

Différenciation territoriale et Constitution : slogan ou révolution ?

(Papier de travail)

Benjamin Morel, Maître de conférences à l'Université Paris Panthéon-Assas

Osons conclure avec nos territoires et nos élus de vrais pactes girondins fondés sur la confiance et sur la responsabilité », proclamait Emmanuel Macron devant le Parlement assemblé en Congrès le 3 juillet 2017¹. Cependant, la nature exacte de ces pactes girondins reste incertaine, bien qu'ils semblent centrés autour de l'idée du droit à la différenciation². Cette notion a été mise en lumière sur la scène politique grâce aux revendications portées par les bonnets rouges, qui militaient pour une loi spécifique à la Bretagne, et à par la suite connu une forte postérité politique³. Pour autant la notion de différenciation semble représenter bien plus qu'un concept englobant une forme de mot valise.

Les deux tentatives infructueuses de révision constitutionnelle lors du dernier quinquennat ont amené le gouvernement à adopter une approche d'abord normative du droit à la différenciation⁴. Contraint d'abord d'abandonner l'idée d'une adaptation de la loi par les collectivités locales, c'est finalement le sujet de la réforme du droit à l'expérimentation qui a prédominé l'agenda parlementaire pour la seconde moitié du mandat présidentiel d'Emmanuel Macron. Le 16 avril 2021, l'Assemblée nationale a adopté une loi organique relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution⁵. Le législateur a ainsi souhaité réviser les dispositions de la loi organique du 1er août 2003 relative aux expérimentations. Plusieurs autres textes, législatifs et réglementaires⁶, ont été élaborés avant et après cette loi organique pour donner une forme

¹ Sur ce sujet, voir Emmanuel-Pie GUISELIN, Le quinquennat du président Macron et la décentralisation : inflexions ou « Révolution » ? *JCP/la Semaine Juridique — édition administrations et collectivités territoriales* n° 29, 2019 ; Claude DEVES, « L'Acte IV de la décentralisation reste à écrire... », *JCP/la semaine juridique — édition administrations et collectivités territoriales*, n° 49, 7 décembre 2020.

² Ce dernier est aussi pensé comme une manière de corriger les « irritants » de la loi NOTRe, sans pour autant remettre l'architecture territoriale sur la table au vu du besoin de stabilité réclamé par les élus. Bruno QUESTEL et Raphaël SCHELLENBERGER, rapport *l'évaluation de l'impact de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 relative à la nouvelle organisation territoriale de la République (loi NOTRe)*, fait au nom de la commission des lois, Assemblée nationale, le 18 décembre 2019.

³ Barbara LOYER, Bertrand GUYADER, « Les Bonnets rouges : un mouvement pour un projet géopolitique », *Hérodote*, vol. 154, no. 3, 2014, pp. 223-242.

⁴ Projet de loi constitutionnelle n° 911 pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, déposé le 9 mai 2018 ; Projet de loi constitutionnelle n° 2203 pour un renouveau de la vie démocratique, déposé le 29 août 2019.

⁵ Loi organique n° 2021-467 du 19 avril 2021 relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution ; Patrick MOZOL, « Vers un renouveau de l'expérimentation normative locale ? À propos de l'adoption par le Sénat du projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution », *JCP/la semaine juridique — édition administrations et collectivités territoriales*, n° 9, 1^{er} mars 2021 ; Jean-Claude ZARKA, « Le projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations de l'article 72 de la Constitution et le principe de différenciation territoriale », *Les Petites affiches*, n° 053, 2021, p.8

⁶ Notons par exemple le pacte d'avenir pour la Bretagne. Surtout, dès décembre 2017, deux décrets relatifs à l'expérimentation donnent de larges pouvoirs en la matière aux directeurs des ARS et aux préfets. D. n° 2017-1862, 29 déc. 2017, relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu au directeur général de l'agence régionale de santé, *Journal officiel*, 31 déc. 2017 ; Décret n° 2017-1845, 29 déc. 2017, relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu au préfet, *Journal officiel*, 31 déc. 2017.

concrète au droit à la différenciation. On peut notamment citer à ce stade : la loi n° 2019-816 du 2 août 2019 relative aux compétences de la Collectivité européenne d'Alsace et la loi du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action locale⁷ Par ailleurs, la différenciation a également été mentionnée par le gouvernement lors de discussions sur d'éventuelles modifications du statut de la Corse, tandis que lors des élections régionales, cette notion a été mobilisée dans les débats dans plusieurs régions comme la Bretagne ou le Grand Est.

Ces transformations se sont opérées dans un contexte juridique qui a évolué ces dernières années. La différenciation statutaire en métropole n'est pas un phénomène nouveau. On trouve des précédents dans le statut de la Corse de 1991 et dans la création de collectivités à statuts particuliers comme la métropole de Lyon en 2015 en application de la loi MAPTAM. Cependant, la question qui se pose maintenant concerne également une différenciation des compétences entre les collectivités de droit commun et une différenciation législative. Dans le cadre de deux tentatives de révision constitutionnelle, il était envisagé que les collectivités puissent adapter les normes dans leur champ de compétences. Le modèle envisagé était celui de l'article 73 de la Constitution, prévu pour les collectivités ultra-marines. L'article 72, alinéa 4, devait également être modifié afin d'éliminer le choix binaire imposé au législateur à l'issue d'une expérimentation. Celle-ci ne pourrait alors entraîner une modification du régime légal que sur le territoire des collectivités volontaires.

Il convient d'abord de s'attarder sur la notion de différenciation normative (I) avant d'envisager comment est appréciée récemment celle des statuts et des compétences (II). Dans les deux cas, la machine semble aujourd'hui grippée au regard d'une réforme constitutionnelle assez improbable et au contenu moins consensuel qu'il y a peu en la matière.

I. La différenciation normative en proie à des impasses constitutionnelles

Ces derniers se voient notamment accorder un droit de dérogation s'appliquant aux décisions non réglementaires dans sept domaines ciblés : concours financiers et dispositifs de soutien en faveur des acteurs économiques, des associations et des collectivités territoriales ; aménagement du territoire et politique de la ville ; l'environnement, agriculture et forêts ; construction, logement et urbanisme ; emploi et activité économique ; protection et mise en valeur du patrimoine culturel ; activités sportives, socio-éducatives et associatives. Voir Pierre VILLENEUVE, La dévolution au préfet d'un droit de dérogation aux normes réglementaires : un pas de plus vers le droit à la différenciation territoriale, *JCP/La Semaine Juridique, Édition Administrations et Collectivités Territoriales*, n° 35, 31 août 2020.

