limité aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences éventuellement après une expérimentation autorisée dans les mêmes conditions. »

La modification apportée à l'article 72 alinéa 4 a pour objet d'autoriser le législateur ou le pouvoir réglementaire à habilitier les collectivités territoriales ou leurs groupements à déroger, pour un objet limité, aux dispositions législatives ou réglementaires régissant l'exercice de leur compétence. Il s'agit là d'une modification très importante. En effet, jusque-là, les normes nationales (loi ou règlement) s'imposaient aux collectivités territoriales sous réserve de la possibilité d'expérimentation qui n'aboutissait qu'à une diversification normative temporaire. On s'achemine avec le nouveau dispositif à une diversification normative pérenne. On nous objectera qu'il ne s'agit que d'une diversification limitée dans son objet. Ceci est parfaitement exact mais sur le plan des principes non seulement la loi ne sera plus nécessairement la même selon l'attache territoriale ce qui est acquis depuis quelques temps déjà mais de plus la variabilité de la loi sera placée entre les mains des collectivités territoriales. On fait ainsi un pas certes modeste dans le sens de la décentralisation législative.

B : Les modifications projetées de l'article 73 de la Constitution.

L'article 73 détermine depuis 1958 le régime législatif des départements d'outre-mer. Ce régime était au départ fondé sur un principe d'assimilation juridique « sous réserve de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière. »

Ce régime a fait l'objet d'une profonde réforme opérée par la révision constitutionnelle du 8 mars 2003. En effet, les départements d'outre-mer sont alors passés d'un régime d'assimilation des autorités normatives et des structures institutionnelles à un régime dans lequel les départements et régions d'outre-mer pouvaient être dotés de véritables compétences normatives sur habilitation du législateur et par ailleurs le recours à l'assemblée unique était désormais ouvert.

La réforme projetée vient une nouvelle fois modifier le régime des départements d'outre-mer.

1 : L'article 73 alinéa 2 de la Constitution.

L'article 73 alinéa 2 est réécrit. Il dispose en droit positif que « ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées selon le cas, par la loi ou par le règlement. » L'article 73 alinéa 2 prévoira que « *sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités régies par le présent article peuvent, à leur demande, être habilitées par décret en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat, fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement.* »

La nouvelle version envisagée de l'article 73 alinéa 2 permettra aux collectivités concernées d'être habilitées à fixer des règles relevant de la loi ou du règlement national non seulement dans leur domaine de compétence traditionnel mais également dans des matières qui ne relèvent pas de leur domaine de compétence habituel. Cette nouvelle rédaction ne modifie pas réellement la portée de l'article 73 de la Constitution. En effet, la réforme de 2003 les départements et régions d'outre-mer pouvaient être habilités par le législateur ou le règlement national soit à adapter la législation ou la réglementation dans leur domaine de compétence soit à poser des règles nouvelles. En fait, la version projetée de l'article 73 alinéa 2 synthétise, les dispositions des actuels alinéa 2 et 3 de l'article 73 de la Constitution posée par la réforme de 2003.

2 : L'article 73 alinéa 3 de la Constitution.

L'article 73 alinéa 3 est actuellement rédigé de la façon suivante « Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement. » Il deviendrait « *ces habilitations sont confiées dans les conditions fixées par la loi organique* »

La nouvelle version de l'article 73 alinéa 3 prévoit l'intervention d'une loi organique pour préciser les conditions dans lesquelles les collectivités concernées pourront être habilitées par la loi ou le règlement. Là encore, il ne s'agit pas d'une modification substantielle de l'article 73. La version projetée de l'article 73 alinéa 3 ne fait que reprendre les dispositions de l'actuel alinéa 6 de l'article 73.

3 : L'article 73 alinéa 5 de la Constitution.

