

# **DROITS DES LIBERTES FONDAMENTALES**

*Cours de M. le professeur Jean-François Brisson*

Travaux dirigés

**SEANCE N°5**

**GENRE ET DROITS FONDAMENTAUX**

## **Documents fournis :**

- BURGORGUE-LARSEN (L.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 2013, p. 168 (extraits).
- CEDH, 28 mai 2013, *Eremia et autres contre République de Moldova*, Req. n°3564/11(communiqué de presse de la Cour).
- MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), « La parité n'est pas l'égalité... Brèves remarques sur les limites aux discriminations positives », *D.*, 2006, p. 873.
- Gweltaz EVEILLARD, « Le législateur, seul compétent pour prendre des mesures de promotion de l'égalité des sexes », *Dr. adm.*, août 2013, com. 61.

## **Dissertation**

**En vous appuyant sur les documents proposés et les éléments tirés du cours magistral vous traiterez le sujet suivant**

Les droits des femmes, défauts de liberté ou simple question d'égalité ?

**Fiche technique :Droit et théorie du genre**

**Document 1 :** Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 2013, p. 168 (extraits)

## Femmes

### Esclavage domestique

CEDH 11 octobre 2012, *C. N. et V. c/ France*, req. n° 67724/09 ; CEDH 13 novembre 2012, *C. N. c/ Royaume-Uni*, req. n° 4239/08

Si pendant longtemps la prohibition de l'esclavage et du travail forcé posée à l'article 4 de la Convention ne trouva pas à s'appliquer en Europe, on sait que les choses changèrent à partir de 2005 (CEDH 26 juill. 2005, *Siliadin c/ France*, req. n° 73316/01). La condamnation à l'unanimité de la France ne fut pas à son honneur, la Cour relevant notamment que sa législation n'était pas adaptée pour poursuivre de manière efficace les manifestations contemporaines de ce que l'on a coutume d'appeler l'« esclavage domestique ». En découvrant l'arrêt *C. N. et V.*, on se demande ce qui est le plus outrageant : la condamnation « historique » dans l'affaire *Siliadin* ou cette seconde condamnation, à sept ans d'intervalle, assénée également à l'unanimité, qui démontre que la France n'a tiré aucune conséquence de son obligation de « criminaliser et de réprimer effectivement tout acte visé à l'article 4 » (§ 104) ? Elle a en effet été sourde non seulement aux obligations positives découlant de la condamnation de 2005 (*C. N. et V.*, §§ 105-108), mais également aux appels non équivoques de la Commission nationale consultative des droits de l'homme qui délivrait en 2009 un avis particulièrement circonstancié où elle incitait l'Hexagone à clarifier et compléter sa législation pénale (recommandations 3 à 11 de l'avis du 18 décembre 2009 sur la traite et le trafic d'êtres humains).

Rien n'y fit. Ni la condamnation (de la Cour), ni l'incitation (de la CNCDH) ne furent prises au sérieux par la France. Il reste à espérer que cette seconde condamnation soit suivie d'effets afin que le drame vécu par les deux soeurs requérantes - qui avaient été, à la suite de la guerre de 1993 au Burundi, « accueillies » à Ville d'Avray dans la famille de leur tante, épouse d'un fonctionnaire burundais auprès de l'UNESCO - serve d'« exemple » afin que d'autres affaires du même genre ne débouchent pas sur une bataille judiciaire exténuante où Strasbourg devient l'ultime rempart contre l'inefficacité pénale. Il est en effet assez déroutant (et le mot est faible) de constater les pratiques judiciaires françaises où, d'un côté, le ministère public classe régulièrement sans suite les plaintes pour esclavage domestique (§ 98) et où, de l'autre, quand une procédure judiciaire arrive à être déclenchée, les requérants sont confrontés à « l'absence de pourvoi du procureur général ». Cette inaction procédurale avait déjà été mise à l'index en 2005 ; la Cour européenne persiste et signe *in casu* car l'absence de pourvoi à l'encontre de l'arrêt d'appel - qui a abouti à la relaxe des époux M. qui avaient hébergé les deux soeurs requérantes du chef du délit visé à l'article 225-14 du code pénal - eut comme conséquence le

fait que la Cour de cassation n'ait été saisie que du volet civil de l'affaire. Gouvernement et législateur français sont désormais très clairement avertis : le léger toilettage du code pénal en 2003 est loin d'avoir satisfait le standard européen ; c'est à une réforme substantielle à laquelle il va falloir s'atteler.

