

Le cadre constitutionnel de la « départementalisation » de Mayotte

Stéphane DIÉMERT

Ancien élève de l'É.N.A.

*Président de tribunal administratif et de cour administrative d'appel en service détaché
Maître de conférences à l'Institut d'Études politiques de Paris*

Trente-trois ans après le dépôt d'un projet de loi¹ demeuré sans suite, le Parlement français a tout récemment approuvé² le principe de la départementalisation de Mayotte³ ou - pour utiliser une terminologie plus conforme au texte constitutionnel – celui de son « *accession au statut de département et de région d'Outre-mer régi par l'article 73 de la Constitution* »⁴. Le titre III de la loi organique « relatif à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et de Mayotte » qui devrait être promulguée durant le mois d'août 2009, après sa déclaration de conformité à la Constitution par le Conseil constitutionnel, ne clôt pas pour autant un processus qui suppose encore l'adoption de nombreuses dispositions législatives et ne s'achèvera – sauf modification toujours possible d'un échéancier tributaire de la conjoncture politique nationale comme des travaux parlementaires – qu'avec la réunion, à l'issue de son élection prévue en mars 2011, de l'assemblée délibérante de la nouvelle collectivité territoriale dénommée « département de Mayotte ».

Ce processus de départementalisation est sans précédent véritable sous la Vème République (nous reviendrons ultérieurement sur la pseudo-départementalisation de Saint-Pierre et Miquelon en 1976) et ne peut guère être comparé avec celui des Antilles et de La Réunion opéré en 1946, ni avec le statut propre aux départements d'Algérie. Les contraintes constitutionnelles s'expriment d'une manière autrement plus forte aujourd'hui qu'alors, et l'application de la procédure de question préjudicielle de constitutionnalité ouvre un champ contentieux nouveau susceptible de faire trancher par le juge constitutionnel des questions d'application territoriale d'un régime législatif défini par la Constitution, qui n'encourraient que très hypothétiquement le risque d'être examinées par lui dans le cadre de sa saisine par voie d'action.

¹ Le projet de loi n° 2286 déposé à l'Assemblée Nationale le 12 mai 1976 disposait, en son article 1er que : « *Mayotte [...] constitue, au sein de la République française, un département d'Outre-mer.* ». On pouvait lire dans son exposé des motifs que « *pour tenir compte de la volonté nettement exprimée des Mahorais, le projet de loi ci-joint crée le département de Mayotte.* ». La spécialité législative était maintenue jusqu'au 1^{er} juillet 1978.

² A la date à laquelle nous achevons la rédaction de cet article, soit le 20 juillet 2009.

³ Le projet de loi organique afférent a été adopté, après engagement de la procédure accélérée, en première lecture par le Sénat le 6 juillet et par l'Assemblée Nationale le 20 juillet 2009 ; la rédaction du projet de loi n'a pas encore, sur ce point, fait l'objet d'une adoption en termes identiques par les deux assemblées, mais une telle adoption, à laquelle ne s'opposent que les parlementaires communistes, constants soutiens de la thèse comorienne, n'est pas douteuse.

⁴ Cette exacte formulation a été consacrée par le législateur organique : l'article LO 6111-2 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 dispose en effet que, à compter de la première réunion qui suit son renouvellement en 2008, le conseil général de Mayotte peut, à la majorité absolue de ses membres et au scrutin public, adopter une résolution « *portant sur la modification du statut de Mayotte et son accession au régime de département et région d'outre-mer défini à l'article 73 de la Constitution.* »

En outre, la refondation du cadre constitutionnel de la France d'Outre-mer par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 conduit à s'interroger sur sa première application, dans la longue durée, à un processus d'évolution d'une collectivité qui fut anciennement partie d'un territoire d'Outre-mer vers le droit commun : une telle évolution pose de redoutables difficultés d'articulation entre le maintien en vigueur, inéluctable, d'un « stock » local de dispositions normatives issues d'un statut encore marqué par la spécialité législative, et le principe constitutionnel d'identité législative qui devra désormais régir Mayotte. Sur le plan de la technique normative et du respect de l'exigence constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la norme, elle soulève des difficultés inédites.

Par ailleurs, la nature de ce nouveau « département », qui constituera en réalité une collectivité à statut particulier, dotée d'un régime institutionnel dérogatoire mais régie par des normes de droit substantiel communes aux autres départements – sauf adaptations – pose la question de la marge de manœuvre dont disposeront les pouvoirs publics constitutionnels pour organiser les institutions et les compétences de la nouvelle collectivité.

Le processus de départementalisation, enfin, ne sera pas sans incidences sur les rapports entre le statut législatif interne de Mayotte et les conditions d'application locale du droit communautaire et du droit international classique, mais n'affectera pas, par elle-même, la substance du statut civil personnel de droit local dont la conformité à la Constitution est, depuis déjà longtemps, sujette à de lourdes interrogations.

1. L'actuel processus de départementalisation de Mayotte ne peut guère s'inspirer de précédents topiques

1.1. La transformation de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Guyane et de La Réunion en départements d'Outre-mer, par la loi du 19 mars 1946, s'est accompagnée de dispositifs transitoires plusieurs fois modifiés et prorogés¹ dans des conditions qui pouvaient apparaître comme contestables au regard de l'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 – lequel disposait que : « *le régime législatif des départements d'outre-mer est le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la loi* ». Aucun juge constitutionnel ne pouvait alors être saisi de la conformité à la Constitution de ces dispositions législatives, et il ne semble pas que les décrets pris pour leur application aient été effectivement contestés devant le juge administratif.

Il en va de même pour le statut de l'Algérie² qui, quoique constituant un « groupe de départements »³ qui aurait dû être soumis au régime de l'article 73 de la Constitution de 1946 – des départements situés Outre-mer ne pouvaient en effet qu'être soumis au régime des départements d'Outre-mer – s'apparentait en réalité à un régime de territoire d'Outre-mer⁴ : à une

¹ Sur cette question, cf. A. GERVAIS, « *Le régime législatif des nouveaux départements d'outre-mer* », Rec. Penant, 1948, pp. 63 et ss.

² Loi n° 47-1853 du 20 septembre 1947 portant statut organique de l'Algérie.

³ Article 1^{er} de la loi du 20 septembre 1947.

⁴ Sur cette question : P. LAMPUÉ, « *Le statut de l'Algérie* », Rev. Jur. et Pol. Un. Fr, 1947, p. 31 ; M.-H. FABRE, « *Le classement réel de l'Algérie dans l'Union française d'après la loi du 20 septembre 1947* », Rec. Penant 1948, p. 3.

spécialité législative partielle¹ s'ajoutait en effet un important pouvoir normatif confié à l'Assemblée algérienne², sous l'étroit contrôle des pouvoirs publics nationaux³.

Ces évolutions, décidées par le législateur de la IV^{ème} République qui n'était soumis, ni aux exigences du contrôle de constitutionnalité par voie d'action ou par voie d'exception, ni à celles d'un contrôle de compatibilité avec des engagements internationaux protecteurs des droits fondamentaux, présente un intérêt historique certain – en particulier, sur la difficulté d'introduction des normes du droit commun dans des territoires à la réalité géographique, économique et sociale si éloignée de la métropole - mais ne peuvent être d'aucun secours pour le juriste confronté à l'application d'un cadre constitutionnel désormais plus contraignant.

1.2. Il en va de même de la pseudo-départementalisation de Saint-Pierre et Miquelon, décidée par la loi n° 76-664 du 19 juillet 1976, contre la volonté très majoritaire de ses élus et de ses habitants, et à laquelle le législateur renonça finalement, par réalisme, moins de neuf ans plus tard, par la loi n° 85-595 du 11 juin 1985 qui érigea l'archipel en collectivité territoriale à statut particulier⁴.

Le « département » de Saint-Pierre et Miquelon demeura, durant sa courte existence, dans une situation d'inconstitutionnalité caractérisée, du moins au regard rétrospectif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ainsi, le mode d'élection de son conseil général (un scrutin de liste qui ignorait les cantons) pouvait être regardé comme contraire à la décision du 2 décembre 1982⁵, dès lors que « *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* » est d'une « *nature différente de celle des conseils généraux* ». En outre, le même conseil général avait conservé des compétences normatives importantes, notamment en matière fiscale et douanière⁶, lui permettant d'intervenir dans le domaine réservé au législateur par l'article 34 de la Constitution, ce que le Conseil constitutionnel devait regarder ultérieurement, dans sa décision du 6 mai 1991 relative au statut de la Corse, comme contraire à la Constitution, seuls les territoires d'Outre-mer pouvant se voir reconnaître de telles attributions⁷. En réalité, sous une enveloppe départementale qui fut, il est vrai, accompagnée d'un important effort de mise à niveau de la législation en vigueur dans l'archipel, opérée par voie d'ordonnances⁸, Saint-Pierre et Miquelon avait conservé l'essentiel des attributs d'un territoire d'Outre-mer. Sans doute, les catégories constitutionnelles alors existantes et l'état des esprits comme de la doctrine de l'époque, fortement marqué par la

¹ Articles 9 à 14 de la loi du 20 septembre 1947.

² En vertu des articles 14 et 15 de la loi du 20 septembre 1947, l'Assemblée algérienne pouvait décider l'extension à l'Algérie, le cas échéant avec des adaptations, des dispositions législatives qui n'y étaient pas applicables de plein droit.

³ Les décisions de l'Assemblée algérienne devaient être homologuées par décret ; toutefois, en cas de refus d'homologation, le Parlement tranchait la question par la loi.

⁴ Article 1er de la loi du 11 juin 1985 relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre et Miquelon : « *L'archipel de Saint-Pierre et Miquelon constitue, conformément à l'article 72 de la Constitution, une collectivité territoriale de la République française. Son organisation et son fonctionnement sont fixés par la présente loi.* »

⁵ Décision n° 82-147 DC du 2 décembre 1982 (*Loi portant adaptation de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion*).

⁶ Sur le fondement du décret n° 57-815 du 22 juillet 1957 portant extension des attributions du conseil général de Saint-Pierre et Miquelon, maintenu en vigueur par l'article 6 de la loi du 19 juillet 1976.

⁷ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 (*Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*), cons. 18 : « *La consécration par les articles 74 et 76 de la Constitution du particularisme de la situation des territoires d'outre-mer [...] a notamment pour effet de limiter à ces territoires la possibilité pour le législateur de déroger aux règles de répartition des compétences entre la loi et le règlement* ».

