

Le droit local : un Ersatz de Constitution locale ?

par Jean-Marie WOEHLING
Président de l'Institut du Droit Local

L'objet de la présente contribution¹ est d'analyser les liens qui peuvent exister entre l'histoire constitutionnelle de l'Alsace et le droit local. La thèse présentée peut apparaître sibylline dans sa formulation : le droit local – un ersatz de constitution locale ?

Même avec un point d'interrogation, une telle formulation peut apparaître comme provocatrice. Pourtant, elle résume d'emblée à la fois toute l'importance et toute l'ambiguïté du droit local :

- Un système de législation particulière qui équivaut symboliquement à une constitution locale ;
- Un régime local qui ne joue qu'un rôle d'ersatz, de substitut, à un véritable statut législatif régional.

Ce sont les deux aspects que je vais examiner successivement.

I. Le droit local – Une constitution locale

¹ Le texte de la communication présentée le 20 mai a été complété pour tenir compte de l'actualité récente et notamment de la décision du Conseil Constitutionnel du 5 août 2011.

Le droit local présente à bien des égards les caractères d'une véritable constitution locale. Cette formule peut surprendre. Mais, si elle surprend, c'est que cet aspect est resté à bien des égards masqué ou clandestin : le droit local a une dimension constitutionnelle. Toutefois c'est une constitution largement clandestine.

Nous allons analyser ce double caractère.

A. La dimension constitutionnelle de droit local

Le droit local correspond à une législation particulière qui porte à bien des égards sur des aspects fondamentaux relevant habituellement du niveau constitutionnel. Cette dimension fondamentale se manifeste sur trois plans, qui justifient de parler de « constitution » locale :

- quant à l'importance des questions dont relève le droit local ;
- quant à la protection et aux garanties dont le droit local fait l'objet ;
- quant à la dimension symbolique acquise par le droit local.

Examinons ces trois dimensions :

1. Le droit local, un système de protection des libertés locales et de garanties fondamentales pour les trois départements de l'Est

Il est admis que les règles constitutionnelles ont pour fonction notamment d'affirmer et de protéger les principes et les valeurs fondamentales d'une société.

En reprenant le contrôle des territoires de l'Alsace et de la Lorraine, les représentants de la France se sont engagés à respecter les libertés et les traditions locales auxquelles les populations locales étaient attachées. Le droit local est la conséquence de cette promesse solennelle : les autorités françaises ont accepté de conserver à l'Alsace-Moselle un régime particulier de libertés publiques qui par leur caractère fondamental relèvent matériellement des règles constitutionnelles :

- le régime local des cultes, qui est très différent du système du régime applicable dans le reste de la France ;
- le régime des associations, également très original ;
- les franchises communales, longtemps très dérogoires du droit général ;

- les garanties sociales locales avec le régime local de sécurité sociale et le système local de l'aide sociale ;
- divers aspects de l'organisation économique en particulier dans le domaine de l'artisanat.

Mentionnons encore l'organisation judiciaire et le statut personnel particulier des Alsaciens-Lorrains ;

Ces domaines correspondent à des questions généralement réglées par des textes constitutionnels, compte tenu de leur caractère fondamental.

Mais le droit local est aussi « quasi constitutionnel » par le statut de protection dont il bénéficie.

2. Le droit local, objet d'une protection spécifique

Depuis la crise de 1924, au cours de laquelle le gouvernement a tenté de supprimer unilatéralement le régime local de l'enseignement confessionnel et a dû faire marche arrière face à la réaction très vive de la population, il est admis que le droit local ne doit être modifié qu'avec le consensus des représentants de la population locale.

Ce principe est très largement respecté. Il n'y a pratiquement jamais eu de modification du droit local contre l'avis convergent des parlementaires locaux.

On peut donc dire que par une sorte de « coutume constitutionnelle » le législateur s'abstient de modifier le droit local sans l'accord des représentants de la région. Il serait plus exact de parler d'une « convention constitutionnelle » au sens juridique du terme, c'est-à-dire une règle acceptée par tous, même si elle n'a pas de sanction juridictionnelle.

