

N° 362280, Fédération CFTC de l'agriculture

Assemblée du contentieux

Séance du 26 avril 2013

Lecture du 7 mai 2013

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Le pouvoir réglementaire peut-il édicter pour l'accès à certaines fonctions des règles incitatives ou contraignantes fondées sur le sexe des personnes en vue d'obtenir une représentation plus équilibrée des femmes et des hommes dans ses fonctions ?

Nous n'aurions pas porté devant la plus solennelle de vos formations de jugement une telle question il y a encore quelques années, tant la réponse était évidente. Vous auriez répondu, comme vous l'avez fait par votre décision de Section, 22 juin 2007, *L...*(n° 288206, p, 253)¹ que « le principe d'égalité d'accès aux emplois publics énoncé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen exclut que, pour les candidatures à des dignités, places et emplois publics autres que ceux ayant un caractère politique, une distinction puisse être faite entre les candidats en raison de leur sexe » (voyez également, pour une réaffirmation récente de ce motif : 16 mars 2011, *M...*, n° 337265, inédite).

Mais depuis est intervenue la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a introduit un second alinéa à l'article 1^{er} aux termes duquel : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* » et dont l'objet, nous allons le voir, est précisément de permettre l'adoption de telles mesures.

La question que vous conduira à trancher le présent recours est donc celle de la portée organique de ces dispositions, qui dépendra du sens que vous donnerez au mot "loi" : désigne-t-il l'acte voté par le Parlement au terme de la procédure législative ou toute norme de portée générale, quel que soit son auteur ?

¹ Par laquelle vous appliquez une interprétation neutralisante du Conseil constitutionnel de dispositions prévoyant une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes dans les jurys de concours. Voyez également l'avis d'Assemblée générale du 22 novembre 2012, n° 387140

Vous y répondrez en examinant le premier moyen du recours pour excès de pouvoir formé par la Fédération CFTC de l'agriculture (CFTC–Agri) et la Fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation, des tabacs et des services annexes Force Ouvrière (FGTA-FO) à l'encontre du I du 8° de l'article 1^{er} du décret n° 2012-838 du 29 juin 2012 relatif aux élections aux chambres d'agriculture. Cette disposition complète le deuxième alinéa de l'article R. 511-33 du code rural afin d'imposer, pour les élections aux chambres départementales, que « *chaque liste de candidats comporte au moins un candidat de chaque sexe par tranche de trois candidats* ». Les requérants soutiennent que le pouvoir réglementaire n'était pas compétent pour adopter de telles mesures que le 2nd alinéa de l'article 1er de la Constitution réserverait au législateur.

L'intérêt des syndicats requérants à demander l'annulation de ces dispositions qui limitent la liberté des organisations syndicales dans le choix de leurs candidats est d'autant moins contestable qu'elles sont depuis le même décret les seules à pouvoir présenter des listes au titre du collège salariés.

Il convient, avant d'aborder la question de la portée organique du dernier alinéa de l'article 1er de la Constitution et pour bien prendre la mesure de son enjeu, de préciser l'objet et le champ d'application de cette disposition.

Sa formulation générale ne rend pas exactement compte de son objet, qui résulte en revanche très nettement de son élaboration.

Fondée sur le postulat universaliste des droits de l'homme proclamés à la Révolution française, la tradition républicaine française a toujours conçu l'égalité comme une égalité des droits². La proclamation solennelle de l'article 1er de la Déclaration des droits et de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, selon laquelle "*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* », consolide l'abolition des privilèges décidée quelques jours plus tôt, dans la nuit du 4 août. Les individus ayant les mêmes droits doivent être traités de manière identique

² Sur ce point et plus généralement sur la problématique du principe d'égalité en droit et des discriminations positives, voir notamment D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, coll. Les voies du droit, 2010 et M. Sweeney, *Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination*, Revue de droit du travail, 2012, p. 87.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

et s'il faut faire des distinctions, car les biens qu'il s'agit de répartir sont parfois en nombre limités, elles doivent être fondées sur des considérations objectives et non sur des caractéristiques personnelles. L'article 6 de la Déclaration affirme ainsi que la loi "*doit être la même pour tous (...). Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*". L'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 exprime toujours cette conception en rappelant que la France "*assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion*".

C'est dans cette même logique que l'égalité des sexes fut proclamée. Le 3ème alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose ainsi que "*La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme*". Elle fait obstacle à ce que la règle juridique établisse des conditions d'accès aux fonctions fondées sur le sexe, sauf à ce qu'elles soient strictement justifiées par la nature ou les conditions d'exercice de ces fonctions (Ass, 6 janvier 1956, *Syn nat autonome du cadre d'administration générale des colonies et sieur Montlivet*, p. 4 ; 11 mai 1998, *Melle A...*, n° 185049, aux T). De même, s'agissant de la répartition des droits, le Conseil constitutionnel a rappelé « que l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents », tout en permettant que des avantages de retraite soient réservés aux femmes pour tenir compte de différences de situation de fait dans le déroulement de leur carrière (2003-483 DC du 14 août 2003, Loi portant réforme des retraites, cons. 24-25)³.

Ainsi conçu, le principe d'égalité a pour fonction de garantir que la norme juridique ne s'écartera de l'idéal du traitement identique que dans la mesure de ce qui est justifié, raison pour laquelle il ne peut être invoqué qu'à l'encontre de l'acte qui a pour objet⁴ ou pour effet⁵ de traiter différemment les situations qu'il concerne. Les considérations générales que le Conseil d'Etat a consacrées en 1996 au principe d'égalité soulignent que « l'universalité de la règle épuise l'égalité ». Dans sa dimension personnelle, ce principe est porteur d'une interdiction d'établir des distinctions fondées sur certains critères propres à chacun, tels que l'origine, la race, la religion ou, dans une moindre mesure puisque des dérogations sont

³ Il s'agissait de compenser des inégalités de fait « normalement appelées à disparaître » et tenant à ce qu'elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants.

⁴ CE, 22 mars 1950, *Sté des ciments français*; CE, 17 janvier 1990, *Assoc des centres distributeurs E. Leclerc* ; CE, 22 novembre 1999, *R...*

⁵ CE, 10 juillet 1995, *C...*, n°147212, p. 293 ; CE Section, 30 décembre 2010, *Ministre du logement et de la ville*, n° 308067

possibles, le sexe, interdiction qui constitue un droit pour les individus de n'être pas traités en fonction de ces considérations.

Ce principe d'égalité en droit a permis que soient progressivement⁶ levés les obstacles juridiques qui empêchaient les femmes de bénéficier des mêmes droits et d'accéder aux mêmes fonctions que les hommes.

Toutefois si, comme le souligne le Rapport du comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution⁷ présidé par Mme Simone Veil, l'égalité en droit des femmes et des hommes est aujourd'hui "parvenue quasiment au terme de son processus", le combat "pour traduire cette égalité de droit en égalité de fait n'est pas encore achevé".

Le constat que la neutralité de la norme quant au sexe de ses destinataires ne suffit pas, ou du moins pas assez rapidement, à assurer une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans tous les domaines, et notamment dans l'exercice des responsabilités politiques, sociales et professionnelles, est d'autant plus facilement partagé qu'il suffit le plus souvent de regarder autour de soi pour s'en convaincre. Il est à l'origine de la volonté des pouvoirs normatifs d'utiliser la règle de droit pour accélérer une évolution qu'elle n'était jusqu'à présent tenue que de ne pas freiner et de prendre des mesures destinées à favoriser l'accès à ces fonctions des personnes du sexe qui s'y trouvent actuellement sous-représentées. Lorsque ces mesures sont fondées sur le sexe des personnes, qu'elles soient contraignantes - comme dans la technique du quota - ou incitatives, par exemple en subordonnant l'octroi d'un avantage à la réalisation d'une condition reposant sur un tel critère, elles se heurtent au principe d'égalité en droit qui, comme nous l'avons vu, implique la suppression dans la norme de tous les marqueurs du genre⁸. Le 2nd alinéa de l'article 1er de la Constitution est le produit de ce conflit entre l'affirmation constitutionnelle de l'égalité en droit et la volonté de réaliser l'égalité par le droit.

C'est assez tôt et dans le champ politique que le législateur a d'abord tenté de promouvoir une plus grande représentation des femmes en interdisant aux listes présentées en vue des élections municipales de comporter plus de 75 % de personnes du même sexe. L'objectif était encore loin de la parité, mais vous savez que le principe même d'une règle

⁶ Et on sait que la progression a été lente, puisque les femmes n'ont acquis les mêmes droits civiques que les hommes qu'en 1944, que ce n'est que dans les années 1970-1980 qu'elles ont acquis les mêmes droits civils que les hommes et qu'elles ne se sont vues reconnaître une égalité professionnelle avec les hommes qu'en 1983.

⁷ Redécouvrir le Préambule de la Constitution, décembre 2008, La documentation française.

⁸ L'expression est de D. Lochak, Op. cit., p. 94.

fondée sur le sexe des personnes fut jugé contraire à la Constitution. Se fondant à la fois sur l'article 6 de la DDHC qui exclut la prise en compte pour l'accès aux « dignités, places et emplois publics » de tout autre critère que les capacités, vertus et talents, et sur les principes d'égalité du suffrage et d'indivisibilité du corps électoral posés par l'article 3 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a censuré cette mesure par une décision célèbre du 18 novembre 1982 (146 DC, p. 66). Il a réaffirmé l'inconstitutionnalité de distinctions entre électeurs ou éligibles en raison de leur sexe par une décision du 14 janvier 1999 (407 DC, p. 21).

Une première révision constitutionnelle a donc été nécessaire pour permettre de lever ces obstacles constitutionnels en matière électorale. La loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes a ajouté à l'article 3 de la Constitution un alinéa aux termes duquel « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* ».

Un peu moins d'un an plus tard, saisi d'une loi imposant une stricte parité des candidats hommes et femmes dans la composition des listes aux élections locales et européennes, le Conseil constitutionnel a explicité en ces termes la portée de cette révision constitutionnelle : « il ressort des dispositions du cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution, éclairées par les travaux préparatoires de la loi constitutionnelle susvisée du 8 juillet 1999, que le constituant a entendu permettre au législateur d'instaurer tout dispositif tendant à rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ; qu'à cette fin, il est désormais loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant ; qu'il lui appartient toutefois d'assurer la conciliation entre les nouvelles dispositions constitutionnelles et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle auxquels le pouvoir constituant n'a pas entendu déroger » (2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, cons. 6 à 8).