⁸ Ordonnances n° 77-1099 à 77-1108 du 26 septembre 1977.

dichotomie D.O.M./T.O.M. (les premiers censés représenter le *nec plus ultra* de l'appartenance à la République une et indivisible, les seconds perçus comme les antichambres d'une indépendance regardée comme inéluctable au nom du « sens de l'histoire ») n'étaient-ils pas disposés à envisager le schéma retenu par la loi du 11 juin 1985 et consacré par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 pour les collectivités d'Outre-mer : celui d'un statut « modulable » pouvant s'accommoder d'un degré variable de spécialité législative et de compétences législatives *rationae materiae*. Rien, pourtant, ne s'opposait constitutionnellement à ce que le statut des territoires d'Outre-mer évolue en ce sens, la spécialité législative n'étant plus sous la V^{ème} République – à la différence de la situation prévalant sous l'empire de la Constitution de 1946, expressément consacrée par la Constitution¹ mais simplement dotée de la valeur juridique d'un principe général du droit, auquel la loi peut déroger (du moins, jusqu'à la modification de l'article 74 de la Constitution par la révision du 28 mars 2003).

1.3. Au demeurant, on pouvait s'interroger, au moins jusqu'à l'intervention de la loi constitutionnelle du 4 août 1995 qui a abrogé l'article 76 de la Constitution², sur la possibilité de voir certains territoires d'Outre-mer abandonner leur statut par voie législative, comme sur celle d'une « dé-départementalisation » de l'un des départements d'Outre-mer alors existants. En effet, à la différence de la Constitution du 27 octobre 1946, dont l'article 75³ envisageait la possibilité d'une évolution du statut des différentes composantes de la France d'Outre-mer, la Constitution ne prévoyait, dans son texte originel, l'évolution du statut des territoires d'Outre-mer que dans le délai de quatre mois à compter de sa promulgation prévu à l'article 91. Une fois ce délai expiré, les territoires d'Outre-mer, dont le contenu des statuts en vigueur devait être implicitement tenu comme conforme à la nouvelle Constitution, y compris dans celles de leurs dispositions les plus audacieuses⁴, ne paraissaient plus en situation de voir leur statut substantiellement modifié ou altéré, et encore moins supprimé, sans une révision constitutionnelle.

Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par la reconnaissance, dans le second alinéa du Préambule de la Constitution, d'un droit à l'autodétermination dont on conçoit mal qu'il aurait pu se voir supprimé par la voie d'une évolution statutaire décidée par la législature sans même que le consentement des intéressés soit requis. En outre l'article 1^{er} de la Constitution, dans sa rédaction initiale⁵, faisait des « peuples des territoires d'Outre-mer », concurremment

¹ L'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946 disposait que : « Dans les territoires d'outre-mer, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative. - En toutes autres matières, la loi française n'est applicable dans les territoires d'outre-mer que par disposition expresse ou si elle a été étendue par décret aux territoires d'outre-mer après avis de l'Assemblée de l'Union. »

² Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995, article 12.

³ Article 75 de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Les statuts respectifs des membres de la République et de l'Union française sont susceptibles d'évolution. - Les modifications de statut et les passages d'une catégorie à l'autre, dans le cadre fixé par l'article 60, ne peuvent résulter que d'une loi votée par le Parlement, après consultation des assemblées territoriales et de l'Assemblée de l'Union. ». L'article 60 disposait, pour sa part, que : « 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. »

⁴ Telles que la possibilité de leur permettre d'intervenir par voie réglementaire dans le domaine de la loi dont on chercherait en vain la moindre trace dans le texte constitutionnel qui consacre pourtant des dispositions très détaillées à cette question lorsqu'elle affecte les relations entre le Gouvernement et le Parlement : dans sa décision n° 65-34 L (*Nature juridique des articles 1er, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce*), le Conseil constitutionnel juge que : « les lois qui, postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution, ont donné compétence aux assemblées territoriales pour réglementer dans les matières visées à l'article 34 de la Constitution, dérogent à cet article » et que : « l'article 76 de la Constitution, en permettant aux territoires d'outre-mer de "garder leur statut au sein de la République", a confirmé les compétences antérieurement reconnues aux assemblées territoriales, mais que ces compétences peuvent être modifiés par une loi prise dans les conditions prévues à l'article 74 de la Constitution, c'est-à-dire après consultation de l'assemblée territoriale intéressée ».

⁵ Rédaction d'origine (abrogée par le I de l'article 8 de la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995) du premier alinéa de de l'article 1^{er} de la Constitution : « La République et les peuples des territoires d'outre-mer qui, par un acte de libre détermination, adoptent la présente Constitution instituent une Communauté. »

avec le Peuple français, les co-adoptants de la Constitution, ce qui s'accommodait mal d'une disparition de ces territoires par voie législative...

C'est dire si les plus extrêmes réserves doivent être formulées sur la constitutionnalité de la transformation de Saint-Pierre et Miquelon en département, puis en collectivité territoriale à statut particulier, et sur l'abandon du statut de territoire d'Outre-mer pour Mayotte demeurée française, au profit d'un statut de collectivité *sui generis*¹, au moins jusqu'à ce que le Constituant, en abrogeant les articles 1^{er} et 76, ne rende possible l'abandon par voie législative ordinaire du statut de territoire d'Outre-mer : le Conseil constitutionnel ne fut d'ailleurs jamais directement saisi de la question². Mais cette régularisation *a posteriori* des évolutions statutaires intervenues en 1976 et en 1985 ne pouvait réparer l'inconstitutionnalité que constituait toujours la dévolution à Mayotte³ et à Saint-Pierre et Miquelon⁴ de compétences dans le domaine législatif de l'article 34. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 allait lever ces incertitudes dans le statut des collectivités d'outre-mer du nouvel article 74.

2. Le processus de changement statutaire de Mayotte constitue une nouvelle mise en application, dans des conditions formelles au demeurant discutables, des dispositions de la Constitution révisée en 2003 qui requièrent, à cette fin, le consentement des électeurs

Les évolutions vers le statut départemental – ou vers ce qui était ainsi dénommé – rappelées *supra* ont été conduites sans l'aval des populations concernées (du moins, ces dernières ne furent-elles pas appelées à se prononcer directement sur la question), alors que, le 29 mars 2009, les électeurs de Mayotte ont massivement approuvé l'évolution qui leur était proposée vers le droit commun, dans le prolongement de leur vote du 2 juillet 2000 approuvant l'Accord sur l'avenir de Mayotte signé Paris le 20 janvier 2000 et de la revendication « historique » portée sans discontinuer depuis 1958 par leurs représentants élus. Ce faisant, ils ont opéré un choix opposé à celui qui a l'a emporté le 7 décembre 2003 à Saint-Barthélemy et à Saint Martin qui ont donné leur consentement pour quitter le régime de l'article 73 au bénéfice de l'article 74.

¹ Article 1^{er} de la loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976 relative à l'organisation de Mayotte : « *Mayotte [...] constitue une collectivité territoriale de la République française.* »

² Certes, le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision n° 82-138 DC du 25 février 1982 (*Loi portant statut particulier de la région de Corse*) que : « *la disposition de la Constitution aux termes de laquelle "toute autre collectivité territoriale est créée par la loi" n'exclut nullement la création de catégories de collectivités territoriales qui ne comprendraient qu'une unité ; que telle a été l'interprétation retenue par le législateur lorsque, en métropole, il a donné un statut particulier à la ville de Paris et, outre-mer, il a créé la collectivité territoriale de Mayotte* », mais il convient de ne pas accorder une importance excessive à cet hommage rendu à l'interprétation du législateur...

³ L'article 20-I de la loi de finances rectificatives pour 1998 (n° 98-1267 du 30 décembre 1998) disposait que : « *A titre transitoire, le conseil général de Mayotte, sur proposition du représentant du Gouvernement, demeure autorisé à aménager l'assiette et à modifier les taux et les conditions de recouvrement des impôts et contributions existant à la date de la présente loi et perçus au profit de la collectivité territoriale. - Les délibérations sont soumises à l'approbation du ministre chargé des départements et territoires d'outre-mer. Elles sont tenues pour approuvées à l'expiration d'un délai de trois mois suivant la date de leur réception au ministère chargé des départements et territoires d'outre-mer. - Les impôts, droits et taxes nouveaux votés par le conseil général sont rendus applicables à la collectivité territoriale par la loi de finances de l'année considérée.* »

⁴ Les pouvoirs du conseil général en matière fiscale, douanière et d'urbanisme, tels que déterminés par le décret n° 57-815 du 22 juillet 1957, furent confirmés par l'article 21 de la loi du 11 juin 1985, qui disposait que : « *Le conseil général exerce, en outre, en matière fiscale et douanière ainsi que dans le domaine de l'urbanisme et du logement, les pouvoirs que détenait le conseil général du territoire des îles Saint-Pierre et Miquelon avant l'entrée en vigueur de la loi n° 76-664 du 19 juillet 1976 relative à l'organisation de Saint-Pierre et Miquelon.* »

2.1. La question posée aux électeurs de Mayotte en application du décret du Président de la République en date du 20 janvier 2009¹ (« *Approuvez-vous la transformation de Mayotte en une collectivité unique appelée “Département”, régie par l’article 73 de la Constitution, exerçant*

les compétences dévolues aux départements et aux régions d’outre-mer ?») ne laisse pas de surprendre : alors que la stricte application du premier de l’article 72-4 de la Constitution aurait du conduire à recueillir le consentement des électeurs sur la seule question du changement statutaire, c’est à dire sur le passage du régime défini par l’article 74 vers celui de l’article 73, le pouvoir exécutif a jugé opportun de mêler à cette question celle de l’organisation institutionnelle de la future collectivité appelée à succéder à l’actuelle collectivité départementale. Ce faisant, il a pris le risque de voir la régularité de la consultation contestée devant le juge administratif², qui aurait pu être saisi s’un recours dirigé contre le décret décidant de consulter les électeurs, ou d’une protestation dirigée contre la proclamation des résultats de la votation³ - aucun recours en ce sens ne semble avoir été déposé, voire devant le juge constitutionnel qui, saisi de la loi organique décidant du changement de régime statutaire de Mayotte, devra en tout état de cause se prononcer sur le respect des procédures constitutionnelles qui sont le préalable nécessaire à l’adoption régulière de ladite loi organique ; le Conseil constitutionnel pourrait donc statuer par voie d’exception sur la conformité de la question posée aux électeurs de Mayotte, le 29 mars 2009, aux règles et principes applicables à ces votations.

