

La République française : un archipel institutionnel en mouvement

André FAZI

Université de Corse, Équipe méditerranéenne de recherche juridique (UR 7311)

Comme la majorité des États européens depuis la Seconde guerre mondiale, la France évolue globalement dans le sens d'une décentralisation et d'une flexibilisation de ses structures territoriales. Toutefois, rien ne serait plus erroné que de croire en un processus univoque, linéaire et touchant au même titre l'ensemble des territoires.

C'est l'occasion de revenir brièvement sur l'idéologie unitaire née de la Révolution, avec ces liens établis entre 1/ l'entreprise de régénération, qui visait selon le Constituant Lapeletier – pourtant issu de la noblesse – à « créer un nouveau peuple »¹, 2/ l'égalité des citoyens devant la loi, et 3/ leurs conséquences obligées : l'uniformité des structures institutionnelles et le contrôle hiérarchique du pouvoir central. La République a sensiblement renforcé les collectivités territoriales élues depuis 1982, par exemple en leur transférant le pouvoir exécutif départemental, et établi de nouvelles collectivités à statut particulier dont la Corse est l'exemple le plus cité. Pour autant, elle n'a jamais renié cette idéologie ; en d'autres termes, cet ensemble de représentations et de croyances qui commandent un certain mode d'organisation de la vie en société. La République ne se dit plus « une et indivisible », mais les principes unitaires, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la Constitution, restent une formidable puissance structurante.

Malgré des effets majeurs, on aurait donc tort de penser le mouvement de décentralisation et de flexibilisation initié en 1982 comme une révolution institutionnelle. D'une part, la France métropolitaine a presque toujours compté des statuts particuliers². Celui de Paris remonte à 1795 et a été affermi par la loi la plus emblématique de la centralisation française, celle du 28 pluviôse an VIII. En quelque sorte, même si l'uniformité statutaire est le corollaire logique de l'exigence égalitaire, on a toujours su faire prévaloir d'autres exigences, spécialement relatives

¹ *Plan d'éducation nationale de Michel Le Peletier, présenté à la Convention nationale par Maximilien Robespierre, au nom de la Commission d'instruction publique [le 13 juillet 1793]*, Paris, Convention nationale, 1793, p. 3.

² Delphine Espagno-Abadie, « Ce que dit l'histoire des collectivités à statut particulier », in *Les collectivités territoriales à statut particulier en France. Les enjeux de la différenciation*, Nicolas Kada et André Fazi (dir.), Bruxelles, Peter Lang, 2022, p. 43-57.

à la qualité du contrôle politique. Quant à la Corse, elle a connu quatre évolutions statutaires en moins de 40 ans, et si l'on ne saurait en prédire aujourd'hui le contenu, il est possible qu'elle en connaisse vite une cinquième, fondée pour la première fois sur la Constitution elle-même.

D'autre part, la loi n'est pas ou pas exactement la même pour tous en métropole, mais les dispositions particulières relèvent de la volonté du législateur national. Par exemple, le code général des collectivités territoriales comprend des dispositions particulières pour les communes des départements des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne, celles de la région Île-de-France, celles du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, enfin celles des départements corses.

Enfin, les libertés locales s'exercent dans des cadres nationaux dont la précision et la complexité ne font que croître ; l'urbanisme en est un bon exemple. Certes, le pouvoir central a toujours constitutionnellement détenu le pouvoir de fixer les règles relatives aux compétences et ressources des collectivités. Ainsi, malgré la révision de 2003, qui constitutionnalise l'autonomie fiscale ou du moins la possibilité de celle-ci, les libertés fiscales des élus locaux ont été terriblement réduites depuis les années 1990. Toutefois, cela va plus loin. D'excellents spécialistes montrent que les nombreux transferts de compétences opérés depuis vingt ans ont été accompagnés de dispositifs de régulation de plus en plus influents : contractualisations, labellisations, appels d'offre, etc.³

Au demeurant, la France d'outre-mer présente un tableau fort différent. Au reste, on ne parle plus trop de *l'outre-mer* mais *des outre-mer* français, signifiant bien la remarquable pluralité des institutions concernées. Dans ces outre-mer, les principes unitaires peuvent connaître des atteintes de plus en plus marquées.

La différence fondamentale réside dans l'exercice de la fonction législative. En France métropolitaine, les élus locaux ne peuvent intervenir dans le domaine de la loi ; dans la France d'outre-mer, il est possible que la loi nationale, expression ordinaire de la souveraineté nationale, ne s'applique plus que dans quelques rares matières encore qualifiées de régaliennes. De surcroît, certaines assemblées locales peuvent désormais circonscrire l'exercice de droits fondamentaux au détriment de la généralité des citoyens français, donc de l'égalité fondatrice de la République.

³ Patrick Le Lidec, « Entre desserrement et resserrement du verrou de l'État. Les collectivités françaises entre autonomie et régulations étatiques », *Revue française de science politique*, vol. 70, n° 1, 2020, p. 75-100 ; Renaud Epstein, « Un demi-siècle après Pierre Grémion. Ressaisir la centralisation à partir de la périphérie », *ibid.*, p. 101-117.