Il a en revanche maintenu les principes qu'il avait dégagés de l'article 6 de la DDHC hors du champ du nouvel alinéa de l'article 3, qui ne couvrait que les élections à des mandats et fonctions politiques : il a ainsi jugé contraires à la Constitution les dispositions de la loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature qui introduisaient une distinction selon le sexe dans la composition des listes de candidats aux élections à ce Conseil (2001-445 DC du 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des*

magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, cons. 56-58), ainsi que celles de la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes qui imposaient le respect de proportions déterminées de femmes et d'hommes au sein des organes de direction des sociétés privées et des entreprises du secteur public, de leurs organes représentatifs du personnel, ainsi que dans les listes de candidats aux conseils de prud'hommes et aux organismes paritaires de la fonction publique (2006-533 DC du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*). Le Conseil souligne dans cette dernière décision que « si la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus, elle ne saurait, sans les méconnaître, faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune ; que, dès lors, la Constitution ne permet pas que la composition des organes dirigeants ou consultatifs des personnes morales de droit public ou privé soit régie par des règles contraignantes fondées sur le sexe des personnes » (cons. 15).

Une seconde révision constitutionnelle était donc nécessaire pour étendre aux responsabilités sociales et professionnelles la faculté ouverte en 1999 dans le champ politique, ce que fit l'article 1er de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République qui ajouta aux mandats électoraux et aux fonctions électives les « *responsabilités professionnelles et sociales* » et plaça cette disposition, qui ne concernait désormais plus seulement l'exercice de la souveraineté, à l'article 1^{er} de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a pris acte de cet élargissement des possibilités d'instaurer des conditions d'accès à certaines fonctions fondées sur le sexe des personnes en jugeant que, sur le fondement de ces dispositions, « il était loisible au législateur d'adopter des dispositions ayant pour objet de favoriser la parité au sein du Haut Conseil des finances publiques » (2012-658 DC du 13 décembre 2012, *loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*, cons. 43).

Plusieurs Etat européens⁹ se sont dotés de dispositifs similaires, que l'Union européenne, initialement réticente, a fini par admettre par une formulation qui fait nettement

⁹ Ainsi, par exemple, le deuxième alinéa de l'article 3 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne allemande prévoit, en des termes assez proches de ceux de la Constitution française, que "*Hommes et femmes sont égaux en droits. L'Etat promeut la réalisation effective de l'égalité en droits des femmes et des hommes et agit en vue de l'élimination des désavantages existants*".

apparaître la logique dérogatoire de ces mesures au principe d'égalité de traitement et leur assignation à un objectif de réalisation de l'égalité effective : l'article 141 du Traité sur la communauté européenne, devenu l'article 157 4° du Traité sur l'Union européenne, dans sa rédaction issue du Traité de Nice, dispose ainsi que : *"Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle"*.

L'objet du 2nd alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution est donc clair : En disposant que *"La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales"*, il permet de déroger¹⁰ au principe d'égalité d'accès aux fonctions électives ou nominatives en adoptant des mesures incitatives ou contraignantes fondées sur le sexe des personnes, dans le but d'obtenir une représentation équilibrée des deux sexes dans l'exercice de ces fonctions.

Le champ d'application de ces mesures n'est pas précisément défini par le 2nd alinéa de l'article 1^{er}. S'il est aisé d'identifier les *"mandats électoraux et fonctions électives"*, les contours de la notion de *"responsabilités sociales et professionnelles"* sont beaucoup plus flous.

Les travaux préparatoires ne l'éclairent pas. La formule semble avoir été choisie pour recouvrir le champ le plus large possible. Elle figurait dans le projet de loi constitutionnelle de 1999 initialement conçu par le gouvernement, qui visait les responsabilités politiques, professionnelles et sociales, ces deux dernières ayant finalement été supprimées au motif que le Conseil constitutionnel ne s'opposerait probablement pas à ce que de telles mesures soient

De même, la Constitution espagnole de 1978 affirme à la fois l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction notamment de sexe (art 14) et l'obligation des pouvoirs publics d'agir pour créer les conditions d'une égalité réelle et effective des individus (art 9), ce dont le Tribunal constitutionnel a déduit que le constituant "avait complété l'aspect négatif de l'interdiction des mesures discriminatoires par un aspect positif permettant de favoriser l'égalité réelle" (STC 12/2008 du 29 janvier 2008).

Nous pouvons encore citer l'article 16 de la constitution suédoise, résultant d'une loi de 1976 : *"A moins de constituer une contribution aux efforts visant à réaliser l'égalité entre hommes et femmes ou de concerner les obligations militaires ou un service public obligatoire correspondant, aucune disposition légale ou réglementaire ne peut impliquer qu'un citoyen quelconque se trouve défavorisé en raison de son sexe"*.

¹⁰ Le verbe est employé par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 30 mai 2000, cons. 6.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

prises dans ces matières¹¹. Nous avons vu que tel n'avait pas été le cas et le constituant de 2008 a entendu compléter le dispositif en l'étendant aux fonctions non électives, afin de pouvoir accélérer l'accession des femmes là où elles étaient sous-représentées, c'est à dire, d'une part, au titre des responsabilités professionnelles, essentiellement aux postes de direction, de décision et d'encadrement, d'autre part, au titre des responsabilités sociales, au sein des organes dirigeants et représentatifs des personnes morales, ainsi qu'au sein de la plupart des organismes consultatifs.

Si la question de la compétence du pouvoir réglementaire pour prendre sur le fondement du 2nd alinéa de l'article 1^{er} les mesures qu'il autorise ne recouvre pas complètement le champ des responsabilités sociales et professionnelles, elle concerne un vaste pan du secteur public.

En effet, il nous semble qu'en raison tant de l'importance de ces mesures que de leur caractère dérogatoire au principe constitutionnel d'égalité devant la loi, elles font nécessairement partie des règles et principes fondamentaux qu'il appartient au législateur seul de déterminer dans les matières visées à l'article 34 de la Constitution.

Ce sont donc dans les matières qui relèvent intégralement de la compétence du pouvoir réglementaire que la question est susceptible de se poser. Or si le champ du pouvoir réglementaire autonome est dans l'absolu assez restreint, compte tenu de l'étendue des matières visées par l'article 34, il comprend, en application de l'article 37 de la Constitution ou au titre du pouvoir général d'organisation administrative des services résultant de votre jurisprudence *Jamart*, la réglementation d'un nombre potentiellement important de responsabilités sociales et professionnelles¹² relevant de l'Etat ou des collectivités territoriales. Sans être exhaustifs, nous pouvons évoquer la composition d'organes consultatifs, qui relèvent de la compétence du pouvoir réglementaire dès lors qu'ils n'interviennent pas dans le domaine de la loi (CC, 99-184 L du 18 mars 1999¹³), le

¹¹ Au motif que le Conseil constitutionnel n'avait pas excipé de l'inconstitutionnalité des stipulations de l'article 141 du traité d'Amsterdam autorisant les Etats membres à « *maintenir ou adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle* » (voir Décision n°97-394 du 31 décembre 1997).

¹² Nous excluons les matières relevant du pouvoir réglementaire autonome de l'Etat qui ne sont pas concernées par ces responsabilités, telles que la détermination des règles des procédures contentieuses civile et administrative, ainsi que l'exercice du pouvoir général de police issu de la jurisprudence *Labonne*.

¹³ *Loi relative à la nature juridique des dispositions du huitième alinéa de l'article 2 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement*

recrutement d'agents publics, à l'exception des règles concernant les fonctionnaires civils et militaires de l'Etat, que l'article 34 réserve à la loi, la composition de jurys de concours, l'organisation de certains services publics ne relevant pas du domaine de la loi, telles que les fédérations sportives¹⁴, ou encore la création et à l'organisation des établissements publics, lorsqu'ils appartiennent à une catégorie existante. Il nous semble important de garder à l'esprit l'étendue de la compétence du pouvoir réglementaire et la diversité de ses titulaires, au moment de décider si la Constitution les habilite à poser pour l'accès aux fonctions qui relèvent de leur champ de compétence des conditions fondées sur le sexe des personnes.

Les chambres d'agriculture ressortissent de ce vaste domaine. Elles constituent, aux termes de l'article L. 510-1 du code rural et de la pêche maritime, des établissements publics de l'Etat chargés de représenter les intérêts de l'agriculture auprès des pouvoirs publics et des collectivités territoriales. Elles sont composées d'élus représentant l'activité agricole, les groupements professionnels agricoles et les propriétaires forestiers. Le réseau des chambres d'agriculture se compose de chambres départementales et interdépartementales (90), régionales (20) et d'une Assemblée permanente. Les membres des chambres d'agriculture sont élus pour 6 ans, au scrutin de liste, par collèges représentatifs des différents intérêts du monde agricole et il n'est pas douteux qu'ils exercent à ce titre des responsabilités sociales.

Les chambres d'agriculture relèvent d'une catégorie existante, les établissements publics consulaires et les élections qui concourent à la désignation de leurs membres ne sont pas des élections politiques, de sorte que le pouvoir réglementaire est compétent pour adopter les règles les concernant (25 février 1981, S..., n° 22016, p. 105).

La question de sa compétence ne se pose donc ici qu'en raison du contenu de la disposition litigieuse. Dans votre décision précitée S... (n° 22016), vous aviez retenu la compétence du pouvoir réglementaire pour fixer une limite d'âge pour l'élection à la présidence des chambres d'agriculture après avoir notamment relevé qu'une telle disposition "n'avait ni pour objet ni pour effet de porter atteinte ... au principe d'égalité des citoyens au regard de l'égal accès aux fonctions publiques". En l'espèce, la disposition contestée, qui constitue une mesure contraignante fondée sur le sexe des candidats, est a priori contraire au principe d'égalité devant la loi tel qu'il résulte de l'article 6 de la DDHC et ne pourrait être

¹⁴ A propos desquelles un décret du 7 janvier 2004, également en litige devant vous sur ce point, a déjà prévu que "la représentation des femmes est garantie au sein de la ou des instances dirigeantes en leur attribuant un nombre de sièges en proportion du nombre de licenciées éligibles"

légalement adoptée que sur le fondement du 2nd alinéa de l'article 1er de la Constitution puisque, comme nous l'avons dit, votre jurisprudence sur ce point est en parfaite harmonie avec celle de votre voisin de la rue Montpensier.