Or, mêler deux questions en une seule, alors que la Constitution prévoit deux fondements distincts pour recueillir le consentement des électeurs sur deux évolutions de nature clairement différentes – d’un côté, le choix d’un régime statutaire et législatif, de l’autre, le simple choix d’une organisation administrative simplifiée, nous paraît directement contraire au principe de clarté et de loyauté de la consultation s’imposant à l’autorité qui décide de consulter les électeurs sur le fondement des dispositions constitutionnelles afférentes⁴.

2.2. Il faut rappeler préciser que la Constitution n’imposait nullement de recueillir le consentement des électeurs de Mayotte sur la création d’une collectivité « unique » exerçant les compétences départementales et régionales : le dernier alinéa de l’article 73 de la Constitution, qui requiert le recueil du consentement des électeurs d’un département-région d’outre-mer pour « *la création d’une collectivité se substituant au département et à la région* », ne peut trouver à s’appliquer que dans un territoire *d’ores et déjà* soumis au régime départemental où, de surcroît, coexistent effectivement un département et une région. L’article 73 a été rédigé par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, à cette seule fin, et il suffit de se reporter à l’ensemble de ses

¹ Décret n° 2009-67 du 20 janvier 2009 décidant de consulter les électeurs de Mayotte en application des articles 72-4 et 73 de la Constitution.

² Il résulte de l’arrêt du Conseil d’État du 4 décembre 2003, *M. FELLER* (n° 262009), que : « *s’il n’appartient pas au Conseil d’État d’apprécier l’opportunité de la décision du Président de la République d’organiser une consultation afin de recueillir, en application de l’article 73 précité de la Constitution, le consentement des électeurs sur le principe de l’une ou l’autre des deux évolutions institutionnelles envisagées par le dernier alinéa de cet article, ainsi que le choix de la date de cette consultation, il lui revient, en revanche, lorsqu’il est saisi d’un recours pour excès de pouvoir contre le décret décidant d’organiser une telle consultation, de vérifier que ce décret n’est pas entaché d’un vice pouvant affecter la régularité ou la sincérité de la consultation à venir, dont le résultat peut être contesté devant lui ; [...] qu’il appartient au Conseil d’État de vérifier notamment que la question posée dans le cadre de la consultation prévue par l’article 73 de la Constitution répond à la double exigence de loyauté et de clarté de la consultation ; [...]* ».

³ Aux termes de l’article L. 566 du code électoral : « *Le résultat de la consultation peut être contesté devant le Conseil d’État par tout électeur admis à participer au scrutin et, si les conditions et formes légalement prescrites ne sont pas respectées, par le représentant de l’État. La contestation doit être formée dans les dix jours suivant la proclamation des résultats.* »

⁴ La jurisprudence du Conseil constitutionnel consacre ce principe : n° 87-226 du 2 juin 1987 ; n° 2000-428 DC du 4 mai 2000 ; n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000 ; 7 avril 2005, *Philippe de VILLIERS et Guillaume PELTIER* ; 19 mai 2005, *René Georges HOFFER et Jacques GABARRO-ARPA*.

travaux préparatoires pour constater que le Constituant entendait entourer de garanties démocratiques des évolutions discutées depuis bien longtemps dans les régions monodépartementales que constituent, depuis la loi du 31 décembre 1982, les D.O.M.-R.O.M., et qui avaient d'ailleurs conduit le législateur à y créer en 2000¹ (sauf à La Réunion) des « congrès des élus départementaux et régionaux » habilités à débattre des évolutions institutionnelles et à les proposer au Gouvernement. La question dite de « l'assemblée unique » ou encore de la « collectivité unique » ne revêt une quelconque pertinence politique que dans les *actuels* D.O.M.-R.O.M., seuls soumis au régime si singulier de la coexistence sur le même territoire de deux collectivités territoriales dotées d'une assemblée et d'un exécutif distincts : c'est bien la raison pour laquelle l'obligation de recueil du consentement des électeurs sur la création d'une collectivité a été posée dans l'article 73, et non pas en facteur commun à l'ensemble des collectivités ultra-marines dans l'article 72-4. Car si telle avait été la volonté du législateur constituant, il n'aurait pas manqué de prévoir que le consentement des électeurs soit également requis dans l'hypothèse – nullement irréaliste – de fusion du niveau communal avec un niveau supérieur d'administration territoriales... On ne voit pas, en effet, au nom de quoi une plus grande « dignité » devrait être conférée au département ou à la région plutôt qu'à la commune pour les protéger d'une éventuelle fusion avec un autre niveau de collectivité.

On ne peut donc que marquer quelque étonnement à voir une question relevant de l'application du seul article 73, et fondée sur une situation institutionnelle propre aux collectivités qu'il régit à la date de la promulgation de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, être posée aux électeurs d'une collectivité territoriale qui ne relève pas (encore) du régime déterminé par cet article et ce, alors même que la question de la coexistence de deux collectivités concurrentes sur le même territoire ne s'y est jamais posée (Mayotte connaissant depuis 1976 – et c'est heureux – une situation de collectivité « unique »).

Au-delà de ce seul argument de pure logique, on remarquera que la simple lecture du dernier alinéa de l'article 73 aurait du suffire à convaincre que son application ne s'imposait nullement à Mayotte : les termes « *collectivité se substituant au département et à la région* » signifient bien, pour autant que les mots aient encore un sens, que la collectivité dont la création est envisagée a bien vocation à remplacer (« se substituer à ») des collectivités départementales et régionales déjà existantes. Notre interprétation est d'ailleurs corroborée par la différence entre la rédaction du dernier alinéa de l'article 73 et celle du premier alinéa de l'article 72, dans lequel est envisagée la création, par la loi, d'une collectivité territoriale « *le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa [i.e. les communes, les départements et les régions]* ». Dans le cadre de l'article 73, le législateur constitutionnel de 2003 a seulement entendu tirer les conséquences de la création, en 1982, de régions monodépartementales, très contestée depuis lors et sans doute inopportune ; en procédant ainsi, il applique une règle de procédure à une situation de droit et de fait préexistant à la promulgation de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 – tout comme il fixe, dans l'article 72-3, l'état statutaire des différentes collectivités ultramarines en les distribuant entre l'article 73 et l'article 74 en fonction de leur statut à la même date.

En revanche, dans le cas des collectivités à statut particulier du premier alinéa de l'article 72, le législateur est habilité à modifier comme il l'entend l'architecture institutionnelle de droit commun, laquelle ne comprend pas de région mono-départementale. Ces deux dispositifs constitutionnels doivent donc se combiner, mais seulement dans la stricte mesure nécessaire à l'application de la volonté du Constituant, et ce dernier n'a jamais entendu recueillir les électeurs d'une collectivité régie par l'article 74 sur une question relevant de l'article 73. Aussi, doit être

¹ Articles L. 5911-1 à L. 5916-1 du code général des collectivités territoriales, issus de l'article 62 de la loi n° 200-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'Outre-mer.

tenue pour irrégulière la consultation des électeurs de Mayotte intervenue sur le fondement de l'article 73.

Les termes mêmes de la question posée le 29 mars 2009 étaient par ailleurs contestables à plus d'un titre :

- la collectivité appelée à succéder à la collectivité d'outre-mer régie par l'article 74(l'actuelle « collectivité départementale ») ne saurait être qualifiée d' « unique », faute d'être également créée au lieu et place des communes ;
- consulter les électeurs sur l'attribution à la collectivité nouvelle des compétences « dévolues aux départements et aux régions d'Outre-mer » peut les induire en erreur sur l'étendue des compétences de collectivité, dès lors que la Constitution ne semble pas interdire de différencier les compétences des D.O.M.-R.O.M. d'un territoire à l'autre, mais seulement de retirer à une collectivité territoriale relevant de l'une des catégories consacrées par le premier alinéa de l'article 72 des attributions attachées à sa catégorie¹ ;
- le nom de la future collectivité ne relevait, en tout état de cause, ni du champ d'application de l'article 72-4, premier alinéa, ni de celui de l'article 73, dernier alinéa.

A l'occasion de la consultation des électeurs de Nouvelle-Calédonie le 13 septembre 1987 sur la question du maintien de ce territoire au sein de la République ou de son accession à l'indépendance, le Conseil constitutionnel avait fait preuve d'une particulière sévérité à l'égard de l'application du principe de clarté et de loyauté de la votation : il avait décidé que « *la question posée aux populations intéressées doit satisfaire à la double exigence de loyauté et de clarté de la consultation ; que s'il est loisible aux pouvoirs publics, dans le cadre de leurs compétences, d'indiquer aux populations intéressées les orientations envisagées, la question posée aux votants ne doit pas comporter d'équivoque, notamment en ce qui concerne la portée de ces indications* » et, après avoir constaté que la question prévue par la loi portait, non seulement sur le choix en faveur de l'accession de ce territoire à l'indépendance ou de son maintien au sein de la République, mais également dans cette dernière éventualité, sur un statut dont les éléments essentiels auraient été portés à la connaissance des intéressés, il avait jugé que « *cette rédaction est équivoque ; qu'en effet, elle peut dans l'esprit des votants faire naître l'idée erronée que les éléments du statut sont d'ores et déjà fixés, alors que la détermination de ce statut relève, en vertu de l'article 74 de la Constitution, d'une loi prise après consultation de l'assemblée territoriale ; qu'il suit de là que les dispositions de l'article premier de la loi relatives aux éléments essentiels d'un statut ne satisfont pas à l'exigence constitutionnelle de clarté de la consultation* » et censuré les termes équivoques de la question.

Cette décision est à rapprocher de l'avis émis par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 23 octobre 2003², interrogée sur les éléments d'information dont doivent disposer les électeurs consultés sur le fondement des articles 72-4 et 73 de la Constitution pour que leur consentement soit suffisamment éclairé :

« 1. - Lorsque les électeurs sont consultés en application du premier alinéa de l'article 72-4 de la Constitution, leur consentement ne porte que sur le principe du changement de l'un

¹ Décision du Conseil constitutionnel, n° 84-174 DC du 25 juillet 1984 (*Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion*).

² Avis n° 369 561 sur les projets de décrets relatifs à la consultation des électeurs de Guadeloupe, de Martinique, de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin.

vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74 de la Constitution, et non sur les modalités de ce changement qui sont décidées par la loi organique.

« De même, lorsque les électeurs sont consultés en application du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution, leur consentement est demandé sur le principe de la création d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou sur celui de l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités, et non sur les modalités d'une telle réforme qui sont décidées par la loi.