Sous des formes diverses, cette convention a été réaffirmé par les majorités successives. Lors de la dernière révision constitutionnelle, en 2008, la ministre de la Justice a même donné une sorte de « brevet de constitutionnalité » au droit local : à l'occasion de l'adoption de la nouvelle procédure de contrôle de conformité des lois à la Constitution (art. L.61-1), les élus alsaciens et mosellans avaient présenté un amendement tendant à « constitutionnaliser » le droit local, formulé de la manière suivante : « La République reconnaît la légitimité de la législation particulière aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin » (art. 74-2).

Cet amendement n'a pas été voté, mais n'a pas non plus rejeté. Il a été retiré en échange d'une déclaration gouvernementale affirmant que le droit local fait l'objet d'une protection constitutionnelle implicite et qu'il était partie constitutive de la tradition républicaine. Cette protection constitutionnelle serait attestée par le fait que le Conseil constitutionnel n'a jamais déclaré une seule disposition du droit local contraire à la Constitution. Par conséquent, le Gouvernement a affirmé que la nouvelle procédure d'inconstitutionnalité ne saurait constituer une menace pour le droit local.

On peut bien sûr être sceptique à l'égard de cette démonstration. Elle atteste cependant d'une reconnaissance politique incontestable, d'une sorte de présomption de légitimité constitutionnelle du droit local. En raison de cette légitimité de principe, le droit local fait partie désormais de la « légalité républicaine ».

La position particulière du droit local au regard de la Constitution vient d'ailleurs d'être confirmée par une décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2011, Société Somodia (n° 2011 – 157 QPC), qui a considérée que le maintien du droit local correspond à un « principe fondamental reconnu par les lois de la République ». Le Conseil constitutionnel a considéré que la législation républicaine a

consacré le principe selon lequel, du point de vue du droit constitutionnel, tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun, les dispositions particulières aux départements du Bas Rhin, du Haut Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur. Si cette décision n'a pas attribué rang constitutionnel au droit local, il a du moins reconnu la compatibilité de principe de celui-ci avec la Constitution.

Mais, le droit local a aussi une portée quasi constitutionnelle du fait de sa dimension symbolique.

3. Portée quasi constitutionnelle du droit local dans sa dimension symbolique

Dans l'opinion locale, le droit local a acquis une valeur emblématique de charte régionale qui, elle aussi, lui confère une dimension quasi constitutionnelle. Ce droit est devenu une expression de l'identité culturelle alsacienne et de l'ordre social et moral de la région.

Il constitue le témoignage de l'histoire troublée de la région, mais aussi de sa capacité de combiner les héritages juridiques successifs français et allemands. On n'hésite pas à utiliser à son sujet un possessif fier et affectueux : « notre droit local ». Celui-ci est ainsi perçu comme une propriété collective de l'Alsace et de la Moselle.

L'opinion locale voit aussi dans ce droit une source du pouvoir local. Cela n'est pas inexact puisque grâce au halo de mystère qui entoure toujours encore une partie des dispositions locales, seuls les experts locaux le connaissent et savent exactement en quoi il consiste. Sauf à rayer d'un coup de plume, tel ou tel aspect de ce droit local, les instances « parisiennes » qui préparent le travail législatif ou

gouvernemental, sont plus ou moins livrées aux appréciations des spécialistes locaux.

Par delà les frontières partisans, le droit local illustre aussi le thème du consensus régional et esquisse une sorte de constitution morale implicite. Les valeurs qu'exprime le droit local sont censées être à la fois le témoignage et l'instrument de ce consensus supra politique, apte à dépasser les clivages traditionnels. Le droit local est ainsi souvent compris comme le statut qui a permis de garantir la paix religieuse et civile, la protection sociale, la justice économique dans la région, ainsi qu'une gestion efficace des choses régionales.

A travers les différents aspects que l'on vient de mentionner, on peut affirmer que le droit local jouit d'un statut exceptionnel qui justifie de le qualifier de « paraconstitutionnel ». Mais en même temps, cette réalité reste masquée. Cette « quasi Constitution » est aussi une constitution clandestine.

B. Une constitution clandestine

Le droit local reste une matière mal définie que l'on a souvent essayé de camoufler. On peut dire qu'il a longtemps été nié dans sa

véritable dimension et son statut constitutionnel n'a été discuté que récemment.