Or cet article fait expressément référence à la loi, terme qui, en droit constitutionnel et particulièrement dans la Constitution du 4 octobre 1958, revêt en principe un sens formel ou organique.

En droit constitutionnel, la loi est l'acte voté par les représentants du peuple ou, plus rarement, directement par ce dernier. Le critère organique qui définit la loi dans la tradition constitutionnelle française découle de l'article 6 de la DDHC aux termes duquel *"la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation"*. En conséquence, la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit que « *le Parlement vote la loi* » (art 24), sauf lorsqu'elle est adoptée par référendum (art 11). Cette définition organique de la loi pourrait être vérifiée dans la plupart des démocraties représentatives.

Il est vrai que le mot loi désigne aussi, dans une acception plus commune, toute règle générale impérative. Tel est le sens qui lui est donné lorsqu'il est employé dans des textes, tels que les déclarations internationales de droits, qui, parce qu'ils n'ont pas été conçus dans le cadre de dispositifs particuliers d'organisation des pouvoirs, ne sauraient être interprétés comme opérant une répartition des compétences entre eux. Le terme de loi n'a alors qu'une acception matérielle et doit s'entendre, comme vous l'avez rappelé à plusieurs reprises à propos de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « des conditions prévues par des textes généraux pris en conformité avec les dispositions constitutionnelles » (Ass, 8 avril 1987, *Ministre de l'intérieur c/ P...*, n° 55895, repris par 9 juin 1999, *Melles B...*, n° 191036 ; 8 déc 2000, *R...*, n° 208583 au rec).

Mais il en va différemment lorsqu'il figure dans un texte constitutionnel ayant également pour objet d'organiser les rapports entre les institutions de l'Etat. A cet égard, si toutes les composantes du bloc de constitutionnalité ont la même valeur¹⁵, toutes leurs dispositions n'ont pas la même portée.

¹⁵ Georges Vedel : les dispositions de la Déclaration des droits de 1789 « sont égales à celles du Préambule de 1946 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; elles sont égales à celles de toutes les dispositions du reste de la Constitution ». *La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc*

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Bien que la plupart des références à la loi dans la DDHC impliquaient certainement dans l'esprit de ses auteurs une compétence de la représentation nationale, comme garantie des droits qu'elle pouvait limiter, vous savez qu'elles ne fondent pas, à elles-seules, de compétence législative. Si les acceptions matérielle et formelle du terme coïncident dans certains cas, c'est parce que la matière était législative en vertu de la tradition républicaine¹⁶, avant 1958 et l'est demeurée après en application notamment de l'article 34 de la Constitution. Votre jurisprudence comme celle du Conseil constitutionnel relatives au principe de légalité des peines, qui combine les articles 7 et 8 de la DDHC et l'article 34 de la Constitution pour reconnaître au pouvoir réglementaire une compétence pour fixer les règles concernant les contraventions en est un des exemples les plus connus¹⁷.

En revanche, dans les textes constitutionnels plus récents, la loi est presque toujours entendue dans son acception formelle ou organique. Tel est le cas de la Constitution de 1946, y compris de son Préambule dont le 7^{ème} alinéa, aux termes duquel *"le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent"*, renvoie en principe au législateur le soin de concilier l'exercice de ce droit avec la sauvegarde des intérêts généraux auquel il peut être de nature à porter atteinte (79-105 DC du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, p. 33; 2007-556 DC du 16 août 2007, *Service minimum* ainsi que votre jurisprudence *Dehaene*).

La référence à la loi prend une signification particulière dans les articles de la Constitution du 4 octobre 1958 ainsi que dans les dispositions ajoutées après son adoption, du fait que la Constitution ne se borne pas à définir la loi comme l'acte voté par le Parlement, mais s'attache à délimiter les champs de compétence respectifs des pouvoirs législatif et exécutif, réservant à la loi¹⁸ un certain nombre de compétences dont elle ne peut se décharger sur le pouvoir réglementaire en dehors de la procédure particulière d'habilitation de l'article 38. Dans un tel contexte, l'emploi du mot loi nous semble devoir être, encore plus fortement

de constitutionnalité », Colloque du bicentenaire : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, mai 1989, PUF, p. 54.

¹⁶ Avis du CE du 6 février 1953, indiquant, à propos de l'article 13 de la Constitution de 1946, que la compétence du législateur ne pouvait résulter que « des dispositions de la Constitution » ou de « la tradition constitutionnelle républicaine ». Publié par la RDP 1953, p. 170 et par M. Duverger, *Constitutions et documents politiques*, Thémis, PUF, p. 256.

¹⁷ 63-22 L du 19 février 1963 ; CE Sect, 12 février 1960, *Sté Eky*, p. 101.

¹⁸ Faisant apparaître la notion d'incompétence négative du législateur, qui ne s'applique logiquement qu'aux lois votées après à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 (CC, 2010-28 QPC du 17 sept 2010, *Association sportive FC Metz*).

que sous l'empire des constitutions précédentes, présumé comporter une réserve de compétence au profit du législateur.

Nous parlons de présomption car la Constitution comporte deux occurrences du mot loi dépourvues de toute connotation organique. Nous reviendrons sur l'article 1^{er} de la Constitution qui affirme « *l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». La seconde figure à l'article 72 qui définit le rôle du représentant de l'Etat comme ayant « *la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* ». Nous pouvons d'emblée exclure toute analogie avec cette dernière disposition, qui n'a pas le même champ d'application et surtout qui ne place pas la loi en sujet de l'action, contrairement au 2nd alinéa de l'article 1^{er}. A notre connaissance, il n'existe pas d'autres dispositions dans lesquelles le mot loi aurait un sens exclusivement matériel.

Alors même qu'il ne s'agit pas d'un article de la Constitution mais d'un texte de son préambule, le Conseil constitutionnel a déduit des « **termes mêmes** » de l'article 7 de la Charte de l'environnement qui dispose que « *toute personne à droit, dans les conditions et limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement* » qu'il n'appartient qu'au législateur de préciser ces conditions et limites (2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux OGM*, cons. 48-49). La même décision relève par ailleurs que l'article 5 de la Charte, aux termes duquel « *... les autorités publiques veillent, par l'application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* » "s'impose aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif" (cons. 18). La comparaison de ces différentes dispositions du même texte montre que le constituant sait identifier les pouvoirs auxquels il s'adresse et que le Conseil constitutionnel tire toutes les conséquences des termes qu'il a employés.

La Cour de cassation a récemment adopté la même conception formelle du terme loi figurant à l'article 432-1 du code pénal, qui réprime « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire obstacle à l'exécution d'une loi* ». Elle a jugé, pour refuser de transmettre une

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

question prioritaire de constitutionnalité fondée sur l'imprécision du terme, qu'il résultait du texte même de cet article qu'il ne réprimait que la prise de mesures destinées à faire échec à l'application de dispositions législatives (Crim, 4 sept 2012, n° 12-80.081, QPC, F-P+B, Dt pénal, nov 2012, comm. n° 140).

Cette lecture est certes stricte, comme doit l'être toute interprétation d'une incrimination pénale. Mais l'interprétation à laquelle vous devez vous livrer doit également faire preuve d'une certaine rigueur, s'agissant d'une disposition dérogatoire au principe général d'égalité devant la loi. Toute la jurisprudence du Conseil constitutionnel que nous avons citée en témoigne.

Il nous semble donc que, sous réserve que le contexte dans lequel il est employé indique clairement un autre sens, ce qui est exceptionnel, le mot loi désigne, dans la Constitution du 4 octobre 1958, l'acte voté par le Parlement ou adopté par référendum.

Vous avez d'ailleurs spontanément adopté cette lecture du dernier alinéa de l'article 1er lorsque vous avez indiqué incidemment, dans votre décision précitée *M...* (16 mars 2011, n° 337265), que la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 "ouvre **au législateur** la possibilité de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes « aux responsabilités professionnelles et sociales »".

Dès lors que la lettre de la disposition dont il s'agit de déterminer le sens est claire, qu'elle désigne la loi et que la loi est dans la Constitution de 1958 l'acte voté par le Parlement, faut-il s'interroger davantage sur sa portée ?

Le président Genevois¹⁹ rappelait, à propos de l'interprétation de la loi par le Conseil d'Etat, que "dans la tradition juridique française, qui est fortement imprégnée par le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, il n'y a matière à interprétation d'un texte que si celui-ci n'est pas clair". Il citait le cours du président Odent qui indiquait également que : "Lorsqu'un texte est clair ... le juge administratif ne se livre à aucune fantaisie interprétative; il applique strictement ce texte sans tenir compte ni des travaux préparatoires, ni de l'objectif du législateur". Nous ne croyons pas nécessaire de développer davantage une ligne de conduite aussi ancienne que constante.

¹⁹ B. Genevois, Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi, RFDA 2002, p, 877.

Toute interprétation est une recherche de l'intention de l'auteur du texte. S'il est réputé faire un usage précis de la langue, ce qui confère un poids particulier aux termes qu'il a employés, il n'est pas possible de faire abstraction des autres indices qui pourraient conduire à retenir un sens différent, notamment lorsque, comme en l'espèce, le terme est polysémique, y compris dans la Constitution qui offre quelques rares exemples d'emploi exclusivement matériel du terme loi. Ces indices peuvent tenir à la place de la disposition à interpréter dans la Constitution ou à sa rédaction. Ils peuvent aussi résulter directement d'une intention clairement exprimée du constituant lors de l'élaboration du texte.

Le Conseil constitutionnel a ainsi fait référence, dans sa décision précitée 2000-429 DC du 30 mai 2000, aux travaux préparatoires de la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 pour interpréter ce qui était alors le cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution et dont la lettre était pourtant déjà parfaitement claire.