« L'exigence de clarté et de loyauté impose que les électeurs soient informés des conséquences que leur choix emportera nécessairement. Il s'ensuit que les documents qui seront adressés par l'administration aux électeurs ne doivent contenir aucune autre information que celle relative aux conséquences qui résulteraient nécessairement, en application de la Constitution elle-même, du changement proposé, quelles que puissent être, par ailleurs, les modalités du statut de la nouvelle collectivité qui seront ultérieurement fixées par le législateur. [...]

« 2. – En revanche, il est loisible au Gouvernement de faire connaître par ailleurs, notamment dans le cadre de la campagne précédant le scrutin, les orientations qu'il envisage pour la mise en œuvre de la réforme proposée aux électeurs, s'agissant par exemple de l'organisation, des compétences ou du régime législatif de la nouvelle collectivité. Mais ces orientations ne sauraient engager juridiquement le législateur, auquel il appartiendra, le cas échéant, de mettre en œuvre la réforme envisagée. »

Il n'est guère contestable que les principes ainsi dégagés, tant par le Conseil constitutionnel en 1987 que par le Conseil d'État en 2003, n'ont pas été pleinement respectés à l'occasion de la consultation du 29 mars 2009 : à la question portant sur le consentement requis par la Constitution pour une évolution du statut de Mayotte vers le régime de l'article 73 s'est greffée une partie de question qui ne s'imposait pas (et, de surcroît rédigée en des termes trompeurs – celle de la collectivité dite « unique »), une autre susceptible d'induire les électeurs en erreur sur la consistance des compétences de la collectivité nouvelle et, enfin, une option nominale sans aucune portée...

Pareille légèreté dans l'application de dispositions constitutionnelles pourtant parfaitement claires dans leur lettre comme dans leur esprit, laisse songeur... En réalité, tout s'est passé comme si les deux options ouvertes par l'article 72-4 de la Constitution (l'organisation, Outre-mer, d'une votation « décisionnelle » des électeurs sur un changement de régime statutaire et celle d'une votation simplement consultative, sur une question portant sur « l'organisation [et] les compétences » d'une collectivité territoriale située Outre-mer) avaient été utilisées simultanément...

Il serait éminemment souhaitable que pareille occurrence ne se reproduise pas dans l'avenir, dès lors qu'il est très probable que des votations statutaires ou institutionnelles ne manqueront pas d'être de nouveau organisées en Outre-mer à court ou moyen terme. On se bornera à émettre le souhait de voir, à cette occasion, les éventuels « adjuvants » jugés politiquement nécessaires par les auteurs de la question figurer, plutôt que dans le texte même de cette dernière, dans des « considérants » qui précèderaient le dispositif du décret présidentiel – tels les motifs d'un acte administratif lorsqu'ils sont légalement requis. Nulle disposition ou principe de nature constitutionnelle ne nous paraît interdire au Chef de l'État, lorsqu'il décide de consulter les électeurs, de justifier son choix ou d'exposer les suites qui lui paraissent devoir être données à la décision, pourvu que cette expression, facultative, ne vienne pas altérer le sens de la question posée aux citoyens ni risquer de vicier leur consentement.

En tout état de cause, et c'est heureux, tant le déroulement de la campagne précédant la votation, que le résultat du scrutin, permettent d'affirmer que la teneur de la question a finalement pesé de peu de poids dans le choix des électeurs de Mayotte. La question de la collectivité unique n'y a jamais été sérieusement contestée, et l'état du droit institutionnel existant ne se trouvait nullement modifié par cette partie – inutilement soulevée – de la question posée aux électeurs. Le nom de la future collectivité, tout comme ses futures compétences, n'ont guère pesé dans le choix des Mahorais, qui répondait à une aspiration historique ancienne et à une démarche constante de leurs élus. On peut donc, par réalisme et sans grand risque d'être soupçonné de mal interpréter la volonté des électeurs de Mayotte ni leur motivation ou la portée de leur choix, estimer que, dans les circonstances de l'espèce, la régularité démocratique de la votation du 29 mars 2009 ne peut finalement être remise en cause. Mais il aurait sans doute pu en aller autrement si l'écart entre le « oui » et le « non » avait été plus limité, et le Gouvernement a pris un risque inutile en opérant une confusion entre les termes de la question posée, lesquels auraient du conserver la stricte sobriété que nous paraît imposer le principe constitutionnel de clarté et de loyauté de la votation, et la présentation politique du choix offert aux électeurs, qui aurait peut trouver à s'exprimer en dehors du dispositif d'un décret présidentiel.

3. Le consentement des électeurs, recueilli le 29 mars 2009, a ouvert la voie à la décision du Parlement et à l'adoption de la loi organique nécessaire au changement statutaire

3.1. L'article 72-4 (1^{er} alinéa) de la Constitution dispose que, une fois recueilli le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée, le changement de régime (de l'article 74 vers l'article 73 ou vice-versa) « *est décidé par une loi organique* ». Le contenu de cette loi organique peut donc se limiter à poser le principe du changement de régime statutaire, et à fixer la date de son entrée en vigueur. La Constitution ne requiert pas d'autre intervention du législateur organique, hormis l'hypothèse d'un passage du régime de l'article 73 vers celui de l'article 74, dans laquelle la loi organique doit également fixer le contenu du nouveau statut et déterminer les modalités de son entrée en vigueur (comme il a été procédé, pour Saint-Barthélemy et Saint-Martin par la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007).

Dans le cas du passage du statut de collectivité d'Outre-mer vers celui de l'article 73, la loi organique ne doit donc pas contenir d'autres dispositions que celles nécessaires à la détermination de la date de l'entrée en vigueur du nouveau statut, et il revient au législateur ordinaire d'adopter les mesures nécessaires, tant à l'organisation de la nouvelle collectivité territoriale qui va remplacer la collectivité d'Outre-mer qu'à l'aménagement du droit substantiel. Une fois le changement de régime entré en vigueur, le statut des D.O.M.-R.O.M. de l'article 73 relève intégralement de la loi ordinaire (tout au plus, le législateur organique peut-il être conduit à étendre à la collectivité nouvelle les dispositions organiques prises pour l'application des alinéas 2 à 6 de l'article 73, relatives aux pouvoirs normatifs propres aux collectivités qu'il régit).

3.2. On comprend mal, dès lors, que le Gouvernement ait jugé utile de faire figurer dans son projet de loi organique des dispositions qui n'y ont pas leur place : ni la dénomination de la future collectivité territoriale, ni la détermination de ses compétences ne relèvent, à l'évidence, du domaine d'intervention de la loi organique.

On peut, en outre s'étonner ce de que le projet de loi organique reprenne, pratiquement mot à mot, le libellé de la question posée aux électeurs, dont on a déjà évoqué le caractère pour le moins approximatif et maladroit. Ainsi, l'emploi du vocable de « *collectivité unique* » peut sans

doute se comprendre dans le cadre d'une question posée à des électeurs, que l'on souhaite aisément compréhensible ; il n'a, en revanche, pas sa place dans le texte d'une loi organique, dont la rédaction n'a pas à s'inspirer du langage parlé ni à s'abstraire des règles habituelles de rédaction des textes de ce niveau et ce, alors que la nouvelle collectivité territoriale qui sera créée dans le cadre de l'entrée en vigueur du statut « départemental » succèdera elle-même à une collectivité qui exerçait déjà de nombreuses compétences des départements et des régions¹ et qui était tout sauf « unique »², Mayotte étant divisée en dix-sept communes depuis 1977³. Disposer que cette collectivité est « *unique* » et « *régie par l'article 73* » semble donc avoir pour premier effet d'annoncer la suppression des communes mahoraises !

Les rédacteurs du projet de loi semblent avoir opéré une confusion entre le régime statutaire (celui de l'article 73) et la collectivité territoriale nouvelle qui sera créée pour succéder à l'actuelle collectivité départementale issue de la loi du 21 février 2007 (laquelle collectivité succédait à celle créée par la loi du 11 juillet 2001). Le régime de l'article 73 a vocation à s'appliquer, non pas à une collectivité déterminée, mais à un *territoire*, celui de Mayotte et à l'ensemble des sujets de droit qui y résident ou y exercent des activités. Aussi, tant le texte du projet de loi organique que les modifications (qui constituent pourtant d'heureuses améliorations à un texte étonnamment mal conçu) apportées par le Sénat et par l'Assemblée nationale, demeurent-ils à côté de la stricte épure que la Constitution exige, quant ils ne donnent pas l'impression de la méconnaître : disposer que la nouvelle collectivité est « *régie par l'article 73* » semble limiter la portée de la soumission au régime de l'article 73 à cette seule collectivité, et donc en exclure le reste du droit substantiel comme les autres sujets de droit (collectivités publiques, particuliers, personnes morales de droit privé...). On reste saisi par une telle approximation terminologique dans un texte de ce niveau.

Si le Conseil constitutionnel⁴ devait néanmoins, contre toute logique, reconnaître le caractère organique des ces dispositions et ne pas procéder, lorsqu'il en sera saisi, à leur déclassement, le Gouvernement se trouverait dans une situation qui pourrait bien le gêner, en raison d'une excessive rigidité des dispositions de nature organique ainsi adoptées en 2009 : poser dans un texte de nature organique le principe selon lequel la nouvelle collectivité exercera, à compter de la réunion de son assemblée délibérante, les compétences dévolues aux départements et aux régions d'Outre-mer, semble interdire que le législateur ordinaire puisse adopter ultérieurement des dispositions qui viendraient tempérer, même à titre transitoire, ce principe. Le législateur ordinaire se verrait donc privé de la possibilité d'apporter une exception au principe ainsi posé, même dans l'hypothèse où d'impérieuses nécessités de bonne administration, ou de simple bon sens dictées par les réalités locales, devraient l'y conduire.

¹ Aux termes de l'article L.O. LO 6114-1 du code général des collectivités territoriales, issu de la loi organique du 21 février 2007, la collectivité de Mayotte « *exerce les compétences dévolues par les lois et règlements en vigueur aux départements et aux régions, ainsi que celles dévolues aux régions d'outre-mer par les dispositions du chapitre III du titre III du livre IV de la quatrième partie, à l'exception de celles relatives : - à la construction et à l'entretien général et technique des collèges et des lycées, à l'accueil, à la restauration, à l'hébergement dans ces établissements, au recrutement et à la gestion des personnels techniciens et ouvriers de service exerçant leurs missions dans les collèges et lycées ; - à la construction, à l'aménagement, à l'entretien et à la gestion de la voirie classée en route nationale ; - à la lutte contre les maladies vectorielles.* »

² Seules, en Outre-mer, Saint-Barthélemy et Saint Martin peuvent être regardées comme constituant effectivement, chacune, une collectivité « unique » exerçant l'ensemble des compétences relevant des trois niveaux de droit commun de l'administration territoriale ; même Wallis et Futuna, divisée en trois circonscriptions territoriales dotées de la personnalité morale et administrées conjointement par le chef du territoire et par les autorités coutumières, ne peut objectivement prétendre à ce qualificatif.

