

SYNTHÈSE
LA DIFFÉRENCIATION EN DROIT FRANÇAIS :
DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES
AUX POPULATIONS LOCALES

Par Alain BOYER

Maître de conférences
Centre de droit et de politique comparés J.-C. Escarras, UMR n° 7318
Vice-président délégué aux affaires juridiques et institutionnelles
Université de Toulon

SOMMAIRE

- I. – LE FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DE LA DIFFÉRENCIATION
 - A. – *Une différenciation expressément prévue pour l’outre-mer*
 - 1. – *La différenciation fondée sur l’article 74 de la Constitution*
 - 2. – *La différenciation fondée sur l’article 73 de la Constitution*
 - B. – *Une différenciation suggérée pour la métropole*
 - 1. – *La différenciation fondée sur l’article sur l’article 72 de la Constitution*
 - 2. – *La différenciation fondée sur l’article 72-2 de la Constitution*
- II. – LA PORTÉE DE LA DIFFÉRENCIATION
 - A. – *La variabilité de la différenciation*
 - 1. – *La différenciation institutionnelle*
 - 2. – *La différenciation du droit applicable*
 - B. – *Les limites de la différenciation*
 - 1. – *Les limites politiques*
 - 2. – *Les limites juridiques*

La thématique de la différenciation entre collectivités territoriales est présente dans le débat politique français depuis quelques années.

En droit public, l’évocation du degré de liberté des collectivités territoriales se fait traditionnellement à travers les vocables d’autonomie locale et/ou de libre administration des collectivités territoriales. Le terme de différenciation utilisé dans le débat public mérite d’être précisé.

D’une part, dans un sens commun, la différenciation est l’action de se différencier où le résultat de cette action. Ainsi, le mot différenciation renvoie soit à une action soit à un résultat.

D'autre part, le terme différenciation est reçu dans diverses disciplines scientifiques avec des définitions particulières. En biologie, la différenciation signifie diversification des êtres vivants (différenciation cellulaire, différenciation sexuelle...). En économie, la différenciation peut soit désigner la spécialisation des fonctions et des tâches, soit la mise en valeur d'un produit pour mieux assurer sa vente. En sociologie, la différenciation est un processus de répartition des personnes dans l'échelle sociale aboutissant à établir une stratification sociale. En chimie, la différenciation est l'action de décolorer une préparation microscopique de façon à mettre en évidence certains détails.

Ces différentes définitions ne permettent pas de rendre compte de la signification du terme de différenciation utilisée dans le débat public. En effet, le terme de différenciation utilisé dans le débat public en matière de collectivités territoriales ne vise ni à décrire une action, ni un résultat, ni une spécialisation ni une hiérarchisation. La différenciation est utilisée en opposition à l'uniformisation qui serait la caractéristique du système français de collectivités territoriales.

L'uniformisation des structures locales trouve sa source dans la Révolution de 1789 et la pratique politico-juridique qui a existé depuis deux siècles. En effet, il faut se souvenir que la Révolution, dans la nuit du 4 août 1789, a aboli les privilèges. Les privilèges étaient certes liés à l'existence des ordres mais aussi à une différenciation normative entre les provinces du Royaume. Le principe d'égalité devant la loi proclamé par l'article 6 de la Déclaration du 26 août 1789 s'opposait à des différences de traitement entre les individus et entre les collectivités. Sur ce fondement, sera consacré un principe d'uniformité institutionnelle qui va demeurer très largement indiscuté jusqu'aux années récentes. La prégnance de ce principe était telle sous la Révolution que l'on a voulu dans un premier temps l'étendre aux colonies avant de consacrer un principe de spécialité législative qui aura à la fois une portée institutionnelle en ce sens que, dans les colonies, il n'y aura pas de département et une portée sur le droit substantiel en ce sens que la loi applicable en métropole ne sera pas applicable de plein droit dans les colonies.

Ainsi, la France a connu une différenciation tant institutionnelle que normative durant l'Ancien régime et dans les colonies donc sous le régime républicain : cette différenciation institutionnelle et normative étant la marque pour l'outre-mer de ce que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qualifie d'arbitraire colonial.