L'article 73 alinéa 5 prévoit actuellement que « La disposition prévue aux deux précédents alinéas n'est pas applicable au département et à la région de La Réunion. » Il disposera que « *pour le département et la région de la Réunion, les*

habilitations prévues au deuxième alinéa s'appliquent uniquement dans les matières relevant de leurs compétences. »

L'article 73 alinéa 5 proposé est novateur car il autorise ce que l'actuel alinéa 5 de l'article 73 interdit à savoir l'habilitation du département ou de la région de la Réunion en matière législative ou dans un domaine relevant du règlement national. Cependant, cette faculté d'habilitation est plus limitée que pour les autres départements d'outre-mer car elle ne pourra intervenir que dans les matières relevant de leur compétence.

4 : L'article 73 alinéa 6 de la Constitution.

Enfin l'article 73 alinéa 6 disposant actuellement que « Les habilitations prévues aux deuxième et troisième alinéas sont décidées, à la demande de la collectivité concernée, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Elles ne peuvent intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti » disposera que « *chaque session ordinaire, le Gouvernement dépose un projet de loi de ratification des actes des collectivités pris en application du deuxième alinéa dans le domaine de la loi. Ces actes deviennent caducs en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de vingt-quatre mois suivant l'habilitation »*

L'article 73 alinéa 6 nouveau apporte une modification importante au droit positif en prévoyant que les délibérations prises par les collectivités concernées sur habilitation législative doivent être ratifiées par le Parlement dans un délai de 24 mois sous peine de caducité.

II : Les conséquences de la réforme projetée sur la forme d'Etat de la République française.

La réforme projetée concerne la République des départements par opposition à la République des territoires c'est-à-dire la partie de la République sur laquelle la loi nationale s'applique de plein droit. Il s'agit d'aménager cette règle de façon à permettre aux collectivités territoriales concernées de bénéficier de compétence particulière leur permettant de déterminer certaine règle applicable sur leur territoire.

Cette réforme devrait conduire à renforcer le régionalisme administratif différencié que connaît la République des départements en conduisant à une diversification des compétences des collectivités territoriales et à une diversification du droit.

A : L'habilitation des collectivités territoriales.

1 : Le pouvoir d'habiliter.

Pour les habilitations données sur le fondement du nouvel article 72 de la Constitution, le pouvoir d'habiliter appartiendra selon le domaine sur lequel porte le transfert soit au législateur soit au pouvoir réglementaire national.

Le législateur interviendra selon la procédure législative ordinaire ce qui signifie que l'habilitation ne sera pas protégée du législateur ordinaire qui pourra revenir dessus à tout moment y compris de façon rétroactive sous réserve bien entendu. Il s'agit là de la situation qu'ont connue les territoires d'outre-mer de 1958 à 1992.

Le pouvoir réglementaire national interviendra sous forme de décret du 1^{er} Ministre ou du Président de la République. Il est intéressant de relever qu'aucune formalité particulière n'est prévue.

Pour les habilitations données sur le fondement du nouvel article 73 de la Constitution, le pouvoir d'habiliter appartiendra au pouvoir réglementaire national et s'exercera par la voie de décret en Conseil d'Etat alors même que le domaine de l'habilitation est législatif.

L'article 73 alinéa 2 autorisera le premier ministre par décret en Conseil d'Etat à habiliter les départements et régions d'outre-mer à fixer elle-même les règles applicables sur leur territoire dans un nombre limité de matière pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement.

La nouvelle version envisagée de l'article 73 alinéa 2 permettra aux collectivités concernées d'être habilitées à fixer des règles relevant de la loi ou du règlement national non seulement dans leur domaine de compétence traditionnel mais également dans des matières qui ne relèvent pas de leur domaine de compétence habituel. Cette nouvelle rédaction ne modifie pas réellement la portée de l'article 73 de la Constitution. En effet, la réforme de 2003 les départements et régions d'outre-mer pouvaient être habilités par le législateur ou le règlement national soit à adapter la législation ou la réglementation dans son domaine de compétence soit à poser des règles nouvelles. En fait, la version projetée de l'article 73 alinéa 2 synthétise, les dispositions des actuels alinéa 2 et 3 de l'article 73 de la Constitution posée par la réforme de 2003.