³ Cf. Décret n°77-509 du 18 mai 1977 portant organisation administrative de la collectivité territoriale de Mayotte.

⁴ Alors que nous rédigeons cet article, sa décision n'est pas encore intervenue.

3.4. On ajoutera, pour compléter ce tableau de l'incomplétude du dispositif soumis au Parlement en cet été 2009, que nulle disposition du projet de loi organique n'a prévu que les articles L.O. 6111-1 à L.O. 6176-2 du code général des collectivités territoriales et les articles L.O. 456 à L.O. 470 du code électoral, issus de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, cesseront d'avoir le caractère organique à compter de l'entrée en vigueur du nouveau régime statutaire de Mayotte ; on peut, certes, inférer de ce nouveau régime que cette « désorganicisation » sera de plein droit et que les dispositions en cause, formellement organiques, pourront désormais être modifiées ou abrogées par la loi ordinaire pour par ordonnance... Mais il eût été hautement préférable, dans un souci d'intelligibilité du stock des normes législatives en vigueur, de le prévoir d'ores et déjà expressément, puisque le projet de loi organique se donnait justement pour objectif de fixer, au moins, la date d'entrée en vigueur du régime nouveau.

De même, on s'étonnera de l'absence de toute extension expresse à la future collectivité des dispositions de nature organique du code général des collectivités territoriales¹ relatives à l'exercice, par les départements et les régions d'Outre-mer, ces compétences normatives qui leur sont dévolues par les alinéas 3 à 5 de la Constitution. Ces dispositions ne sauraient s'appliquer de plein droit à Mayotte, qui ne constituera *stricto sensu* ni un département, ni une région au sens du C.G.C.T. ; au demeurant, ces mêmes dispositions mentionnent expressément et nominativement les collectivités auxquelles elles s'appliquent, et Mayotte ne figure point dans cette énumération. L'intervention d'une nouvelle loi organique sera donc nécessaire pour régler la question, ce qui conduira le Gouvernement à présenter, le moment venu, un second projet de loi organique pour accompagner le projet de loi ordinaire créant la nouvelle collectivité et comportant les mesures d'adaptation du droit substantiel requises par le nouveau régime statutaire : une telle réitération de l'intervention du législateur organique, nécessaire à la pleine application de l'article 73 de la Constitution, confère à l'ensemble du processus législatif une forte coloration d'inachevé et d'amateurisme... Dans ce domaine, la démarche législative semble, pour le moins, avoir été guidée par l'improvisation et la navigation à très courte vue et, sans doute, par l'absence d'expertise suffisante des enjeux juridiques induits par le cadre constitutionnel.

4. La question de l'adaptation du droit substantiel constitue le défi majeur du processus de départementalisation

Aux termes du premier alinéa de l'article 73 de la Constitution « Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités. » Cette nouvelle rédaction, issue de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, diffère sensiblement du texte initial de l'article 73 (« 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. »), en ce qu'elle pose explicitement le principe de l'identité législative, qui ne se déduisait qu'implicitement de la rédaction originelle. En outre, les mesures d'adaptation, qui sont facultatives, ne doivent plus être « nécessitées » par la « situation particulière » des collectivités concernées : la Constitution exige seulement qu'elles tiennent à leurs caractéristiques et contraintes – cette terminologie, à l'évidence moins exigeante, étant directement issue du droit communautaire primaire, en l'occurrence l'article 229, § 2, du Traité

¹ Telles qu'issues de l'article 1er de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'Outre-mer : il s'agit des articles L.O. 3445-1 à L.O. 3445-12 et L.O. 4435-1 à L.O. 4435-12 du code général des collectivités territoriales.

de Rome dans sa rédaction issue du Traité d'Amsterdam. Il ressort très clairement des travaux préparatoires de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 que la volonté du Constituant était bien de tenter d'assouplir, dans toute la mesure du possible, le régime législatif des D.O.M.-R.O.M. afin d'y permettre les plus amples adaptations de la législation et de la réglementation de droit commun.

La question se pose donc de savoir dans quelle mesure ces dispositions constitutionnelles trouveront à s'appliquer à la situation de Mayotte, qui présente plusieurs singularités : l'île se trouve dans une situation de développement économique et social clairement défavorisée par rapport à la métropole et aux autres départements d'outre-mer ; elle se trouve confrontée à une immigration clandestine massive ; elle ne relève que d'un régime d'association avec l'Union européenne ; enfin – et surtout, pour le domaine qui nous intéresse ici – elle est encore régie, au moins en partie, par le principe de la spécialité législative¹.

Or, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est peu fournie sur cette question : l'attention de la doctrine s'est principalement focalisée sur la décision du 2 décembre 1982 condamnant « l'assemblée unique » dans les départements d'outre-mer parce qu'excédant les limites de l'adaptation alors permise par la Constitution et, dans une moindre mesure, sur la décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984 censurant certaines restrictions des compétences des départements d'Outre-mer au profit des nouvelles régions d'Outre-mer, elle s'est moins portée – et pour cause – sur les quelques rares décisions intervenues dans le domaine du droit substantiel qui, il est vrai, ne portaient que sur le droit de l'immigration².

¹ L'article L.O. LO 6113-1 du code général des collectivités territoriales dispose que : « *Les dispositions législatives et réglementaires sont applicables de plein droit à Mayotte, à l'exception de celles qui interviennent dans les matières relevant de la loi organique en application de l'article 74 de la Constitution ou dans l'une des matières suivantes :*

« 1° Impôts, droits et taxes ;

« 2° Propriété immobilière et droits réels immobiliers ; cadastre ; expropriation ; domanialité publique ; urbanisme ; construction ; habitation et logement ; aménagement rural ;

« 3° Protection et action sociales ;

« 4° Droit syndical ; droit du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle ;

« 5° Entrée et séjour des étrangers et droit d'asile ;

« 6° Finances communales.

« *Les dispositions législatives et réglementaires intervenant dans les matières mentionnées aux 1° à 6° ne sont applicables à Mayotte que sur mention expresse.*

« *L'applicabilité de plein droit des lois et règlements ne fait pas obstacle à leur adaptation à l'organisation particulière de Mayotte.*

« *Le présent article entre en vigueur le 1er janvier 2008.*

« *Les dispositions législatives et réglementaires intervenues dans les matières soumises, en vertu de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, au régime de l'application de plein droit des lois et règlements sont applicables à Mayotte, à compter de cette date, sous réserve qu'elles n'en disposent pas autrement.* »

² Le Conseil constitutionnel a reconnu la constitutionnalité de dispositifs dérogatoires au droit commun dans le domaine de la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers en acceptant :

- que soit différée dans les départements d'outre-mer l'entrée en vigueur de l'article 22 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur le caractère suspensif du recours (*Cons. const., déc. n° 93-325 DC, 13 août. 1993. - Cons. const., déc. n° 97-389 DC, 22 avr. 1997*) ;

- que soient instaurées en Guyane des dispositions particulières en matière de visite sommaire des véhicules circulant sur la voie publique, en dépit de l'inapplication dans ce département de la Convention d'application de l'Accord de Schengen, ainsi qu'en matière de contrôle de l'identité des personnes en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi (*Cons. const., déc. n° 97-389 DC, 22 avr. 1997*) ;

- que soit définitivement écartée l'application en Guyane et à Saint-Martin de l'article 22 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (*Cons. const., déc. n° 2003-467 DC, 13 mars 2003*).

La notion d'adaptation revêt au demeurant une portée incertaine, que la jurisprudence n'a jamais définie : « En elle-même, l'action d'adapter suppose le respect des caractéristiques principales de l'objet que l'on souhaite adapter. Si cette limite est dépassée, il ne s'agit plus d'une adaptation mais d'un bouleversement et d'une création entièrement nouvelle. L'adaptation exige donc le respect d'un certain nombre d'éléments communs aux deux termes de la comparaison. Il est cependant délicat de cerner les limites extrêmes de l'adaptation, au-delà desquelles l'objet adapté est véritablement dénaturé »¹.

Aussi, la départementalisation de Mayotte, qui va peu ou prou coïncider avec l'entrée en vigueur de la nouvelle procédure de question préjudicielle de constitutionnalité, soulève bien des interrogations au regard de la latitude d'action du législateur ou du pouvoir réglementaire dans l'adaptation des normes du droit commun à la situation de l'île.

4.1. Il paraît peu discutable que le principe même de l'identité législative ne pourra pas voir son entrée en vigueur différée : il n'entre pas dans les attributions du législateur ordinaire, sauf à commettre une inconstitutionnalité, de retarder l'entrée en vigueur d'une disposition constitutionnelle qui commande elle-même l'entrée en vigueur des lois et règlements. Une disposition législative qui maintiendrait, à titre transitoire, le régime de spécialité partielle issu de la loi organique du 21 février 2007 serait donc clairement contraire à la lettre de l'article 73. Les lois et règlements nouveaux devront donc s'appliquer à Mayotte à compter de mars 2011. Pour autant, le principe de sécurité juridique et celui de l'intelligibilité et de la clarté des normes commandent que cette « irruption » du droit commun dans une sphère jusqu'alors partiellement régie par des normes spéciales ne conduise pas à de situations dommageables.

Aussi, comme ce fut d'ailleurs le cas lorsque Saint-Pierre-et-Miquelon devint un département d'Outre-mer, et comme il y fut procédé pour les départements d'outre-mer créés par la loi du 19 mars 1946 et, antérieurement, dans les départements d'Alsace-Moselle à l'occasion de leur retour à la France, les normes en vigueur localement doivent le demeurer jusqu'à leur modification ultérieure. Il serait contraire au principe de sécurité juridique qu'elles se trouvent « écrasées » par les normes de droit commun sans qu'un travail préalable d'adaptation n'ait été, au préalable, effectué pour assurer la coordination entre l'ancien et le nouveau régime législatif. Cette opération a d'ailleurs d'ores et déjà été menée, pour Mayotte, à l'occasion de l'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2008, du régime de l'identité législative assortie d'exceptions tel que défini par l'article L.O. 6113-1 du code général des collectivités territoriales (issu de la loi organique du 21 février 2007), par l'ordonnance n° 2007-1801 du 21 décembre 2007 relative à l'adaptation à Mayotte de diverses dispositions législatives. L'élaboration de ce texte a permis au Conseil d'État² – saisi de la question de savoir quelle portée il convenait de reconnaître à la disposition législative³ habilitant le Gouvernement à prendre ladite ordonnance - de préciser comment il envisageait l'entrée le passage d'un régime de spécialité normative vers un régime d'identité : « Ce pouvoir d'adaptation [...] doit être regardé comme le corollaire du principe d'identité et de même nature que celui concernant les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution. Au regard de la finalité d'identité législative retenue par le législateur organique, sont admissibles les adaptations justifiées par la situation de droit ou de fait prévalant à Mayotte

¹ In F. MICLO, « *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République* » : Paris, Economica, 1982, p.128)

² Avis n° 381 052 rendu le 11 décembre 2007 par la Section de l'Intérieur du Conseil d'État.