Cette vérification complète de tous les éléments qui participent de l'interprétation d'un texte nous paraît d'autant plus nécessaire que vous êtes les premiers à prendre position sur le sens de ces dispositions, ce qui vous laisse une plus grande marge de manœuvre que lorsque vous vous êtes livrés au même exercice à propos de l'article 7 de la Charte de l'environnement, sur lequel le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé.

Commençons par le texte, en élargissant progressivement la focale afin de vérifier si la portée organique qui résulte a priori de l'emploi du mot loi n'est pas contredite par les autres termes de cette disposition, par sa place à l'article 1^{er} ou par sa combinaison avec d'autres dispositions de la Constitution, notamment à l'article 34, qui définit le champ de compétence du législateur.

Une première interrogation quant à la portée organique du 2nd alinéa de l'article 1^{er} pourrait naître de l'emploi du verbe « favoriser » dont le sens très permissif pourrait vous inciter à ne voir dans cette disposition que l'affirmation d'un objectif de représentation plus équilibrée des femmes et des hommes vers lequel il reviendrait à tous les pouvoirs publics de tendre. La Constitution recourt en effet à des termes plus prescriptifs lorsqu'elle entend réserver à la loi la réglementation de telle ou telle matière. L'article 34 précise que "la loi fixe les règles" et "détermine les principes fondamentaux". Les autres articles de la Constitution mentionnant la loi indiquent qu'elle détermine, fixe ou prévoit des conditions (art 3, 4, 51-2,

66; 69; à plusieurs reprises dans le titre XII relatifs aux collectivités territoriales, ainsi que dans la Charte de l'environnement, notamment à son article 7), garantit (art 4); autorise (art 72) ou encore décide (art 72-1; 73).

Toutefois, la genèse de cette disposition a clairement montré que le constituant avait moins entendu proclamer un objectif de parité, déjà contenu dans l'égalité des droits proclamés par le Préambule de 1946, que de rendre possible une action positive pour le réaliser, tout en laissant une liberté quant aux choix des mesures, incitatives ou contraignantes, qui permettrait d'y parvenir²⁰. Une telle disposition n'est donc en rien assimilable à un objectif de valeur constitutionnelle tel que celui visant à ce que toute personne puisse disposer d'un logement décent²¹ dont vous avez jugé qu'il appartenait à tous les pouvoirs publics d'assurer le respect (7 avril 2010, *Société Infobail* n° 309546, aux T.).

Les travaux préparatoires de la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 confirment que le verbe favoriser a été préféré à la rédaction plus habituelle "la loi détermine les conditions dans lesquelles est organisé l'égal accès des femmes et des hommes (...)", qui figurait dans le projet de loi, ainsi qu'aux verbes « établit », « assure » ou « garantit », afin, comme le souligne le rapporteur du projet devant l'Assemblée Nationale, « de laisser au Parlement le pouvoir d'apprécier, au cas par cas, les mesures les plus susceptibles d'établir une égalité réelle des femmes et des hommes dans la vie publique »²².

Vous pourriez ensuite être tentés par une interprétation homogène du terme de loi dans les dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité, d'autant qu'elles figurent toutes dans le Préambule et à l'article 1^{er}, lequel est souvent décrit, selon l'expression de René Cassin²³, comme un « préambule prolongé », qui accueille les développements actuels de principes énoncés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et dans le Préambule de la Constitution de 1946, afin de ne pas toucher à leur intégrité. Le mot loi employé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, au 1^{er} alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution et au 3^{ème} alinéa du Préambule de 1946 ayant une portée exclusivement matérielle, il devrait avoir le même sens au 2nd alinéa de l'article 1^{er}.

²⁰ Intervention de Mme Guigou, Garde des Sceaux, devant l'Assemblée Nationale, le 10 mars 1999.

²¹ Les 10 et 11ème alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 : CC n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, loi relative à la diversité de l'habitat Rec. p. 176 ; CC n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions Rec. p. 276

²² Rapport précité, p. 34.

²³ R. Cassin, l'écriture de la Constitution, p. 484.

Une telle analyse méconnaîtrait cependant la différence essentielle entre les dispositions consacrant un principe d'égalité « devant la loi » et celles qui permettent d'y déroger.

En effet, dans l'affirmation traditionnelle de l'égalité « devant la loi », ainsi que cela résulte d'ailleurs explicitement de sa formulation, la « loi » est envisagée comme l'acte auquel s'impose une identité de principe qu'elle doit a priori respecter. La formulation de l'alinéa 3 du Préambule de 1946 place certes la loi en sujet, mais afin de consacrer un droit des femmes à bénéficier des mêmes droits que les hommes, c'est-à-dire à ne pas faire l'objet d'une différence de traitement en raison de leur sexe, ce qui revient encore à interdire à la norme un certain contenu. Dans ce contexte, la loi a évidemment une portée exclusivement matérielle car il serait absurde de réserver au législateur le respect du principe selon lequel les personnes ne doivent pas être traitées en fonction de leur sexe, ce qui aurait pour conséquence de lui reconnaître une compétence pour décider de toute répartition des droits.

A l'inverse, l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la Constitution ne proclame aucun droit, mais confère à un pouvoir normatif une faculté d'opérer des différences de traitement pour réaliser une égalité réelle. Il n'est donc pas possible de déduire du fait qu'il permet de déroger à un principe d'égalité qui s'impose à tous les pouvoirs normatifs dans l'exercice de leurs compétences respectives que cette dérogation pourrait être mise en œuvre par tous ceux auxquels le principe s'impose. Un tel raisonnement, qui est envisageable dans le cadre d'une détermination des champs de compétence par matière, ne l'est plus lorsque la disposition à interpréter ouvre une faculté que le constituant a pu vouloir réserver au législateur.

La syntaxe même de l'article 1^{er} souligne que le mot loi ne peut avoir le même sens dans chacun des deux alinéas : la France est le sujet des phrases de l'alinéa 1^{er} : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée* ». A l'alinéa suivant, la loi devient le sujet : « *la loi favorise l'égal accès...* ». Une formulation organiquement neutre aurait été parfaitement possible, ne serait-ce qu'en conservant le sujet de l'alinéa premier : « *Elle favorise...* ».

Vous pourriez enfin hésiter à conférer au 2nd alinéa de l'article 1^{er} une portée organique au motif que cette disposition ne trouve aucun écho à l'article 34, qui a précisément pour objet de répartir les compétences entre les pouvoirs exécutif et législatif.

Vous savez toutefois que l'article 34 n'a jamais été regardé comme épuisant la compétence du législateur. Le Conseil constitutionnel a très tôt affirmé que celle-ci était « déterminée non seulement par l'article 34 mais aussi par d'autres dispositions de la Constitution, notamment les articles 72 et 74 » (65-342 DC du 2 juillet 1965), position qu'il a confirmée à propos de la Charte de l'environnement en rappelant dans sa décision précitée du 19 juin 2008 *relative à la loi sur les OGM*, qu'il « incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui a confié la Constitution et, en particulier, son article 34 » (cons. 25). Il n'a d'ailleurs fondé la compétence générale du législateur pour déterminer les conditions et limites du droit d'accès aux informations environnementales que sur l'article 7 de la Charte (cons. 49), ne faisant référence à l'article 34 que pour la préciser dans le cas particulier où le législateur est également tenu, dans l'exercice de cette compétence, de garantir le respect de secrets protégés (cons. 57).

De fait, nombreux sont les articles de la Constitution qui disposent que la loi détermine, fixe ou prévoit des conditions (art 3, 4, 51-2, 66; 69; à plusieurs reprises dans le titre XII relatifs aux collectivités territoriales), garantit (art 4), autorise (art 72) ou décide (art 72-1; 73). La Charte de l'environnement prévoit également que les droits et devoirs qu'elle proclame s'exercent "dans les conditions définies par la loi" (art 3, 4, 7).

Il est vrai que les matières faisant l'objet de ces articles figurent également à l'article 34 parmi celles dont la loi fixe les règles ou détermine les principes fondamentaux, à l'exception très particulière de l'article 76 relatif à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa, qui ne comporte probablement pas que des mesures relevant du domaine de la loi.

Ainsi, la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 qui a introduit dans la Constitution la Charte de l'environnement dont certains articles réservent au législateur la détermination de règles qui peuvent être précises, a aussi ajouté à l'article 34 la préservation de l'environnement parmi les principes fondamentaux que la loi détermine. Et si le Conseil constitutionnel n'en a pas explicitement²⁴ tenu compte, vous avez pris soin, pour confirmer par votre décision *Cne d'Annecy* du 3 octobre 2008 (Ass, n° 297931, p. 322) la compétence exclusive du législateur pour prendre les mesures prévues à l'article 7 de la Charte, de citer aussi l'article 34 de la Constitution.

²⁴ Il y a probablement pensé, si l'on en croit le commentaire particulièrement autorisé de l'un de ses membres : R. Denoix de Saint-Marc, *Le Conseil constitutionnel et la Charte de l'environnement*, Environnement, n° 12, déc. 2012, dossier 24.

Le constituant a suivi une démarche similaire par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a ajouté à l'article 34 les règles concernant « *la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias* » en même temps qu'elle inscrivait à l'article 4 que « *la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation* ».

Les renvois à la loi hors de l'article 34 viendraient ainsi préciser ou souligner les compétences que cet article attribue au législateur de manière plus générale et ceux qui ne trouveraient pas d'écho à l'article 34 ne pourraient être lus comme réservant une compétence au législateur.

Malgré leur force, ces arguments ne nous convainquent pas entièrement.

En premier lieu, il ne ressort ni de votre jurisprudence, ni de celle du Conseil constitutionnel, qui a même, par les décisions que nous avons citées, expressément affirmé le contraire, que la compétence du législateur serait subordonnée à la mention de la matière concernée à l'article 34.

En second lieu, et plus profondément, ces arguments reposent sur une application des dispositifs de répartition des compétences par matières qui sont ceux de l'article 34 et des autres articles que nous avons cités à une disposition qui ne concerne pas une matière en particulier, mais une modalité d'application d'un principe, le principe d'égal accès, qui s'applique en toutes matières.