La différenciation normative et institutionnelle va continuer après la fin du régime colonial dans les seuls territoires d'outre-mer dont le nombre va être considérablement réduit au début de la V^e République certains les qualifiant de « *confettis d'empire* ». La réduction du nombre des territoires d'outre-mer pouvait donner à penser que cette problématique de différenciation tendrait à disparaître du fait de la départementalisation de certains territoires d'outre-mer ou de l'accession à l'indépendance pour d'autres.

Or, la problématique de la différenciation va rebondir dans l'espace départementalisé ultramarin avant de concerner aujourd'hui la métropole.

Il est relativement paradoxal que cette question de la différenciation normative et institutionnelle concerne aujourd'hui la métropole. En effet, on a assisté depuis la fin de la seconde guerre mondiale à une sorte d'uniformisation sociologique du pays en ce sens que les traditions locales, le parler local, l'histoire locale ont très largement disparu sur l'autel des grandes migrations internes qu'a connu le pays. On naît dans une région, on travaille dans une autre et bien souvent on prend sa retraite et on décède dans une troisième région.

Traditionnellement, la différenciation normative et institutionnelle est fondée sur une identité locale particulière liée à l'insularité (Corse et l'essentiel de l'outre-mer) ou à l'existence d'une population locale présentant certaines spécificités (outre-mer). L'article 72-3 de la Constitution exprime ce lien entre identité locale et population en reconnaissant au sein du peuple français l'existence des populations d'outre-mer.

Hors l'outre-mer, le peuple français ne reconnaît pas en son sein de populations particulières. Dès lors, le législateur a fondé certaines différenciations sur des considérations géographiques : l'exemple le plus frappant étant le statut de la Corse, mais on peut aussi évoquer en matière environnementale et urbanistique les lois Montagne et Littoral.

On peut légitimement s'interroger sur les ressorts qui poussent à cette demande de différenciation. On doit faire observer que pour la métropole il n'est pas réclamé de différenciation portant sur les branches du droit « traditionnelles » telles que le droit pénal ou le droit civil. Les demandes de différenciation concernent plutôt les institutions locales ou certaines politiques publiques. On doit faire observer que cette demande de différenciation des politiques publiques est peut-être liée au hiatus de plus en plus marqué dans de nombreux domaines entre l'affichage d'une politique de décentralisation et la réalité d'une centralisation toujours plus marquée. On peut à cet égard constater que les collectivités territoriales voient très largement réduites leur capacité d'initiative financière car elles disposent de recettes contraintes et voient leurs dépenses de plus en plus orientées par l'État, si bien que l'on peut, en droit positif, sérieusement s'interroger sur l'existence d'une autonomie financière locale alors même qu'elles disposent selon les concepts des finances publiques de budget autonome. Un constat semblable peut être fait en matière de gestion du territoire où l'attribution aux collectivités territoriales d'un large pouvoir de décision en la matière est très largement contrainte par les politiques de l'État en matière de logement, d'environnement...

I. – LE FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DE LA DIFFÉRENCIATION

A. – *Une différenciation expressément prévue pour l'outre-mer*

La différenciation est expressément prévue par la Constitution pour l'outre-mer. Elle trouve son fondement dans l'article 74 de la Constitution pour les collectivités territoriales d'outre-mer, l'article 76 de la Constitution pour la Nouvelle-Calédonie et enfin l'article 73 de la Constitution pour les départements d'outre-mer.

1. – *La différenciation fondée sur l'article 74 de la Constitution*

On doit faire observer que la différenciation pour les collectivités territoriales d'outre-mer existe depuis 1958 à travers l'organisation particulière dont chaque collectivité peut se voir dotée qui permet de les distinguer des simples départements. Le régime de l'article 74 de la Constitution a connu une première modification en 1992 qui a placé le statut des collectivités d'outre-mer dans le domaine de compétence du législateur organique. Une seconde évolution a été apportée en 2003 dont l'objet principal a été de définir les éléments caractéristiques d'un statut d'autonomie dont peut se voir dotée une collectivité d'outre-mer par le législateur organique. Ainsi, chaque collectivité d'outre-mer peut se voir dotée d'institutions propres et est le siège d'un ordre juridique particulier au sein de l'ordre juridique de la République.