Je vais ici revenir sur le développement de ce pluralisme juridique et institutionnel, chercher à en préciser les facteurs et les cadres, et m'interroger sur ses possibles conséquences sur l'unité de la République.

I. La bipartition originelle

L'actuel pluralisme institutionnel trouve ses origines dans la colonisation. Déjà en 1791, on indiquait que les colonies et possessions françaises d'Asie, d'Afrique et d'Amérique, « quoiqu'elles fassent partie de l'Empire français, ne sont pas comprises dans la présente Constitution ». Ces colonies et possessions, dont les habitants n'étaient pas citoyens français, ont donc été gérées suivant des modèles très différents de ceux des territoires continentaux.

En 1946, la dissolution de l'empire colonial commandait l'établissement de nouveaux liens, et la nouvelle Constitution confirma le maintien d'une grande diversité de statuts. Les protectorats – Togo, Indochine, Cambodge, etc. – devenaient des États associés, rattachés à la République dans le cadre de la nouvelle Union française⁴. La Constitution de 1958 cherchera à poursuivre cette expérience, en la rebaptisant Communauté, mais sans succès puisque le choix de l'indépendance fut alors largement majoritaire.

Surtout, la Constitution de 1946 créait aussi deux types de collectivités territoriales ultramarines. La première, fondée sur l'article 74, formait une catégorie à part entière, celle des territoires d'outre-mer [TOM], auxquels on devait donner un « statut particulier tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République ». On y classait notamment la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie, mais aussi la plupart des anciennes colonies comme le Congo, le Sénégal, Madagascar, etc.

La seconde, fondée sur l'article 73, permettait que le régime législatif des nouveaux départements d'outre-mer [DOM] connaisse des « exceptions déterminées par la loi ». C'est quelques mois plus tôt que la loi du 19 mars 1946 avait transformé en « départements français » les plus vieilles colonies françaises : Guyane, Réunion, Guadeloupe et Martinique. La République répondait ainsi directement à une forte demande d'assimilation de la part des classes politiques locales ; assimilation qui devait être comprise comme une émancipation à

⁴ Véronique Dimier, « Décentraliser l'Empire ? Du compromis colonial à l'institutionnalisation d'un gouvernement local dans l'Union Française », *Outre-mers. Revue d'histoire*, n° 338-339, 2003, p. 83-107.

l'aune du passé colonial et esclavagiste. Selon Patrick Chamoiseau, « cela voulait et veut toujours dire en fait : devenir humains »⁵.

Ainsi, d'une part, les DOM répondaient au principe d'identité législative, signifiant que les lois et règlements nationaux s'y appliquaient de plein droit dès leur promulgation, mais aussi que leurs structures institutionnelles étaient identiques à celles de leurs homologues continentaux. C'est en cela qu'on ne peut parler, malgré les possibilités d'adaptation, d'une catégorie singulière de collectivités.

Inversement, les TOM répondaient au principe de spécialité législative, signifiant que les lois et règlements nationaux ne s'y appliquaient normalement que sur mention expresse. En théorie, le Parlement restait souverain. En pratique, la loi nationale était loin d'être la norme majoritairement appliquée, et son rôle a été progressivement circonscrit au profit des délibérations des assemblées territoriales.

Dès 1968, les Comores se voyaient dotées d'un statut de très large autonomie. La perspective était alors celle de l'indépendance, mais d'autres situations s'en sont vite rapprochées. Sans employer le mot d'autonomie, les statuts néo-calédonien et polynésien de 1976 et 1977 ne donnaient plus qu'une étroite compétence d'attribution à l'État⁶. Le mot d'autonomie fera son retour dès le statut de la Polynésie de 1984.

Les collectivités concernées peuvent bien être dites autonomes, en ce qu'elles peuvent intervenir dans le domaine de la loi en adoptant des actes qui – quelle que soit leur valeur formelle – s'appliquent en lieu et place de la législation nationale, ou pour le moins adaptent cette dernière. Cela étant, le pluralisme législatif n'est plus uniquement le produit des choix souverains de l'État ; il procède de choix définis localement.

En somme, on rencontre d'un côté un régime (ou une logique) d'adaptation, où le territoire est fondamentalement intégré à l'ordre politico-juridique national, même lorsqu'il peut intervenir en matière législative. D'un autre côté, on trouve un régime (ou une logique) d'exception, où les institutions et les normes appliquées sont en grande partie exorbitantes du droit commun. Cette bipartition est toujours de mise, mais le pluralisme s'est considérablement développé depuis le statut de la Nouvelle-Calédonie de 1999.

II. Une différenciation accélérée

⁵ « Dotomisés », *Pouvoirs locaux*, n° 24, I/1995, p. 55.

⁶ 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.