Dans son arrêt Conseil d'État, 17 juin 2019, n° 421871, *Assoc. Les amis de la terre France* : le Conseil accepte par ailleurs d'autoriser « des expérimentations permettant de déroger à des normes à caractère réglementaire sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi. ». Si ces expérimentations ont un objet et une durée limités alors le pouvoir réglementaire n'a pas la nécessité de viser des textes pouvant faire l'objet de dérogation et peut se contenter de préciser les matières pouvant en faire l'objet.

⁷ Sébastien HOURSON, « Voix des territoires, voie de l'État », *Droit Administratif*, n° 10, octobre 2021 ; Hélène PAULIAT, « Projet de loi 3DS : un texte largement modifié par le Sénat », *JCP/La Semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales*, n° 30-34, 26 juillet 2021 ; Hélène PAULIAT, « Projet de loi 4D : quels enjeux pour quelle politique ? », *JCP/La Semaine Juridique, Édition Administrations et Collectivités Territoriales*, n° 10-11, 8 mars 2021 ; Dossier Loi du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (vol.2), *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 13, 4 avril 2022 ; Dossier Loi du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (vol.1), *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°12, 28 Mars 2022.

Mot-valise, la différenciation normative qualifie à la fois une adaptation des normes à des réalités objectives, ce que la loi et la jurisprudence consacrent depuis longtemps ; une extension du droit à l'expérimentation introduit par la réforme de 2008 ; une adaptation d'opportunité de la loi par les élus qui impliquerait une révision constitutionnelle.

L'unité et l'indivisibilité de la République n'ont pas empêché l'instauration de dispositions spécifiques à certains territoires, et ce dès l'origine. Charles Eisenmann note ainsi que « l'unité ou la centralisation législative ou politique, c'est l'unité du législateur ; ce n'est pas comme on le dit trop fréquemment, l'unité de la législation ou du droit ». Si la législation peut être différente, cette diversité doit cependant être fondée sur des critères objectifs comme la topographie ou la démographie. « des amendements excluant sans justification appropriée, du champ d'application d'une loi le territoire de certaines collectivités territoriales (...) ont méconnu les principes d'égalité et d'indivisibilité de la République »⁸. Dans sa décision 94-358 DC, le Conseil fonde l'existence de régimes législatifs singuliers sur la nécessité d'une différence de situation⁹. Certes, l'universalité de la loi peut souffrir des exceptions, mais uniquement lorsque l'intérêt général le justifie, ou quand elle est amenée à régir des situations particulières. C'est ainsi qu'elle considère différemment le statut et les compétences des intercommunalités ou, à travers les lois montagne¹⁰ et littoral¹¹, prévoit un droit particulier à certaines zones géographiques. La révision constitutionnelle du 29 mars 2003 représente à cet égard une évolution importante en introduisant dans la Constitution un droit à l'expérimentation. L'alinéa 4 de l'article 72 de la Constitution dispose ainsi que « Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. » L'évolution est alors contestée, au motif de l'indivisibilité de la République, par soixante sénateurs saisissant le Conseil constitutionnel. Celui-ci se déclarera toutefois incompétent pour statuer sur une révision constitutionnelle¹². Toutefois, les garde-fous sont clairement posés. L'expérimentation en question ne peut que déboucher sur un abandon ou sur une généralisation. Patrick Janin note alors que le « pouvoir normatif décentralisé à caractère expérimental » représente « la limite extrême au-delà de laquelle les principes d'unité de l'État et d'indivisibilité de la République » seraient remis en cause¹³. Cette position, à

⁸ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales, *Journal officiel*, 15 janvier 1994, p. 829 ; voir : Bruno GENEVOIS, « Le principe d'égalité et la libre administration des collectivités territoriales », *Revue française de droit administratif*, 1994 ; Louis FAVOREU, « Note sous décision n° 94-329 DC », *Revue française de droit constitutionnel*, avril-juin 1994, n° 18, pp. 325-343.

⁹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *Journal officiel*, 1er février 1995, p. 1706. Voir : Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX, « Note sous décision n° 94-358 DC », *Les Petites Affiches*, 1995, p. 8 ; Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « Contrôle par le Conseil constitutionnel de la conformité à la Constitution et du respect des principes fondamentaux de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, Note sous décision n° 94-358 DC », *Recueil Dalloz*, 1997, n° 17, pp. 139-140.

¹⁰ Loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne.

¹¹ Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral.

¹² Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Journal officiel*, 29 mars 2003, p. 5570. Voir : Jean-Éric SCHOETTL, « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ? », *Les Petites Affiches*, 2003, pp. 17-22 ; Louis FAVOREU, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles », *Revue française de droit administratif*, 2003, pp. 792-795 ; Pascal JAN, « L'immunité juridictionnelle des lois de révision constitutionnelle », *Les Petites Affiches*, 2003, pp. 4-11

¹³ Patrick JANIN, « L'expérimentation dans l'acte II de la décentralisation. Observations sur une réforme », *JCP A*, n° 41, 2005, pp. 1524-1528.

l'époque admise, s'est vue peu à peu réinterrogée depuis et nécessite d'analyser les évolutions récentes, notamment depuis 2017.

L'idée de différenciation normative se base sur le postulat d'une législation dont le contenu pourrait être modulé en fonction des différents territoires. Cela pourrait aboutir à l'instauration de régimes particuliers par suite d'une expérimentation ou permettre, à l'instar de l'article 73 de la Constitution, aux élus d'ajuster la norme. Dans les deux cas, le premier ayant fait l'objet d'une évolution organique, la démarche visait originellement à répondre aux demandes formulées par les associations d'élus locaux. En effet, une législation excessivement minutieuse et pointilleuse semble entraver l'exercice de leurs compétences. Malgré les intentions des constituants, les textes adoptés lors du mandat d'Emmanuel Macron ne constituent pas de réelles ruptures. La loi organique du 19 avril 2021 ne mène, au regard de son interprétation par le Conseil constitutionnel, qu'à une reformulation de ce que prévoyait déjà la loi organique de 2003 relative aux expérimentations. Le principe de différenciation introduit dans l'article L. 1111 3 1. du Code général des Collectivités territoriales par la loi 3Ds, ne fait que reprendre les principes classiques de la jurisprudence administrative. L'article L.1111-8 permettait déjà des délégations de compétences d'une collectivité territoriale à une autre relevant d'une autre catégorie, ou à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre. Le droit à la différenciation représente, en revanche, une double rupture conceptuelle qui marque notre droit, mais dont les effets ne sont pas aboutis au regard de l'absence de révision constitutionnelle. Le droit à l'expérimentation d'abord relevait jusqu'à présent d'une approche utilitariste de la législation. La loi n'est pas bonne eu égard à ses intentions, mais à ses effets sur le plus grand nombre. Il convient aussi de la tester sur un échantillon réduit. Le droit à la différenciation part au contraire du principe qu'il n'y a pas d'optimum législatif répondant à un intérêt général. La seconde évolution repose sur l'abandon d'une approche de la décentralisation mettant en avant des pouvoirs locaux homogènes, contribuant au contrôle démocratique. Un nouveau paradigme territorial semble en gestation, reposant sur une négociation au cas par cas avec les élus, induisant une forte complexification de la répartition des compétences.