³ La loi n° 2007-224 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer habilitait le Gouvernement, en son article 19-I (2°) à prendre par ordonnance les mesures relatives à « l'adaptation de la législation applicable à Mayotte, à Saint-Pierre-et-Miquelon et dans les Terres australes et antarctiques françaises pour tirer les conséquences de la modification des règles relatives au régime d'applicabilité de plein droit des lois et règlements dans ces collectivités ».

et proportionnées aux exigences découlant de la particularité de la situation de Mayotte. Toutefois, compte-tenu des difficultés que soulève le passage du régime de la spécialité à celui de l'identité législative dans la situation de Mayotte, il a paru au Conseil d'État qu'il convenait de retenir une approche compréhensive de la notion d'adaptation, cohérente avec les dispositions de l'article L.O. 6113-1 du code général des collectivités territoriales [...] qui prévoient l'application de plein droit, à compter du 1^{er} janvier 2008, de l'ensemble des dispositions des lois et règlements en vigueur à cette date « sous réserve qu'elles n'en disposent pas autrement ». Une telle approche « compréhensive » pourrait être retenue par le Conseil d'État lorsqu'il sera saisi, le moment venu, des projets d'ordonnance qui prépareront l'entrée de Mayotte dans son nouveau régime législatif. Ces ordonnances pourraient d'ores et déjà, et sans attendre l'entrée en vigueur du nouveau régime statutaire, être prises sur le fondement de l'article 74-1 de la Constitution qui habilite le Gouvernement à étendre aux collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 les mesures législatives en vigueur en métropole, le cas échéant avec les adaptations nécessaires.

4.2. Si, jusqu'alors, le juge constitutionnel n'a guère été saisi des dispositions législatives comportant des mesures particulières pour les départements d'outre-mer - leur adoption faisant généralement l'objet d'un relatif consensus politique et une seule décision étant intervenue depuis le 28 mars 2003 sur le fondement de l'article 73 révisé¹ - il pourrait en aller autrement dès lors que la question préjudicielle de constitutionnalité prévue par le nouvel article 61-1 de la Constitution permettra à un justiciable de contester devant le juge une disposition législative déjà promulguée : il reviendra toutefois au Conseil constitutionnel de bien vouloir regarder une éventuelle violation des dispositions de l'article 73 de la Constitution comme relevant bien du champ d'application de la nouvelle procédure. C'est une hypothèse sérieusement envisageable, dès lors que le non-respect du premier alinéa de l'article 73 peut être regardée comme contraire au principe d'égalité², et donc constituer une « atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Cette possible remise en cause de dispositions législatives longtemps incontestables, soit qu'elles prévoient l'exclusion de l'application à Mayotte de dispositions en vigueur dans les départements, soit qu'elles instaurent un dispositif spécifique à l'île, conduira le Conseil constitutionnel à apprécier, le cas échéant, le caractère proportionné, ou non, aux caractéristiques et contraintes actuelles de Mayotte du contenu de lois promulguées il y a dix ou vingt ans et que les pouvoirs publics nationaux pourraient être enclins à ne pas modifier ; en cela, répétons-le, la départementalisation de Mayotte s'inscrit dans un contexte autrement plus juridictionnalisé que celle intervenue en 1946.

L'avenir nous dira si le Conseil constitutionnel adoptera, ou non, une attitude aussi « compréhensive » que celle du Conseil d'État face aux réalités mahoraises³.

¹ Dans sa décision n° 2004-503 DC du 12 août. 2004, le Conseil constitutionnel a censuré l'entrée en vigueur différée, dans les départements et régions d'outre-mer, du transfert de la compétence du recrutement et de gestion des personnels techniciens, ouvriers et de service des collèges et des lycées, faute pour les écarts existant entre les besoins de personnels TOS et les effectifs de ces personnels d'être plus importants que dans certaines académies de la métropole et donc de constituer, au sens de l'article 73, des « caractéristiques et contraintes particulières » à nature à justifier cette entrée en vigueur différée de la loi.

² Telle est, du moins, la position exprimée dans le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, sous la décision du 12 août 2004 précitée.

³ Le contrôle de « conventionnalité » pourrait sans doute, dans quelques occurrences spécifiques, conduire le juge ordinaire à regarder comme incompatible avec les traités protégeant les droits fondamentaux, et en particulier avec celles de clauses prohibant les discriminations, certaines dispositions législatives demeurées en vigueur à Mayotte – ou dans un autre département d'Outre-mer du fait de l'inaction du législateur. Nous n'avons toutefois pas connaissance de telles décisions.

5. La marge de décision du législateur paraît relativement étendue dans les domaines de l'organisation institutionnelle et des compétences de la collectivité nouvelle

La nouvelle collectivité dénommée « Département de Mayotte » sera en réalité, on l'a dit, non point un département au sens de l'article 72 de la Constitution, mais une collectivité à statut particulier, dont l'existence est consacrée par l'article 72, créée sur un territoire de la République lui-même régi par l'article 73. La création d'une collectivité à statut particulier suffit par elle-même à l'exonérer des contraintes du droit commun institutionnel des collectivités territoriales, à l'exception, cela va de soi, des règles et principes de valeur constitutionnelle applicables à l'ensemble des collectivités territoriales de la République, tels qu'ils résultent notamment des articles 72 à 72-2 de la Constitution ou qui consacrent et protègent le droit de suffrage des citoyens. Les dispositions de l'article 73, en tant qu'elles portent sur les compétences normatives de la collectivité, lui seront applicables dans les conditions qui devront être fixées par une loi organique.

Dès lors, l'organisation institutionnelle de la collectivité nouvelle pourra s'affranchir du « modèle » institutionnel métropolitain, notamment caractérisé par la confusion dans la même personne des fonctions exécutives et de président de l'assemblée délibérante : l'existence d'un organe exécutif élu, distinct de la présidence de l'assemblée délibérante et responsable devant elle, pourra donc être instituée (comme c'est le cas pour la Corse, depuis la loi n° 91-428 du 13 mai 1991). Le mode de scrutin retenu pour l'élection de l'assemblée délibérante, comme la dénomination de cette dernière, pourra différer sensiblement du mode de scrutin actuellement en vigueur pour les élections cantonales et régionales. Faute d'être un département ou une région, la collectivité territoriale nouvelle pourra donc, sans même qu'il soit nécessaire d'invoquer sur ce point le bénéfice du premier alinéa de l'article 73 de la Constitution, être dotée d'une organisation institutionnelle originale et rien ne paraît interdire au législateur de prévoir, tant ce qui concerne les droits des élus minoritaires ou des citoyens que l'organisation du contrôle de légalité et les pouvoirs du représentant de l'État, des dispositions inspirées du statut de certaines C.O.M.¹ La dissociation presque complète du droit institutionnel et du droit substantiel, inférée de la création d'une collectivité à statut particulier, confère donc aux pouvoirs publics nationaux une marge de manœuvre non négligeable.

Quant à la détermination des compétences du nouveau « département de Mayotte », il semble que la liberté d'action du législateur soit également très large. Ni département, ni région, au sens de l'article 72, alinéa 1^{er}, la collectivité nouvelle pourrait, en théorie – mais la question n'a jamais encore été tranchée par le juge constitutionnel faute que l'occurrence se soit encore présentée – ne pas se voir conférer les attributions naturelles de ces deux catégories de collectivités ; la jurisprudence constitutionnelle antérieure² interdit que soit affectée « *de façon substantielle* » les compétences de collectivités individualisées – telles les départements situés Outre-mer ou ceux de Corse – rattachables à une catégorie constitutionnelle ; cette jurisprudence, dont rien n'indique qu'elle doive être regardée comme remise en cause par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, paraît transposable aux régions d'Outre-mer. Mais le sort que le juge constitutionnel pourrait réserver sur ce point à une collectivité à statut particulier fondée sur l'article 72 demeure incertain : destinée à être créée « *en lieu et place* » de collectivités relevant des catégories de l'article 72, elle pourrait se voir, très logiquement, reconnaître une

1

² Décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984 (*Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion*) ; Décision n° 91-290 DC

(*Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*).

sorte de droit à cumuler les compétences des collectivités auxquelles elle se substitue. Et, dans le cadre de l'article 73, les dérogations – ou, plus précisément, les exceptions - à l'exercice normal de ces compétences devraient alors être justifiées par les « *contraintes et caractéristiques* » propres au territoire considéré – comme l'a jugé le Conseil constitutionnel le 12 août 2004 à propos de la gestion des personnels T.O.S à La Réunion.

6. Le statut international et européen de Mayotte constituée, au regard du statut de droit interne, une situation inédite

Collectivité à statut particulier régie par l'article, le « département de Mayotte » se trouvera dans une situation inédite, à ce jour, sur le plan du droit interne : le principe d'identité législative trouvera à s'y appliquer dans toute sa rigueur, ce qui conduira à y appliquer les lois et règlements pris pour la transposition en droit interne des engagements internationaux de la République et du droit communautaire. Pour autant, Mayotte ne cessera pas de relever, en droit communautaire, de la catégorie des pays et territoires d'Outre-mer et de leur régime d'association, du moins jusqu'à sa transformation en région ultrapériphérique, laquelle ne pourra résulter que d'une décision prise conformément aux procédures prévues par les traités eux-mêmes, et indépendamment de son statut constitutionnel interne, qui demeure évidemment sans influence sur sa situation au regard du droit communautaire¹. En outre, les engagements internationaux souscrits par la France ne trouveront à s'y appliquer qu'autant que leurs stipulations le prévoient ou ne s'y opposent pas. On peut s'interroger sur la conformité de cette situation avec le principe d'égalité qui découle de celui de l'identité législative.

