

---

JEAN-YVES FABERON

LA FRANCE ET SON OUTRE-MER :  
UN MÊME DROIT  
OU UN DROIT DIFFÉRENT ?

5

**D**EPUIS LES ORIGINES DU PHÉNOMÈNE COLONIAL, les conquêtes outre-mer permettaient aux métropoles d'établir des chasses gardées économiques, placées sous régime juridique particulier. Les métropoles européennes, démocratiques chez elles, ne s'embarassaient guère de libéralisme juridique dans leurs colonies. C'est ce qui a justifié les premières demandes des indépendantistes, à commencer par celles des colonies britanniques d'Amérique du Nord.

Les colonies françaises se sont, pour le plus grand nombre d'entre elles, acheminées vers l'indépendance soit en souplesse, en Afrique noire, soit de manière conflictuelle, en Indochine et en Afrique du Nord.

Mais lorsque le préambule de la Constitution de 1946 «écarter tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire», cela ne signifie pas que les anciennes colonies ont forcément vocation à l'indépendance. Ce préambule dit que «la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires», mais cette administration et cette gestion ne désignent pas un gouvernement et une politique propres, même si l'on peut imaginer qu'elles peuvent représenter une transition à cette fin; il n'y a à cet égard aucune automaticité.

Cela est attesté par le préambule lui-même qui proclame que ces peuples bénéficient de tous les acquis de la République, dans la République: celle-ci «garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus», c'est-à-dire par la Déclaration des droits de

1789, ainsi que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps exprimés dans le préambule de 1946. Ainsi la décolonisation peut s'opérer au sein de la République.

De l'Empire colonial français de la III<sup>e</sup> République à l'énumération des outre-mers français dans l'article 72-3 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République révisée en 2003, il y a une différence quantitative évidente, mais on est aussi en présence d'une tout autre problématique juridique.

6 Dans la France d'outre-mer aujourd'hui, le droit est-il celui de la France, ou est-il propre à l'outre-mer ? La réponse est : les deux ! Et il convient de la préciser car, sans nuances, elle convient aussi bien à la colonisation qu'à la décolonisation. En effet, si l'on distingue ces deux entreprises, comme le fait le préambule de 1946, par la notion d'arbitraire, qui entache la première, et dont la seconde s'affranchit, il est vrai que la colonisation a pour essence l'appartenance à la souveraineté française, tout en instituant des régimes dérogatoires, notamment au détriment des populations indigènes ; et la décolonisation, dans le cadre institutionnel de la République française, se soucie de laisser place à des différences institutionnelles reflétant les différences objectives des populations considérées.

Aujourd'hui la France d'outre-mer est, juridiquement, bien simultanément dans l'identité française et dans la différence avec la métropole. Le droit traduit dans tout l'outre-mer cette double dimension. Et il le fait différemment selon l'outre-mer considéré.

Il est vrai que, depuis 1946, la grande distinction, tant sous la IV<sup>e</sup> que sous la V<sup>e</sup> République, sépare outre-mer les collectivités les plus assimilées à la République et les collectivités les plus spécifiques. Il est exact que la *summa divisio* distingue les régimes dits d'identité législative et de spécialité législative ; mais les réalités ne sont jamais tranchées, et présentent toujours un assemblage des deux tendances, dont seule la dominante varie.

Ainsi, identité et spécificité définissent toutes deux, mais à des degrés différents, les aspects juridiques de l'ensemble de l'outre-mer français : entre la France et son outre-mer on peut dire qu'on a à la fois un même droit et un droit différent.

## UN MÊME DROIT : L'OUTRE-MER FRANÇAIS, C'EST LA FRANCE

Les collectivités françaises situées outre-mer s'inscrivent dans la République et sont régies par son droit. Cela est particulièrement consacré par la révision constitutionnelle de 2003. Cela était le cas dès l'institution des deux grandes catégories distinguées dans la Constitution de 1946 et reprises dans la Constitution de 1958, dans leurs articles 73 et 74.

### *Le principe*

Le Conseil constitutionnel a parfois des formules malheureuses. Il est particulièrement inadmissible qu'il déclare dans sa décision du 9 mai 1991 sur la loi portant statut de la Corse que « la Constitution distingue le peuple français des peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à l'autodétermination » et qu'il le répète dans sa décision du 4 mai 2000 relative à la loi organisant une consultation des électeurs de Mayotte.