L'article 6 de la loi organique du 19 avril 2021, qui semble a priori contraire à l'intention du constituant, a fait l'objet de deux interprétations. Le gouvernement a fait valoir que le texte permettait une différenciation poussée, fondée sur la jurisprudence constitutionnelle permettant de moduler une norme selon les différences de situation¹⁴, en l'espèce au regard de la diversité des territoires¹⁵. Au contraire, le Sénat, notamment ses

¹⁴ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, *Journal officiel*, 10 janvier 1988, p.482, considérant 10 ; Bruno GENEVOIS, « Note sous décision n° 87-232 DC, la censure des dispositions contraires au principe d'égalité », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° IV, 1988, pp. 404-405 ; Louis FAVOREU, « Note sous décision n° 87-232 DC », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 2, 1989, p. 429 ; Pierre AVRIL, Jean GICQUEL, « Note sous décision n° 87-232 DC », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 179

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 91-291 DC du 6 mai 1991, Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes, *Journal officiel*, 11 mai 1991, p.6236, considérant 23 ; Pierre AVRIL ; Jean GICQUEL, « Note sous décision n° 91-291 DC », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, pp. 195-212 ; Yves JEGOUZO, « La recherche d'une meilleure solidarité financière entre les communes », *Revue française d'administration publique*, 1991.

¹⁵ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *Journal officiel*, 1er février 1995, p.1706 ; Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX, « Note sous décision n° 94-358 DC », *Les Petites Affiches*, 1995, p. 8 ; Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « Contrôle par le Conseil constitutionnel de la conformité à la Constitution et du respect des

rapporteurs, juge que le texte demeure, dans son interprétation, borné aux dispositions constitutionnelles telles qu'envisagées en 2003. La haute assemblée en sécurise aussi la constitutionnalité en faisant référence au principe d'égalité. L'absence de généralisation peut s'admettre, mais ce n'est à la fois que dans la stricte application du principe d'égalité et en interprétant de manière très limitative l'absence de généralisation¹⁶. Si la disposition n'est pas généralisée, ce n'est pas au bon gré des collectivités concernées, mais de caractéristiques objectives justifiant de cette différence. Toute collectivité disposant de la caractéristique propre à justifier la différenciation devrait alors se voir concernée, quelle que soit la volonté de ses organes. La loi organique aurait donc pour principale caractéristique de ne rien changer à l'état du droit existant.

Dans le considérant 15 de sa décision relative au texte¹⁷, le Conseil constitutionnel semble donner crédit à cette lecture. « Il résulte de ces dispositions que le législateur ne saurait maintenir à titre pérenne des mesures prises à titre expérimental dans les seules collectivités territoriales ayant participé à l'expérimentation sans les étendre aux autres collectivités présentant les mêmes caractéristiques justificatives qu'il soit dérogé au droit commun. » Il n'en fait pas une réserve d'interprétation. Néanmoins, c'est pour le Conseil une manière de sortir par le haut d'un problème de constitutionnalité inhérent à une loi fort ambiguë. Une telle lecture semble en effet nécessaire tant au regard de la volonté du Constituant, déjà évoquée, qu'à l'aune de la jurisprudence. Dans son rapport de 1996, le Conseil d'État notait déjà qu'une règle « qui, sans justifier d'aucune circonstance particulière, ni fixer aucune limite, ne s'appliquerait pas de manière égale à l'ensemble des citoyens serait, par construction, contraire au principe d'égalité »¹⁸. Dans sa décision n° 2003-473 DC, le Conseil constitutionnel note que « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et "la garantie des droits" requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité inutile ». Dans sa décision n° 2005-530 DC, le Conseil juge que l'article contesté « est à la fois excessif et non justifié par un motif d'intérêt général suffisant ». La complexité du droit ne peut compromettre l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme qu'en étant motivé par un intérêt général suffisant. Or, la transformation des règles d'expérimentation, en vue de faire advenir la différenciation territoriale, conduirait à une complexification du droit que ne justifie, en elle-même, aucun motif d'intérêt général convaincant. Si l'approche retenue par le Conseil constitutionnel permet donc de border les effets de la loi organique, elle n'en présente pas moins de problèmes d'applications. Il conviendra en effet, à chaque fois, de cibler et justifier des caractéristiques propres pouvant conduire à la différenciation de certaines collectivités. S'il est d'usage lors des débats parlementaires ou des auditions de citer les lois littorales et montagnes, gageons que toutes les tentatives de différenciation ne se fonderont

principes fondamentaux de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, Note sous décision n° 94-358 DC », *Recueil Dalloz*, n° 17, 1997, pp. 139-140 ; Jérôme TREMEAU, « Contrôle de la constitutionnalité de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, Note sous décision n° 94-358 DC », *Recueil Dalloz*, n° 15, 1997, pp. 119-121.

¹⁶ Alain Richard note « s'il existe une loi du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral, dite "Littoral" c'est bien à cause de conditions géographiques spécifiques qui la justifient, et il ne serait pas justifié que l'on appliquât les mêmes normes à d'autres territoires. Cela n'est écrit nulle part dans le texte dont nous discutons, mais cela doit être clairement entendu entre tous ceux qui légifèrent. Lorsqu'il y aura différenciation, ce sera sur le fondement de différences objectives, non subjectives. » Séance du mardi 3 novembre 2020, *Journal officiel des débats*, n° 83 S. (C. R.), mercredi 4 novembre 2020, p.8196.

¹⁷ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2021-816 DC du 15 avril 2021, Loi organique relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, *Journal officiel*, 20 avril 2021.

¹⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1996, Sur le principe d'égalité*, EDCE n° 48, La Documentation française, 1997, p. 52.

pas sur des critères aussi indiscutables et simples que la topographie et le caractère côtier. Si le nouveau dispositif d'expérimentation prévu par le législateur organique devait conduire à stimuler l'expérimentation, il est probable que c'est à un long travail de dentellière auquel va devoir s'atteler le juge.