Or ne raisonner pour déterminer la compétence du législateur qu'en termes de matières apparaît doublement réducteur : d'une part, cela aboutit à priver le constituant de la possibilité d'introduire d'autres critères de compétence, relatifs notamment au contenu de la norme et nous ne voyons pas quel principe supérieur pourrait l'en empêcher.

D'autre part, si la Constitution de la Vème République a certainement innové en énumérant de manière limitative les matières dans lesquelles le législateur pouvait seul édicter les règles et principes fondamentaux, force est de constater, comme le fait l'immense majorité des auteurs²⁵, que cette innovation est essentiellement formelle et que le véritable apport de la Constitution réside moins dans une répartition horizontale des compétences matérielles que

²⁵ Voir notamment, sur ce point, *Le domaine de la loi et du règlement*, Actes du colloque d'Aix-en-Pce, Economica, 1981. J. Trémeau, *La réserve de loi, compétence législative et Constitution*, Economica, 1997, particulièrement p. 342 et s.

dans une répartition verticale, qui recentre la compétence législative sur la détermination des principes généraux de chaque régime juridique, dans laquelle une réserve de compétence législative pour déroger au principe d'égalité trouve toute sa place.

En effet, il est très rapidement apparu que l'article 34 recouvre presque tous les sujets qui étaient auparavant considérés, du fait de leur importance, comme relevant par leur nature du pouvoir législatif et que Romieu, dans ses conclusions sur l'arrêt *Babin* du 4 mai 1906, identifiait comme étant celles "directement ou indirectement liées aux obligations à imposer aux citoyens". M. Solal-Céligny, rapporteur du texte qui allait devenir l'article 34, faisait ainsi observer devant la commission constitutionnelle du Conseil d'Etat "qu'il ne faut pas croire que l'article 31, pratiquement, ne laisse au Parlement qu'une petite partie du domaine législatif. Il lui laisse la plus large part et, surtout, toutes les questions importantes"²⁶. De ce point de vue, la Constitution de la Vème République apparaît bien plus en héritière d'une conception exprimée par Portalis en 1804 dans son Discours préliminaire sur le code civil, selon laquelle "c'est aux lois de poser dans chaque matière les règles fondamentales et à déterminer les règles essentielles", qu'en rupture. La très rapide neutralisation de la distinction, au sein de l'article 34, entre les règles et principes fondamentaux²⁷, confirme l'idée d'une compétence générale du législateur pour mettre en cause la plupart des matières, le pouvoir réglementaire étant compétent pour leur mise en œuvre²⁸.

La Constitution de la Vème République se distingue davantage de celles qui l'ont précédé en rendant obligatoire la compétence qu'elle réserve ainsi au législateur et en permettant à l'exécutif de s'opposer à ce qu'il empiète sur ce qui relève des mesures d'exécution, qu'en réduisant son champ d'intervention matériel.

L'application de la Constitution a d'ailleurs rapidement confirmé que la compétence du législateur ne saurait être limitée aux matières qui lui sont expressément attribuées par l'article 34 ou par une autre disposition. En rappelant, dans sa décision du 26 juin 1969 *Protection des sites*²⁹, comme vous l'aviez jugé sous l'empire de la Constitution précédente à propos du principe d'égalité par la décision du 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie et autres* (Ass. plén., rec. p. 74), que seule une loi peut déroger à un

²⁶ Cité par J. Trémeau, Op. cit., p. 344.

²⁷ CC, 27 novembre 1959, RATP, Gdes décisions p. 57 ; 82-139 DC du 11 février 1982.

²⁸ J. Gicquel, *Droit constitutionnel*, LGDJ-Montchrestien, p. 675. Voir également : J. Trémeau : "la loi se présente bien comme la norme "de surface", qui pose les premiers éléments de toute régulation". Op. cit., p. 345.

²⁹ 69-55 L, rec. p. 27. Voir également les décisions n° 69-57 L du 24 octobre 1969 et 80-119 DC du 22 juillet 1980, concernant des mesures rétroactives.

principe général du droit, sans précision relative à la matière concernée, le Conseil constitutionnel a implicitement créé une compétence générale du législateur pour édicter une règle contraire à un principe général du droit, y compris hors de son champ de compétence³⁰. Cette possibilité a, par ailleurs, été renforcée par le refus du Conseil constitutionnel, dans sa fameuse décision du 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*³¹, de juger inconstitutionnelle l'intervention du législateur dans le domaine réglementaire.

La répartition horizontale des compétences par matières n'a donc pas remplacé la hiérarchie entre les normes législatives et réglementaires. L'interprétation organique du 2nd alinéa de l'article 1^{er}, en consacrant un critère de répartition fondé sur le contenu de la norme plutôt que sur son champ d'application qui conduit à réserver au législateur la possibilité de déroger au principe constitutionnel d'égal accès, s'inscrit donc parfaitement dans la tradition constitutionnelle française qui fait de l'intervention du législateur en matière de droits fondamentaux une garantie tenant à ce que la mise en cause de ces droits fondamentaux procède d'un acte élaboré avec le consentement des représentants de ceux qui en sont titulaires³².

Or, nous l'avons vu, le principe d'égalité qu'expriment l'article 6 de la DDHC et l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 est porteur d'un droit fondamental personnel, à savoir le droit pour chaque individu de ne pas être traité en fonction de son sexe.

Nous n'ignorons certes pas que ce droit n'est pas aussi absolu que ceux résultant des critères visés au premier alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution, qui ne souffrent aucune dérogation. Mais la possibilité d'y déroger qu'ouvre le second alinéa est beaucoup plus discrétionnaire, ce qui justifie qu'elle soit réservée au législateur.

Contrairement à la possibilité que vous reconnaissez depuis longtemps au pouvoir réglementaire d'établir des différences de traitement fondées sur le sexe lorsqu'elles sont strictement justifiées par la nature ou les conditions d'exercice des fonctions, qui est un pouvoir étroitement conditionné qui s'exerce sous le contrôle du juge, la faculté d'instituer des règles fondées sur le sexe pour atteindre une égalité réelle ne répond à aucune autre nécessité que de favoriser une représentation équilibrée des deux sexes aux postes de responsabilité. Il s'agit de faire prévaloir sur l'égalité des droits, neutre par définition, la réalisation d'une

³⁰ Voir en ce sens le commentaire aux GDCC.

³¹ 82-143 DC, p. 57, GDCC, n° 30

³² Sur la réserve de loi comme vecteur de la garantie des droits fondamentaux, voir J. Trémeau, Op. cit., p. 26.

certaine égalité, celle des sexes. La valeur de cet objectif n'est pas contestable, mais le choix d'introduire un tel critère parmi les conditions d'accès aux fonctions est une décision à la fois importante quant à ses implications et discrétionnaire, le constituant n'ayant pas entendu imposer l'édiction de ces mesures, mais seulement les rendre possibles, laissant donc la plus large marge d'appréciation au pouvoir normatif quant à l'opportunité de les mettre en place. Même si le constituant aurait pu faire un choix différent, comme l'ont fait d'autres Etats européens qui ont ouvert cette faculté à l'ensemble des pouvoirs normatifs³³, il paraît légitime qu'une décision éminemment politique de faire usage d'un instrument juridique permettant de déroger à un droit fondamental de valeur constitutionnelle, fut-ce pour assurer une certaine forme d'égalité, ne puisse être prise que par la représentation nationale. D'autant plus que vous savez que le pouvoir réglementaire d'organisation des services, qui pourrait se prévaloir d'une interprétation matérielle de cette disposition constitutionnelle, est très généreusement partagé, à tous les niveaux de l'Etat et des collectivités territoriales.

Dès lors que la compétence du législateur est fondée sur le contenu de la norme et non sur les matières dans lesquelles il intervient, la circonstance que l'article 34 n'ait pas été modifié à l'occasion de l'introduction du 2nd alinéa de l'article 1^{er}, comme il l'a été pour y ajouter l'environnement et les médias, ne doit pas surprendre, car cette modification n'aurait pu consister qu'à reproduire le 2nd alinéa de l'article 1^{er} à l'article 34 exactement dans les mêmes termes.

Ni la rédaction du 2nd alinéa de l'article 1^{er} ni sa place dans la Constitution ne justifient donc de ne pas donner au mot loi le sens formel qu'il a en règle générale dans un texte constitutionnel et qui semble ici particulièrement justifié par le caractère dérogatoire des mesures que ces dispositions permettent de prendre.

Il reste cependant à vérifier que le constituant n'a pas clairement exprimé la volonté de permettre à d'autres pouvoirs normatifs de prendre les mesures qu'il a formellement autorisé « la loi » à édicter.

³³ Voir ci-dessus, note 9.

Or, s'il y a bien une chose qui ressort avec évidence des travaux préparatoires de la loi constitutionnelle de 2008, c'est que le constituant n'a jamais envisagé d'autres mesures que celles qui pourraient être adoptées par le Parlement.

La question ne se posait pas lors de la révision constitutionnelle de 1999, qui ne concernait que la matière électorale, qui relève par nature de la compétence du législateur³⁴.

Elle aurait pu se poser en 2008, puisque « les responsabilités professionnelles et sociales » ne constituent pas un champ de compétence exclusif du législateur. Mais elle ne l'a pas été car cette modification de la Constitution a été présentée et discutée comme étant un moyen de lever l'obstacle que le Conseil constitutionnel avait opposé à la volonté du législateur d'adopter, dans différents domaines de sa compétence, des règles contraignantes fondées sur le sexe. Les parlementaires avaient notamment à l'esprit la censure récente de la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes qui imposait des quotas dans les conseils d'administration et cherchaient à rendre possible l'institution de ces mesures. Une proposition de loi sera d'ailleurs déposée peu après la révision constitutionnelle et à l'initiative de son instigatrice, qui donnera lieu à la loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance, du 27 janvier 2011.

Mme Zimmermann, l'auteur de l'amendement à l'origine de la rédaction actuelle du 2nd alinéa de l'article 1^{er}, présentait son objet en ces termes : "comme en matière de parité politique, il nous faut une réforme constitutionnelle pour pouvoir légiférer". S'adressant aux députés, M. Warsmann, rapporteur du projet de loi, faisait observer que "si vous voulez ... que le législateur vote à l'avenir des lois fixant par exemple un quota d'au moins un tiers de chaque sexe dans les conseils d'administration des sociétés, il faut voter cet amendement"³⁵.