2. – *La différenciation fondée sur l'article 73 de la Constitution*

En 1958, l'article 73 de la Constitution ne prévoyait pas réellement une véritable différenciation mais une simple adaptation du droit applicable dans les départements d'outre-mer. La révision opérée en 2003 a notablement modifié l'article 73 de la Constitution en permettant l'institution d'une assemblée unique, en autorisant le législateur à habilitier les autorités locales non seulement à adapter le droit applicable mais aussi à déroger à certaines lois. Cette possibilité d'habiliter un département d'outre-mer à déroger à certaines lois rapproche le régime des départements d'outre-mer de celui des collectivités d'outre-mer au risque de créer une certaine confusion pour les citoyens.

B. – *Une différenciation suggérée pour la métropole*

1. – *La différenciation fondée sur l'article sur l'article 72 de la Constitution*

La différenciation fondée sur l'article 72 est explicitement consacrée en 2003 qui prévoit désormais que, sous réserve de ne pas mettre en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent être autorisés à déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences.

Il est à noter que dès avant l'adoption de ce texte, il existait une certaine pluralité normative en matière de collectivité territoriale mais cette pluralité était consacrée par le législateur : pluralité en matière électorale et institutionnelle pour les communes, statut particulier conféré à certaines collectivités (Corse, Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon).

Le nouvel article 72 ouvre la possibilité pour le législateur ou le pouvoir réglementaire d'habiliter une collectivité territoriale (commune, département région) à déroger à titre expérimental et pour un objet et une durée limitée aux lois et règlements régissant l'exercice de leur compétence. La différenciation est ainsi une expérimentation qui pourra être soit étendue à l'ensemble des collectivités soit abandonnée. La finalité de la différenciation de l'article 72 alinéa 3 est nécessaire-

ment le retour à l'uniformisation qui devrait être mieux acceptée car elle est désormais parée de la vertu de l'expérience.

2. – *La différenciation fondée sur l'article 72-2 de la Constitution*

L'article 72-2 alinéa 2 de la Constitution permet au législateur d'autoriser les collectivités territoriales à fixer l'assiette et le taux des impôts locaux dans les limites qu'il détermine. Le pouvoir fiscal appartient à l'État, l'article 72-2 ne fait qu'aménager l'exercice de ce pouvoir fiscal en donnant la possibilité au législateur de donner une compétence limitée aux collectivités territoriales. La différenciation fiscale en matière d'impôts locaux ne peut ainsi qu'être réduite.

II. – LA PORTÉE DE LA DIFFÉRENCIATION

A. – *La variabilité de la différenciation*

La variabilité peut porter sur le droit applicable ou sur les institutions locales.

1. – *La différenciation institutionnelle*

En matière institutionnelle, la Constitution prévoit que les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus. À partir de cette exigence constitutionnelle minimale, le législateur a un pouvoir discrétionnaire assez large lui permettant de doter les collectivités de règles institutionnelles fort différentes. En règle générale, les collectivités sont dotées d'un régime de type assemblée mais on peut noter l'existence dans certaines collectivités d'outre-mer de régime de type parlementaire.

Par ailleurs, au sein de catégorie de collectivités territoriales de même nature, il existe des statuts particuliers : l'exemple le plus évident étant la situation des communes de Paris, Lyon et Marseille.

La très grande liberté reconnue au législateur en matière institutionnelle aboutit à :

- l'illisibilité du paysage institutionnel, ce qui nourrit l'incompréhension des citoyens ;
- un pluralisme institutionnel non pas voulu mais subi en raison de loi mal calibrée. Pourquoi ne pas exonérer les communes nouvelles de l'adhésion à un EPCI à FT car la commune nouvelle est en soi un regroupement communal ? Cette question n'appelle pas une réponse évidente ;
- l'inutilité de certaines réformes institutionnelles mal préparées : la fusion des communes de 1970 ; la commune-communauté de 2019 et qui n'a reçu aujourd'hui aucune concrétisation.