Derrière cette simplification de l'article 73 se cache en fait un élément nouveau qui ne peut que surprendre pour ne pas dire inquiéter un constitutionnaliste. En effet, depuis 2003, ce pouvoir d'habiliter un département ou une région d'outre-mer appartenait selon le domaine en cause au législateur ou au pouvoir réglementaire. Désormais, l'habilitation sera réalisée par décret en Conseil d'Etat. Qu'auraient penser les commentateurs du début de la Vème république si le texte initial de la Constitution avait ainsi prévu que sur une partie du territoire de la

République l'étendue du domaine législatif dépendait de la volonté de pouvoir exécutif ? Il s'agit là d'une innovation qui n'a pas à ma connaissance d'équivalent dans l'histoire constitutionnelle française. On projette ainsi de passer d'un système de séparation des pouvoirs à système de confusion des pouvoirs. On nous objectera qu'il s'agit que d'une situation temporaire car un projet de loi de ratification des délibérations locales devra être déposé dans un délai de 2 ans sous peine de caducité des décisions prises. Certes, mais la Constitution est aussi un texte symbolique. Il paraît très délicat de considérer qu'un régime de confusion des pouvoirs à la discrétion du gouvernement relève d'une conception novatrice de la démocratie.

2 : L'objet de l'habilitation.

L'objet de l'habilitation est plus large selon que le fondement sera trouvé dans l'article 72 ou 73 de la Constitution.

La modification de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution concerne la diversification des compétences.

Il est acquis depuis longtemps que les collectivités territoriales appartenant à une même catégorie ne disposent pas nécessairement de compétences identiques. L'exemple le plus flagrant concerne les communes. En effet, une commune verra l'étendue de son champ de compétences varié en fonction de l'EPCI auquel elle adhère. Le législateur a ainsi créé des communes plus ou moins vides.

La réforme projetée permettra au législateur de donner compétence à telle ou telle collectivité territoriale pour exercer des compétences dont ne disposent pas l'ensemble des collectivités de la même catégorie.

La réforme permettra au législateur de donner des compétences supplémentaires à certaines collectivités. La question est de déterminer l'origine de ces compétences.

S'agit-il de compétences exercées jusqu'alors par l'Etat ? On se trouvera alors en présence d'une situation classique de décentralisation différenciée.

S'agit-il de compétences exercées jusqu'alors par une autre catégorie de collectivités territoriales ? Pour être plus clair, ce mécanisme peut conduire à réduire les compétences des départements. Les départements seraient alors pris en tenaille et vidés par le bas de leur compétence au profit des métropoles et vidés par le haut au profit des régions. On objectera à ce point de vue que la jurisprudence du Conseil constitutionnel empêchera de vider totalement les départements de leur compétence. Certes, mais on peut aboutir à une situation

dans laquelle la question du maintien du département se posera en raison du faible nombre de compétences qui seront les siennes.

Surtout, une telle réforme va à l'encontre de l'objectif de clarification des compétences que l'Etat s'est donné depuis quelques années. Le risque encouru est celui de l'illisibilité des compétences exercées par les différentes collectivités territoriales. En droit positif, l'administré, l'électeur communal, le contribuable local ont déjà des difficultés à déterminer quelle est l'autorité compétente pour telle affaire dès lors que l'on se trouve à l'échelon communal. La commune a-t-elle conservé sa compétence ? Cette compétence a-t-elle été de droit transférée à l'EPCI auquel la commune a eu l'obligation d'adhérer ? Cette compétence a-t-elle été transférée volontairement à l'EPCI ? Demain, il conviendra de s'interroger, cette compétence relève-t-elle de la région, du département voire de la commune étant entendu que la réponse à cette question variera selon l'attache territoriale.