La Constitution n'opère pas cette distinction, par ailleurs vaine dans sa formulation : si les peuples d'outre-mer n'étaient pas le peuple français, quel sens aurait leur autodétermination ?

Le préambule de la Constitution de 1958 invoque dans son deuxième alinéa (le seul qui lui soit propre, indépendamment du renvoi aux grands textes de 1789 et 1946) le principe de la libre détermination des peuples, parce que cette Constitution a fait l'objet, le 28 septembre 1958, d'un référendum qui, dans les territoires d'outre-mer, avait non seulement un caractère constituant mais encore un caractère d'autodétermination.

Répondre majoritairement oui à ce référendum, ce qui a été le cas partout sauf en Guinée, consistait non seulement à approuver un texte proposé comme Constitution, mais encore à se ranger dans le cadre des institutions françaises. Le préambule l'exprime bien en disant que « la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique ». Ce sont là les institutions nouvelles de la V<sup>e</sup> République, et plus généralement les institutions françaises, placées sous l'égide de la devise nationale « Liberté, Égalité, Fraternité ». Celle-ci, ainsi que l'exigence constitutionnalisée d'une « évolution démocratique », rappelle ce qu'avait déjà proclamé le préambule de 1946 : l'outre-

mer français doit évoluer en « écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire ». La décolonisation s'effectue dans la République : ce choix est particulièrement évident dans le contexte des origines algéroises de la V<sup>e</sup> République – quelle que fût, à cet égard, la suite des événements.

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République met heureusement les choses au point, et balaye les errements du Conseil constitutionnel. Elle reprend le triptyque déjà cité dans le préambule en déclarant désormais dans un nouvel article 72-3 : « La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité. »

8 Les institutions françaises, fondées sur le génie de la République résumé dans sa devise, s'appliquent à tout le peuple français, dont il ne faut pas omettre les populations d'outre-mer, et la Constitution l'exige désormais. Elle le fait de la manière la plus explicite possible en procédant elle-même et exhaustivement à l'énumération des outre-mers français ; la Constitution française, au sommet de la hiérarchie des normes, inscrit en son sein un par un l'ensemble des outre-mers français :

« La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis-et-Futuna et la Polynésie française sont régies par l'article 73 pour les départements et les régions d'outre-mer et pour les collectivités territoriales créées en application du dernier alinéa de l'article 73, et par l'article 74 pour les autres collectivités.

« Le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII.

« La loi détermine le régime législatif et l'organisation particulière des Terres australes et antarctiques françaises » (art. 72-3 de la Constitution).

Pour le statut particulier de la Nouvelle-Calédonie découlant de l'accord de Nouméa de 1998, dont les orientations sont constitutionnalisées par le titre XIII de la Constitution, l'intitulé de celui-ci est « Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie » : c'est-à-dire qu'une consultation d'autodétermination est prévue en Nouvelle-Calédonie dans un délai de quinze à vingt ans suivant l'accord de Nouméa, mais jusque-là au moins la Nouvelle-Calédonie s'inscrit dans le cadre de la Constitution française.

Et d'une manière générale, pas seulement en métropole mais dans tous les outre-mers français, l'article 72, dernier alinéa de la Constitu-

tion dispose: « Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois. »

### *L'outre-mer de l'article 73 de la Constitution*

1946 invente la notion de département d'outre-mer. Les « quatre vieilles » colonies vont enfin avoir une réponse à la revendication ancienne d'assimilation. Celle-ci ne peut être mieux proposée que sous la forme de la collectivité française de base instituée depuis la Révolution: le département.

Dès avant la nouvelle Constitution, la départementalisation de la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et La Réunion est réalisée par la loi du 19 mars 1946. Et l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 affirme: « Le régime législatif des départements d'outre-mer est le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la loi. »

La Constitution de 1958 a un article 73 différemment éclairé puisqu'il dit: « Le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière. » Mais il va se révéler que ce qui est qualifié d'exception en 1946 et de possibilité en 1958 est bien estompé par rapport au principe prépondérant d'assimilation et d'identité législative. En réalité, il n'existe pas de catégorie de départements d'outre-mer, mais seulement celle, ancienne, des départements. Désormais certains départements sont géographiquement localisés outre-mer: c'est une « situation particulière » qui permet la possibilité d'exceptions au régime départemental général.