Le choix de faire figurer cette disposition à l'article 1^{er} de la Constitution plutôt qu'à l'article 34 où il était initialement envisagé de l'inscrire ne résulte pas davantage d'une prise de position expresse du constituant quant à sa portée organique.

Là-encore, l'élaboration en deux temps du 2nd alinéa de l'article 1^{er} explique que la question de la place de cette disposition n'ait pas été abordée sous cet angle. En 1999, le

³⁴ La volonté plusieurs fois réaffirmée à l'occasion de l'élaboration de la loi constitutionnelle de 1999 (cf, Rapport Tasca, p. 32 ; débats AN, p. 69-70 ; Rapport Sénat, p. 31 et s.) de donner **au législateur** la possibilité de prendre des mesures tendant à assurer l'égalité des femmes et des hommes, qui ressort également de la rédaction longtemps retenue qui consistait à modifier l'article 34 afin d'y insérer une disposition selon laquelle « la loi détermine les conditions dans lesquelles est organisé l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives », n'apparaît donc pas significative.

³⁵ Voir également les interventions de la députée Pascale Crozon.

constituant a choisi d'inscrire la possibilité de favoriser la parité en matière électorale à l'article 3 car la matière était déjà législative et qu'il est apparu plus cohérent de faire figurer cette disposition à la suite de l'affirmation des principes d'indivisibilité de la souveraineté et d'universalité du suffrage qu'elle permet d'aménager³⁶.

L'amendement à la loi constitutionnelle de 2008 prévoyait d'insérer une disposition similaire à celle de l'article 3 pour l'accès aux responsabilités sociales et professionnelles après le 11^{ème} alinéa de l'article 34 de la Constitution. Le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale expliqua que la commission avait émis un avis défavorable « pour une raison de forme : l'énoncé de principes de ce type a plus sa place dans le préambule que dans le corps de la Constitution, qui définit l'organisation des pouvoirs publics » et certains députés suggérèrent de placer cette disposition à l'article 3, qui traitait déjà de l'égalité. Au Sénat, un débat a eu lieu sur ce sujet, opposant notamment M. Badinter, qui estimait que cette disposition trouvait sa place à l'article 34 car elle avait la même valeur constitutionnelle, à M. Hiest, qui faisait valoir que cet article n'avait pas vocation à accueillir des principes généraux. Ce débat s'est conclu par la proposition, adoptée par l'Assemblée nationale, de ne faire qu'une seule phrase « dans un souci de simplification » et, comme elle ne concernait plus seulement les fonctions électives, de la placer à l'article 1^{er}.

On pourrait déduire de l'issue de cet échange qu'une conception matérielle de la loi a prévalu. Il nous semble cependant que les sénateurs n'avaient pas cette question à l'esprit, qu'ils s'inscrivaient dans la perspective de l'action législative et que, pas plus que leurs collègues de l'Assemblée Nationale, ils n'ont songé aux matières relevant exclusivement du pouvoir réglementaire³⁷.

³⁶ Rapport de Mme Tasca, p. 32 : « A l'origine, il avait été envisagé d'amender l'article 34 de la Constitution en vue de donner compétence au législateur, dans son domaine d'attribution, pour prendre les mesures tendant à assurer l'égalité des femmes et des hommes. Il a été jugé, à bon droit, plus judicieux de se limiter à la question de l'égalité en matière électorale et politique et de modifier l'article 3 de la Constitution qui fonde les principes d'indivisibilité de la souveraineté et d'universalité du suffrage. Ces principes qui, selon le Conseil constitutionnel, devraient faire obstacle à la parité en matière électorale, demeurent évidemment, mais ils devront désormais se lire à la lumière du dernier alinéa de l'article 3. Celui-ci explicite les termes de ces principes. Il est donc normal qu'il se situe dans le même article constitutionnel »

³⁷ Les rares commentateurs qui se sont interrogés sur le sujet qui nous occupe partagent notre lecture des travaux préparatoires : M. Breillat observe ainsi que "l'ensemble des travaux parlementaires traduit manifestement la volonté des députés et des sénateurs de confier à la loi et non au règlement cette mission de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales" (*La place des femmes dans les instances dirigeantes des fédérations sportives est-elle constitutionnellement correcte ?* Mélanges en l'honneur de D. Breillat, LGDJ - Presses universitaires de Poitiers, p. 69),

Le législateur intervenant ultérieurement sur le fondement de ces dispositions y a peut-être pensé lorsqu'il a imposé au Gouvernement, par l'article 7 de la loi du 27 janvier 2011 précitée, de déposer avant le 31 décembre 2015 sur le bureau des assemblées un rapport dressant le bilan de la place des femmes dans les conseils d'administration ou organes équivalents des établissements publics non concernés par la loi, qui présentera *"les efforts accomplis ou envisagés par l'Etat pour se rapprocher dans ces organes d'une proportion de chaque sexe au moins égale à 40 %"*. Mais une disposition législative ne saurait révéler une intention du constituant. D'ailleurs, le législateur est intervenu par la loi du 12 mars 2012 pour adopter lui-même ces mesures.

Que le constituant n'ait exprimé clairement que l'intention de permettre au législateur de prendre certaines mesures n'implique certes pas qu'il ait exclu que le pouvoir réglementaire puisse faire de même dans son champ de compétence. Mais nous pensons qu'il devait alors employer un terme qui laisse au pouvoir réglementaire cette possibilité. Dès lors qu'il a explicitement désigné la loi comme vecteur de ces mesures et n'a exprimé aucune intention de donner au pouvoir réglementaire la même faculté qu'il ouvrait ainsi au législateur, nous ne voyons pas sur quelle base vous pourriez donner au terme loi une autre portée que celle d'acte voté par le Parlement qu'il a en principe dans un texte constitutionnel.

Sans qu'il soit bien entendu possible d'affirmer avec certitude quelle interprétation aurait donné le Conseil constitutionnel des dispositions que vous devez appliquer, plusieurs raisons nous incitent à penser qu'il aurait abouti à la même conclusion. Outre les arguments que nous avons développés, nous relevons qu'il a retenu à propos de la Charte de l'environnement une lecture littérale de l'article 7, sans se référer à l'article 34 ni rechercher une intention que le constituant n'avait d'ailleurs pas exprimée, qui l'a conduit à réserver au législateur la détermination de règles de procédures qui relèvent généralement du domaine réglementaire. Faire la même lecture du dernier alinéa de l'article 1er serait d'autant plus justifié que les mesures pouvant être prises dérogent à une conception de l'égalité en droit qu'il a souvent opposé au législateur, y compris d'office en 2006, révélant ainsi un souci particulier de son respect et une interprétation toujours stricte des possibilités de s'en écarter. L'exclusivité de la compétence législative rejoint ici une conception hiérarchique de la loi dont sa jurisprudence offre, nous l'avons vu, plusieurs illustrations.

Nous avons jusqu'à présent cherché à déterminer le sens du 2nd alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution d'après sa lettre, son contexte et l'intention de son auteur. En effet, l'interprétation d'une disposition constitutionnelle est davantage encore que celle d'une loi un acte de connaissance plutôt que de volonté. Mais cette dernière n'est évidemment jamais absente et votre Assemblée ne serait pas complètement éclairée sans un aperçu des conséquences de la solution que vous adopterez.

L'interprétation organique du terme de loi que nous vous proposons de retenir conduira à réserver au législateur l'usage de la faculté d'édicter des mesures contraignantes ou incitatives fondées sur le sexe des personnes pour favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités sociales et professionnelles.

Du point de vue du pouvoir réglementaire, cette solution ne changera rien. Comme vous l'avez jugé à plusieurs reprises, il ne pouvait adopter de telles mesures, qui méconnaissaient le principe d'égalité et il ne le pourra pas davantage à l'avenir sans qu'une disposition législative en fixe les principes généraux.

Par ailleurs, la genèse de cette disposition a suffisamment montré qu'elle n'a ni pour objet ni pour effet de conférer au législateur d'autre compétence que celle de prendre des mesures incitatives ou contraignantes fondées sur le sexe pour favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités sociales ou professionnelles, auxquelles le principe d'égalité faisait obstacle. Le pouvoir réglementaire conservera donc l'intégralité de la compétence dont il disposait auparavant pour prendre toutes les mesures qu'il pouvait légalement prendre, qu'il s'agisse de différences de traitement fondées sur le sexe mais justifiées par la nature ou les conditions d'exercice des fonctions³⁸ et qui n'ont donc pas pour objet d'assurer une représentation plus équilibrée des deux sexes, ou de mesures qui poursuivraient un tel objectif sans établir de distinction fondée sur le sexe.

Il pourra également continuer à fixer les règles de composition des organismes qui relèvent de sa compétence, à condition de ne pas introduire de distinction selon le sexe des personnes. Le 2nd alinéa de l'article 1^{er} n'ouvrant qu'une faculté au législateur, il n'en

³⁸ Ass, 6 janvier 1956, *Syn nat autonome du cadre d'administration générale des colonies et sieur Montlivet*, p. 4 ; 11 mai 1998, *Mlle A...*, n° 185049, aux T. p. 708

résultera ni incompétence négative du législateur qui n'aurait pas pris de mesures destinées à favoriser l'égalité réelle dans un domaine, ni illégalité du règlement qui fixerait des règles de composition n'assurant pas cette mixité.

Du point de vue du pouvoir législatif, votre décision n'apportera rien quant à la possibilité que lui ouvre la Constitution d'adopter des mesures fondées sur le sexe des personnes pour assurer une représentation plus équilibrée des personnes des deux sexes aux responsabilités professionnelles et sociales qui relèvent par ailleurs de son champ de compétence matériel.

En revanche elle pourra utilement préciser s'il peut également le faire dans les autres domaines, qui en principe ne relèvent pas de sa compétence, sur le seul fondement des dispositions du dernier alinéa de l'article 1er de la Constitution ? En d'autres termes, ces dispositions, dont nous n'avons jusqu'à présent envisagé la portée que du point de vue du pouvoir réglementaire, ont-elles pour effet de conférer au législateur une compétence générale pour prendre en toutes matières les mesures qu'elles envisagent ?