La réforme projetée risque d'aggraver la situation actuelle qui est caractérisée par une très grande confusion tant pour les citoyens que pour certains élus sur le champ de leur compétence.

Au plan politique, la confusion provoquée par des compétences variables selon l'attache territoriale ne favorise ni la compréhension du débat politique local ni la participation des électeurs qui peuvent avoir le sentiment que leur vote ne sert à rien. Les élections locales n'ont de local que le nom c'est-à-dire qu'elle vise à désigner des élus locaux. Les élections locales sont bien souvent perçues tant par la population, les médias et les partis politiques comme des élections nationales. Comment organiser un débat politique pertinent dès lors que telle ou telle région, tel département voire même telle commune ou EPCI disposera de compétences plus étendu que telle autres ? On nous objectera que de nombreux pays européens sont dans ce cas en pratiquant un régionalisme politique différencié et que cela ne soulève pas de difficulté politique majeure de compréhension pour les citoyens. Ceci est vrai mais l'histoire des pays et les structures partisanes font que ce qui peut apparaître pertinent dans tel système politique peut s'avérer inopportun dans un autre. On ne peut pas à la fois regretter le désintérêt des électeurs pour les élections locales et rendre le système administratif local incompréhensible.

Par ailleurs, rien n'interdira à une majorité parlementaire d'accorder telle ou telle compétence à telle collectivité pour des raisons purement partisanes tout en le refusant à telle autre pour les mêmes raisons. Il faut garder en mémoire que, dans ce pays pétri d'égalité, Marseille dispose d'un système électoral spécifique dont la seule raison d'être a été de permettre lors de sa mise en place dans les années 1980 le maintien d'une majorité municipale.

Enfin, et surtout, on peut penser que l'illisibilité du système de compétence auquel on va aboutir ne permet pas de satisfaire l'objectif que se fixe le projet de loi d'une démocratie plus représentative, responsable et efficace.

La diversification du droit applicable sera rendue possible par la modification des articles 72 et 73 de la Constitution. Mais, cette diversification n'a pas la même portée selon que l'on se situe dans le cadre de l'article 72 alinéa 4 ou l'article 73 alinéa 2.

L'article 72 alinéa 4 permettra à la loi ou au règlement national d'habiliter les collectivités territoriales ou leurs groupements à déroger, à titre expérimental ou non, aux règles qui régissent l'exercice de leurs compétences. Il semble que cette disposition, contrairement à l'article 72 alinéa 2 nouveau, oblige l'autorité habilitante à viser soit une catégorie de collectivités territoriales soit un groupement de collectivités. Il s'agit là d'une différence importante au plan politique car elle devrait empêcher une habilitation motivée par de seules considérations partisans.

Les règles d'encadrement de l'exercice des compétences des collectivités territoriales sont de deux ordres. Il y a des règles de procédure et des règles de fond.

S'agissant des règles de procédure, de nombreux codes appliqués quotidiennement par l'administration sont des codes de procédure administrative non contentieuse. Il y a certes le code des relations entre le public et l'administration mais aussi entre autres le code de l'urbanisme, le code de l'environnement et la plupart des codes encadrant les politiques publiques. On enseigne traditionnellement que les règles de procédure doivent permettre la conciliation des droits des administrés et de l'efficacité administrative. On doit penser que le gouvernement qui a déposé ce projet de loi constitutionnelle estime que dans certains cas cette conciliation sera mieux assurée par des règles de procédure fixées par la collectivité qui aura à les appliquer. On peut craindre que les règles déterminées par les CT fassent la part belle à l'efficacité administrative au détriment des droits des administrés. Bien entendu, le juge administratif par son contrôle évitera les dérives trop importantes. Cependant, son intervention se fait a posteriori et à condition d'être saisi.