Bien que l'interprétation du gouvernement sur la disposition ne semble pas devoir s'imposer, elle ne peut pas être complètement écartée. En effet, c'est cette interprétation qui a justifié les tentatives de modification de la Constitution en 2018 et 2019 par l'exécutif¹⁹. Le Sénat n'a pas rejeté cette idée, il a même proposé des textes pour intégrer ce principe dans la Constitution et donner une portée législative à cette évolution²⁰. L'article 6 de la loi organique du 19 avril 2021 pourrait donc ne pas représenter la forme définitive de la différenciation normative. Il faut également examiner les conséquences potentielles d'une telle mesure. Bien que la Constitution semble fortement limiter son étendue, la logique de différenciation contenue dans la loi organique du 19 avril soulève des questions sur la signification même de l'évaluation et donc sur l'utilisation qui pourrait en être faite. Sans un objectif normatif clair à atteindre, l'expérimentation risque de n'être qu'un prétexte ou une étape vers la différenciation. En effet, les résultats de ce processus devraient être évalués de manière adéquate²¹. Par conséquent, le Conseil constitutionnel a explicitement indiqué que les lois qui prévoient une expérimentation doivent avoir une fin permettant leur évaluation²². Cependant, des expérimentations visant une différenciation sont par nature biaisées et téléologiques. Dès lors qu'elles ne concernent que quelques collectivités volontaires supposées avoir des caractéristiques uniques, toute comparaison avec les collectivités non participantes devient inadéquate. La base de la différenciation est précisément l'impossibilité de toute comparaison, car les collectivités concernées sont censées avoir des caractéristiques propres justifiant leur participation exclusive à l'expérimentation et le besoin d'une différenciation. Le mode d'évaluation est donc auto-référentiel et performatif.

De plus, une expérimentation à l'échelle nationale permet de différencier les territoires où celle-ci a fonctionné ou non, afin d'en tirer un intérêt général qui pourrait s'appliquer à tous. Une expérimentation visant la différenciation ne peut, au mieux, que déterminer dans quelles collectivités participantes cette différenciation a eu des effets positifs. Elle inverse donc la

¹⁹ Sur le sujet voir notamment Jean-René CAZENEUVE et Arnaud VIALA, *Mission « flash » sur l'expérimentation et la différenciation territoriale*, rapport n° 912 fait au nom de la délégation aux collectivités de l'Assemblée nationale, 2018 ; Anne PELCRAN, « Expérimentation et différenciation territoriale : les propositions de la mission flash de l'Assemblée nationale », *JCP/la semaine juridique — édition administrations et collectivités territoriales* n° 21, 28 mai 2018.

²⁰ Proposition de loi constitutionnelle pour le plein exercice des libertés locales, texte n° 682 (2019-2020) de Philippe BAS, Jean-Marie BOCKEL et plusieurs de leurs collègues, déposé au Sénat le 29 juillet 2020 ; Proposition de loi organique pour le plein exercice des libertés locales, Texte n° 683 (2019-2020) de Philippe BAS, Jean-Marie BOCKEL et plusieurs de leurs collègues, déposé au Sénat le 29 juillet 2020. Ces textes sont pris sur la base du rapport du GROUPE DE TRAVAIL DU SENAT SUR LA DECENTRALISATION, *pour le plein exercice des libertés locales 50 propositions du sénat pour une nouvelle génération de la décentralisation*, Sénat, 2 juillet 2020.

²¹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Journal officiel*, 17 août 2004, p.14648 ou CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Journal officiel*, 24 mars 2019, texte n° 4.

²² CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2009-584 DC, Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *Journal officiel*, 22 juillet 2009, p.12244 ; voir Séverine BRONDEL, « Les expérimentations non limitées dans le temps sont inconstitutionnelles », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2009, n° 26, p. 1399.

; CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 93-333 DC du 21 janvier 1994 sur la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *Journal officiel*, 26 janvier 1994, p.1377. Voir Xavier PHILIPPE, « Note sous décision n° 93-333 DC », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 18, 1994, pp. 347-353 ; Michel VERPEAUX, « Note sous décision n° 93-333 DC », *Les Petites Affiches*, 1995, p. 8.

logique de l'expérimentation, en la considérant comme positive en soi et en sélectionnant les collectivités en fonction de leur capacité à en faire une réussite.

L'absence d'universalisation de l'évaluation empêche de prouver que la disposition appliquée à une collectivité tierce ne pourrait pas y avoir des effets bénéfiques. Cependant, l'évaluation est essentielle car, selon le Conseil constitutionnel, l'expérimentation permet "d'adopter par la suite, au vu de ses résultats, des règles nouvelles appropriées"²³. Par conséquent, l'expérimentation visant la différenciation ne peut être menée et étendue selon des critères rigoureux. Si, à la suite d'une révision constitutionnelle, le seul critère retenu était le volontarisme des collectivités, alors la nature de l'expérimentation changerait définitivement. Elle ne serait plus une méthode scientifique basée sur un échantillon test, mais simplement un engagement d'une collectivité avec droit de rétractation.

Bien que la résolution du Conseil semble l'exclure, il apparaît qu'à travers la différenciation normative, l'objectif visé est en effet la création de régimes législatifs distincts au sein d'un certain nombre de collectivités volontaires. Un tel mouvement porte en lui le risque d'une évolution vers des régimes législatifs singuliers, venant valider des identités subjectives au sein de la République. Cette conception consacre *de facto* l'existence d'un droit local spécifique à chaque collectivité, dont la dynamique ne peut être qu'ascendante. Il s'agit là d'une logique fondamentalement opposée à celle, notamment consacrée par le Conseil constitutionnel, concernant le droit local d'Alsace Moselle. Le Conseil a déjà fait remarquer qu'"il ne peut en résulter ni un élargissement du domaine d'application des différences, ni une augmentation"²⁴ des règles divergentes du droit commun dans ce territoire autrefois appartenant à l'Empire allemand. Il a également estimé que des matières qui n'étaient plus, ou qui n'étaient pas, du ressort du droit local, ne pouvaient y être réintégrées.