A cet égard, la confirmation par la Cour de la définition du « travail forcé ou obligatoire » et les précisions fournies sur celle de « servitude » serviront sans nul doute au législateur dans son labeur législatif. Le premier se définit par la présence de deux éléments constitutifs - à savoir « un travail exigé sous la menace d'une peine quelconque et de plus contraire à la volonté de l'intéressé, pour lequel celui-ci ne s'est pas offert de plein gré » (§ 71). A ces deux éléments qualitatifs, s'ajoute un élément de type quantitatif qui concerne « la nature et le volume de l'activité en cause ». Il s'agit ici, comme la Cour l'indique *expressis verbis* de pouvoir distinguer un « "travail forcé" de ce qui relève de travaux qui peuvent raisonnablement être exigés au titre de l'entraide ou de la cohabitation » (§ 74). Sur la base de ce canevas théorique, l'examen minutieux des faits de l'espèce révéla que les deux soeurs orphelines ne vécurent pas leur déracinement, leur isolement et leur exploitation de la même manière. La première requérante arrivée sur le sol français à 16 ans ne fut jamais scolarisée, ne bénéficia d'aucune insertion professionnelle et devait s'occuper de toutes les tâches ménagères de la maison : « elle travaillait sept jours sur sept, sans aucun jour de repos ni rétribution, se levait tôt et se couchait tard [devant même parfois se lever la nuit pour s'occuper du fils handicapé des époux M.] et n'avait aucun loisir » (§ 73). Ce ne fut pas le cas de la seconde requérante qui, arrivée plus jeune du Burundi à l'âge 10 ans, put aller à l'école, apprendre le français et avait du « temps pour faire ses devoirs en rentrant de l'école. Elle aidait ensuite la première requérante dans les tâches ménagères » (§ 73 *in fine*). Si on ajoute à ces éléments le fait que la première requérante était constamment menacée par sa tante d'être renvoyée au Burundi - ce qui impliquait pour elle la mort et l'abandon de ses soeurs (§ 78) -, la Cour considéra que les éléments constitutifs d'un « travail forcé ou obligatoire » étaient présents à son endroit : elle accomplissait en effet un travail important - en totale contrariété avec ses aspirations et désirs - et tombait régulièrement sous la menace d'être renvoyée au Burundi.

La Cour apporta d'importantes précisions s'agissant de la notion de « servitude » et sa différenciation avec celle de « trafic » ou de « traite » des êtres humains dont on sait que ce dernier phénomène tombe également dans le champ d'application de l'article 4 depuis l'arrêt *Rantsev*. Cet arrêt révéla en effet le drame du trafic de jeunes femmes sur le territoire de la « Grande Europe », entre Russie et République de Chypre (CEDH 7 janv. 2010, *Rantsev c/ Chypre et Russie*, req. n° 25965/04). Alors que les requérantes considéraient ici qu'elles avaient été victimes d'agissements relevant de la « traite » d'êtres humains, la Cour s'écarta d'une telle approche en considérant que « la présente affaire présente plus de similitudes avec l'affaire *Siliadin* qu'avec l'affaire *Rantsev* » (§ 88). Elle commença par rappeler (§ 90) certains des traits propres à la servitude qu'elle avait égrenés dans l'affaire *Siliadin* (« forme de négation de la liberté particulièrement grave », « obligation de prêter ses services sous l'empire de la contrainte », « obligation pour le serf de vivre sur la propriété d'autrui et l'impossibilité de changer sa condition »), pour finir par délivrer un *dictum* important,

novateur : « Au vu de ces critères, la Cour observe que la servitude constitue une qualification spéciale du travail forcé ou obligatoire ou, en d'autres termes, un travail forcé ou obligatoire "aggravé". En l'occurrence, l'élément fondamental qui distingue la servitude du travail forcé ou obligatoire au sens de l'article 4 de la Convention consiste dans le sentiment des victimes que leur condition est immuable et que la situation n'est pas susceptible d'évoluer. A cet égard, il suffit que ce sentiment repose sur des éléments objectifs suscités ou entretenus par les auteurs des agissements » (§ 91). Autrement dit, alors qu'en 2005 elle n'avait pas pu ou voulu distinguer nettement le travail forcé ou obligatoire de la servitude, la Cour fournit sept ans plus tard un critère clé de différenciation, reposant à la fois sur un élément subjectif (le sentiment d'une condition immuable) encadré par des éléments objectifs (qui découlent de l'attitude des auteurs du maintien en servitude). Cette définition cadra parfaitement avec la situation de la soeur aînée (la première requérante) qui « avait la conviction que sa situation administrative sur le territoire français était dépendante de son hébergement par les époux M. et qu'elle ne pouvait pas s'émanciper de leur tutelle sans risquer de se trouver en situation irrégulière. Ce sentiment était renforcé lors d'événements tels que son hospitalisation sous le nom d'une de ses cousines. En outre, la requérante n'était pas scolarisée [son refus de l'être alors qu'elle était encore mineure ne saurait être pris en considération par la Cour] et ne bénéficiait d'aucune formation professionnelle lui permettant d'espérer travailler un jour contre une rémunération et en dehors du domicile des époux M. N'ayant aucun jour de repos, ni aucun loisir, elle n'avait pas la possibilité de nouer des contacts à l'extérieur lui permettant de demander de l'aide » (§ 92). Et la Cour de conclure qu'elle avait le « sentiment » que sa condition ne pourrait évoluer et qu'elle était immuable, tandis que la scolarisation de la soeur cadette et son ouverture subséquente sur le monde extérieur ont été des éléments qui, *a contrario*, ont laissé penser qu'il n'y avait pas « servitude » au sens de l'article 4 à son égard (§ 94). Partant, la condamnation de la France pour manquement à ses obligations positives - normative et procédurale - ne le fut qu'à l'égard de la soeur aînée qui, à ce titre, devra recevoir 30 000 € pour l'ensemble de ses préjudices.