Le procédé des adaptations normatives est d'ailleurs de moins en moins exceptionnel avec le développement de la politique d'aménagement du territoire, la prise en compte des particularités territoriales, par exemple de la montagne ou du littoral, après les efforts pour favoriser le « désert français » par rapport à la capitale. C'est le même type d'inspiration qui guide, à partir de 1958, les dispositions européennes relatives aux territoires ultramarins de la Communauté européenne. Mais la « situation particulière » des départements d'outre-mer ne va pas jusqu'à impliquer une « organisation particulière » et des institutions propres: cela est réservé aux territoires d'outre-mer de l'article 74 de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel s'est fait le gardien vigilant de cette assimilation de tous les départements, où qu'ils se trouvent, en refusant, à

l'avènement de la réforme de décentralisation de 1982, que l'invention de la région se traduise par un aménagement spécifique des départements d'outre-mer. En effet, dès lors qu'une région était créée dans chacune des « quatre vieilles », une « situation très particulière » y présentait le cas de quatre régions installées respectivement sur le territoire de quatre départements. Devant cette configuration, n'existant nulle part en métropole, de régions monodépartementales, le législateur avait souhaité éviter l'empilement d'un conseil régional et d'un conseil général sur un même territoire, et avait adopté un système d'assemblée unique, un peu comme à Paris la même assemblée a des fonctions municipales et départementales.

10 Mais l'article 73 est l'article du droit commun et le Conseil constitutionnel a censuré ce schéma. Il a refusé tant le caractère dérogatoire d'une assemblée unique, que le mode de scrutin spécifique dont cette assemblée devait être issue. Le législateur n'y avait en effet pas retenu la représentation des cantons et le Conseil n'a pas admis que l'assemblée délibérante de départements français émane d'un autre mode de scrutin que le scrutin majoritaire cantonal en œuvre depuis 1790. La décision du Conseil constitutionnel du 2 décembre 1982 dit :

« Considérant que le statut des départements d'outre-mer doit être le même que celui des départements métropolitains sous la seule réserve des mesures d'adaptation que peut rendre nécessaire la situation particulière de ces départements d'outre-mer; que ces adaptations ne sauraient avoir pour effet de conférer aux départements d'outre-mer une "organisation particulière" prévue par l'article 74 de la Constitution pour les seuls territoires d'outre-mer; considérant qu'en confiant la gestion des départements d'outre-mer à une assemblée qui, contrairement au conseil général des départements métropolitains en l'état actuel de la législation, n'assure pas la représentation des composantes territoriales du département, la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel confère à cette assemblée une nature différente de celle des conseils généraux; qu'ainsi ces dispositions vont au-delà des mesures d'adaptation que l'article 73 de la Constitution autorise en ce qui concerne l'organisation des départements d'outre-mer. »

Certes, ici aussi, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 efface une décision controversée du Conseil constitutionnel en prévoyant expressément désormais dans l'article 73 la possibilité de « la création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ».

Mais l'article 73 nouveau, faisant place aux régions, est encore plus clair qu'auparavant en s'ouvrant (al. 1<sup>er</sup>) par l'affirmation selon laquelle « dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet de l'adaptation tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités ». Ainsi l'article 73, depuis 2003, est remis à l'endroit par rapport à sa rédaction de 1958 : il rétablit la présentation de 1946 en affirmant d'abord fermement le principe : l'identité législative, et ensuite seulement la possibilité de l'aménager par des adaptations.

Et la Constitution précise désormais que la possibilité d'opérer ces simples adaptations relève en tout état de cause de la loi de l'État : c'est bien « si elles ont été habilitées par la loi » que les collectivités de l'article 73 peuvent décider ces adaptations dans les matières où s'exercent leurs compétences (art. 73, al. 2).