De surcroît, il est pertinent de se questionner sur les véritables objectifs de la différenciation normative. Sa motivation première est d'assouplir le carcan législatif dans lequel se trouvent engoncées les collectivités territoriales. L'exercice des compétences est effectivement encadré par une législation loquace et intrusive, complétée par un pouvoir réglementaire national tout aussi envahissant. Il s'agit là d'un problème indéniable qui entrave une administration libre qui est parfois devenue purement théorique. Bon nombre de dispositions législatives relèvent non pas de la loi, mais du pouvoir réglementaire et devraient donc pouvoir être laissées à la discrétion des collectivités. La différenciation territoriale pose question quant à son efficacité pour remédier à un tel phénomène. Tout d'abord, elle ne s'attaque en rien aux causes, se contentant d'aménager des dérogations possibles. De telles dispositions risquent de mettre les citoyens et les collectivités dans une situation d'insécurité juridique, tout en favorisant la complexification du droit. La loi s'assigne alors pour mission non plus de viser le général, mais de prévoir une série de dispositifs applicables à des cas particuliers. C'est d'ailleurs ce qui a suscité récemment le grand scepticisme de l'Association des maires de France. Son président, David Lisnard, l'a qualifié devant le Sénat le 6 juin 2023 de "martingale technocratique". Si l'intention du Sénat et du gouvernement de proposer une réforme constitutionnelle sur ce sujet semble donc manifeste, le rejet de l'AMF risque de constituer un obstacle difficile à contourner.

²³ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, *Journal officiel*, 30 juillet 1993, p.10750 ; Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, « Note sous décision n° 93-322 DC », *Pouvoirs*, n° 68, 1994 pp. 159-160 ; Michel VERPEAUX, « Note sous décision n° 93-322 DC », *Les Petites Affiches*, 1994, p. 4 ; Xavier PHILIPPE, « Note sous décision n° 93-322 DC », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 16, 1993, pp. 830-835.

²⁴ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Commentaire à la Décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011*, p.8

II. La différenciation des statuts et des compétences, des freins constitutionnels et politiques

La différenciation des statuts et des compétences semble tout aussi floue et relever aujourd'hui d'un mot-valise. Si l'on peut entendre un développement des statuts à caractère identitaire en Corse ou en Alsace, la différenciation peut également qualifier un développement de la contractualisation entre l'État et les collectivités ou la délégation à géométrie variable de compétences ciblées. En fondant une décentralisation asymétrique, la différenciation induit toutefois une vraie rupture de paradigme dont les conséquences politiques pourraient être importantes.

La négociation au cas par cas d'un régime différencié fait l'objet de plusieurs méthodes sous le précédent quinquennat. La précédente législature a ainsi vu se multiplier les contrats bilatéraux avec les collectivités et quelques mois de concertations territoire par territoire²⁵. Outre le cas de la collectivité européenne d'Alsace, il convient de souligner les "Pactes d'accessibilité et de mobilité" et le "Contrat d'action publique" signés à Rennes en février 2019 entre Édouard Philippe et le Conseil régional de Bretagne. Ces documents, qui ne possèdent pas de valeur normative, renferment des engagements variés, allant du soutien aux écoles Diwan à la création d'un parlement de l'eau. Le Gouvernement s'y engage également à adapter la loi Pinel à la Bretagne par le biais d'une expérimentation concrétisée par l'article 164 de la loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020. Ainsi, le gouvernement Philippe s'inscrit dans la continuité du pacte d'avenir pour la Bretagne, signé en 2016 par le gouvernement de Jean-Marc Ayrault à la suite de la crise des bonnets rouges. Bien que cette approche ne soit pas nouvelle, son utilisation est devenue plus répandue. C'est dans cette perspective que le même gouvernement Philippe s'est rendu en Creuse le 5 avril pour y signer le "Plan particulier pour la Creuse", comprenant cinq objectifs, 96 engagements et 118 projets. Dans chaque situation, les plans sont constitués d'investissements de l'État et de dispositions réglementaires et législatives qui attendent le prochain vecteur approprié pour être proposés au Parlement.

La complexification de la décentralisation est d'abord le fruit d'une multiplication des statuts particuliers. La création de la collectivité territoriale de Corse en 1991 ne remettait que peu en jeu le couple département-région. Depuis, la création de nouvelles collectivités à statut particulier, comme la collectivité unique de Corse et la métropole de Lyon, rend moins lisible l'architecture territoriale. La loi 3DS vient accroître ce mouvement de complexification²⁶. La loi du 10 décembre 2010 avait introduit un article L. 4124-1 dans le Code général des collectivités territoriales permettant aux conseils départementaux et régionaux, à la demande de dix pour cent de leurs membres, l'inscription à l'ordre du jour d'une demande de fusion entre la région et ses départements. Celle-ci doit ensuite faire l'objet d'une loi. La loi 3DS abaisse ici ce seuil à cinq pour cent, sur proposition du Sénat.

Il semble que l'objectif visé n'est pas tant la création de nouvelles collectivités à statuts spécifiques, mais plutôt la diversification des collectivités de droit commun. C'est en Alsace

²⁵ Hélène PAULIAT, « Concertation sur la répartition des compétences et leur exercice par les collectivités : un discours de la méthode ! », *JCP/La Semaine Juridique, Édition Administrations Et Collectivités Territoriales*, n° 8, 24 Février 2020.

²⁶ Voir notamment Hélène PAULIAT, Clotilde DEFFIGIER, « La différenciation territoriale : quelle lisibilité pour une action publique à la carte ? » *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 12, 28 mars 2022 ; Dominique MORENO, « Loi 3DS et aménagement commercial : une certitude à propos du D de différenciation mais un doute à propos du S de simplification », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 17, 29 Avril 2022.

et en Bretagne que les prémices de la différenciation ont été conçues. De même, la contractualisation avec les collectivités a été substantiellement développée au cours du quinquennat précédent. Il convient de souligner la délégation par l'État à certains départements de la compétence en matière de vaccination et de dépistage du cancer, ainsi que la politique gouvernementale en matière de formation. La loi 3Ds envisage, sur la base du volontariat, de recentraliser l'exercice de la compétence de financement et d'attribution du RSA ou la délégation à certains départements des routes nationales²⁷. Ces dernières pourraient ultérieurement faire l'objet de concessions à des acteurs privés dans le but d'assurer l'entretien du réseau²⁸. Si tous les départements ne sont pas volontaires, certains aimeraient se voir offrir cette possibilité. Les dispositions relatives à la Collectivité européenne d'Alsace, qui peut, en vertu de cette loi et à la suite des expérimentations prévues dans la loi de 2019, instituer une redevance kilométrique sur les poids lourds, gérer les routes nationales et autoroutes, octroyer des aides aux entreprises, sont également à mentionner²⁹.