Au tournant du millénaire, le processus de flexibilisation et de différenciation institutionnelle dans les outre-mer français a connu une accélération très sensible. D'un côté, en 1999 le nouveau statut de la Nouvelle-Calédonie, fruit des Accords de Nouméa, allait jusqu'à placer l'archipel hors du champ des collectivités, puisque fondé sur un titre à part de la Constitution. Ce texte est sans nul doute celui qui porte les atteintes les plus remarquables aux principes unitaires de la République, avec ses promoteurs qui parlaient, ni plus ni moins, de souveraineté partagée :

- a) On reconnaissait le peuple kanak et le fait colonial qu'il avait pâti.
- b) On créait une citoyenneté territoriale qui n'impliquait pas le renoncement à la citoyenneté française.
- c) On restreignait le corps électoral pour les élections provinciales.
- d) On donnait aux institutions territoriales un véritable pouvoir législatif, contrôlé de la même façon que celui du Parlement national.
- e) On permettait ou on imposait à ces mêmes institutions territoriales de restreindre le droit à l'établissement économique ou au travail au profit des citoyens néo-calédoniens ou à défaut des citoyens français résidant sur l'archipel depuis un certain nombre d'années.
- f) On organisait une procédure d'autodétermination, ouvrant la voie à l'indépendance, là encore en restreignant le corps électoral.

Même si cet exemple n'avait pas vocation à être intégralement reproduit, il a largement inspiré la révision constitutionnelle de 2003, qui renomme les TOM collectivités d'outre-mer [COM], précise que certaines peuvent être dotées de l'autonomie, et définit cette autonomie à travers des caractéristiques très éloignées du droit commun.

- a) Les collectivités dotées de l'autonomie peuvent participer à l'exercice de compétences de l'État, par exemple l'immigration, la police ou les régimes matrimoniaux.
- b) Le contrôle de certains actes de ces collectivités peut échapper à la compétence des juridictions de droit commun. Même s'ils demeurent formellement des actes administratifs, seul le Conseil d'État est habilité à juger de ces actes et il ne doit juger que de leur conformité à la Constitution, aux lois organiques, aux engagements internationaux et aux principes généraux du droit.

- c) Les collectivités concernées peuvent saisir le Conseil constitutionnel pour défendre leur compétence face à la loi nationale. Si l’empiètement est constaté, elles peuvent librement modifier la norme jugée illégitime.
- d) Enfin, les collectivités concernées peuvent attenter à l’égalité des citoyens si les « nécessités locales le justifient », en prenant des mesures favorisant la population locale en matière d’accès à l’emploi, d’accès au foncier ou de liberté d’établissement économique.

Ainsi, certaines assemblées territoriales exercent aujourd’hui des fonctions législatives jusque dans des domaines que beaucoup de Français métropolitains croiraient réservés à l’État, comme les douanes ou la propriété intellectuelle. La Polynésie compte désormais 22 codes de normes locales intervenant dans le domaine de la loi⁷. La Nouvelle-Calédonie en compte seize, auxquels on peut ajouter sept codes provinciaux⁸.

Toutefois, il serait dommageable de ne considérer que les situations les plus éloignées des principes unitaires de la République. Ce serait faire offense à cet archipel institutionnel qu’est aujourd’hui la France d’outre-mer, lequel a probablement eu quelques impacts, même s’ils restent très modérés, sur les évolutions en métropole.

La révision constitutionnelle de 2003 a assoupli les cadres pour *tous* les outre-mer. Si l’on considère les onze territoires ultramarins – laissons de côté Clipperton et les Terres australes et antarctiques françaises, qui n’ont pas de population permanente et d’élus –, on remarque la permanence de logiques très différentes et une pluralité qui ne cesse de croître⁹.

Les collectivités soumises à un régime d’adaptation, ressortissant à l’article 73 de la Constitution, ne peuvent intervenir dans le domaine de la loi qu’après habilitation et cadrage par le Parlement, mais montrent elles-mêmes des variations sensibles. Chacune a un statut qui lui est propre, comme le laissait envisager le Président Chirac en 2000¹⁰. Certaines ont choisi la fusion de la région et du département, d’autres pas. Certaines ont voulu une dissociation des autorités exécutive et délibérative, d’autres pas. Encore plus étonnant : certaines exigent non pas *plus* mais *moins* de pouvoirs, et on a même constitutionnalisé l’infériorité des pouvoirs

⁷ <http://lexpol.cloud.pf/LexpolAfficheCodes.php?2>

⁸ <https://juridoc.gouv.nc/JuriDoc/JdWebE.nsf/Juristart?openpage>

⁹ En ce sens : Sénat, n° 713, session extraordinaire de 2019-2020, *Rapport d’information au nom de la Délégation sénatoriale aux outre-mer sur la différenciation territoriale outre-mer. Quel cadre pour le sur-mesure ?*, par Michel Magras, enregistré le 21 septembre 2020.

¹⁰ Discours de Monsieur Jacques Chirac, Président de la République, Madiana (Martinique), 11 mars 2000, <https://www.drom-com.fr/articles/discours-de-jacques-chirac-prononce-le-11-mars-2000-a-madiana-martinique-227.htm>

normatifs des élus réunionnais¹¹. Quant aux élus mahorais, ils montrent une volonté d'intégration la plus grande possible aux normes métropolitaines, ce qui s'est déjà traduit par le passage d'un régime d'exception à un régime d'adaptation.