Est-ce une consolation de se dire que le Royaume-Uni fut également condamné, un mois plus tard, dans une affaire qui cette fois-ci mettait en scène une jeune femme de nationalité ougandaise ? On ne peut évidemment se réjouir d'une autre condamnation qui témoigne de l'incurie des Etats européens à remplir leurs obligations internationales d'autant que, dans l'espèce britannique, c'est le défaut de pénalisation qui entraîna, pour la Cour, un défaut d'enquête effective (condamnation à laquelle échappa la France dans l'affaire *C. N. et V.*). Le § 81 de l'arrêt *C. N.* est probant à cet égard : « *Consequently, the Court finds that the investigation into the applicant's complaints of domestic servitude was ineffective due to the absence of specific legislation criminalising such treatment.* » Toutefois, après le déroulement des faits et avant la condamnation de la Cour, le Royaume-Uni a revu de fond en comble sa législation pénale en adoptant le 12 novembre 2009 le *Coroners and Justice Act 2009*. La nouvelle mouture pénale britannique est d'ailleurs bien plus convaincante que le toilettage français de 2003... Cela pourra être un bon aiguillon comparatif quand le législateur français se mettra à l'ouvrage pour s'acquitter enfin du respect de ses obligations internationales.

## **Violence domestique**

CEDH 30 octobre 2012, *E. M. c/ Roumanie*, req. n° 43994/05

On sait qu'en 2009 l'arrêt *Opuz* fit grand bruit : non seulement il portait au grand jour judiciaire le drame de la violence intra-familiale à l'encontre des femmes, mais encore il donnait l'occasion (enfin ?) à la Cour européenne de s'attarder sur la violence exclusivement axée sur le sexe qu'elle considéra « comme une forme de discrimination à l'égard des femmes » (CEDH 9 juin 2009, *Opuz c/ Turquie*, req. n° 33401/02, § 200). Circulation des décisions de justice oblige, la Cour interaméricaine s'en saisissait dans une affaire tragique témoignant du drame des jeunes femmes assassinées à la frontière mexicaine, dans la tristement célèbre ville de Ciudad Juarez : de « féminicide » il fut même question (CIDH 16 nov. 2009, Exceptions préliminaires, fond et réparation, *González et autres, Campo Algodonero c/ Mexique*, série C, n° 205). En Europe, si le contentieux n'a pas atteint ce degré de gravité, il témoigne toutefois de la permanence d'affaires de « violence domestique » où les autorités internes ont du mal à mettre en oeuvre de façon efficace les législations qui ont pour dessein de lutter contre la violence faite aux femmes. Rappelons en effet que l'arrêt *Opuz* imposait ni plus ni moins aux Etats « de mettre en place et d'appliquer de manière effective un système réprimant toutes les formes de violence familiale et offrant aux victimes des garanties suffisantes » (§ 145). Or, si bon nombre d'Etats ont joué la carte des réformes législatives, leur mise en oeuvre est loin d'être satisfaisante. L'affaire *E. M.* est emblématique de ce cas de figure où l'Etat défendeur s'est doté d'une loi « protectrice » (loi n° 217/2003 sur la prévention et la lutte contre la violence domestique) dont l'application toutefois loin d'être « convaincante ».