11

#### *L'outre-mer de l'article 74 de la Constitution*

L'article 74 de la Constitution de 1946 disait : « Les territoires d'outre-mer sont dotés d'un statut particulier tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République. » Il ajoutait : « Ce statut et l'organisation intérieure de chaque territoire d'outre-mer ou de chaque groupe de territoires sont fixés par la loi, après avis de l'assemblée de l'Union française et consultation des assemblées territoriales. » Ainsi, dans l'outre-mer français, les territoires se distinguaient des départements du fait que ces derniers, dès lors qu'ils étaient situés outre-mer, pouvaient en établir de simples adaptations, alors que les territoires, eux, se voyaient accorder chacun un statut particulier. Mais il est bien évident que les TOM comme les DOM sont des collectivités territoriales à part entière de la République. La Constitution de 1946 dispose (art. 60) : « L'Union française est formée, d'une part, de la République française qui comprend la France métropolitaine, les départements et territoires d'outre-mer, d'autre part des territoires et États associés. »

Dans sa rédaction originelle, l'article 74 de la Constitution de 1958 disait : « Les territoires d'outre-mer de la République ont une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République. Cette organisation est définie et modifiée par la loi après consultation de l'assemblée territoriale intéressée. »

Les légères modifications de la rédaction de 1958 par rapport à 1946 vont dans le sens de la claire inscription des territoires d'outre-mer

dans le cadre national: on spécifie qu'il s'agit bien des territoires d'outre-mer « de la République » et l'on préfère parler d'« organisation particulière ». L'essentiel reste traduit par la permanence de la formule prenant en compte « leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République ».

La révision constitutionnelle du 25 juin 1992 a précisé la distinction entre les dispositions statutaires des TOM, désormais régies par loi organique, des autres modalités de leur organisation, relevant de la loi ordinaire, l'ensemble exigeant toujours la consultation préalable de l'assemblée territoriale intéressée.

Aujourd'hui, après la révision du 28 mars 2003, l'article 74 de la Constitution ne parle plus de territoires d'outre-mer, mais des « collectivités d'outre-mer »: il s'agit donc des collectivités qui, outre-mer, ne sont pas les départements et régions de l'article 73 (ou les éventuelles collectivités uniques leur succédant). L'article 74 concerne désormais tout le reste, montrant ainsi qu'il s'agit moins d'une véritable catégorie que d'un ensemble de cas particuliers. Il dit: « Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République. » La distinction entre statut, défini par loi organique, et autres modalités, relevant de la loi ordinaire, est reprise, ainsi que la nécessité de consulter l'assemblée délibérante de la collectivité.

Ainsi, contrairement aux collectivités de l'article 73, qui se rattachent au droit commun des départements et des régions et relèvent du principe d'identité législative, celles de l'article 74 ont par définition leurs particularités et sont en conséquence placées, fût-ce partiellement, sous régime de spécialité législative. Ce principe signifie que la République, dans ces collectivités, n'exprime pas le même droit qu'en métropole, mais des règles spécialement conçues en fonction des particularités qui les caractérisent. Qu'on comprenne bien que la loi est spéciale, mais c'est la loi de l'État! Et elle est contrôlée par le Conseil constitutionnel, tout comme les actes administratifs doivent respecter la légalité de l'État, ainsi que le juge administratif y veille, à l'égard de toutes les personnes publiques, tant territoriales que nationales.

Que l'on se situe « dans l'ensemble des intérêts de la République » se traduit en droit par la notion de « lois de souveraineté » et de principes applicables de plein droit sur l'ensemble du territoire de la République. L'expression « lois de souveraineté » n'est guère satisfaisante, tant il est évident que toute loi du Parlement est par essence l'expression de la souveraineté de l'État. Mais on voit aisément de quoi il est question:



certaines lois, à raison de leur objet, sont nécessairement destinées à régir l'ensemble du territoire national et excluent toute implication du principe de spécialité : il s'agit des lois constitutionnelles, des lois organiques, des règles relatives aux grandes juridictions nationales, des textes constituant le statut des personnes résidant soit en métropole, soit outre-mer : fonctionnaires de l'État, militaires de carrière, etc.