Cela pose cependant la question de la marge de manœuvre des collectivités dotées du pouvoir de déroger à la loi. Cette marge est renforcée par l'alignement de la procédure du déferé préfectoral sur le droit commun, tel que prévu dans la loi organique du 19 avril 2021. De même, la loi 3Ds assouplit les modalités de délégations de compétences attribuées entre collectivités territoriales (ou EPCI) tel que stipulé à l'article L. 1111-8 du Code général des collectivités territoriales. La loi introduit l'article L. 1111-9-1 qui prévoit qu'une conférence territoriale de l'action publique soit convoquée par les présidents des conseils régionaux dans les douze mois suivant leur renouvellement, afin de discuter de nouvelles délégations de compétences. Par ailleurs, la loi prévoit une délégation de compétences spécifiques à la réalisation ou à la gestion de projets structurants pour les territoires. Elle offre également aux départements la possibilité, à l'instar des régions depuis la loi NOTRe, de proposer une évolution des lois et des règlements nationaux. Enfin, l'article 1er bis stipule que le gouvernement remet chaque année un rapport sur ces demandes, qui ne font aujourd'hui pas toujours l'objet de suites.

Au-delà des compétences strictement parlant, la dénomination des collectivités territoriales est affectée par le phénomène de différenciation. Dans son avis sur le projet de loi relatif à la collectivité européenne d'Alsace, le Conseil d'État juge que la dénomination "collectivité européenne d'Alsace" envisagée pour ce nouveau département est susceptible d'engendrer une double confusion quant à la nature juridique de la nouvelle entité. D'une part, cette dénomination pourrait laisser supposer la création d'une collectivité à statut particulier au sens de l'article 72 de la Constitution, alors que ni l'intention du gouvernement, ni la portée du projet de loi ne suggèrent cela. D'autre part, l'épithète "européenne", qui juridiquement ne correspond à aucune catégorie ou régime spécifiques et pourrait par ailleurs valoir pour toute collectivité territoriale de la République, semble indûment évoquer l'attribution d'un statut extraterritorial à ce nouveau département. Enfin, le fait qu'un département se voit attribuer certaines compétences spécifiques ne suffit pas en soi à justifier un écart de sa dénomination par rapport à la catégorie dont il est issu.

Malgré tout, l'introduction d'une nouvelle dénomination, qui sera finalement retenue par le législateur, marque l'arrivée d'un nouveau type de collectivités de droit commun hybrides. En séance, le président de la commission des lois du Sénat, Philippe Bas, fait ainsi remarquer : «

²⁷ Article 6 à 7 de la loi 3DS.

²⁸ Décret n° 2020-1061 du 14 août 2020 relatif aux conditions de classement de certaines sections de routes dans la catégorie des autoroutes, JORF n° 0200 du 15 août 2020.

²⁹ Loi n° 2019-816 du 2 août 2019 relative aux compétences de la Collectivité européenne d'Alsace, voir Arnaud DURANTHON, Sur les chemins de crête de la « collectivité européenne d'Alsace », droit administratif, n° 6, juin 2019.

En effet, quelle que soit la dénomination que vous adopterez par votre vote, mes chers collègues, vous ne modifierez pas l'essence de la chose. Et quelle est cette chose ? C'est une collectivité déjà hybride. C'est un peu comme la recette du pâté aux alouettes : pour faire un pâté aux alouettes, il faut un cheval et une alouette. Nous avons là un département, qui n'est pas simplement un département : c'est un département plus quelque chose. Si l'on se focalise uniquement sur ce "quelque chose", on en fait déjà une collectivité à statut particulier, mais en l'inscrivant dans la loi, on irait trop loin, car la dénomination ne correspondrait plus à l'essence de la chose. »³⁰ Il ne s'agit donc pas simplement, à l'instar de l'eurométropole de Lille, d'un EPCI avec un nom original. La collectivité européenne d'Alsace n'est pas seulement un stratagème de communication, mais représente une réalité unique en son genre.

Dans un article récent, le Professeur Bertrand Faure note, à propos des dernières évolutions du droit relatif à la différenciation, que « les pratiques actuelles nous laissent apercevoir avec de plus en plus de clarté n'est pas nécessairement rassurante : c'est celle d'un État unitaire féodalisé dont les règles dépendent du jeu du bon plaisir politique. »³¹ La différenciation territoriale induit en effet une transformation des rapports entre les collectivités et le législateur. Alors que la décentralisation relevait jusqu'à présent d'une approche générale de l'organisation territoriale³², elle induit avec l'accentuation de la logique de différenciation un face-à-face entre chaque collectivité et l'État. Cette approche induit le risque d'un affaiblissement des collectivités, rendues à un rapport asymétrique. Ce qui est une revendication des grandes associations d'élus pourrait donc s'avérer assez contre-productif au regard des fonctions qui sont les leurs. L'État, disposant du pouvoir discrétionnaire d'accorder compétences singulières et adaptation législative sur mesure, pourrait alors favoriser les intérêts politiques des alliés du gouvernement. Là aussi, ce fait n'est pas pour rien dans le moindre engouement des élus et de leurs associations pour cette notion.

L'asymétrie des compétences et la diversité des statuts ouvrent par ailleurs la voie à une montée en puissance des revendications identitaires comme le montrent les études internationales³³. Sujet que nous avons par ailleurs analysé dans un article récent³⁴. La différenciation des compétences ouvre de son côté une boîte de Pandore difficile à refermer. D'abord, la différenciation conduit à reconnaître une légitimité aux revendications des partis

³⁰ *Journal officiel des débats*, séance du mardi 2 avril 2019, n° 31 S. (C.R.), Mercredi 3 avril 2019, p.3881.

³¹ Bertrand FAURE, « Différenciation des normes : jeu de dupes », *Revue française de droit administratif*, n° 2, 2021, p.313-318.

³² A nuancée toutefois tant il est vrai que les lois de décentralisation sont un réceptacle commode aux amendements d'opportunité pour répondre à une pression locale. Les fameux « pork barrels » de la littérature politiste américaine qui impliquent des privilèges ou investissements localisés à dessein de renforcer la cohésion d'une majorité en achetant symboliquement ou politiquement ses membres. Bertrand Faure ajoute d'ailleurs sur ce thème « la loi identique pour tous — c'est-à-dire uniforme — n'est qu'une hypocrisie lorsque s'inscrivent dans ses termes tous les arrangements, les cas particuliers, les exemptions que les parlementaires sont prêts à accepter au nom d'intentions généreuses, du pragmatisme et de la paix avec les élus locaux. », *IBID*.