C'est à l'unanimité que la Cour condamna la Roumanie sur la base de l'article 3. Elle considéra en effet que l'enquête menée par les autorités judiciaires roumaines sur les allégations de mauvais traitements subis par la requérante et sa fille et infligés par le mari de la première, ne lui avait pas assuré une « protection effective » pourtant imposée dans le cadre de l'article 3 de la Convention (§ 71). Pour arriver à ce résultat - où les renvois à l'arrêt de principe *Opuz* furent constants (§ 46, § 58, § 61) et où la « vulnérabilité particulière des victimes de violence domestique » fut soulignée (§ 58) - la Cour dut clairement substituer son appréciation du traitement des preuves à celui effectué par les juridictions roumaines. Contrairement à son *dictum* classique, réitéré formellement selon lequel « l'admissibilité des preuves et leur appréciation relèvent au premier chef du droit interne et des juridictions nationales » (§ 66), elle s'attela à un examen très approfondi de la manière dont l'enquête pénale fut diligentée en axant sa critique sur le traitement, par la juridiction d'appel (le tribunal départemental), des « preuves indirectes » de violence domestique. Et d'affirmer : « Le tribunal départemental aurait pu ordonner l'instruction de nouvelles preuves pour éclaircir la situation de fait. Ainsi, afin d'obtenir les renseignements nécessaires pour compléter le dossier de l'affaire, il aurait pu procéder à l'interrogatoire de l'intéressée et lui demander des détails quant aux faits. Il aurait pu également prévoir la confrontation des témoins et parties dont il estimait les déclarations contradictoires ». On voit bien ici que ces reproches sont autant d'indications pédagogiques formulées *a posteriori* à l'attention du juge interne afin de lui montrer ce qu'il aurait pu faire et, ce faisant, ce qu'il devra faire à l'avenir dans des affaires du même type pour mener une « enquête effective ». Dans le même temps, c'est évidemment enfreindre la ligne de conduite

que la Cour s'est elle-même fixée : entre le respect de la subsidiarité d'un côté et le contrôle européen de l'autre, l'équilibre est toujours aussi délicat.

**Document 2 :** CEDH, 28 MAI 2013, EREMIA ET AUTRES CONTRE REPUBLIQUE DE MOLDOVA, REQ. N°3564/11(communiqué de presse de la Cour)

### Les autorités moldaves n'ont pas su empêcher un policier de battre régulièrement son épouse devant leurs deux filles

Dans son arrêt de chambre, non définitif ((Conformément aux dispositions des articles 43 et 44 de la Convention, cet arrêt de chambre n'est pas définitif. Dans un délai de trois mois à compter de la date de son prononcé, toute partie peut demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre de la Cour) , rendu ce jour dans l'affaire *Eremia et autres c. République de Moldova* (requête no 3564/11), la Cour européenne des droits de l'homme dit, à l'unanimité, qu'il y a eu : Violation de l'article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention européenne des droits de l'homme à l'égard de Mme Lilia Eremia, Violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) à l'égard de leurs deux filles, et Violation de l'article 14 (interdiction de discrimination) en combinaison avec l'article 3 à l'égard de Mme Lilia Eremia. Dans cette affaire, les requérantes se plaignaient d'un défaut de protection par les autorités moldaves contre le comportement violent et brutal de leur époux et père, un policier.

La Cour a jugé que, bien qu'au fait de la situation, les autorités n'ont pris aucune mesure effective contre l'époux de Mme Eremia et n'ont pas su protéger celle-ci contre la poursuite des violences domestiques dont elle faisait l'objet. Elle a ajouté que, bien que ses filles aient été psychologiquement affectées par la vision des violences commises par leur père contre leur mère au domicile familial, rien ou quasiment rien n'a été fait pour prévenir la répétition d'un tel comportement. Enfin, la Cour a conclu que l'attitude des autorités revenait à cautionner ces violences et était discriminatoire à l'égard de Mme Eremia en tant que femme.

#### **Principaux faits**

Les requérantes, Lilia, Doina et Mariana Eremia, une mère et ses deux filles, sont des ressortissantes moldaves nées respectivement en 1973, 1995 et 1997 et résidant à Vălcineț (République de Moldova). Lilia Eremia était mariée à A., un policier qui rentrait régulièrement à son domicile en état d'ébriété et la battait en présence de leurs deux filles adolescentes, lesquelles en souffraient psychologiquement. Les autorités moldaves infligèrent à A. une amende et un avertissement formel, à la suite de quoi celui-ci devint encore plus violent et aurait tenté d'étouffer sa femme en novembre 2010. Lilia Eremia demanda en vain l'examen en urgence de sa demande de divorce. Parallèlement, elle demanda aux tribunaux moldaves une ordonnance de protection, laquelle fut rendue le 9 décembre 2010. L'ordonnance fut ultérieurement signifiée à son époux, lequel était sommé de rester à une distance d'au moins 500 m du domicile familial pendant 90 jours sans contacter les

requérantes ni commettre le moindre acte de violence à leur rencontre. Alors que la police avait ouvert un dossier pour assurer le suivi de l'exécution de l'ordonnance de protection, A. agressa son épouse et pénétra à plusieurs reprises dans le domicile familial. Or, en avril 2011, les tribunaux moldaves lui donnèrent gain de cause en appel et annulèrent partiellement l'ordonnance de protection.