Les principes généraux du droit ont le même caractère, et l'on imagine dès lors l'irritation des autorités des collectivités de l'article 74 dès lors que le juge administratif ne manque pas de moyens juridiques propres à annuler pour excès de pouvoir les écarts qu'elles souhaitent par rapport aux dispositifs normatifs nationaux. Le législateur a même conçu un système dans lequel il prévoyait l'applicabilité de plein droit de lois ultérieures dans tout un domaine. C'est l'exemple de la loi du 9 juillet 1970 relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer, qui décidait dans son article 3 : « Les dispositions législatives relatives aux matières mentionnées à l'article 1<sup>er</sup> ci-dessus et postérieures à l'entrée en vigueur de la présente loi ainsi que les dispositions pénales qui s'y rapportent sont applicables de plein droit dans les territoires d'outre-mer. »

13

#### UN DROIT DIFFÉRENT : L'OUTRE-MER FRANÇAIS, C'EST L'OUTRE-MER

Les collectivités françaises situées outre-mer ont leur place propre dans la République et connaissent des règles particulières. Qu'il s'agisse des « adaptations » prévues par l'article 73 ou des « intérêts propres » de l'article 74, la Constitution tient toujours compte des particularités : pour l'article 73 « les caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités » (et avant la rédaction de 2003 « leur situation particulière »), et pour l'article 74 « leur organisation particulière ». Il en découle dans tous les cas des différences normatives, particulièrement soulignées après 2003.

##### *Le principe*

Si la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, comme l'avait prévu le président de la République, vise à permettre de faire du « sur-mesure » pour toutes les collectivités de l'outre-mer français, il ne faut pas omettre que notre République fait place depuis l'origine au droit à la différence des personnes, inscrit dans l'article 75 de la Constitution, jamais révisé. Celui-ci prévoit que « les citoyens de la République qui

n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé». Ces dispositions concernent toute la République et avaient notamment été prévues en 1958 à l'égard des citoyens des départements d'Algérie. Cet article 75 se situe dans le titre XII de la Constitution relatif aux collectivités territoriales.

Rappelons que le premier des articles de ce titre, l'article 72, dispose (dans sa rédaction précisée par la révision de 2003): « Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa. » La formulation de 2003 ajoute au nombre des collectivités territoriales « les collectivités à statut particulier », ce qui tient compte des spécificités tant de la métropole (Paris, la Corse...) que de l'outre-mer (la Nouvelle-Calédonie et ses provinces...).

Par le passé, la formule « toute autre collectivité est créée par la loi » avait permis l'émergence, en marge des articles 73 et 74 de la Constitution, de collectivités qui n'étaient ni des départements d'outre-mer ni des territoires d'outre-mer. C'est ainsi qu'est apparu le statut de Mayotte du 24 décembre 1976, lorsqu'elle se sépare de l'ancien territoire d'outre-mer des Comores devenu indépendant: elle ne veut pas du statut de territoire d'outre-mer qui lui semble trop ouvert à l'indépendance, et elle ne reçoit pas le statut de département d'outre-mer en raison de ses très fortes spécificités normatives conférées par la prépondérance du droit musulman en vigueur, aussi Mayotte est alors qualifiée simplement de « collectivité territoriale ». Et lorsque Saint-Pierre-et-Miquelon, ancien territoire d'outre-mer devenu contre son gré un département d'outre-mer par la loi du 19 juillet 1976, abandonne comme il le souhaitait le statut départemental par la loi du 11 juin 1985, celle-ci le qualifie de « collectivité territoriale ». C'est ainsi qu'en vertu de l'article 72 de la Constitution, le bel ordonnancement binaire des articles 73 et 74 de la Constitution, reflet de la *summa distinctio* entre collectivités à identité législative et collectivités à spécialité législative, fait place, de plus en plus, à un émiettement, par l'existence de ces « collectivités territoriales ».

À Saint-Pierre-et-Miquelon, la spécialité législative est exceptionnelle, tandis qu'à Mayotte c'est plutôt l'inverse... Cela n'empêche pas les Mahorais d'appeler de leurs vœux le statut de département, et

d'obtenir, au bout d'un quart de siècle, par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2001, des institutions qui qualifient Mayotte de « collectivité départementale »...