Tableau 1. Le non-droit commun de l'article 73

	Guadeloupe	Réunion	Guyane	Martinique	Mayotte
Structure globale	Droit commun (DOM + ROM)	Droit commun (DOM + ROM)	Collectivité unique	Collectivité unique	Collectivité unique
Mode de scrutin	Binominal majoritaire (département) Proportionnel à prime majoritaire (région)	Binominal majoritaire (département) Proportionnel à prime majoritaire (région)	Proportionnel à prime majoritaire	Proportionnel à prime majoritaire	Binominal majoritaire
Exécutif départemental et/ou régional	Droit commun	Droit commun	Droit commun	Conseil exécutif politiquement responsable	Droit commun
Compétences	Droit commun	Constitutionnellement inférieurs	Droit commun	Droit commun	Légalement inférieurs
Droit coutumier	Non	Non	Oui	Non	Oui

Surtout, les choses sont loin d'être stabilisées. En Guadeloupe, malgré l'échec de la consultation sur la collectivité unique en 2003, qui avait encouragé une stase, le débat institutionnel est loin d'être clos¹². De surcroît, une récente enquête montre qu'une majorité de la population (59%) serait favorable à la fusion du département et de la région, et qu'une majorité encore plus large (70%) souhaiterait un statut fiscal et douanier particulier¹³.

L'instabilité est plus nette à Mayotte, où après avoir exigé le titre de département pour une collectivité qui exerce aussi les compétences des régions, les élus demandent désormais¹⁴ :

¹¹ André Oraison, « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la Constitution de la Ve République, corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », *Revue française de droit administratif*, n° 4/2003, p. 688-693.

¹² « Les élus guadeloupéens veulent réorganiser la responsabilité politique de la Guadeloupe », *La 1ère*, 8 juin 2023, <https://la1ere.francetvinfo.fr/guadeloupe/les-elus-guadeloupeens-veulent-reorganiser-la-responsabilite-politique-de-la-guadeloupe-1403742.html>.

¹³ « Sondage : près de 3 Guadeloupéens sur 5 favorables à l'émergence d'une collectivité territoriale unique », *La 1ère*, 2 juin 2023, <https://la1ere.francetvinfo.fr/guadeloupe/sondage-pres-de-3-guadeloupeens-sur-5-favorables-a-l-emergence-d-une-collectivite-territoriale-unique-1402058.html>.

¹⁴ Contribution du Conseil départemental au projet de loi Mayotte, 20 mai 2021, <https://www.cg976.fr/ressources/cd976/?file=contribution-CD976-projet-de-loi-Mayotte&ext> ; Département de Mayotte, *Recueil des actes administratifs*, janvier 2022, publié le 10 février 2022. Voir aussi : Sénat, n° 289 (2021-

- Un statut de département-région, en arguant que l'actuel Département – avec une majuscule – ne perçoit pas toutes les dotations d'une région ;
- Le remplacement du scrutin binominal majoritaire, propre aux départements, par le scrutin de liste proportionnel propre aux régions.

Les projets de loi gouvernementaux présentés en janvier 2022 répondaient positivement à ces deux demandes, mais ils furent jugés très insuffisants sur bien d'autres domaines essentiels, incitant le conseil départemental à les rejeter à l'unanimité¹⁵. Notamment, à l'instar des élus antillais dès les années 1950, les élus de Mayotte sont très insatisfaits des lenteurs de l'harmonisation en matière de prestations sociales. Les habitants n'ont toujours pas accès à l'aide médicale d'État, à la couverture maladie universelle complémentaire, etc. Notons qu'alors que leur actuel statut, fondé sur l'identité législative, a été adopté en 2010, les élus mahorais ne revendiquent « l'alignement total » des prestations sociales qu'en 2027¹⁶. Ils demandent aussi à ce que l'État continue d'exercer des compétences régionales essentielles – routes nationales, collèges et lycées – au moins jusqu'à 2030.

Quant aux territoires connaissant un régime d'exception, ressortissant à l'article 74 ou à un titre particulier de la Constitution, leur variété est plus grande encore, et l'on peut concevoir deux grandes sous-catégories en fonction du rôle que l'État y joue.

Dans une première, l'État encadre étroitement les autorités territoriales, ce qui permet de parler d'État fort. D'une part, cela concerne des collectivités dont l'organisation et les compétences sont très singulières, particulièrement en matière fiscale, mais qui n'exercent leur pouvoir matériellement législatif que dans un nombre assez limité de domaines : Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy. D'autre part, cela concerne Wallis-et-Futuna, où le droit coutumier a un rôle central, où les normes nationales ne s'appliquent que sur mention expresse, et où le pouvoir exécutif demeure – c'est la dernière collectivité territoriale française à se trouver dans ce cas – dans les mains du représentant de l'État, quoique les autorités coutumières exercent en pratique une puissante influence¹⁷.

2022), *Proposition de loi relative au Département-Région de Mayotte*, par M. Thani Mohamed Soilihi, déposée le 9 décembre 2021, <https://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/pp121-289-expose.html>

¹⁵ Halda Halidi, « À l'unanimité, les élus ont rejeté le projet de Loi Mayotte en séance plénière », *La 1^{ère}*, 15 janvier 2022, <https://la1ere.francetvinfo.fr/mayotte/a-l-unaninite-les-elus-ont-rejete-le-projet-de-loi-mayotte-en-seance-pleniere-1204141.html>

¹⁶ Département de Mayotte, *Recueil des actes administratifs*, janvier 2022, publié le 10 février 2022, pp. 7-8.