Parallèlement, en décembre 2010, Lilia Eremia se plaignit de violences commises par A. à des policiers qui l'auraient poussée à retirer sa plainte au pénal, prétextant que la possession d'antécédents judiciaires aurait fait perdre à A. son travail et nuï aux perspectives éducatives et professionnelles de leurs filles. Néanmoins, une enquête pénale fut ouverte en janvier 2011. Alors que certains éléments probants, notamment des certificats médicaux et des témoignages, établissaient la culpabilité de A., le procureur suspendit l'enquête pendant une année en précisant qu'elle serait rouverte si A. commettait une autre infraction pendant cette période.

### **Griefs, procédure et composition de la Cour**

Invoquant l'article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants), Lilia Eremia soutient que les autorités n'ont tenu aucun compte des violences domestiques dont elle et ses filles étaient victimes et n'ont pas exécuté l'ordonnance juridictionnelle contraignante censée les protéger. Sur le terrain de cette même disposition, ses filles disent avoir été verbalement agressées et avoir assisté aux sévices subis par leur mère sans pouvoir l'aider. Sous l'angle de l'article 14 (interdiction de discrimination), en combinaison avec les articles 3 et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), les requérantes estiment par ailleurs qu'en raison de préjugés concernant le rôle de la femme au sein de la famille, les autorités n'ont pas fait application des lois nationales censées les protéger contre les violences domestiques. La requête a été introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme le 16 janvier 2011.

### **Décision de la Cour**

#### Article 3

La Cour relève que, le 9 décembre 2010, les tribunaux moldaves ont estimé que la situation était suffisamment grave pour justifier le prononcé d'une ordonnance de protection à l'égard de Lilia Eremia, laquelle a également obtenu par la suite des certificats médicaux prouvant les mauvais traitements dont elle avait fait l'objet. La Cour juge en outre que la crainte d'agressions ultérieures avait dû être suffisamment forte pour faire souffrir Mme Eremia et faire naître en elle un sentiment d'anxiété assimilable à un traitement inhumain au sens de l'article 3.

La Cour constate par ailleurs que les autorités ont mis en place un régime légal permettant l'adoption de mesures contre les personnes accusées de violences domestiques. En effet, la loi moldave prévoit des sanctions pénales contre les agresseurs ainsi que des mesures protectrices pour leurs victimes. De plus, les autorités étaient au courant du comportement violent de A., lequel était devenu encore plus évident après l'adoption de l'ordonnance de protection du 9 décembre 2010. D'ailleurs, Mme Eremia s'était aussitôt plainte du non-respect par son époux de cette ordonnance. Les autorités auraient donc dû se rendre compte qu'elle était exposée à

un risque accru de nouvelles violences, dont l'existence était confirmée par des éléments suffisamment probants. Bien que les autorités n'aient pas agi suffisamment vite, la Cour constate qu'elles ne sont pas restées totalement passives étant donné qu'une amende et un avertissement ont été infligés à A. Cependant, aucune de ces mesures n'a été efficace et, malgré les violations répétées de l'ordonnance par A., ce dernier a continué d'exercer ses fonctions de policier sans qu'aucune mesure n'ait été prise pour garantir la sécurité des requérantes. L'absence d'action déterminante par les autorités est d'autant plus gênante qu' A. est un policier, dont les obligations professionnelles incluent notamment la protection des droits d'autrui, la prévention des infractions pénales et la défense de l'ordre.

Enfin, la Cour perçoit mal les fondements sur lesquels le procureur a pu conclure qu' A. n'était pas un danger pour la société ni pourquoi il a suspendu, sous conditions, l'enquête dirigée contre ce dernier alors même que les tribunaux moldaves avaient élargi la portée de l'ordonnance de protection quatre jours auparavant au motif qu'il représentait un risque important pour son épouse. Cette suspension a donc eu pour effet d'exonérer A. de toute responsabilité pénale au lieu de l'empêcher de commettre de nouvelles violences. La Cour en conclut que le manquement des autorités à prendre des mesures effectives contre A. alors qu'elles étaient conscientes du danger de nouvelles violences domestiques est constitutif d'une violation de l'article 3 à l'égard de Lilia Eremia.

#### Article 8

Bien que les filles de Mme Eremia allèguent une violation de leurs droits tirés de l'article 3, la Cour décide d'examiner ces griefs sur le terrain de l'article 8. Premièrement, comme l'ont reconnu les tribunaux moldaves, les deux filles ont été psychologiquement affectées par la vision quotidienne des violences commises par leur père contre leur mère au domicile familial. Il y a donc eu une ingérence dans l'exercice de leurs droits découlant de l'article 8. Deuxièmement, alors qu'elles avaient connaissance de cette ingérence, les autorités n'ont pas pris toutes les mesures raisonnables pour en prévenir la répétition. La Cour relève que l'ordonnance de protection du 9 décembre 2010 interdisait à A. de contacter, d'insulter ou de maltraiter non seulement Mme Eremia mais aussi leurs enfants. Mme Eremia a également demandé que ses filles soient formellement reconnues comme victimes de violences domestiques, dans le cadre de l'action pénale dirigée contre leur père. Enfin, les requérantes se plaignent de ce qu'au cours de l'une de ses visites au domicile familial, A. ait non seulement agressé sa femme mais aussi insulté l'une de ses filles. Par conséquent, les autorités étaient manifestement au fait du non-respect par A. de l'ordonnance de protection et de son comportement menaçant et insultant à l'encontre des requérantes et de ses conséquences sur ses filles. Pourtant, rien ou quasiment rien n'a été fait pour empêcher la répétition de ce comportement. Au contraire, malgré une autre agression grave en 2011, A. a finalement été exonéré de toute responsabilité pénale. La Cour en conclut que les autorités moldaves n'ont pas dûment respecté leurs obligations découlant de l'article 8 à l'égard des filles de Mme Eremia.