La prise en compte des particularités atteint un degré absolument exceptionnel avec le cas de la Nouvelle-Calédonie. Dans ce territoire d'outre-mer (doté lui-même de collectivités à statut particulier en vertu de la loi, avec ses régions à partir de 1985), la consultation d'auto-détermination prévue en 1998 est remplacée par une consultation sur le statut prévu par l'accord de Nouméa signé le 5 mai 1998 entre les forces politiques calédoniennes indépendantistes, non indépendantistes, et l'État. Ce projet est tellement dérogoire qu'il nécessite une révision de la Constitution, adoptée à l'unanimité le 20 juillet 1998. Désormais la Nouvelle-Calédonie a son propre pouvoir législatif et une citoyenneté propre, fondée sur un corps électoral adapté. Elle reste dans la République (et ses provinces sont expressément qualifiées de collectivités territoriales de la République), mais son statut lui accorde tant de compétences, qui s'accroissent progressivement sur une durée prévue de quinze à vingt ans, que l'on peut parler à son égard de souveraineté partagée. La Nouvelle-Calédonie fait l'objet d'un titre spécifique de la Constitution, le titre XIII, intitulé « Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie » ; en effet une autre particularité de ce régime qui constitutionnalise les orientations de l'accord de Nouméa est son inscription dans le temps, pour la durée correspondant à l'accord de Nouméa, qui peut s'arrêter au moment où la ou les consultations d'autodétermination prévues entre 2014 et 2019 impliqueraient l'indépendance.

15

Un statut comparable, et donc assorti d'une révision constitutionnelle, était annoncé pour la Polynésie française, accentuant le traitement spécifique de chaque collectivité d'outre-mer, lorsque est intervenue l'alternance politique nationale de 2002. Celle-ci abandonne définitivement la révision en cours relative à la Polynésie française et met en œuvre l'entreprise globale de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République adoptée le 28 mars 2003. Son objectif affiché est de rétablir une grande distinction binaire dans les collectivités de l'outre-mer français. Les articles 73 et 74 de la Constitution redeviennent des grands repères institutionnels, sans pour autant recouper la distinction de l'identité et de la spécialité législative.

En tout état de cause, la révision de 2003 va clairement dans le sens d'une prise en compte institutionnelle affirmée des particularités de tous les outre-mers. Non seulement les articles 73 et 74 de la Constitution font chacun l'objet d'un développement de nouvelles possibilités

d'envisager la prise en compte de toutes les originalités, mais encore la révision ajoute à la Constitution un article 72-4 nouveau qui porte la souplesse du dispositif à son maximum en permettant même, à l'encontre de ce qui était auparavant la règle absolue, tout passage d'un régime à l'autre, entre les articles 73 et 74. L'article 72-4 (al. 1<sup>er</sup>) dit à cet égard que « ce changement de régime est décidé par une loi organique » et qu'il « ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli ».

Désormais il est possible de « consulter les électeurs d'une collectivité territoriale située outre-mer sur une question relative à son organisation, à ses compétences ou à son régime législatif », par décision du président de la République sur proposition du gouvernement ou des deux assemblées conjointement (art. 72-4, al. 2).

### *L'outre-mer de l'article 73*

On avait bien observé que le président de la République Jacques Chirac, avant même la révision constitutionnelle de 2003, déclarait de manière générale : « Les statuts uniformes ont vécu et chaque collectivité d'outre-mer doit pouvoir désormais, si elle le souhaite, évoluer vers un statut différencié, en quelque sorte un statut sur mesure » (11 mars 2000). Le choix du terme global de « collectivité d'outre-mer » et du lieu de cette déclaration : la Martinique, département d'outre-mer, ne laissait aucun doute sur l'assouplissement du droit des départements d'outre-mer dans le sens de la prise en compte de leurs originalités. Effectivement, la révision du 28 mars 2003 étend l'article 73 d'une phrase, à sept alinéas !

C'est ainsi qu'aussitôt que le principe d'identité législative tempéré d'adaptations est affirmé dans ses deux premiers alinéas, l'article 73, alinéa 3 explicite précisément comment il peut être mis de côté, permettant aux collectivités concernées d'émettre leurs propres normes : « Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées par la loi à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire. » Et cette disposition va au-delà des plus extrêmes limites permises sous l'ancien article 73 puisque désormais les départements/régions d'outre-mer pourront accomplir ce qui était le propre des anciens territoires d'outre-mer : des décisions dans des domaines relevant de la loi en métropole ! Le troisième alinéa de l'article 73 déclare en effet *in fine* que les règles fixées par les collectivités elles-

mêmes concernent des « matières pouvant relever du domaine de la loi ».

Ainsi une différence essentielle entre les collectivités de l'article 73 de la Constitution et celles de l'article 74 disparaît, dans le sens d'une généralisation de l'originalité normative et des droits aux différences. Cependant l'article 73 encadre ce nouveau paysage juridique à deux égards :

- une disposition limite le nombre des collectivités concernées, car ce nouvel état du droit « n'est pas applicable au département et à la région de La Réunion » (art. 73, al. 5);

- une disposition limite le nombre des matières législatives pouvant être réglementées par les collectivités concernées : « ces règles ne peuvent porter sur 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 les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique » (art. 73, al. 4).