Plusieurs raisons nous conduisent à une réponse affirmative.

En premier lieu, les arguments que nous avons développés pour exclure la compétence du pouvoir réglementaire conduisent sinon nécessairement du moins fortement à lire le mot « loi » comme conférant une compétence autonome au législateur, indépendante de sa compétence matérielle. Limiter la compétence du législateur à son champ de compétence matérielle impliquerait au demeurant de consacrer une répartition exclusivement matérielle de ses compétences, dont nous avons dit qu'elle ne correspondait pas à la réalité de l'application de la Constitution et dont nous peinerions à justifier qu'elle puisse s'imposer au constituant lui-même.

En revanche, le principe d'une attribution de compétence générale peut se prévaloir là-encore, à défaut d'une intention clairement exprimée du constituant, de la généralité du terme de loi qu'il a employé et de son intention de donner au législateur les moyens de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités sociales et professionnelles.

En deuxième lieu, une telle limitation serait très inopportune, puisqu'en théorie elle interdirait purement et simplement la mise en place de dispositifs tendant à favoriser la parité dans les domaines relevant du pouvoir réglementaire autonome qui comportent un certain nombre de responsabilités sociales et professionnelles. Il ne serait pas cohérent que ces

matières restent seules à l'écart de la réalisation de l'objectif de parité. Le législateur doit pouvoir prendre de telles mesures.

Cette limitation de compétence du législateur serait enfin pratiquement inutile compte tenu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui ne censure pas les empiétements du législateur sur le domaine réglementaire. L'exécutif ne pourrait alors que s'opposer à ce que le législateur intervienne dans le champ du pouvoir réglementaire autonome pour adopter de telles mesures ou obtenir la délégalisation de ces mesures afin de les supprimer, puisqu'il ne pourrait compétemment les maintenir ni les modifier.

Nous pensons donc que le 2nd alinéa de l'article 1^{er} n'autorise que le législateur à prendre les mesures que cette disposition envisage, mais en toutes matières.

Bien que la résolution du présent litige ne l'exige pas, il nous paraît nécessaire d'évoquer l'étendue de la compétence exclusive du législateur que la solution que nous vous proposons consacrera. Nous nous en tiendrons à des remarques générales car il n'est pas envisageable, compte tenu de la variété des mesures qui peuvent être prises en application de ces dispositions, incitatives ou contraignantes, de dégager des règles précises.

La densité de la réserve de compétence législative dépend d'abord de sa formulation. Or celle résultant du 2nd alinéa de l'article 1^{er} est définie en termes moins précis, nous l'avons dit, que celles découlant de dispositions constitutionnelles qui, telle l'article 7 de la Charte de l'environnement, réservent au législateur la définition des conditions et limites de l'exercice d'un droit, qui impliquent l'édiction de règles générales de procédure.

En revanche son caractère dérogatoire au principe constitutionnel d'égalité devant la loi implique à notre avis que le législateur se prononce sur le principe et l'étendue de la dérogation qu'il institue.

Dans sa décision du 13 décembre 2012 *relative à la loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques* (2012-658 DC), le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur avait pu adopter des dispositions ayant pour objet de favoriser la parité au sein du Haut conseil des finances publiques, tout en laissant au pouvoir réglementaire la tâche, dont vous savez qu'elle fut ardue, "de fixer les modalités du tirage au sort de nature à assurer en permanence le respect de cet objectif". Le législateur avait en l'occurrence décidé de la prise en compte du sexe des personnes pour la composition du conseil, de la proportion de chaque sexe (exacte parité) et la modalité de désignation de la

personne devant être nommée en nombre impair (tirage au sort). Il ressort des différentes lois prises sur le fondement du dernier alinéa de l'article 1er de la Constitution que sont toujours précisés le champ d'application de la mesure et, puisqu'elles ont toutes pour objet d'imposer un résultat, la proportion de personnes de chaque sexe.

Nous pensons donc que le législateur devra nécessairement décider de l'opportunité d'une action positive en faveur de l'égalité dans tel ou tel domaine et d'en poser les principes généraux : mesure incitative ou contraignante et, si elle se traduit par l'instauration de quotas, la proportion retenue ou du moins les lignes directrices de sa détermination. Il lui appartiendra à ce titre et ce faisant, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 14 juillet 2003, « d'assurer la conciliation entre les nouvelles dispositions constitutionnelles et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle auxquels le pouvoir constituant n'a pas entendu déroger » et notamment de veiller au maintien d'un équilibre, dans les conditions d'accès, entre les considérations liées au sexe et celles relatives aux capacités. Le pouvoir réglementaire déterminera les modalités de mise en œuvre de ces principes.

Nous avons déjà dit qu'une telle répartition des compétences ne bouleversera pas les équilibres institutionnels.

Nous pensons qu'elle ne compromettra pas non plus excessivement l'objectif de mixité que le constituant a entendu introduire dans la Constitution.

Il est certes incontestable qu'elle compliquera l'adoption de mesures fondées sur le sexe des personnes dans les domaines relevant du pouvoir réglementaire, national ou local, qui ne pourra, alors même qu'il est compétent pour fixer l'ensemble des règles, imposer de telles conditions sans une intervention préalable législateur. Nous voyons bien l'inconvénient que peut représenter la nécessité de recourir à la loi pour imposer une composition paritaire à chaque création d'un conseil consultatif ou organisation d'un concours. Mais nous voyons aussi le risque que constitue la dissémination de cette faculté.

Sans en nier l'importance, ces inconvénients nous paraissent cependant doublement limités.

En premier lieu, parce que la réserve de compétence de la loi ne porte, comme nous venons de le voir, que sur le principe d'une action positive en faveur de l'égalité et sur ses règles générales, que le législateur peut déterminer par catégories de sujets.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

En second lieu, parce que le législateur est déjà intervenu pour couvrir une grande partie du champ des responsabilités sociales et professionnelles par la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 qui a imposé une représentation paritaire au sein des organes collégiaux de direction et de représentation des sociétés privées et des établissements publics industriels et commerciaux visés à l'article 1er de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public et par celle n° 2012-347 du 12 mars 2012 qui impose la présence d'une certaine proportion (en général 40 %) de chaque sexe dans les conseils d'administration, de surveillance et organes équivalents des établissements publics administratifs (art 52), dans les conseils supérieurs de la fonction publique (art 53), dans les commissions administratives paritaires (art 54), les jurys de concours dans les trois fonctions publiques (art 55) ainsi que pour les emplois supérieurs et de direction des trois fonctions publiques (art 56). Cette dernière loi anticipe donc dans de nombreux domaines les conséquences de votre décision et il appartiendra au législateur de procéder de même pour les organismes, notamment consultatifs, auxquels elle ne s'applique pas.

Il devra notamment le faire pour les établissements consulaires car l'article 52, qui concerne les « établissements publics non mentionnés à l'article 1er de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public », dont font partie ces établissements, ne fixe de proportion de personnalités qualifiées de chaque sexe que pour les **nominations** dans les conseils d'administration, les conseils de surveillance ou les organes équivalents de ces établissements. Or les chambres d'agriculture ne sont pas dirigées par des conseils d'administration ou organes équivalents. Elles constituent elles-mêmes un organisme collégial (art L. 511-7 et R. 511-6 du code rural et de la pêche maritime), dont les membres ne sont pas nommés mais élus. Le décret attaqué n'a d'ailleurs pas été pris au visa de cette loi et les proportions qu'il impose ne correspondent pas à celles fixées par l'article 52.

Ajoutons enfin que les objections du ministre tenant à ce que la réserve de compétence législative risque de compromettre ou de retarder l'objectif de mixité, qui peuvent être faites à toute réserve de compétence législative, nous semblent de peu de poids au regard de la lettre du texte et de l'intention du constituant qu'elle exprime nécessairement de réserver à la loi la mise en cause du principe d'égalité devant la loi. Elles ne vous ont pas empêchées de donner toute sa portée à l'article 7 de la Charte de l'environnement, dont les dispositions sont pourtant beaucoup plus contraignantes dans la mesure où elles obligent le législateur à intervenir pour

assurer l'effectivité du droit reconnu. En l'espèce, le législateur n'est tenu à aucune obligation d'action et aucune incompétence négative n'est susceptible de découler des dispositions du dernier alinéa de l'article 1er. L'absence d'intervention du législateur dans ces matières ne bloquera pas l'action administrative ; elle devra seulement éviter de faire prévaloir la considération du sexe sur celle des vertus et talents.

Nous pensons donc que le 2nd alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution n'autorisait pas le pouvoir réglementaire à imposer une proportion de candidats de chaque sexe pour la constitution des listes de candidats aux chambres d'agriculture.

Pas davantage que vous ne l'avez fait dans le champ de l'article 7 de la Charte de l'environnement, vous ne pourrez transposer ici votre jurisprudence *Dehaene*, selon laquelle l'absence d'exercice par le législateur de la compétence que lui réserve le 7ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 autorise le gouvernement à se substituer à lui pour réglementer le droit de grève dans les services publics. Si vous avez récemment confirmé cette solution³⁹, vous ne l'avez jamais étendue à des cas où elle n'apparaîtrait pas justifiée par l'impérative nécessité d'assurer la continuité du service public⁴⁰. Or, s'agissant des mesures pouvant être prises sur le fondement du 2nd alinéa de l'article 1er de la Constitution, l'incompétence du pouvoir réglementaire n'aura d'autre effet que d'imposer le respect de l'article 6 de la DDHC. Si la parité au sein de certains organes administratifs pourra peut-être s'en trouver parfois retardée, cela ne compromettra pas la continuité des services publics.

Si vous nous suivez pour lire le 2nd alinéa de l'article 1er de la Constitution comme ne permettant qu'au législateur de prendre des mesures incitatives ou contraignantes fondées sur le sexe des personnes en vue de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités sociales et professionnelles, vous ferez droit au moyen des syndicats requérants, puisqu'il en résulte qu'en l'absence d'intervention préalable du législateur pour en décider le principe et les règles générales, le pouvoir réglementaire n'était pas compétent pour imposer, comme il l'a fait au I du 8° de l'article 1er du décret attaqué, que "*chaque liste de candidats comporte au moins un candidat de chaque sexe par tranche de trois candidats*".