1. Un droit clandestin

Pendant longtemps la position de principe a été de dire que ce droit local n'existe pas. Seul existe un aménagement provisoire destiné à disparaître au plus vite. Pendant des années, (on peut dire jusque vers les années 1970), le principe de l'unité législative n'a pas été mis en doute.

Les lois successives de 1919, 1924 et 1934 qui ont traité de manière générale de la matière du droit local n'ont fait l'objet d'aucun débat au Parlement. En particulier, les deux grandes lois de 1924 n'ont donné lieu à aucune discussion législative en séance publique.

Le droit local a été maintenu en quelque sorte « en catimini », comme une affaire sans portée, voir comme un objet dont on avait un peu honte. Il a été construit dans une grande discrétion, au moyen d'expédients souvent peu satisfaisants au plan juridique, accepté au seul bénéfice de son caractère provisoire.

Les élites juridiques alsaciennes et mosellanes des années 1920 et 1930, et même après la deuxième guerre mondiale, ne se sont elles-mêmes jamais prévalu formellement d'un système juridique local à conserver. Elles aussi, appelaient (du moins formellement) à l'établissement la plus rapide possible de « l'unité législative » et présentaient le droit local comme un « mal » transitoire et nécessaire. En réalité ces juristes locaux avaient bien envie de garder la législation particulière. Mais ils ne pouvaient pas le dire et faisaient semblant de travailler ardemment à l'introduction du droit français tout en trouvant des arguments techniques pour retarder cette évolution.

Ce n'est que dans les années 1980 que le mythe du caractère provisoire du droit local a été clairement abandonné et qu'on a reconnu celui-ci comme une dimension permanente et « officielle » de la législation française, qui appelle donc à bénéficier d'un statut.

Cela a été en grande partie le travail de l'Institut du Droit Local que d'avoir assuré la reconnaissance formelle de ce droit et permis de définir son régime juridique, car ce droit est resté longtemps sans statut constitutionnel défini.

2. Un droit resté longtemps sans statut constitutionnel défini

La position constitutionnelle du droit local, n'a pas été sérieusement analysée jusqu'à une période récente. Tous les textes et tous les commentaires d'avant-guerre sont restés entièrement muets à cet égard.

Pendant des décennies la position du droit local au regard de la Constitution est restée indéfinie, le droit local étant considéré comme une exception atypique et juridiquement inclassable, beaucoup d'auteurs laissant entendre qu'il s'agissait d'une tradition difficile à concilier avec les règles constitutionnelles traditionnelles.

C'est à partir des années 1985 que l'IDL organisera des études juridiques et des discussions sur la constitutionnalité du droit local pour prévenir d'éventuelles contestations. L'IDL a ainsi progressivement mis au point un argumentaire relatif au statut constitutionnel du droit local :

- pour établir la compatibilité avec la Constitution dans la diversité législative au plan géographique
- pour justifier la constitutionnalité du régime local des cultes, etc...

L'IDL a organisé des travaux sur l'application au droit local du concept de « principe fondamental reconnu par les lois de la République » et consacré un séminaire au recours à l'expérimentation en droit local, tel que prévue par la révision constitutionnelle de 2003.

Ce travail a trouvé un aboutissement partiel dans la décision susmentionnée du Conseil constitutionnel du 11 août 2011 qui a reconnu au maintien du droit local la portée d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR). Le droit local est sorti progressivement du statut constitutionnel indéfini dans lequel il était confiné.

Mais l'IDL a aussi montré que ce droit est un droit national d'application géographique limitée. De ce fait, le droit local ne peut être, dans sa forme actuelle, qu'un ersatz de constitution locale. C'est la seconde partie de cet exposé.

II. Un Ersatz de Constitution locale

La Constitution locale de 1911, tout insuffisante qu'elle ait paru en son temps, avait cependant institué un Parlement local et donné à celui-

ci une complète compétence législative dans les domaines non dévolus au pouvoir fédéral.

Le droit local, par contre, avec sa nature de droit national d'application géographique, reste bien en retrait sur ce modèle.