17

L'adaptation du droit des départements-régions d'outre-mer peut être opérée non seulement par la loi mais par des règles édictées par ces collectivités elles-mêmes, y compris dans le domaine de la loi, dès lors qu'elles y sont habilitées par la loi, « à la demande de la collectivité concernée, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique », étant précisé encore que « ces habilitations ne peuvent intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnel garanti ».

Et la révision de 2003 institue un très grand changement à l'égard des collectivités de l'article 73 de la Constitution, en faisant table rase de la décision du Conseil constitutionnel du 2 décembre 2002 qui condamnait l'assemblée unique et en instaurant souplesse et modulation en leur sein. En effet, des horizons totalement nouveaux s'ouvrent par l'effet du septième alinéa de l'article 73 qui prévoit « la création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer, ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ».

De nouveaux types de collectivités peuvent donc se forger au sein de l'article 73. La procédure à observer à cette fin est celle qui est prévue par l'article 72-4, alinéa 2 pour la permutation entre régime de l'article 73 et de l'article 74, impliquant notamment le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités.

C'est ainsi que, le 7 décembre 2003, les électeurs des Antilles ont été consultés, tant à la Guadeloupe qu'à la Martinique sur l'instauration d'une collectivité unique se substituant au département et à la région (ce qu'ils ont refusé), ainsi que, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, faisant partie jusque-là de la Guadeloupe, sur l'instauration d'une nouvelle collectivité distincte (ce qu'ils ont approuvé).

#### *L'outre-mer de l'article 74*

18 Les territoires d'outre-mer, ensemble visé par l'article 74 de la Constitution de 1946 à 2003, ne constituaient pas à vrai dire une catégorie. En effet, d'après le Petit Robert, une catégorie est une « classe dans laquelle on range des objets de même nature » ou encore un « ensemble ayant des caractères communs ». Or, la nature ou le caractère communs des territoires d'outre-mer étaient précisément l'« organisation particulière » de chacun. Ce qu'ils avaient de commun était d'être différents ! Curieuse catégorie, si l'on prend le dernier état des territoires d'outre-mer à la veille de la révision, que celle qui comprenait une collectivité poussant l'autonomie à ses limites (la Polynésie française), les territoires les plus centralisés de toute la République, ne disposant pas d'assemblée élue (les Terres australes et antarctiques) et cette collectivité hybride ayant encore comme chef du territoire le représentant de l'État, tout en comptant parmi ses responsables, les autorités les plus originales au sein de la République, en la personne des trois rois traditionnels (Wallis-et-Futuna).

La révision du 28 mars 2003 prend acte de cette situation fondée sur les droits aux différences et dispose que dans le titre XII de la Constitution, les collectivités de l'article 74 sont toutes celles qui ne sont pas régies par l'article 73 (départements, régions et éventuelles collectivités leur succédant). Elles ne forment pas une catégorie au sens où elles seraient soumises à un statut homogène, elles ont chacune leur statut et c'est pour cette raison qu'elles sont dénommées tout simplement « collectivités d'outre-mer ».

Ainsi Saint-Pierre-et-Miquelon et Mayotte cessent d'être institutionnellement marginalisées pour rejoindre l'article 74 au sein duquel il n'existe que des régimes originaux.

La différence entre les collectivités de l'article 73 et celles de l'article 74 ne recoupe pas la distinction entre régime d'identité législative et régime de spécialité législative, réputée opposer à l'origine les DOM et les TOM. Certes, le principe d'identité législative est posé, nous l'avons vu, au début de l'article 73 ; mais la Constitution développe

désormais les « dérogations » dont il peut être assorti. Et l'article 74 reconnaît tout un éventail de situations, allant de la marge la plus étroite laissée à la spécialité législative (Saint-Pierre-et-Miquelon) jusqu'à l'autonomie la plus développée (Polynésie française). Cette dernière est consacrée par les termes du nouvel article 74 qui distingue en son sein « les collectivités qui sont dotées de l'autonomie » (al. 3) des autres (al. 2).