³³ À ce sujet, voir Gilles CLAVREUL, Benjamin MOREL, « Quel avenir pour la décentralisation », *Revue politique et parlementaire*, n° 1093, 2020, pp.13-28 ; Frans SCHRIJVER, *Regionalism after regionalisation: Spain, France and the United Kingdom*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006, pp. 185-187; Dawn BRANCATI, 'The Origins and Strengths of Regional Parties', *British Journal of Political Science* n° 38, vol.1, 2008, pp. 135-159; Emanuele MASSETTI, Arjan H SCHAKEL, « Decentralisation Reforms and Regionalist Parties' Strength: Accommodation, Empowerment or Both? », *Political Studies*, 2017, n° 65, vol.2, pp.432-451 ; Anwen ELIAS, Filippo TRONCONI, 'From protest to power: Autonomist parties in government', *Party Politics*, n° 17, vol.4, 2011, pp. 505-524; Rune DAHL FITJAR, *The Rise of Regionalism*, London: Routledge, 2010, p.44; Liesbet HOOGHE, Gary MARKS, Arjan H. SCHAKEL, *The Rise of Regional Authority: A Comparative Study of 42 Democracies*. Londres : Routledge, 2010.

³⁴ Morel B, « Décentralisation asymétrique et stabilité des États », RFDC 2022.

régionalistes³⁵, ce qui modifie profondément le système partisan. Ces derniers sont dès lors les vainqueurs d'un combat dont ils peuvent se vanter d'être les précurseurs et dépositaires. Ainsi, l'accès au pouvoir du *Scottish national Party* a été facilité par la *devolution*, comme celle des nationalistes corses par la création de la collectivité unique. Si le combat a débouché, c'est qu'il était juste. Si le combat est juste, alors c'est que ces formations ont eu raison de le mener contre le reste des partis politiques. Un tel constat stimule le vote de leurs partisans et amène des électeurs de ces anciennes formations à les soutenir³⁶. Face à cette montée en puissance des groupes régionalistes, les partis classiques réagissent en exacerbant eux-mêmes le discours et en entrant dans une surenchère identitaire³⁷. Emmanuele Massetti et Arian Schakel analysent assez bien le débouché d'un tel phénomène³⁸. Les formations régionalistes peuvent l'emporter totalement et se diversifient en se substituant aux partis nationaux. C'est notamment ce qui s'est passé en Catalogne où l'ECR a fini par remplacer le PSOE à gauche et *Junts per Catalunya*, le Parti populaire, à droite. Le seul parti national résistant, *Ciudadanos*, se caractérise justement par son opposition à la rhétorique régionaliste. Quand les partis nationaux parviennent à se maintenir, ce n'est qu'au prix d'une exacerbation par le personnel politique local du discours régionaliste. C'est notamment le cas dans le cadre de scrutins que le flou électoral engendré par la différenciation a rendus imperméables à tout autre enjeu. Quoi qu'il en soit, la surenchère conduit à l'impasse³⁹. L'autonomie croissante obtenue par la région amène les régionalistes modérés à se voir marginalisés par les séparatistes ; les premiers ayant obtenu gain de cause ne peuvent se prévaloir que d'un programme gestionnaire. De même, le personnel politique traditionnel doit, soit rompre avec les formations nationales qui ne peuvent s'accommoder du séparatisme, soit accepter de perdre leur course de vitesse contre les régionalistes.

Par ailleurs, la différenciation a aussi pour résultat de créer un effet de mimétisme entre régions⁴⁰. Si l'identité est liée à la compétence, alors disposer de moins de compétences qu'une autre collectivité implique de considérer son identité comme moins respectée. Or si une collectivité dispose des mêmes compétences qu'un grand nombre d'autres, son exceptionnalité n'est plus si singulière. Autrement dit, à la surenchère au sein du personnel politique s'ajoute une surenchère entre collectivités. En quelques mois et avant même l'adoption de la révision constitutionnelle, le phénomène a déjà commencé. Ainsi, dans un article publié dans le point le 4 mai, Gilles Siméoni annonce clairement que le droit à la différenciation rapproche le cas corse d'un cas de droit commun. Aussi, il faut reconnaître la singularité de la Corse en lui accordant un statut plus particulier, excédant de beaucoup ce droit à présent accessible à toutes les collectivités. Au Sénat, la collectivité européenne d'Alsace a été combattue par le Sénateur mosellan François Grosdidier, au nom d'une non-

³⁵ André LECOURS, « *Ethnonationalism in the West: A Theoretical Exploration* », *Nationalism & Ethnic Politics*, vol. 6, n° 1, 2000, pp. 103–124; André LECOURS, « *Political Institutions, Elites, and Territorial identity Formation in Belgium* », *National identities*, vol. 3, no.1, 2001, pp. 51–68.

³⁶ Bonnie MEGUID, « *Bringing Government Back to the People? The Impact of Political Decentralization on Voter Engagement in Western Europe* ». Papier présenté à l'association des études européennes à Montréal, mai 2007.

³⁷ Eve HEPBURN et Klaus DETTERBECK, « *Federalism, regionalism and the dynamics of party politics* » dans *Routledge Handbook of Regionalism and Federalism*, Londres: Routledge, 2013, p. 83.

³⁸ Emanuele MASSETTI et Arjan H SCHAKEL, « *Decentralisation Reforms and Regionalist Parties' Strength: Accommodation, Empowerment or Both?* », *Political Studies*, 2017, n° 65, vol.2, pp.432–451.

³⁹ Stein ROKKAN, et Derek W. URWIN. *Economy, Territory, Identity. Politics of West European Peripheries*. London: Sage, 1983.

⁴⁰ Arendt LIJPHART, « *Political Theories and the Explanation of Ethnic Conflict in the Western World: Falsified Predictions and Plausible Postdictions* ». dans J.M. ESMAN (dir.), *Ethnic Conflict in the Western World*, Ithaca : Cornell University Press, 1979, pp. 53-54 ; Frans SCHRIJVER, *Regionalism after regionalisation : Spain, France and the United Kingdom*, Amsterdam : Amsterdam University Press , 2006, p.64 ; Luis Moreno, *The federalization of Spain*, London: Frank Cass, 2001.

exceptionnalité de l'Alsace par rapport à la Moselle. Finalement, pour marquer cette non-infériorité de l'identité mosellane, le département de Moselle a annoncé jeudi 2 mai son intention de devenir un « eurodépartement ».