Les compétences pour conserver ou modifier le droit local restent entre les mains du législateur national et du pouvoir réglementaire national. Au fond, la nature du droit local rappelle le système juridique applicable en Alsace-Lorraine bien avant 1911, à savoir sous le régime de la loi de 1871 : dans le cadre de cette loi, le pouvoir de modifier le droit applicable en Alsace-Moselle appartenait au pouvoir central, celui-ci pouvant consulter les représentants élus du Land avant de faire usage de cette compétence.

On peut considérer que les mécanismes actuels de participation locale à l'évolution du droit régional sont encore moins favorables que le mécanisme constitué par le Landesauschuss.

Le droit local peut ainsi être qualifié de simple ersatz d'une constitution locale à un double égard.

- il a joué un rôle de substitut d'un véritable statut régional,

- il n'a pas su changer de nature pour évoluer vers une réelle législation régionale.

A. Le droit local, substitut d'un statut régional

Les territoires revenus à la France en 1918 n'ont pas obtenu de statut particulier. Pour ceux qui auraient souhaité un tel statut, l'attachement au droit local a été vécu comme un substitut, un ersatz. Cet effet de substitution est attesté par le fort attachement sentimental au droit local par la dimension emblématique qu'il a acquise.

En fait, peu d'éléments du droit local justifient intrinsèquement une telle valorisation. Bien des dispositions du droit local ont perdu de leur importance, voire de leur utilité, mais elles sont conservées parce qu'elles sont devenues un signe distinctif, une expression de la différence alsacienne-lorraine.

A certains égards, la volonté de conserver certaines règles locales, - on peut penser par exemple au droit communal local -, peut être comprise comme l'expression d'une frustration de n'avoir pas de cadre juridique plus approprié pour exprimer une aspiration vers une autonomie d'une autre dimension. On s'est parfois accroché à tel ou tel aspect du droit local comme à une illusion. Si les territoires concernés disposaient d'une vraie capacité d'exprimer leur originalité dans les

domaines qui sont d'une importance réelle, il est probable que leur population serait moins intéressée par la conservation de vestiges juridiques plus symboliques que fonctionnels.

Le droit local ne bénéficie aussi que d'un substitut de participation des instances locales à la décision nationale. Ces mécanismes de consultation restent bien insuffisants.

2. Des mécanismes de consultations qui restent insatisfaisants

Le droit local ne dispose actuellement que d'instances de gestion limitées. Il y a bien sûr l'IDL mais c'est un organisme technique d'étude et de proposition dont l'influence est surtout intellectuelle. Existente aussi des organes consultatifs qui fonctionnent peu ou pas du tout, la Commission d'harmonisation et le Conseil consultatif du droit local, dont l'efficacité est réduite et la légitimité assez faible.

Les parlementaire d'Alsace et de Moselle ont l'influence politique la plus significative sur l'évolution du droit local mais pour qu'ils soient efficaces encore faut-il qu'ils interviennent de façon suffisamment énergique et qu'ils le fassent de manière concertée.

Ces différents mécanismes de consultation et de suivi du droit local n'offrent qu'une sécurité limitée et ne comportent pas de vraie garantie constitutionnelle. Si le pouvoir législatif ou le pouvoir réglementaire le décident, ils peuvent changer tel ou tel élément du droit local. Encore récemment, le législateur a voté la disparition de la taxe locale de riverains. Cette abrogation est intervenue, certes, avec les voix des parlementaires locaux, car elle était « dissimulée » dans la Loi de Finance, mais sans que cette modification ait sérieusement été discutée et approuvée au plan régional. Assez fréquemment dans le passé, il y a eu des abrogations accidentelles en raison d'erreurs du législateur. Même sans erreur, il arrive que des dispositions du droit local disparaissent car elles sont vieilles ou dépassées par de nouvelles règles plus récentes.

En effet, il ne suffit pas que le droit local ne soit pas abrogé formellement pour qu'il survive. Encore faut-il qu'il ne devienne pas obsolète ou anachronique par défaut d'adaptation aux réalités contemporaines et par manque de modernisation.

A défaut d'un effort suffisamment prononcé dans ce sens, on constate une érosion continue du droit local qui s'étiole au fil des ans. Ainsi donc, même s'il n'est plus contesté dans son principe, même s'il ne

fait l'objet que d'abrogations consenties au plan régional, ce droit local perd progressivement sa substance. Ceci est dû au fait que le droit local n'a pas su se transformer en véritable législation régionale.