Article 14, en combinaison avec les articles 3 et 8

La Cour rappelle qu'un Etat qui ne protège pas les femmes contre les violences domestiques viole leur droit à une protection égale devant la loi. En l'espèce, Mme Eremia a été plusieurs fois victime de violences commises par son époux alors que les autorités étaient au fait de la situation. Elles ont toutefois refusé de traiter son divorce en urgence. La police aurait même poussé Mme Eremia à retirer sa plainte au pénal contre son époux. De plus, les services sociaux ont reconnu qu'ils n'avaient pas exécuté l'ordonnance de protection avant le 15 mars 2011 en raison d'une erreur administrative. Ils auraient même insulté Mme Eremia, suggérant une réconciliation et disant à celle-ci qu'elle n'était pas la première ni la dernière femme à être battue par son mari. Enfin, bien qu'il ait avoué avoir battu sa femme, A. a été concrètement exonéré de toute responsabilité suite à la décision du procureur de suspendre sous conditions la procédure dirigée contre lui.

Dès lors, la Cour estime que l'incapacité des autorités à remédier à ces violences avait eu pour effet de les cautionner à plusieurs reprises, traduisant une attitude discriminatoire à l'égard de Mme Eremia en tant que femme. Elle en conclut à la violation de l'article 14 en combinaison avec l'article 3 à l'égard de Mme Eremia. Le grief soulevé sur le terrain de l'article 14 en combinaison avec l'article 8 ne soulevant aucune question distincte aux yeux de la Cour, celle-ci ne l'a pas examiné.

Satisfaction équitable (Article 41)

La Cour dit que la République de Moldova doit verser à Mme Eremia 15 000 euros (EUR), pour dommage moral, et 2 150 EUR pour frais et dépens.

**Document 3 :** Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « La parité n'est pas l'égalité... Brèves remarques sur les limites aux discriminations positives », *D.*, 2006, p. 873

Dans sa décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, le Conseil constitutionnel a annulé des pans entiers de la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Certaines annulations, comme celles des articles 9, 14, 18, 30 et 31, ont été justifiées par des raisons procédurales classiques dans la mesure où ces dispositions, introduites par voie d'amendements, représentaient assurément des « cavaliers législatifs ». Mais les annulations les plus intéressantes, celles des articles 21 à 26, proviennent de conclusions soulevées d'office par le juge constitutionnel et concernent une question fondamentale dont l'actualité ne se dément décidément pas : celle des discriminations positives. En effet, la loi incriminée prévoyait ni plus ni moins la création de « quotas » de 20 % de femmes au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public. Certes, le législateur s'était efforcé de dissimuler ces quotas sous un voile pudique en prévoyant que ces conseils devraient être composés « ... en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes », ce qui aurait impliqué qu'ils comportent un nombre de représentants de chacun des deux sexes qui ne puisse être supérieur à 80 %. Des dispositions comparables avaient été prévues par le législateur afin d'accroître la

représentation féminine au sein des comités d'entreprise, parmi les délégués du personnel, sur les listes de candidature aux élections prud'homales et dans les organismes paritaires de la fonction publique. La nouveauté réside dans le fait que c'est la première fois que le législateur tentait d'imposer un tel traitement préférentiel dans le secteur privé. Mais, comme en 1982, avec l'affaire des quotas par sexe pour les élections municipales, le voile était transparent et l'objectif du texte était en réalité dépourvu d'ambiguïté. Il s'agissait de créer des discriminations positives favorables aux femmes dans l'accès aux emplois publics comme privés et plus particulièrement de les faire accéder à certaines fonctions exécutives ou juridictionnelles. Or, la réponse du Conseil constitutionnel est elle-même sans ambiguïtés et recèle des enseignements dont la portée dépasse assez largement le strict cadre de cette décision.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel a mis en évidence de manière très nette que la parité ne se confond pas avec l'égalité. Pour ce faire, il a solidement étayé son argumentation en remontant aux sources du principe d'égalité et, singulièrement, du principe d'égalité entre les sexes. En effet, pour la première fois, le Conseil constitutionnel s'est référé à deux dispositions clés du « bloc de constitutionnalité » qu'il n'avait jusqu'alors jamais utilisées malgré leurs importantes potentialités : l'article 1er de la Déclaration de 1789 (« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ») et le troisième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (« La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme »). En miroir de ces dispositions qui consacrent une conception universaliste de l'égalité, le Conseil a placé le cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution de 1958 qui, depuis la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999, prévoit que « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ». Il en tire comme conséquence que l'objectif de « parité » qui en découle ne s'applique qu'aux élections à des mandats et des fonctions politiques. C'est d'ailleurs ce qu'avait déjà jugé le Conseil le 19 juin 2001  à propos d'une loi organique ayant vainement tenté de faire prévaloir cette logique différentialiste lors des élections au conseil supérieur de la magistrature. Le premier enseignement de cette décision est donc que la « parité » demeure une dérogation au droit fondamental à l'égalité ce qui implique que son champ d'application doit être interprété strictement et ne peut en toute hypothèse excéder les limites de l'habilitation constitutionnelle. L'égalité reste le principe, la parité l'exception.