Cette diversité de collectivités semble aller enfin à l'encontre d'une volonté de simplification. Elle ressemble davantage à un "menu à la carte" où chaque collectivité dispose des compétences en fonction de revendications historiques, sociales et culturelles. C'est précisément contre cela que le Conseil d'État avait mis en garde dans son avis sur la révision constitutionnelle de 2018⁴¹. Il lui semblait indispensable de ne pas fragiliser excessivement les catégories de collectivités territoriales. Le Conseil constitutionnel reconnaît par ailleurs l'application du principe d'égalité entre collectivités⁴². On peut parler de droit commun institutionnel⁴³ entre les collectivités d'une même catégorie laissant peu de place à la différenciation non motivée des compétences⁴⁴. Le Conseil constitutionnel parle d'ailleurs de « droit commun applicable » aux régions⁴⁵ ou aux communes⁴⁶. Si cette unité catégorielle a pu être remise en cause, c'est uniquement quand des conditions objectives pouvaient être invoquées. C'est notamment dans ce cadre que furent distingués les départements d'Outre-mer⁴⁷, la Corse⁴⁸ ou les villes de Paris, Lyon et Marseille⁴⁹. Si l'on peut imaginer que quelques évolutions limitées n'affectent pas cette unité catégorielle, leur multiplication fait prendre le risque d'une perte du sens même de la catégorie.

Cependant, les obstacles dans ce domaine sont, il faut le reconnaître, plus politiques que constitutionnels, du moins si nous excluons le cas de la Corse. Ils sont principalement liés aux tensions entre collectivités ; qu'il s'agisse d'une potentielle suppression des départements

⁴¹ CONSEIL D'ÉTAT, *avis sur la différenciation des compétences des collectivités territoriales relevant d'une même catégorie et des règles relatives à l'exercice des compétences*, n° 393651, 7 décembre 2017 ; CONSEIL D'ÉTAT, Assemblée générale, *Avis sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace*, 3 mai 2018 ; voir Lucienne ERSTEIN, « Collectivités territoriales : des compétences à géométrie variable », *JCP/la Semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales*, n° 10-11, 12 mars 2018 ; Hélène PAULIAT, « Différenciation territoriale : les limites posées par le Conseil d'État », *JCP/la semaine juridique — édition administrations et collectivités territoriales*, n° 17, 30 avril 2018.

⁴² CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 82-138 DC du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*, *Journal officiel*, 27 février 1982, p.697 ; Louis FAVOREU, « Note sous décision n° 82-138 DC », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 5, 1982, p. 1259 ; Jean BOULOUIS, « Note sous décision n° 82-138 DC », *Actualité juridique. Droit administratif*, 1982.

⁴³ Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12ème ed., Paris : Dalloz, 2003, p.523.

⁴⁴ Cette unité des catégories se fonde sur le régime électoral (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 82-138 DC du 25 février 1982 ; CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 82-147 DC du 2 décembre 1982), la désignation des exécutifs (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 82-149 DC du 28 décembre 1982), mais aussi sur la similarité des compétences (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984).

⁴⁵ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 82-138 DC du 25 février 1982, *op.cit.*

⁴⁶ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 82-149 DC, 28 décembre 1982, *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*, *Journal officiel*, 29 décembre 1982, p.3914 ; Louis FAVOREU, « Note sous décision n° 82-149 DC », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 2, 1983, p. 333 ; Pierre AVRIL ; Jean GICQUEL, « Note sous décision n° 82-149 DC », *Pouvoirs*, n° 25, 1983, p. 185.

⁴⁷ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 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*, *Journal officiel*, 28 juillet 1984, p.2493 ; Louis FAVOREU, « Note sous décision n° 84-174 DC », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 2, 1986, p. 395 ; Jacques FERSTENBERT, « Note sous décision n° 84-174 DC », *Actualité juridique. Droit administratif*, 1984.

⁴⁸ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *op.cit.*, CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 82-138 DC du 25 février 1982, *op.cit.*

⁴⁹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 82-149 DC, 28 décembre 1982, *op.cit.*

bretons ou d'une sortie de la collectivité européenne d'Alsace du Grand-Est. Ils interrogent ensuite un impératif démocratique de lisibilité⁵⁰. En cela, la différenciation est une nouvelle étape dans la confusion sur le sens même de la notion de décentralisation⁵¹. La commune est ainsi perçue comme une petite république, dans laquelle la politique menée est directement appréciable par le citoyen. L'augmentation ou la baisse de l'impôt a alors des effets directement visibles. Le sens du choix électoral et du consentement à l'impôt s'ancre dans le concret, préparant l'opinion à des arbitrages plus abstraits lors des élections nationales. Ce double sens repose sur une double évaluation. D'abord celle d'un bilan appréciable, ensuite celle d'un projet compréhensible. Ce double impératif semble aujourd'hui de plus en plus perdu de vue. La décentralisation est ainsi de plus en plus synonyme non d'une volonté de démocratisation, mais d'optimisation des politiques publiques. Sont alors privilégiés des processus à la fois fluides, techniques et multi-échelles, répondant assez difficilement à une évaluation démocratique. La différenciation territoriale s'inscrit dans cette dynamique politique qui a vu naître d'abord les collectivités à statut particulier. Or, la difficulté à saisir les compétences dans le cadre d'une décentralisation différenciée entraîne un désengagement des citoyens les moins motivés, si ce n'est pour des questions strictement identitaires. Les élections régionales et départementales de 2021 ont ainsi vu des candidats faire campagne sur l'immigration ou la politique pénale, loin des compétences de collectivités perçues comme trop difficiles à expliquer aux électeurs. La différenciation des compétences ne peut qu'accroître à l'avenir ce sentiment de confusion, privant l'électeur de tout cadre national permettant de saisir l'enjeu de l'élection. La différenciation des noms et des compétences exige aujourd'hui de l'électeur alsacien qu'il comprenne que son département n'est ni un département comme les autres, ni une collectivité d'un nouveau genre; que celle-ci n'est pas une collectivité à statut particulier, mais un département. Il devra aussi noter que les régions disposent d'une compétence prioritaire, depuis la loi NOTRe, en matière économique. Toutefois, dans le cas alsacien, ce sujet n'échappe pas tout à fait à la collectivité européenne d'Alsace qui exerce des compétences en matière de transport transfrontalier et d'aides aux entreprises. Il serait donc pertinent, en évaluant le bilan économique et le projet, qu'il distingue clairement ce qui relève de l'État, de la région et de la collectivité européenne d'Alsace; sachant que certains éléments du programme des candidats aux régionales pourront dès lors s'appliquer à la Moselle, mais pas à l'Alsace... C'est aussi contre cette complexité que le Conseil d'État a mis en garde.

⁵⁰ Voir notamment : CLUB MARC BLOCH, *Citoyen ! Plaidoyer pour une démocratie locale renouvelée*, Paris : L'harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2018.

⁵¹ Voir notamment Pierre STEINMETZ, « En toute chose, il faut considérer la fin, ou la décentralisation pour quoi faire ? », *Revue politique et Parlementaire*, n°1093, 2020, pp. 81-87.