¹ L'opinion selon laquelle le changement de statut, en droit interne français, d'un département d'outre-mer ou d'une collectivité d'Outre-mer régie par l'article 74 de la Constitution, aurait des incidences sur son statut communautaire est encore répandue en doctrine. Elle ne repose pourtant sur aucun argument sérieux. Il faut en effet rappeler ici le principe fondamental selon lequel selon lequel le champ territorial d'application du droit communautaire est fixé par les Traités communautaires eux-mêmes, et ne dépend nullement des décisions des États-membres tout comme, de manière plus générale, « *le champ d'application territoriale d'une convention internationale est déterminé par ses stipulations ou par les règles statutaires de l'organisation internationale sous l'égide de laquelle elle a été conclue* » (Conseil constitutionnel, décision n° 91-294 DC du 25 juillet 199, Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985). Or, s'agissant de la France, l'article 299 § 2 du Traité instituant la Communauté européenne (modifié en dernier lieu par le Traité d'Amsterdam) prévoit trois régimes distincts d'application du droit communautaire : le « droit commun » (France métropolitaine et Corse) ; les R.U.P. : l'article 299-2 évoquant, à leur sujet, les « *départements français d'Outre-mer* » ; les P.T.O.M., dont le traité donne, en son annexe II, la liste nominative (Mayotte, la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, Saint-Pierre-et-Miquelon, Wallis et Futuna et les Terres australes et antarctiques françaises).

La mention par le Traité, au titre des R.U.P., des « *départements d'outre-mer français* » s'applique, non pas une qualification statutaire indépendante d'un territoire donné, mais à l'ensemble des territoires soumis à ce régime à la date d'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam : peu importe, dès lors, que ces territoires évoluent ensuite vers un autre statut de droit interne. Ainsi, Saint-Barthélemy et Saint-Martin ont-ils cessé d'être des « D.O.M. » en droit interne, pour devenir des C.O.M. de l'article 74 sans pour autant cesser d'être des R.U.P. parce qu'ils étaient partie d'un des « D.O.M. » de l'article 299 §2 du Traité d'Amsterdam. Si l'on admettait que la France puisse modifier le statut communautaire ses territoires ultra-marins en modifiant simplement leur statut de droit interne, on lui reconnaîtrait la possibilité de modifier unilatéralement le champ territorial d'application des Traités. Dans ces conditions, on conçoit mal pourquoi les signataires des traités auraient pris la peine de rédiger les stipulations extrêmement précises – la France n'est pas le seul État dont le territoire connaît des variations dans l'application du droit communautaire primaire - de l'article 299 et de l'annexe II ; ils se seraient bornés à prévoir une formule générale reconnaissant aux États membres toute latitude sur cette question ... L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne réglera, en tout état de cause, la situation communautaire des territoires français d'Outre-mer puisque les R.U.P. françaises y sont désormais mentionnées nominativement – y compris Saint-Barthélemy et Saint-Martin – et non plus par renvoi à une acception de droit administratif interne, et qu'une procédure d'évolution du statut communautaire des R.U.P. et des PTOM, dite « *clause-passerelle* » qui ne nécessitera plus la révision formelle – et lourde - des Traités, y est instaurée.

6.1. S'agissant de la différence de situation résultant de la dualité de statut R.U.P./P.T.O.M., on peut sans doute soutenir que, résultant des traités fondateurs eux-mêmes, auxquels la Constitution renvoie par le truchement de son article 88-1 qui pose le principe de l'appartenance de la République à l'Union et à la Communauté européennes, la violation apparente du principe d'égalité qui pourrait en résulter est constitutionnellement « couverte » par l'article 88-1 lui-même. En outre, si la France n'est pas tenue par les traités de prendre, à l'égard des P.T.O.M., les dispositions de droit interne nécessaires à l'application du droit communautaire dérivé qui ne trouve pourtant pas à s'y appliquer, rien n'interdit aux pouvoirs publics nationaux d'y procéder *proprio motu* – et telle est bien la pratique suivie par le législateur comme par le pouvoir réglementaire, lorsque les lois statutaires leur reconnaissent la compétence afférente à la matière en cause, tant il serait peu opportun de maintenir inutilement une dualité de législation et de réglementation étatiques quand nulle considération de droit ou de fait ne l'impose. Aussi, par le biais de l'application de plein droit à Mayotte des lois et règlements nationaux, c'est l'ensemble du droit communautaire qui trouvera à s'y appliquer *de plano*, à moins que la loi ou le règlement décide de différer ou d'exclure expressément cette application – comme il y est parfois procédé pour Saint-Pierre et Miquelon (dont le statut organique dispose¹ que les lois et règlements y sont applicables de plein droit, à l'exception des domaines relevant de la compétence de la collectivité, et sous réserve de leur adaptation à « l'organisation particulière » de la collectivité). Mais, à la différence de Saint-Pierre et Miquelon, Mayotte sera régie par le principe d'identité législative « intégral » et, à supposer que le législateur ou le pouvoir réglementaire décident d'y exclure une disposition prise pour la transposition du droit communautaire dérivé, il reviendra au juge de la constitutionnalité ou de la légalité, d'apprécier si cette mesure d'exception ou d'exclusion est justifiée au regard des « contraintes et caractéristiques » du territoire concerné. La confrontation, inédite, entre la souplesse du droit communautaire, qui s'accommoderait de mesures dérogatoires propres à Mayotte, au nom de son statut de P.T.O.M., et la rigidité du droit constitutionnel qui devrait n'y consentir que très chichement au nom du principe d'égalité, ne manquera pas d'intérêt, et n'ira pas sans paradoxe...

6.2. La question de l'application à Mayotte des traités et accords relevant du droit international « classique » est plus délicate.

Ceux des engagements internationaux de la France qui y sont déjà applicables dans une teneur différente de celle de la métropole, sur le fondement de réserves ou de déclarations formulées au moment de la ratification ou de l'approbation du traité ou de l'accord en application de la clause dite « coloniale » ou « territoriale » qui figure dans certains d'entre eux ne verront pas leur champ d'application modifié : la renonciation, par le Gouvernement, de l'application différenciée de ces traités ou accords à Mayotte supposerait un réexamen systématique de telles réserves d'interprétation territoriale, dont rien n'indique, à ce stade, qu'il sera mené dans des délais raisonnables. Or, nulle procédure juridictionnelle ne paraît aujourd'hui de nature à contraindre le pouvoir exécutif à réexaminer la situation de Mayotte au regard de ces engagements internationaux qui ne s'y appliquent pas, ou seulement partiellement : la levée d'une réserve d'application territoriale semble bien relever, encore, de la catégorie des « actes de gouvernement » insusceptibles de toute contestation juridictionnelle... même s'il serait sans doute souhaitable que le Conseil d'État procède, sur ce point, à une évolution de sa jurisprudence qui pourrait le conduire à juger de la conformité au principe constitutionnel d'égalité de mesures, relevant de la seule décision du pouvoir exécutif, qui peuvent le conduire à moduler, sur le

¹ Article L.O. 6413-1. du code général des collectivités territoriales : « Les dispositions législatives et réglementaires sont applicables de plein droit à Saint-Pierre-et-Miquelon, à l'exception de celles qui interviennent dans les matières relevant de la loi organique en application de l'article 74 de la Constitution ou dans l'une des matières relevant de la compétence de la collectivité en application du II de l'article L.O. 6414-1. - L'applicabilité de plein droit des lois et règlements ne fait pas obstacle à leur adaptation à l'organisation particulière de la collectivité. »

territoire national, l'application d'engagements internationaux relatifs aux droits fondamentaux¹. L'effort à accomplir à cette fin, ne serait sans doute pas, sur le plan conceptuel, d'une difficulté plus insurmontable que celle qui a conduit les juges du Palais-Royal à accepter de contrôler la régularité des mesures d'introduction en droit interne des engagements internationaux. Et l'« *autorité supérieure à celle des lois* » qui s'attache aux engagements de la France introduits dans l'ordre interne paraît impliquer que tous les citoyens et, plus généralement, tous les résidents présents sur le territoire français, en métropole ou Outre-mer, puissent bénéficier de la même garantie supra-législative de leurs droits, dès lors qu'elle est susceptible d'ouvrir une issue juridictionnelle plus généreuse à une éventuelle action aux fins d'en revendiquer le bénéfice effectif.²

Or, cette situation relève de la pure hypothèse d'école : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales elle-même, et certains de ses protocoles additionnels (n° 1, 4 et 7) ne sont actuellement pas applicables identiquement sur l'ensemble du territoire national : le Gouvernement français a invoqué à leur encontre le bénéfice de l'article 56³ de la Convention, en vertu duquel, dans certains territoires dont l'État signataire assure les relations internationales, la Convention sera appliquée « *en tenant compte des nécessités locales.* » En outre, la ratification du protocole additionnel n° 7⁴ est assortie d'une réserve relative à l'article 5, lequel consacre, pour les époux, l'égalité « *de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage en durant le mariage et lors de sa dissolution.* » ; cette réserve dispose que « *l'article 5 ne doit pas faire obstacle à l'application des dispositions de droit local dans la collectivité territoriale de Mayotte et les territoires de Nouvelle-Calédonie et des îles Wallis et Futuna.* » Il est remarquable de constater que les règles de droit local se trouvent ainsi préservées – sans aucune restriction – de tout risque de voir examiner leur compatibilité avec le protocole additionnel, quand les lois « nationales », elles, n'y peuvent échapper... Les conséquences de cet état du droit sont d'ailleurs paradoxales, puisque Saint-Barthélemy et Saint Martin se voient appliquer la Convention et ses protocoles additionnels comme s'ils étaient des départements, tandis que Mayotte et Saint-Pierre et Miquelon, dont le statut en droit interne est moins

¹ L'occasion pourrait se présenter à lui sous la forme d'une requête, présentée par toute personne disposant d'un intérêt pour agir, dirigée contre la décision implicite de refus née du silence gardé par le Premier ministre sur une demande, à lui adressée, tendant à la levée de telles réserves d'application territoriale.

² De la décision du Conseil constitutionnel, n° 96-373 DC du 09 avril 1996 (*Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*), qui a jugé que « *ni le principe de libre administration des collectivités territoriales ni la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'Outre-mer ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et par suite l'ensemble des garanties que celles-ci comportent, dépendent des décisions de collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République* », ne pourrait-on pas inférer un principe d'unicité du droit des libertés publiques sur l'ensemble du territoire de la République qui constituerait un objectif de valeur constitutionnelle s'imposant au pouvoir exécutif lorsqu'il négocie les engagements internationaux de la France ?