Au-delà de cette solution importante pour le droit des sociétés commerciales, le droit social ou encore le droit de la fonction publique, cette nouvelle décision confirme l'interprétation nuancée que le juge constitutionnel français retient du principe d'égalité. Il en résulte que si le législateur dispose bien de la faculté de créer des discriminations positives, il ne peut se fonder pour les établir sur des discriminations expressément interdites par la Constitution comme la race, l'origine, la religion, les croyances ou le sexe. Au regard de la tradition républicaine française, les seuls critères admissibles pouvant permettre de justifier des discriminations positives seraient ceux fondés sur des critères tels que l'âge, les caractéristiques sociales des personnes et surtout leur localisation géographique sur le territoire national.

**Document 4 :** Gweltaz EVEILLARD, « Le législateur, seul compétent pour prendre des mesures de promotion de l'égalité des sexes », *Dr. adm.*, aout 2013, com. 61

**Le Conseil d'État déduit cette compétence de la disposition, introduite par la révision de 2008 à l'article 1er alinéa 2 de la Constitution, selon laquelle « 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 annule un décret qui avait, sans intervention législative préalable, imposé pour les élections des chambres d'agriculture, une proportion minimale de candidats de chaque sexe.**

CE, ass., 7 mai 2013, n° 362280, CFTC-AGRI et FGTA-FO : JurisData n° 2013-008816 ; Rec. CE 2013, à paraître

(...) 1. Considérant qu'aux termes des dispositions du second alinéa de l'article 1er de la Constitution dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.* » ; qu'il résulte des termes de ces dispositions, éclairées par les travaux parlementaires qui ont précédé leur adoption, que leur objet est de combiner le principe constitutionnel d'égalité, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, notamment dans sa décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, interdisant de faire prévaloir la considération du **sexe** sur celle des capacités et de l'utilité commune, et l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ; qu'il résulte également de ces dispositions que le législateur est seul compétent, tant dans les matières définies notamment par l'article 34 de la Constitution que dans celles relevant du pouvoir réglementaire en application de l'article 37, pour adopter les règles destinées à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats, fonctions et responsabilités mentionnés à l'article 1er précité ; qu'il appartient seulement au Premier ministre en vertu de l'article 21 de la Constitution, sous réserve de la compétence conférée au Président de la République par l'article 13 de la Constitution, de prendre les dispositions d'application de ces mesures législatives ;

2. Considérant que selon l'article L. 511- 1 du Code rural et de la pêche maritime, la chambre d'agriculture, établissement public administratif de l'État, constitue « *dans chaque département, auprès de l'État ainsi que des collectivités territoriales et des établissements publics qui leur sont rattachés, l'organe consultatif, représentatif et professionnel des intérêts agricoles* » et qu'aux termes de l'article L. 511-7 du même code : « *Les membres des chambres d'agriculture sont élus pour six ans. Ils sont rééligibles* » ; qu'aucune de ces dispositions ne permet de définir l'éligibilité aux mandats en cause, lesquels constituent des responsabilités sociales et professionnelles, en fonction du sexe des candidats ; que, par suite, en faisant obligation, par le I du 8° de l'article 1er du décret attaqué, à chaque liste de candidats formée pour ces élections de comporter « au moins un candidat de chaque sexe par tranche de trois candidats », le Premier ministre, en l'absence de disposition législative habilitant le Gouvernement à édicter des mesures destinées à

rendre effectif un accès plus équilibré des femmes et des hommes aux organes dirigeants des chambres d'agriculture, a méconnu l'étendue de sa compétence ;

3. Considérant qu'il résulte de ce qui précède et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de leur requête que la CFTC-AGRI et la FGTA-FO sont fondées à demander l'annulation du I du 8° de l'article 1er du décret attaqué ; (...)