S'agissant des règles de fond d'encadrement de l'exercice des compétences par les collectivités territoriales, une question vient immédiatement à l'esprit. Dans quelle mesure une collectivité pourra-t-elle imposer des conditions particulières à l'accès à certaines prestations ? Cette question a été récemment posée à propos du RSA. Dans cette affaire un département a souhaité imposer un quota d'heures de bénévolat aux allocataires du RSA. Le Conseil d'Etat a validé le dispositif par une

interprétation de la loi en considérant que cette condition était légale dès lors que l'allocataire l'acceptait.

Cette affaire démontre que le système actuel n'interdit pas de façon systématique au collectivité territoriale d'élaborer les règles de fond d'exercice de leur compétence. Il s'agit malgré tout d'une possibilité très limitée et qui est entièrement laissée entre les mains du juge administratif. Dans l'affaire précitée, tant le tribunal administratif que la Cour administrative d'appel avait jugé le dispositif illégal.

Il peut alors paraître souhaitable de prévoir la faculté pour les autorités normatives centrales d'habiliter les collectivités à le faire à la condition de pas mettre en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté ou d'un droit constitutionnel garanti. Dans l'exemple précédent et à propos du RSA, il ressort de la rédaction de l'arrêt que ce moyen d'annulation n'a pas été soulevé.

L'article 73 alinéa 2 autorisera le premier ministre par décret en Conseil d'Etat à habiliter les départements et régions d'outre-mer à fixer elle-même les règles applicables sur leur territoire dans un nombre limité de matière pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement.

La nouvelle version envisagée de l'article 73 alinéa 2 permettra aux collectivités concernées d'être habilitées à fixer des règles relevant de la loi ou du règlement national non seulement dans leur domaine de compétence traditionnel mais également dans des matières qui ne relèvent pas de leur domaine de compétence habituel. Cette nouvelle rédaction ne modifie pas réellement la portée de l'article 73 de la Constitution. En effet, depuis la réforme de 2003, les départements et régions d'outre-mer pouvaient être habilités par le législateur ou le règlement national soit à adapter la législation ou la réglementation dans son domaine de compétence soit à poser des règles nouvelles. En fait, la version projetée de l'article 73 alinéa 2 synthétise, les dispositions des actuels alinéa 2 et 3 de l'article 73 de la Constitution posée par la réforme de 2003.

Derrière cette simplification de l'article 73 se cache en fait un élément nouveau qui ne peut que surprendre pour ne pas dire inquiéter un juriste. En effet, depuis 2003, ce pouvoir d'habiliter un département ou une région d'outre-mer appartenait selon le domaine en cause au législateur ou au pouvoir réglementaire. Désormais, l'habilitation sera réalisée par décret en Conseil d'Etat. Qu'auraient penser les commentateurs du début de la Vème république si le texte initial de la Constitution avait ainsi prévu que sur une partie du territoire de la République l'étendue du domaine législatif dépendait de la volonté de pouvoir exécutif ? Il s'agit là d'une innovation qui n'a pas à ma connaissance d'équivalent dans l'histoire constitutionnelle française. On projette ainsi de passer d'un système de séparation des pouvoirs à système de confusion des pouvoirs. On nous objectera

qu'il s'agit que d'une situation temporaire car un projet de loi de ratification des délibérations locales devra être déposé dans un délai de 2 ans sous peine de caducité des décisions prises. Certes, mais la Constitution est aussi un texte symbolique. Il paraît très délicat de considérer qu'un régime de confusion des pouvoirs à la discrétion du gouvernement relève d'une conception novatrice de la démocratie. Critiquable au plan des principes, nous verrons en traitant de la question de la protection de l'habilitation que cette innovation est aussi critiquable au plan pratique.

3 : Les limites matérielles au pouvoir d'habiliter.

Deux limites matérielles sont posées au pouvoir d'habiliter.

Tout d'abord, l'autorité habilitante ne pourra agir dès lors que la matière visée met « en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti. » Cette limite figurera tant dans le nouvel article 72 que dans le nouvel article 73.