¹⁷ Antoine Leca, Bernard Gille, *Histoire des institutions de l'Océanie française. Polynésie, Nouvelle-Calédonie, Wallis-et-Futuna*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 249-280 ; Françoise Douaire-Marsaudon, « Droit coutumier et loi républicaine dans une collectivité d'outre-mer française (Wallis-et-Futuna) », *Ethnologie française*, vol. 48, 2018/1, p. 81-92.

Dans la seconde, qui renvoie aux cas de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie, l'État est concentré sur ses fonctions fondamentales, celles qui l'ont consacré comme idéaltype d'organisation politique (justice, défense, police, relations internationales, monnaie, droits fondamentaux, droit civil, droit pénal, etc.), ce qui permet de parler d'État régalien. Les institutions territoriales ont une véritable dimension gouvernementale, mais l'État, à travers ses compétences régaliennes, conserve un rôle fondamental dans les affaires publiques. Théoriquement, le principe général est celui de l'exclusivité de compétence, mais les mécanismes de coopération sont nombreux, notamment à l'échelle de certaines matières telles la sécurité ou le droit civil. Tout cela pousse à nous interroger sur les grands facteurs et les limites de ce mouvement de différenciation.

Tableau 2. Catégories et sous-catégories ultramarines

Régime d'adaptation		Régime d'exception	
<i>Article 73 de la Constitution</i>		<i>Art. 74 ou titre à part de la Constitution</i>	
Organisation de droit commun (département + région)	Collectivité unique	État fort	État régalien
Guadeloupe Réunion	Martinique Guyane Mayotte	Saint-Barthélemy Saint-Martin Saint-Pierre-et-Miquelon Wallis-et-Futuna	Polynésie Nouvelle-Calédonie

III. Les facteurs de la différenciation

Si la République française montre aujourd'hui un tel pluralisme institutionnel, cela procède assurément de facteurs nombreux et variés. Le premier est naturellement la volonté des élus territoriaux, qui a motivé l'assouplissement des cadres constitutionnels et la concrétisation de perspectives nouvelles.

Jusqu'à la révision constitutionnelle de 2003, les départements et régions d'outre-mer étaient basés sur le modèle français de droit commun, où le pouvoir exécutif n'est pas formellement différencié de l'organe délibératif. En revanche, à compter de 2003, ils ont pu décider – sous réserve d'une validation populaire – de fusionner les institutions départementale et régionale, *et*, concomitamment, d'adopter un modèle différent d'autorité exécutive.

Suite aux consultations de janvier 2010 en Guyane et en Martinique, où le Oui l'a emporté, la mise en place de la collectivité unique, effective au 1^{er} janvier 2016, fut aussi l'occasion d'établir des modèles différents. La collectivité unique de Guyane a conservé le modèle des régions métropolitaines, où le président du conseil est aussi l'autorité exécutive. Inversement, la collectivité unique de Martinique a adopté le modèle de la collectivité territoriale de Corse créée par la loi du 13 mai 1991, où le pouvoir exécutif est confié à un conseil élu par l'organe délibérant et responsable devant lui.

Néanmoins, on rencontre bien d'autres facteurs, d'autres natures. Le premier est géographique. Bien évidemment, l'éloignement favorise la différenciation normative. Il est bien moins utile et justifié d'utiliser une norme commune lorsqu'on se situe à 15000 kilomètres de la métropole. Cependant, d'autres contraintes physiques peuvent motiver des adaptations sensibles.

Le fait archipélagique, d'une part, a souvent un impact décisif au niveau du mode de scrutin. Afin d'éviter que l'île ou groupe d'îles le plus peuplé exerce une hégémonie politique, l'archipel est divisé en diverses sections électorales de façon à assurer une meilleure représentativité aux îles ou groupes d'îles les moins peuplés, au détriment de l'égalité républicaine devant le suffrage. Par exemple, l'île de Miquelon est presque neuf fois moins peuplée que celle de Saint-Pierre, mais compte quand même quatre conseillers territoriaux sur 19.

D'autre part, le fait archipélagique peut justifier de profonds ajustements au niveau de l'organisation institutionnelle et de la répartition des pouvoirs. Toujours en Nouvelle-Calédonie, il a permis de justifier la création de trois provinces aux larges compétences, dont la compétence résiduelle. Cela favorise la communauté historique kanak, qui est majoritaire dans deux de ces provinces.

Le deuxième facteur est l'importance de la tradition pour les populations. Il est bien connu que la fin de l'empire n'a pas signifié la fin du statut de droit civil coutumier, protégé par l'article 75 de la Constitution. Toutefois, la tradition a aussi des impacts majeurs sur plusieurs dispositifs institutionnels.