B. Le droit local n'est pas une législation régionale

Au fond, le droit local ne fonctionne pas comme un instrument juridique au service du développement d'un projet régional.

Sur le plan des matières concernées comme sur celui des autorités compétentes, il ne présente pas la dimension normative d'un vrai processus de régionalisation. De fait, actuellement le Conseil régional n'a aucune forme de participation au maintien et au développement du droit local.

Pour qu'il en soit différemment, deux évolutions seraient nécessaires : un redéploiement du droit local d'une part, son rapatriement d'autre part.

1. Le redéploiement du droit local

On a vu que certaines règles de droit local ne survivent qu'en raison de leur fonction d'ersatz d'un véritable statut d'autonomie territoriale. Il faudrait rediriger cette aspiration vers des domaines où existent des spécificités véritables à prendre en compte. Il serait ainsi possible de donner un contenu plus utile au droit local. En dehors des domaines de ce droit qui conservent toute leur importance du point de vue de la vie régionale, il serait nécessaire de pouvoir développer un « nouveau droit local ». En particulier, il y aurait lieu de recentrer le droit local sur les domaines qui ont une spécificité régionale d'ordre culturel ou social.

Les matières dans lesquelles l'Alsace-Moselle pourrait développer un droit local moderne pourraient être notamment les suivantes :

- l'organisation territoriale : le droit local pourrait comprendre une organisation propre à l'Alsace des collectivités territoriales : ce sujet est désormais sur la table ;
- la promotion de la langue régionale : il est reconnu que cette préoccupation ne pourra être bien prise en compte que si elle

est confiée aux instances régionales avec des compétences appropriées notamment au plan de l'éducation ;

- la communication audio-visuelle : le paysage audiovisuel perd de plus en plus sa dimension régionale et transfrontalière. Une partie de la redevance pourrait être affectée à une initiative publique pour un audiovisuel vraiment régional.
- la coopération transfrontalière, dans la perspective de donner un contenu juridique effectif à l'idée de « métropole du Rhin supérieur » ;
- la formation professionnelle, qui pourrait s'appuyer sur la tradition locale de l'apprentissage ;
- Etc...

2. Le rapatriement du droit local

Une autre dimension est celle de la réappropriation du droit local. Rapatrier le droit local (ce terme est emprunté à la problématique canadienne visant les transferts du pouvoir constitutionnel de Westminster à Ottawa) signifie transférer du niveau national au niveau local tout ou partie de la compétence juridique pour modifier des éléments composant ce droit.

Puisque ce droit concerne la population des trois départements de l'Est et personne d'autre, pourquoi les représentants de la population de ces trois départements ne devraient –ils pas disposer de la responsabilité juridique de modifier ce droit ? On a vu que celui-ci n'intéresse guère le législateur national, lequel s'en remet le plus souvent aux représentants élus des trois départements. Alors, pourquoi ne pas leur confier plus directement cette compétence ?

Donner une compétence normative à des instances régionales ne paraît plus si inconcevable que dans le passé. La réforme constitutionnelle de 2003 a reconnu que des collectivités territoriales peuvent avoir une compétence normative. Pour les collectivités d'outre-

mer, une telle compétence a été développée de manière significative. Alors pourquoi pas pour les collectivités d'outre-Vosges ?

Ce ne serait pas encore le fédéralisme car cette mesure pourrait prendre la forme d'une délégation législative qui conserverait au Parlement national un pouvoir de contrôle sur les domaines concernés.

Sans doute, pour aller jusqu'au bout de sa logique, une telle innovation impliquerait-elle une réforme constitutionnelle, même s'il existe aujourd'hui un article 72-2 de la Constitution qui permet de créer des collectivités à statut particulier.

Mais diverses mesures partielles seraient possibles dans le cadre du droit actuel. Il serait ainsi concevable de créer des structures régionales de gestion du droit local disposant d'un pouvoir réglementaire, comme cela a déjà été fait pour l'instance de gestion du régime local d'assurance maladie, pour l'indemnisation des dégâts des sangliers ou pour l'aménagement du repos dominical. De telles instances régionales peuvent être développées dans le domaine des cultes, de la publicité foncière, des fondations de droit local, de la chasse, de l'artisanat, etc...