Cette limite n'est que la reprise d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel posée dès 1985 à propos de l'école et qui, en toute logique, a surtout concerné jusqu'ici l'outre-mer à travers les territoires d'outre-mer devenus en 2003 collectivités territoriales d'outre-mer.

La question que l'on peut se poser est celle de savoir s'il est réellement utile à d'inscrire cette limite dans le texte de la Constitution ? En effet, cette limite existe par la volonté du juge. Ce n'est pas parce que celle-ci est inscrite dans la Constitution qu'elle sera nécessairement mieux établie. En effet, en admettant que le juge ait une conception claire de ce que sont les droits et libertés constitutionnels, la question fondamentale est celle de la définition de ce que sont les conditions essentielles d'un tel droit ou liberté. Selon que le juge donnera une acception plus ou moins large de ces conditions essentielles le pouvoir d'habiliter sera plus ou moins large. Par ailleurs, rien n'interdit au juge d'avoir une conception plus ou moins large selon le droit ou la liberté en cause. (liberté d'accès à internet / liberté de communication pouvoir de sanction AAI).

La seconde limite posée en 2003 dans l'article 73 alinéa 4 détermine une liste de matières réservées au législateur et ne pouvant faire l'objet d'une habilitation.

Cette réserve est constituée par les règles relatives à la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et le change ainsi que le droit électoral.

B : La protection de l'habilitation.

La révision envisagée ne prévoit aucun mécanisme juridique spécifique de protection de l'habilitation accordée.

Dès lors, la protection de l'habilitation sera assurée par les mécanismes de droit commun et au moyen des voies de droit classiquement ouvertes tant devant le juge constitutionnel que le juge administratif appliquant les règles habituelles tant de procédure que de fonds. Dans ce cadre, le législateur national pourra reprendre y compris rétroactivement une matière habilitée. L'étendu du pouvoir du règlement est moins large en ce sens qu'il conviendra de respecter le principe du parallélisme des formes et des procédures. Ceci étant posé, il nous semble que la nature réglementaire du décret habilitation d'une collectivité ne fait guère de doute, dès lors le retrait rétroactif d'une telle habilitation ne nous semble pas a priori impossible.

La seule limite au pouvoir des autorités nationales de recouvrer leur entier domaine matériel ressort de l'interprétation de 72 de la Constitution par le Conseil constitutionnel et selon lequel toutes collectivités territoriales doit être administrés par un conseil élu doté de compétences effectives. Une telle limite est pour les hypothèses étudiées inefficace puisque le postulat de base est que les domaines d'habilitation en cause ici relèvent en principe des autorités nationales.

Un point particulier mérite cependant d'être ici abordé. On a vu précédemment que le pouvoir réglementaire pouvait habilitier un département ou une région d'outre-mer à intervenir dans une matière législative.

Imaginons un décret pris sur le fondement des nouvelles dispositions de l'article 73 de la Constitution habilitant un département ou une région d'outre-mer à intervenir en matière législative. A la suite de ce décret le législateur prends une loi applicable de plein droit dans ce territoire en vertu de ce même article 73 de la Constitution. Quelle sera la norme applicable ?

La réponse à une telle question ne va pas de soi car de nombreux points sont inconnus.

Quel est l'effet de la loi nouvelle sur le décret d'habilitation ?

Quel est l'effet de la loi nouvelle sur les délibérations prises en vertu du décret d'habilitation ?

La réponse à ces questions ne va pas de soi car il n'existe aucun mécanisme juridique permettant de protéger tant l'habilitation que le droit posé en vertu de cette habilitation.

La réforme projetée des articles 72 et 73 de la Constitution soulève ainsi de nombreuses interrogations que la loi organique qu'il est prévu d'adopter ne permettra sans doute pas de lever.

Alain Boyer,

Maître de conférences

Université de Toulon,

Centre de Droit et de Politique comparés J.C.Escarras DICE UMR n°7318