2. – *La différenciation du droit applicable*

Une sorte d'échelle de la différenciation du droit applicable peut être présentée.

La Nouvelle-Calédonie est la collectivité qui connaît la plus forte différenciation du droit applicable. Une très grande partie de ce qui relève du domaine législa-

tif ordinaire a été transférée à la Nouvelle-Calédonie qui prend des actes appelés lois de pays dont le contrôle a été attribué au Conseil constitutionnel.

L'échelon inférieur est constitué par les collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie. Puis nous avons les collectivités territoriales d'outre-mer.

Les collectivités soumises au régime de l'article 73 alinéa 3 de la Constitution et disposant d'une habilitation du législateur ou du pouvoir réglementaire national les autorisant 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.

Les collectivités soumises à l'article 73 alinéa 2 qui sont autorisées à adapter le droit applicable dans leur territoire.

Enfin, les collectivités soumises à l'article 73 alinéa 1 pour lesquelles la loi est applicable de plein droit sous réserve d'adaptation prise par le législateur national.

Le degré inférieur de cette échelle rassemble les collectivités territoriales qui ont été autorisées à se livrer à des expérimentations.

Enfin, le dernier barreau de cette échelle est constitué par les régions, départements et communes de métropole qui sont soumises aux règles générales des collectivités territoriales.

Bien entendu se situer au niveau le plus bas de l'échelle ci-dessus, ne signifie pas que le droit applicable dans telle collectivité sera identique à celui d'une autre collectivité de même nature. Si l'on prend la matière fiscale, le taux de la taxe foncière n'est pas identique dans toutes les communes y compris pour celles membres d'une métropole lorsque la compétence de détermination de ce taux n'a pas été confiée au conseil métropolitain. On peut faire la même remarque s'agissant de l'urbanisme dont la réglementation varie selon les collectivités.

B. – Les limites de la différenciation

1. – Les limites politiques

Il existe un phénomène d'imitation qui conduit les collectivités d'une même catégorie à réclamer le statut de la collectivité la plus « autonome » ce qui conduit évidemment à remettre en cause la différenciation. Ce phénomène est particulièrement vrai outre-mer. Ce point existe aussi avec la Corse où certains aspects du droit ultramarin servent d'aiguillons aux revendications autonomistes.

Une deuxième limite politique à la différenciation se trouve dans l'incapacité des autorités locales à produire un droit « original ». Un exemple particulièrement éclairant nous est fourni par la loi de pays n° 2020-34 du 8 octobre 2020 relative aux relations entre l'administration de la Polynésie française et ses usagers. Cette loi de pays abroge par son article LP 23 la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration entre le public et l'administration en tant qu'elle s'applique à l'administration de la collectivité d'outre-mer Polynésie française et à ses établissements publics. Cette même loi de pays reprend dans ses articles LP 17 à LP 20 les dispositions de la loi du 11 juillet 1979 et notamment celles relatives à la définition des actes administratifs soumis à motivation !

Une troisième limite politique se trouve dans la permanence d'une conception « révolutionnaire » des collectivités. Les collectivités territoriales demeurent conçues, à tout le moins, pour la France métropolitaine comme des instruments politiques au service de l'État. Le regroupement des régions opéré durant le mandat de François HOLLANDE souligne à quel point cette conception politique est prégnante au sein du monde politique et de la population. Le regroupement a été décidé par l'État dans la perspective de la politique européenne de l'État. Ce regroupement n'a pas été sollicité par les régions et d'autre part les populations intéressées n'ont pas été consultées. Deux cent cinquante ans après la révolution, on ne peut pas utiliser la formule consacrée par la Constitution de 1791 à propos des départements qui étaient envisagés comme des sections d'un tout constitué par l'État mais on ne s'en est pas très éloigné et la formule demeure d'une certaine façon d'actualité pour les collectivités métropolitaines. Le fait que chaque collectivité territoriale serve aussi de base à une circonscription administrative de l'État témoigne aussi de cette conception.