³⁹ Ass, 12 avril 2013, *Fédération Force Ouvrière Energie et Mines et autres*, n° 329570.

⁴⁰ Concl. Y. Aguila sur *Cne d'Annecy*.

D'autres dispositions du même décret encourrent le même grief - le II du 8° du même article; le 14 °, relatif aux élections régionales - mais elles ne sont pas contestées.

Nous ne vous proposons pas de reproduire ici l'interprétation neutralisante de l'illégalité dont est entachée cette disposition que vous avez développée dans votre décision précitée L... (Section, 22 juin 2007, n° 288206, p. 253). Vous aviez en effet estimé que les dispositions d'un décret qui prévoyaient que « *l'administration chargée de l'organisation du concours doit respecter une proportion minimale d'un tiers de personnes de chaque sexe justifiant des compétences nécessaires* » se bornaient à imposer à l'administration de prendre en compte l'objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes énoncé par la loi du 9 mai 2001 et n'avaient « pas pour objet et n'auraient pu légalement avoir pour effet de fixer, pour la composition des jurys, une proportion de personnes de chaque sexe qui s'imposerait à peine d'irrégularité des concours ». Mais vous aviez ce faisant appliqué à l'acte réglementaire la réserve d'interprétation que le Conseil constitutionnel avait posé lorsqu'il avait examiné la conformité à la Constitution de la loi de 2001 dont cet acte faisait application (2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 115).

La situation dans laquelle vous vous trouvez aujourd'hui est différente, puisque le décret litigieux ne fait application d'aucune loi, laquelle pourrait désormais fixer des règles contraignantes de mixité.

Au demeurant, une telle lecture des dispositions contestées demanderait un réel effort compte tenu de leur rédaction clairement impérative, effort inutile puisque, comme nous allons le voir dans un instant, leur annulation ne risque pas de perturber le fonctionnement des chambres d'agriculture.

Nous examinerons plus rapidement les autres moyens de la requête, sur lesquels vous n'aurez pas à vous prononcer si vous retenez le moyen précédent, et qui ne nous paraissent pas fondés.

Les syndicats requérants soutiennent que le pouvoir réglementaire était également incompétent pour fixer des règles contraignantes relatives à la composition des listes électorales au regard des dispositions de l'article 34 de la Constitution qui réservent au législateur la détermination des principes fondamentaux du droit syndical.

Il ressort de votre jurisprudence que la compétence du législateur à ce titre se limite à la fixation des critères généraux de représentativité des organisations syndicales (26 mars 1993, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles*, p. 81; 7 avril 1999, *Fédération SUD ANPE*, n° 198378, aux T). Vous avez jugés qu'un décret fixant les conditions de représentation des organisations d'exploitants agricoles au sein d'organismes consultatifs n'avait "ni pour objet ni pour effet de déterminer les critères généraux de la représentativité des organisations d'exploitants agricoles" et ne pouvait donc être "regardé comme déterminant les principes fondamentaux de l'exercice du droit syndical dans le secteur de l'agriculture" (12 mai 1999, *Confédération paysanne de l'Aveyron*, n° 154897, inédite).

Bien que le décret attaqué n'ait pour objet que de déterminer les modalités de représentation des organisations syndicales au sein des chambres d'agriculture, les résultats des élections ont un effet sur la représentativité des syndicats qui, depuis la loi du 15 octobre 2010 ayant modifié l'article L. 2122-6 du code du travail, est « *appréciée au regard des suffrages exprimés aux élections des membres représentant les salariés de la production agricole aux chambres départementales d'agriculture (...)* ».

Toutefois, que la mesure litigieuse ait une incidence sur l'appréciation de la représentativité n'en fait pas un critère de représentativité. Ce dernier résulte de la loi qui fonde la représentativité des syndicats sur les résultats aux élections aux chambres d'agriculture. Toutes les mesures susceptibles d'avoir un impact sur les résultats de ces élections, et notamment les conditions d'éligibilité qui ressortissent de la compétence du pouvoir réglementaire, n'en deviennent pas pour autant des critères de représentativité que seul le pouvoir législatif serait compétent pour édicter.

Le moyen suivant, tiré d'une atteinte à la liberté syndicale reconnue par le 6ème alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et par l'article 11 de la CESDH, n'est pas davantage fondé. Les conditions d'éligibilité aux chambres d'agriculture ne portent pas, par elles-mêmes, atteinte au droit d'adhérer à une organisation syndicale et si la contrainte imposée aux syndicats dans la constitution de leurs listes limite la liberté de ces syndicats, comme toutes les conditions d'éligibilité, cette contrainte n'apparaît pas excessive au regard des objectifs qu'elle poursuit.

Le dernier moyen vise la proportion d'un candidat sur trois de chaque sexe imposée par la disposition litigieuse, que les syndicats requérants estiment entachée d'erreur manifeste d'appréciation, du fait des difficultés qu'il y aurait à la respecter dans certains départements.

Nous pensons effectivement que vous ne pourriez effectuer sur ce point qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, conformément à la marge de manœuvre que le constituant a entendu laisser au pouvoir normatif dans l'usage de la faculté de prendre de telles mesures. Le contrôle de l'objectif poursuivi - favoriser une représentation équilibrée des deux sexes -, de son champ d'application - les responsabilités sociales et professionnelles - et de la conciliation avec les autres principes constitutionnels relèvent certainement d'un entier contrôle. Mais le choix de la proportion est en grande partie une question d'opportunité, dont vous devriez vous limiter à vérifier qu'il ne soit pas manifestement erroné.

Tel pourrait être le cas si la proportion retenue était inapplicable. Mais le ministre de l'agriculture établit que le nombre d'électrices est partout supérieur au nombre de femmes nécessaires pour établir les listes, le territoire de Belfort étant hors du champ d'application de la règle⁴¹.

Il nous reste pour terminer à évoquer les conséquences de l'annulation de la disposition contestée. Votre 7ème sous-section a informé les parties, aux fins de recueillir leurs observations, de l'éventualité d'une modulation des effets dans le temps de l'annulation qui pourrait être prononcée, s'il apparaissait, conformément aux principes que vous avez posés par votre décision *Association AC !* (Ass, 11 mai 2004, n° 255886), qu'elle serait "de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets".

Le décret contesté a été appliqué aux élections aux chambres d'agriculture qui ont eu lieu jusqu'au 31 janvier 2013. Les résultats ont été proclamés entre les 6 et 8 février. Le délai de recours contentieux est de cinq jours⁴². Le ministre de l'agriculture vous a informé que les élections avaient été contestées dans six départements (Hérault, Haute-Garonne, Martinique, Guadeloupe et Guyane), en totalité ou pour l'un des collèges seulement. L'irrégularité de l'obligation de mixité des listes n'a été soulevée dans aucun de ces recours.

⁴¹ Par l'effet de dispositions particulières du décret 2012-642 du 3 mai 2012.

⁴² Art. R. 511-50 du code rural qui renvoie au code électoral.

Les résultats des élections qui n'ont pas été contestés sont devenus définitifs. Les mandats des élus ne pourront être remis en cause du fait de l'annulation du décret (24 juillet 2001, *G...*, n° 227439, au rec). Vous jugez également que le moyen tiré de l'illégalité de la composition d'un organisme élu n'est pas recevable si l'élection n'a pas été contestée dans les délais requis devant le juge compétent (Section, 4 janvier 1964, *Sieur C...*, n° 56786, p. 1; 8 avril 2009, *Sté Sogedo*, n° 301153, aux T sur ce point, s'agissant d'une décision prise sur avis de l'organisme; CE, 18 février 1994, *Association générale des étudiants de sciences-politiques – UNEF*, aux Tables sur un autre point ; CE, 28 juin 1995, *M...*, n° 136759, aux Tables p. 995 sur ce point, s'agissant de décisions prises par cet organisme).

Même si vous ne l'avez jamais jugé, le caractère définitif des résultats doit également s'imposer pour toutes les décisions qui dépendent de ces résultats : détermination de la représentativité des organisations syndicales, en application des dispositions des articles L. 2122-6 et 9 du code du travail; financement (décret 2003-406 du 2 mai 2003) ; représentation dans certains organismes ou commissions (décret 85-1025 du 24 septembre 1985; 90-187 du 28 février 1990). Votre décision n'aura donc pas d'incidence sur ces situations définitivement acquises.

Quant aux élections qui font l'objet de contentieux en cours, le différé des effets de l'annulation que vous pourriez prononcer ne les concernerait pas, puisque vous réservez toujours les actions contentieuses engagées à la date de votre décision contre les actes pris sur le fondement de l'acte annulé.

Le ministre de l'agriculture fait enfin valoir qu'une élection partielle devant avoir lieu en Martinique, où les sièges n'ont pu être pourvus, le report de l'effet de l'annulation que vous prononceriez à un an permettrait la réalisation de l'objectif de mixité, avant que le législateur ne se prononce. Votre décision *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique (CRII GEN)* du 24 juillet 2009 (n° 305314, au rec), qu'il invoque, n'est cependant pas transposable: vous aviez reporté les effets de l'annulation de dispositions incompétemment prises par le pouvoir réglementaire dans le champ de l'article 7 de la Charte de l'environnement afin d'éviter que l'annulation immédiate des dispositions en cause méconnaisse l'exigence constitutionnelle de transposition des directives. Mais, vous l'avez

compris, le dernier alinéa de l'article 1er ouvre au législateur une faculté de prendre des mesures en faveur de la mixité ; il n'impose aucune obligation d'agir en ce sens.

Dans ces conditions, rien ne justifie de déroger au principe du caractère rétroactif de l'annulation contentieuse.

Et par ces motifs, nous concluons à l'annulation du I du 8° de l'article 1er du décret du 29 juin 2012 et à ce que vous mettiez à la charge de l'Etat le versement aux syndicats requérants d'une somme de 3 000 euros au titre des frais qu'ils ont exposés dans cette instance.