Ainsi, le statut de 1961 pour Wallis-et-Futuna se fondait sur la permanence de l'organisation coutumière fondée sur les chefferies et royaumes traditionnels, et l'importance de la « juridiction de droit local ». Plus récemment, considérant l'importance des questions du statut civil coutumier et des terres coutumières en Nouvelle-Calédonie, le statut de 1999 y a créé un Sénat coutumier. Les projets de lois du pays concernant les matières citées doivent être soumis au préalable à l'examen de cette instance, composée par les représentants des différentes aires coutumières. Si le Congrès n'adopte pas le texte voté par le Sénat, ce dernier est saisi une seconde fois. Dès lors, en cas de désaccord, le Congrès peut statuer définitivement.

Officiellement, la Guyane n'utilise pas le droit coutumier, mais la coutume y a toujours joué un rôle majeur¹⁸, au point de justifier en 2007 la création d'une instance représentative des populations amérindiennes et bushinenges¹⁹. Rebaptisée « grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges » par la loi du 28 février 2017, elle a pour rôle de défendre les intérêts juridiques, économiques, sociaux, culturels, éducatifs et environnementaux de ces populations. La loi de 2017 la situe institutionnellement non pas auprès de la collectivité territoriale mais du représentant de l'État, et elle étend ses compétences.

Le grand conseil est obligatoirement saisi pour avis préalable sur tout projet de délibération de l'Assemblée de Guyane « ayant des conséquences sur l'environnement ou le cadre de vie ou intéressant l'identité des populations qu'il représente ». Il peut aussi s'autosaisir, notamment en cas d'inaction des autorités habilitées à le saisir. Ses avis restent consultatifs mais un récent rapport du Sénat envisage qu'on lui octroie un pouvoir de veto temporaire en certaines matières, sur le modèle du Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, qu'on lui reconnaisse la personnalité morale, et qu'on adapte « le droit au mode de vie traditionnel » des populations concernées, spécialement en matière foncière²⁰.

Relevons aussi qu'en Guyane les chefs coutumiers ont une influence personnelle et interviennent dans des questions théoriquement réservées à l'État ou au maire, ce qui peut susciter certains troubles. Le même rapport du Sénat préconise ainsi d'organiser plus précisément l'association des autorités coutumières à « la décision publique dans les communes »²¹.

Le troisième facteur est communautaire, ce qui renvoie spécialement à la Nouvelle-Calédonie. La conséquence principale réside au niveau du mode de scrutin. Sachant que la province Sud, qui est largement la plus peuplée, est dominée par les Caldoches, d'origine européenne, plusieurs mesures favorisent la communauté historique kanak, qui est minoritaire. D'un côté, il existe une pondération très importante puisque la province Sud compte 75% de la population mais moins de 60% des sièges au Congrès. D'un autre côté, le corps électoral a été gelé : seuls peuvent voter aux élections provinciales les citoyens français qui résident de façon principale en Nouvelle-Calédonie depuis le 8 novembre 1998, et ceux qui sont devenus majeurs après

¹⁸ Stéphanie Guyon, « Des "Primitifs" aux "Autochtones". Savoirs ethnologiques et politiques publiques en Guyane de 1946 à nos jours », *Genèses*, n° 91, 2013/2, p. 49-70.

¹⁹ Tiffanie Hariwanari, « Le Grand Conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges : amorce d'un dialogue en Guyane », in *La nature en partage : Autour du protocole de Nagoya*, Catherine Aubertin et Anne Nivart (dir.), Marseille, IRD Éditions, 2021, p. 241-248.

²⁰ Sénat, n° 337, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) pour une grande loi Guyane : 52 propositions*, par MM. Philippe Bas, Mathieu Darnayd, Jean-Luc Fichet, Mme Sophie Joissains et M. Thani Mohamed Soilihi, enregistré le 19 février 2020, p. 89-91.

²¹ *Ibid.*, p. 85.

cette date et dont au moins un des parents détient la citoyenneté néo-calédonienne. Enfin, alors que dans tous les autres territoires français, il existe une prime majoritaire attribuée à la liste arrivée en tête, prime qui varie de 18% des sièges pour la Corse à 50% pour Saint-Pierre-et-Miquelon, il n'existe là-bas aucune prime de ce type.

Notons cependant qu'il ne s'agit pas seulement de différenciation mais d'intégration communautaire. Ainsi, depuis le statut de 1999, le gouvernement néo-calédonien est composé proportionnellement à l'importance des groupes politiques du Congrès. Cela impose à des partis issus de deux communautés opposées, pour ne pas dire antagoniques, de coopérer politiquement. On relève qu'un même choix avait été fait pour l'Irlande du Nord quelques mois plus tôt²².

IV. L'encadrement de la différenciation

Non seulement leurs institutions diffèrent, mais les autorités ultramarines peuvent adopter des normes qui s'appliquent en lieu et place de la loi de la République, censée être la même pour tous. Il convient toutefois de mesurer plus précisément les latitudes dont elles disposent, tant l'on sait que la pratique est souvent peu respectueuse de la théorie.

Le premier constat est, sans surprise, que les possibilités de différenciation normative restent étroitement dépendantes des logiques politiques choisies. En donnant aux départements et régions d'outre-mer le pouvoir d'adapter des normes législatives ou réglementaires après habilitation du Parlement ou du gouvernement, la révision constitutionnelle de 2003 semblait enclencher une mutation substantielle. En réalité, l'écart a encore grandi entre ces collectivités sous régime d'adaptation et les territoires sous régime d'exception.