Toutes les collectivités de l'article 74 peuvent être matériellement compétentes en matière législative, on le sait depuis une des premières décisions du Conseil constitutionnel : la décision 65-34 L du 2 juillet 1965 affirmait déjà qu'elles « peuvent déroger au régime législatif résultant de l'article 34 de la Constitution ». L'article 74, alinéa 2 précise que, sous réserve des compétences déjà exercées par les collectivités de l'article 74, le transfert de compétences de l'État institué par loi organique statutaire obéit constitutionnellement aux mêmes exceptions matérielles que celles posées pour les collectivités de l'article 73 qui, comme nous l'avons vu, se voient désormais ouvrir elles aussi la possibilité de compétences en des domaines matériellement législatifs (cf. *supra* II, 2°).

19

Quant aux « projets et propositions de loi et projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité », ils font l'objet d'une consultation des institutions de cette collectivité dans les conditions prévues par la loi organique statutaire (art. 74, al. 2).

Le nouvel article 74-1 ajouté à la Constitution en 2003 facilite l'aménagement par le gouvernement de la spécialité législative en disposant : « Dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le gouvernement peut, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, étendre par ordonnance, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole. »

En ce qui concerne plus précisément les collectivités de l'article 74 dotées de l'autonomie, elles peuvent non seulement participer à l'exercice des compétences de l'État (sous son contrôle et dans le respect des garanties pour l'exercice des libertés publiques), mais surtout, dans le cadre de leur compétence exercée par leur assemblée délibérante dans les matières législatives, elles décident de règles sur lesquelles « le Conseil d'État exerce un contrôle juridictionnel spécifique » (art. 74, al. 3).

La seule collectivité de l'article 74 « dotée de l'autonomie » à ce jour est la Polynésie française qui, dans sa loi organique statutaire du

27 février 2004, peut prendre de telles délibérations sous l'intitulé de « lois du pays », étant cependant précisé par le Conseil constitutionnel (décision du 12 février 2004) que ces textes sont des actes administratifs. Ils ne sont donc pas assimilables aux lois du pays de la Nouvelle-Calédonie, dont la loi organique statutaire et la jurisprudence reconnaissent clairement la valeur législative.

En revanche, une ressemblance avec le statut original de Nouvelle-Calédonie réside dans ce que l'article 74 n'appelle pas expressément « citoyenneté » propre, mais qui s'y apparente : « des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité (dotée de l'autonomie) en faveur de sa population en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier » (art. 74, al. 3).

20 On le voit, la spécialité législative, qui remonte à l'Ancien Régime, à des textes du XVIII<sup>e</sup> siècle, a de beaux jours devant elle au XXI<sup>e</sup> siècle...

Ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre par rapport au droit commun, le droit de la France d'outre-mer est un droit d'avenir. Il y a bien longtemps qu'il pratique les thèmes aujourd'hui à la mode des droits aux différences. Lui qui s'entachait, à l'époque coloniale, de discriminations antidémocratiques, a été ensuite le premier sans doute à faire place aux discriminations positives, compensatoires, justifiées. En effet, ces dernières s'expliquent par l'existence ancienne des premières.

La modernité du droit d'outre-mer tient aussi à sa capacité à relativiser les notions d'indépendance ou de dépendance. Nous ne sommes plus à l'époque de Bandoeng mais à celle de l'Union européenne. Que peut signifier aujourd'hui une revendication indépendantiste ? Si elle est hiératique et figée, elle risque de rejoindre les théories coloniales au rayon des idées désormais inappropriées aux conditions de notre temps.

La République française est plurielle. Elle accorde à ses citoyens différents les divers régimes auxquels ils aspirent dans la liberté, l'égalité et la fraternité qui les lient tous ensemble.



R É S U M É

---

*La France et son outre-mer: un même droit ou un droit différent? Le droit d'outre-mer se caractérise fondamentalement par son ambivalence à l'égard de la France et de son édifice juridique. En effet, par certains aspects, il s'agit du même droit puisque l'outre-mer français c'est bien la France; et par certains autres, c'est un droit déjà différent dans la mesure où l'outre-mer français c'est intrinsèquement l'outre-mer. Cette dualité apparaît bien après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 qui atténue la séparation entre les collectivités de l'article 73 et celles de l'article 74 de la Constitution. Le droit d'outre-mer illustre le pluralisme juridique de la République française.*