³ Article 56 de la Convention : « *1. Tout Etat peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera, sous réserve du paragraphe 4 du présent article, à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales.* -

2. La Convention s'appliquera au territoire ou aux territoires désignés dans la notification à partir du trentième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe aura reçu cette notification. - 3. *Dans lesdits territoires les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales.* - 4. *Tout Etat qui a fait une déclaration conformément au premier paragraphe de cet article, peut, à tout moment par la suite, déclarer relativement à un ou plusieurs des territoires visés dans cette déclaration qu'il accepte la compétence de la Cour pour connaître des requêtes de personnes physiques, d'organisations non gouvernementales ou de groupes de particuliers, comme le prévoit l'article 34 de la Convention.* »

⁴ Décret n° 89-37 du 24 janvier 1989 publication du protocole n° 7 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg le 22-11-1984, ainsi que des déclarations et réserves accompagnant l'instrument français de ratification et de la déclaration française du 1^{er} novembre 1988.

autonome, sont soumis au régime « allégé » d'application des mêmes instruments en leur qualité d'anciens territoires d'Outre-mer.

La constitutionnalité de dispositions législatives autorisant la ratification d'un traité affectant des droits ou obligations directement invocables par les particuliers mais excluant expressément de son application aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution (voire aux autres collectivités françaises d'Outre-mer), et donc des stipulations du traité lui-même, pourrait sans doute utilement être discutée devant le Conseil constitutionnel sur le terrain de la violation du principe d'égalité et de celui de l'indivisibilité de la République, même si l'unique décision rendue à ce jour sur ce point ne fut guère concluante – mais il s'agissait de la non-application aux D.O.M de la convention d'application des Accords de Schengen, qui n'intéressait pas directement les droits des citoyens¹ ; encore le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas écarté le moyen tiré de la violation du principe d'indivisibilité de la République comme inopérant². A supposer que de tels traités puissent encore être signés, la saisine du Conseil constitutionnel ne manquerait alors pas de pertinence, sur le fondement de l'article 54 ou de l'article 61, alinéa 2.

7. Le processus de départementalisation demeure sans conséquences juridiques directes sur la nécessaire évolution du statut civil personnel de droit local

Paradoxalement, la départementalisation de Mayotte pourrait n'avoir – sur le plan strictement juridique – aucune incidence sur la substance du statut civil personnel de droit local dont l'existence est garantie par l'article 75 de la Constitution, qui n'est pas dotée d'une valeur moindre que celle de l'article 73. Le propre d'un statut civil « *personnel* » étant d'être attaché... à une personne, et de créer une forme de spécialité législative individuelle au bénéfice de son titulaire, peu importe l'évolution du régime législatif de la partie du territoire national dans laquelle l'intéressé réside. On saisit bien les motifs politiques, au demeurant fort louables, qui ont pu pousser les Gouvernements successifs à présenter la réforme du statut personnel des Mahorais comme une sorte de préalable à l'octroi du statut départemental. Mais, juridiquement, si la réforme du statut personnel s'impose en effet, au moins pour ceux de ses aspects contraires aux normes supérieures de notre droit, cette œuvre salutaire aurait pu – et du - être opérée depuis longtemps... Elle l'a d'ailleurs d'ores et déjà été, depuis 2000, à plusieurs reprises³, et

¹ Décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 (Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes) : « *Considérant que le champ d'application territoriale d'une convention internationale est déterminé par ses stipulations ou par les règles statutaires de l'organisation internationale sous l'égide de laquelle elle a été conclue ; [...] que la convention a pour objet la suppression des contrôles opérés aux "frontières communes" des Etats signataires ; qu'en raison du but ainsi poursuivi la limitation du champ d'application territoriale de cette convention, que stipule son article 138, n'est en rien contraire au principe d'indivisibilité de la République ;* »

² On sait que, dans ses décisions n° 94-177 DC (*Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française*) et n° 84-178 DC (*Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*) du 30 août 1984, a censuré l'instauration d'une incompatibilité frappant spécifiquement les membres du Parlement européen élus dans les territoires d'outre-mer au motif que cette incompatibilité, « *qui intéresse l'exercice des droits civiques, touche certains citoyens en fonction de leurs attaches avec une partie déterminée du territoire de la France ; qu'elle est donc contraire à l'indivisibilité de la République* ».

³ Cf., pour une remarquable étude de ce sujet : O. GUILLAUMONT : « *Adieu polygamie, répudiation, inégalités successorales (la mort à petit feu du statut civil de droit local applicable à Mayotte et les délices de l'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958)* », R.J.P.I.C 2005, n° 1, p. 97 et ss.

notamment par la loi de programme pour l'Outre-mer du 21 juillet 2003¹, à cette fin amendée à l'initiative du député de Mayotte, M. Mansour KAMARDINE : ont ainsi été supprimés l'inégalité des enfants devant l'héritage en fonction de leur sexe, la répudiation unilatérale de l'épouse par son mari², la capacité de contracter un mariage polygamique pour les personnes atteignant l'âge de la majorité à compter du 1^{er} janvier 2005, ou encore l'exclusivité de la compétence de la justice cadiale pour statuer sur les litiges entre personnes soumises au statut personnel local. Le statut civil de droit local est donc, aujourd'hui, vidé d'une très large part de ses spécificités, comme les électeurs de Mayotte en avaient d'ailleurs eux-mêmes massivement approuvé le principe lors de la consultation du 2 juillet 2000³. Sans doute des progrès nouveaux dans la mise en conformité de ce statut avec les principes constitutionnels et conventionnels sont-ils encore possibles, tout comme la suppression de la justice cadiale, dont la médiocrité ne souffre plus la contestation, s'impose-t-elle. On reste cependant surpris que les fondements mêmes du statut personnel, dont l'inconstitutionnalité, l'incompatibilité avec les engagements internationaux de la France et la contrariété avec les principes généraux du droit, n'ait jamais été sérieusement contestée devant la moindre juridiction : c'est une affaire de délibération à valeur simplement réglementaire de la Chambre des députés du territoire des Comores, la délibération^o 12 bis du 3 juin 1964 portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, qui a le plus récemment donné un fondement textuel au contenu du statut personnel ; il n'apparaît pas que ce texte ait jamais reçu la force législative, et son abrogation peut donc encore être demandée au Premier ministre, dont la décision implicite de rejet née du silence par lui gardé sur la demande pourrait ensuite être contestée devant le Conseil d'État, par toute personne justifiant d'un intérêt pour agir, sur le double fondement des jurisprudences *Alitalia* et *Vedel et Jeannot*. Les motifs qui pourraient être retenus pour constater l'illégalité de la délibération ne manquent pas : violation des règles du procès équitable, du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, du principe de laïcité et de celui de l'intelligibilité et de l'accessibilité de la norme⁴, utilisation exclusive de l'arabe ou des langues locales... Si le Conseil d'État venait à constater l'illégalité de la délibération du 3 juin 1964, le statut civil personnel de droit local, réduit à sa seule dimension coutumière, achèverait de perdre le peu de substance qui lui demeure... et la voie de la justice cadiale, privée d'une part essentielle du texte fondant sa compétence et fixant la procédure applicable devant elle deviendrait à peu près impraticable... On le constate, il n'est pas besoin d'un changement de régime législatif opéré par voie de loi organique pour aboutir à pareil objectif ! Et rien ne paraît interdire au Gouvernement de prendre lui-même l'initiative de l'abrogation, par décret, des dispositions les plus manifestement illégales de la délibération du 3 juin 1964.

¹ Dans sa décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003, le Conseil constitutionnel a jugé que : « *les citoyens de la République qui conservent leur statut personnel jouissent des droits et libertés de valeur constitutionnelle attachés à la qualité de citoyen français et sont soumis aux mêmes obligations ; qu'en rappelant ce principe par la disposition critiquée, le législateur n'a pas méconnu l'article 75 de la Constitution ; que, dès lors qu'il ne remettait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, il pouvait adopter des dispositions de nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés* ».

² L'ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte s'accommodait pourtant encore de la répudiation unilatérale de la femme par le mari, puisqu'elle jugeait encore utile de préciser – par la modification de l'article 30 de la délibération n° 61-16 du 17 mai 1961 de l'assemblée territoriale des Comores relative à l'état civil à Mayotte – le délai dans lequel l'époux répudiateur devait faire une déclaration à cette fin au cadî du lieu de la répudiation...

³ Le point 8 de l'Accord sur l'avenir de Mayotte stipulait en effet que : « *Le rôle des cadis sera recentré sur les fonctions de médiation sociale. - Les droits des femmes dans la société mahoraise seront confortés. - La clarification du statut personnel sera poursuivie.* »

⁴ L'article 7 de la délibération dispose ainsi que : « *Les Qâdis, les Qâdis-L-qodat jugent d'après la doctrine musulmane chaféite telle qu'elle est exposée dans les traités de fiqh « Minhadj at Toilibin », « Fath ul Qarib » « Kitab el Tanbin », Fath el Moéni » et leurs commentaires. - Ils peuvent invoquer aussi les coutumes locales propres à chaque île* ». Outre que le recours à des traités de doctrine religieuse n'est pas exactement compatible avec le principe de laïcité, on chercherait en vain une édition authentifiée et accessible de ces doctes ouvrages... ce qui quelque peu délicat, au cas d'espèce, le respect de l'objectif constitutionnel de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité de la norme...

Répondant au vœu légitime de rapprochement du droit commun d'une population farouchement attachée à la France depuis 1841 et qui aura du, en traversant des périodes difficiles durant lesquelles son propre pays aura pu se montrer ingrat et pusillanime, attendre la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 pour voir enfin son appartenance à la République reconnue par la Constitution¹, la population mahoraise s'est enfin vu offrir la possibilité d'accéder au statut départemental que ses élus réclament pour elle depuis 1958. Il faut donc souhaiter que les acteurs du jeu constitutionnel sauront trouver les voies et moyens pour que, dans le respect des règles de l'État de droit constitutionnel et démocratique, la longue marche de Mayotte vers le droit commun s'achève enfin dans les conditions les plus propices à son épanouissement harmonieux au sein de la République française.

Paris, le 20 juillet 2009.

¹ Sur ce point, cf. nos études : « *L'ancrage constitutionnel de la France d'Outre-mer* », in *L'Outre-mer français, la nouvelle donne institutionnelle*, sous la direction de J.-Y. FABERON, la Documentation française, coll. « *Études* » (2004) et : « *L'autodétermination des populations d'Outre-mer et la Constitution : nouvelles perspectives* » in *Mélanges en l'honneur du Doyen Louis FAVOREU*, DALLOZ. (2007).