Depuis la loi organique de 2007 qui fixe ses conditions d'exercice, le dispositif d'adaptation après habilitation a toujours été un dispositif très peu efficient, d'abord du fait de la lourdeur du processus d'encadrement par les institutions nationales. Au reste, les projets de loi constitutionnelle de 2018 et 2019 en prenaient acte, puisqu'ils proposaient un net assouplissement de la procédure, avec une habilitation donnée par le gouvernement y compris en matière législative, avec validation *ex post* par le Parlement lorsque l'adaptation est intervenue dans le domaine de la loi²³.

²² John McGarry, Brendan O'Leary, « Power-Sharing Executives: Consociational and Centripetal Formulae and the Case of Northern Ireland », *Ethnopolitics*, vol. 15, n° 5, 2016, p. 497-519.

²³ Assemblée nationale, XV^e législature, n° 2203, *Projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique*, enregistré le 29 août 2019, article 12.

Déplorablement, il n’y a pas de recensement systématique des délibérations qui soit publiquement disponible. D’un point de vue quantitatif, j’ai recensé 22 demandes d’habilitation déposées – dont huit pour renouvellement ou prorogation –, et 56 délibérations prises en application. Sur les neuf collectivités de l’article 73 ayant pu demander des habilitations à adapter une loi ou un règlement, seulement quatre l’ont fait et deux ont obtenu satisfaction.

D’un point de vue qualitatif, très peu de délibérations laissent penser que ce pouvoir apporte une plus-value sensible à la gestion publique (réglementation thermique, production d’énergies renouvelables, autorité organisatrice unique des transports). La majorité est relative à des questions dont on ne saurait dire qu’elles sont décisives : la réalisation d’une étude, la création d’une commission, l’installation des chauffe-eau solaires, l’information sur le prix de l’électricité, l’inspection des pompes à chaleur, etc. En somme, l’adaptation législative locale reste un événement rare.

Tableau 3. Le dispositif d’adaptation après habilitation

Collectivité	Demandes	Habilitations	Utilisations notables
Région Martinique (ou collectivité unique)	Oui (8 dont 3 prorogations)	Oui	Planification et programmation de la production d’électricité et d’ENR, autorité unique des transports, établissement public de formation professionnelle
Département Martinique	Non	-	-
Région Guyane (ou collectivité unique)	Oui (4)	Non	-
Département Guyane	Non	-	-
Région de la Réunion	Non	-	-
Département de la Réunion	Non	-	-
Région Guadeloupe	Oui (9 dont 5 prorogations)	Oui	Planification et programmation de la production d’électricité et d’ENR, réglementation thermique, établissement public de formation professionnelle
Département Guadeloupe	Non	-	-
Département Mayotte	Oui (1)	Non	-

Inversement, à l'exception de Wallis-et-Futuna et de Saint-Pierre-et-Miquelon, le pouvoir normatif des territoires sous régime d'exception a été considérablement élargi. La situation de la Nouvelle-Calédonie est celle qui démontre le plus clairement que la République française peut promouvoir des dispositifs très éloignés de ses principes unitaires, allant jusqu'à mettre en jeu son indivisibilité et à créer une citoyenneté territoriale qui donne à ses titulaires des avantages considérables, notamment en matière de droit au travail.

Malgré les difficultés de leur adoption, les trois lois du pays – deux en Nouvelle-Calédonie, une en Polynésie – relatives à la protection de l'emploi local en vigueur sont particulièrement significatives et créent bien une brèche dans l'égalité des citoyens. Bien sûr, la protection doit respecter le principe de proportionnalité, mais dans le secteur privé les citoyens calédoniens sont toujours privilégiés. Si un citoyen calédonien n'est pas recruté, on privilégie les résidents depuis un certain nombre d'années, et ce nombre dépend des difficultés de recrutement de l'activité professionnelle concernée.

Bien évidemment, la très large autonomie de la Nouvelle-Calédonie ou de la Polynésie s'inscrit, elle aussi, dans l'ordre juridique national et est soumise à un contrôle juridictionnel. La loi nationale n'est pas hiérarchiquement supérieure à la loi du pays néo-calédonienne ou polynésienne, mais il pouvait être craint ou espéré que les juges interprètent extensivement leur fonction de contrôle, en particulier pour la Polynésie dont les lois du pays doivent respecter les principes généraux du droit.

Tel ne fut pas le cas. Si la jurisprudence relative à la Corse et aux départements et régions d'outre-mer peut être considérée à tendance centralisatrice, celle qui est relative à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie me paraît plus équilibrée. On a ainsi vu le Conseil constitutionnel rappeler que la protection de l'emploi local n'était pas une option mais une prescription pour les élus néo-calédoniens²⁴. On a aussi vite vu le Conseil d'État repousser plusieurs requêtes fondées sur des ruptures d'égalité avec le reste de la France²⁵, entre les circonscriptions polynésiennes²⁶, entre divers secteurs d'activité professionnelle²⁷ ou entre divers types de commerces²⁸. Cependant, comme le démontre l'arrêt du 9 novembre 2022²⁹, la proportionnalité des mesures discriminantes demeure étroitement surveillée, et son contrôle laisse toujours au juge une large faculté d'appréciation. Certaines majorations d'impôt décidées en l'espèce,

²⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2014-4 LP du 21 novembre 2014.