2. – *Les limites juridiques*

S'agissant de la différenciation normative, elle ne pourra être que très limitée. Outre l'exigence d'application uniforme des droits et libertés constitutionnels, le territoire français, hors collectivités d'outre-mer et Nouvelle-Calédonie, est placé sous l'empire du droit de l'Union européenne. Enfin et surtout, cette différenciation ne pourra, en métropole, porter que sur des matières qui relèvent de la compétence des collectivités territoriales. Prenons un exemple tiré du droit de l'urbanisme. En droit positif, le droit légiféré définit pour l'essentiel les procédures. Ce sont les collectivités territoriales qui posent le droit substantiel. Veut-on confier la définition des procédures aux collectivités territoriales. Est-ce ce qu'elles demandent ?

S'agissant de la différenciation institutionnelle, la problématique majeure concerne les communes qui sont aujourd'hui très largement vidées de leur substance sans qu'aucune limite constitutionnelle efficace n'existe ce qui conduit à une situation de confusion pour les administrés qui ont le plus grand mal pour savoir « qui fait quoi ».

On aboutit ainsi en matière communale à la dissociation entre le territoire démocratique et le territoire décisionnel. Pour rendre compte de ce phénomène, le langage technocratique utilise moins le terme de commune que celui de bloc communal. Le territoire démocratique demeure celui de la commune c'est-à-dire que les citoyens se reconnaissent dans la commune et demandent des comptes à leurs élus municipaux. Or, l'intercommunalité porte un coup fatal au lien direct entre le citoyen, l'élu et la décision administrative. La décision administrative est prise ailleurs. Alors, certes, chaque commune possède des représentants au sein de l'organe intercommunal, mais la décision n'est pas prise par les élus de la commune mais par les élus intercommunaux. Dès lors, il y a une rupture démocratique puisque la décision prise par cet organe intercommunal a de fortes chances d'être différentes de celles qui auraient pu être prises par le conseil municipal. Cette dissociation entre le territoire politique et le territoire décisionnel n'est pas propre aux collectivités territoriales. On assiste au même phénomène au niveau européen avec

les mêmes incompréhensions car le citoyen n'est malheureusement pas docteur en droit.

Pour terminer, la différenciation n'est pertinente qu'autant qu'elle réponde à un véritable besoin et non à un simple affichage politique. La révision constitutionnelle de 2003 a eu pour effet de définir les ressources propres des collectivités territoriales. Apparemment, il s'agit là d'un progrès dans le sens de la décentralisation car jusque-là le législateur ordinaire était libre de faire varier les ressources des collectivités territoriales sous réserve de ne pas mettre en cause le principe de libre administration ce qui avait permis au gouvernement de Lionel JOSPIN entre 1997 et 2002 de supprimer de nombreux impôts régionaux. En fait cette protection des ressources propres est une illusion. Illusion quant à la définition des ressources propres dans la mesure où, antérieurement à 2003, la doctrine considérait que les ressources propres des collectivités territoriales regroupaient les produits du patrimoine, les emprunts et les impôts locaux. À partir de 2003, figure en plus dans la définition des ressources propres les impôts d'État affectés c'est-à-dire des impôts sur lesquels les autorités locales n'ont aucun pouvoir et qui peuvent remplacer les impôts locaux, le législateur disposant en la matière d'une liberté de choix totale. Mais il y a mieux. Un seuil de ressources propres qui varie selon les catégories de collectivités territoriales est fixé sous forme de pourcentage de ressources. En clair, les ressources des collectivités territoriales proviennent de leurs ressources propres et de subventions de l'État. Au plus vous baissez les subventions de l'État au plus vous augmentez la part des ressources propres des collectivités territoriales. Autrement dit, vous pouvez couper les vivres des collectivités territoriales tout en faisant croire politiquement que vous leur accordez une plus grande décentralisation.