Il serait possible aussi pour les parlementaires locaux de demander aux instances centrales un engagement de mettre en place un organe formel et représentatif chargé de proposer des mesures d'adaptation du droit local et un processus spécifique de mise en œuvre de ces propositions au plan national.

On objecte parfois que cette évolution qui viserait en quelque sorte à régionaliser le droit local rencontrerait un obstacle du fait que ce droit local n'est pas limité à la région Alsace , mais concerne également le département de la Moselle lequel relève d'une autre région. Mais cette difficulté n'est pas insurmontable. D'une part, comme on l'a vu, il est possible de trouver des structures spécialisées interdépartementales pour la gestion de certains aspects du droit local, comme cela a été fait pour l'informatisation du livre foncier, avec la création de l'EPELFI, établissement public théoriquement national mais en fait interdépartemental. D'autre part, beaucoup de dispositions de droit local se prêtent à un transfert de compétence au plan départemental ; d'ailleurs, certaines matières du droit local sont déjà départementalisées (la chasse, les règles du repos dominical, etc.). En donnant compétence aux départements pour gérer le droit local, on prend en compte la situation de la Moselle et on lui donne de meilleurs outils pour sauvegarder ce droit dans un cadre régional qui l'ignore. En Alsace, les départements pourraient, soit dans le cadre du projet de création du

conseil d'Alsace, soit indépendamment de lui, retransférer cette compétence au niveau de la Région Alsace. Certes l'unité initiale du droit local serait ainsi partiellement abandonnée. Mais elle déjà actuellement largement mise en cause par le fait que l'Alsace et la Moselle évoluent de manière de plus en plus séparée et distincte. Par ailleurs, rien n'interdirait une concertation entre l'Alsace et la Moselle pour que cette gestion décentralisée du droit local reste coordonnée et cohérente.

Dans ce cadre, le droit local pourrait devenir un élément constitutif important du projet de Collectivité alsacienne unique. Le statut particulier de cette collectivité constituerait lui-même un nouveau droit local et les nouvelles compétences de cette collectivité, de caractère normatif ou de caractère plus gestionnaire, pourraient concrétiser les idées de rpatriement et de redéploiement du droit local traditionnel pour en faire un droit local régénéré, apte à servir d'instrument à un projet régional d'ensemble.

Conclusion

Le droit local a été pendant des années l'une des formes les plus remarquables, existant en France, de régime juridique régional particulier, portant sur des matières de grande sensibilité politique. Mais

ce régime est resté d'un faible impact sur le degré d'autonomie des territoires concernés.

Ce contraste entre la dimension symbolique forte et la portée pratique faible du droit local justifie de parler d'un statut local plus imaginaire qu'effectif. Mais l'imagination est l'antichambre de la réalité si elle rencontre un projet politique. Tel n'a pas été le cas jusqu'à présent. Dans un contexte institutionnel nouveau, tel qu'il pourrait se dessiner aujourd'hui, avec l'idée d'un statut particulier pour la collectivité alsacienne, ce substitut de Constitution locale pourrait acquérir dans le futur, la dimension d'une véritable législation régionale.

Bibliographie générale :

Sur le sujet on peut se reporter aux fascicules 30 et 100 du Jurisclasseur Alsace-Moselle : Jean-Marie Woehrling, Perspectives sur le droit local alsacien-mosellan ; principes généraux du droit local alsacien-mosellan.

Des informations figurent également dans le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2011 : Jean-Marie Woehrling, La décision du Conseil constitutionnel sur le droit local alsacien-mosellan :

consécration ou restriction ? Les difficultés d'élaboration d'un cadre constitutionnel pour une territorialisation du droit, RFDA 2012, p. 131.

Voir aussi : Jean-Marie Woehrling, La gestion du droit local : maintien, abrogation, actualisation, in La situation du droit local alsacien-mosellan, LGDJ 1985, p. 25 .

J.-M. Woehrling, Réforme constitutionnelle, décentralisation et droit local: Rev. Droit Local n° 37, janv. 2003, p. 2.