²⁵ Conseil d'État, n° 304400, 20 juillet 2007, *Syndicat des médecins de la Polynésie française*.

²⁶ Conseil d'État, n° 286584, 1^{er} février 2008, *Commune de Parara*.

²⁷ Conseil d'État, n° 288391, 15 mars 2006, *M. A. et autres*.

²⁸ Conseil d'État, n° 288756 et 289036, 3 avril 2006, *Société SEGC et autres. Fédération générale du commerce de Polynésie française et autres*.

²⁹ Conseil d'État, n° 464367, 9 novembre 2022.

d'une ampleur considérable (jusqu'à 2000% pour les non-résidents depuis dix ans), ont motivé l'annulation du texte.

Cette autonomie de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie peut-elle être encore étendue, ce qui impliquerait un nouveau recul de la loi républicaine dans ces territoires français ? La réponse est assurément oui, et les statuts eux-mêmes le prévoient. Par exemple, selon l'article 27 de son statut, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie peut demander le transfert d'autres compétences, comme l'enseignement supérieur et même le contrôle de légalité des provinces et communes. De même, le statut de la Polynésie permet l'association des institutions territoriales à l'exercice des compétences de l'État, mais ces possibilités n'ont presque pas été exploitées pour l'heure³⁰.

Certes, la phase post-référendaire en Nouvelle-Calédonie s'annonce incertaine et laisse notamment envisager un « dégel du corps électoral »³¹. Toutefois, il paraît improbable qu'elle se traduise par une recentralisation de certaines compétences territoriales.

Conclusions

L'ultime question à se poser est celle des limites de ce processus de différenciation. Le cas de la Nouvelle-Calédonie démontre que même le tabou de l'indépendance, et donc de l'indivisibilité de la République, peut être levé. Et affirmer l'exceptionnalité du cas néo-calédonien est bien trop commode pour être crédible. Rien ne permet de croire que la situation néo-calédonienne serait facilement reproductible. Mais de même, rien ne permet d'exclure, du moins à moyen terme, qu'un autre territoire français – comme la Polynésie ou la Guadeloupe – s'engage sur une voie similaire, même si leur dépendance financière – bien supérieure – représente *a priori* un frein majeur. Rappelons que le pouvoir constituant est souverain, et que le Conseil constitutionnel lui-même prétend n'avoir aucune faculté de statuer sur une révision constitutionnelle.

Sans en arriver à cette situation extrême, qu'on pourrait dire existentielle, du choix de l'indépendance, il est très peu probable d'assister à court terme à une nouvelle inversion de paradigme, de la différenciation à la normalisation et l'intégration. Quels que soient ses effets en matière de qualité des politiques publiques, le particularisme institutionnel apparaît comme

³⁰ Sénat, n° 713, *op. cit.*, p. 232.

³¹ « Dégel du corps électoral aux provinciales : le Palika confirme avoir proposé dix ans », *La 1ère*, 10 juin 2023, <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaldonie/degel-du-corps-electoral-le-palika-confirme-avoir-propose-dix-ans-1404554.html>

une sorte d'acquis auquel il est politiquement impossible de renoncer, tout simplement en ce qu'il traduit la reconnaissance de la spécificité du territoire.

Partant, l'hypothèse la plus probable est celle de la poursuite du mouvement général de flexibilisation institutionnelle outre-mer. Celui-ci n'interdit pas à l'État d'exercer un rôle de régulation essentiel, et ne devrait pas, du moins à court terme, susciter de bouleversement en métropole. Jusqu'à aujourd'hui, cette situation qui donne à la République deux constitutions territoriales, très différentes, ne semble susciter aucune réaction négative significative, que ce soit au sein des élites du pays ou en celui de la population. Les enquêtes disponibles montrent même que les Français sont loin d'être très hostiles aux revendications nationalistes corses³². Quant aux élites, leur attachement aux principes unitaires est vraisemblablement plus élevé, mais pas au point de motiver une remise en cause des évolutions ultramarines. Les outre-mer peuvent attenter aux principes unitaires, les régions métropolitaines non. Officiellement, ce grand écart est uniquement le produit d'un pragmatisme justifié par les situations particulières de ces territoires. Néanmoins, s'il n'y a là que du pragmatisme, pourquoi les outre-mer seraient-ils seuls à être concernés ?

³² ELABE, « Les Français et la situation politique en Corse », sondage pour *BFMTV*, 7 février 2018, <https://elabe.fr/wp-content/uploads/2018/02/les-francais-et-la-situation-politique-en-corse.pdf> ; Harris Interactive – Toluna, « Baromètre d'intentions de vote à l'élection présidentielle de 2022. Vague 38 », réalisé pour *Challenges*, 23 mars 2022, <http://harris-interactive.fr/wp-content/uploads/sites/6/2022/03/FHD8012DKQO048.pdf>.