### **Note :**

Le désir de bien faire peut parfois être contreproductif. La volonté des gouvernements successifs de promouvoir l'égalité des sexes en matière électorale et professionnelle a ainsi rendu, par la grâce d'une réflexion insuffisante, plus difficile cette promotion.

Par un décret du 29 juin 2012, le Premier ministre avait imposé pour les élections des chambres d'agriculture une proportion minimale de candidats de chaque sexe, le scrutin de liste favorisant une telle mesure. Ainsi, chaque liste de candidats devait comporter au moins une personne de chaque sexe par tranche de trois candidats, ce qui revenait en pratique à imposer une proportion minimale d'un tiers de femmes parmi les candidats.

Plusieurs syndicats ont exercé contre cette disposition du décret un recours pour excès de pouvoir. Au nombre des moyens qu'ils soulevaient, figurait en particulier l'incompétence du pouvoir réglementaire pour instaurer ce quota par sexe.

En effet, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a, entre autres, ajouté à l'article 1er de la Constitution un alinéa 2 au terme 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* ». Or, aucune disposition législative n'instituait la parité, même relative, dans les élections des chambres d'agriculture, ni n'autorisait le pouvoir réglementaire à l'instituer.

Le Conseil d'État a donc dû réunir sa formation la plus solennelle pour trancher la question de savoir s'il convenait de retenir de la règle de compétence posée par l'article 1er alinéa 2 de la Constitution une interprétation stricte, limitant au législateur la compétence pour édicter des règles tendant à favoriser l'égalité des sexes, ou si au contraire il était possible d'en avoir une lecture plus compréhensive, entendant par « loi » toute règle générale et abstraite, de valeur législative ou réglementaire.

C'est cette question de compétence qui a phagocyté le débat contentieux, encore que le Conseil d'État ait pris soin, dans cette première décision rendue après la révision constitutionnelle de 2008, de confirmer les positions que le Conseil constitutionnel - au demeurant cité - et lui-même avaient tenues sur la parité (*Cons. const., déc. 18 nov. 1982, n° 82-146 DC, Loi relative à l'élection des conseillers municipaux : Journal Officiel 19 Novembre 1982 - Cons. const., déc. 14 janv. 1999, n° 98-407 DC, Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux : Journal Officiel 20 Janvier 1999*). Il montre ainsi

que la promotion de celle-ci par le pouvoir constituant n'a pas changé sa grille d'analyse et que la parité reste nettement dérogoire à la conception française de l'égalité (V. *infra*, le 2 du présent commentaire).

C'est, sans grande surprise - encore qu'il aurait été possible de raisonner différemment - à une lecture stricte de l'attribution de compétence au législateur que se rallie la Haute juridiction, en des termes qui sont de nature à affecter substantiellement la distinction des domaines de la loi et du règlement.

## **1. La compétence du seul législateur pour adopter des mesures de promotion de l'égalité des sexes**

L'article 1er alinéa 2 de la Constitution n'est pas la première disposition constitutionnelle à promouvoir l'égalité des sexes. Déjà, l'ancien article 3 alinéa 5, issu de la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999, prévoyait que « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* ». La révision constitutionnelle, qui l'a abrogé parallèlement à la création de l'article 1er alinéa 2, se contente donc d'en élargir l'objet à l'exercice des responsabilités professionnelles et sociales, ce qui est au demeurant sans incidence en l'espèce. Du point de vue des règles de compétences en revanche, la problématique était déjà identique. Mais aucune jurisprudence ne s'était développée sur l'article 3 alinéa 5, du moins sur les questions de compétence : seules ont été rendues plusieurs décisions qui se sont prononcées uniquement sur le sens à donner aux dispositions de fond. La dernière en date, celle citée par le Conseil d'État (*Cons. const., déc. n° 2006-533 DC, préc.*), a au demeurant motivé la révision constitutionnelle de 2008 en ce qui concerne l'élargissement du champ du principe de parité.

Par ailleurs, les travaux préparatoires de cette dernière, auxquels le Conseil d'État fait également référence, ne se sont pas non plus penchés sur la question de l'autorité compétente pour promouvoir la parité, mais, là-encore, uniquement sur les questions de fond.

Aussi seule la comparaison avec d'autres dispositions constitutionnelles prévoyant l'intervention de la loi pour établir la garantie des droits et libertés peut-elle être d'une quelconque utilité.

Encore doit-on faire abstraction de celles qui sont reprises, sous une forme ou une autre, à l'article 34 de la Constitution, lequel, établissant le domaine de la loi, doit bien entendu être compris comme donnant compétence au seul législateur pour fixer les règles ou déterminer les principes fondamentaux dans telle ou telle matière. Soit l'article 34 adopte une formule globalisante permettant d'intégrer d'autres dispositions constitutionnelles plus spécifiques : ainsi, la compétence du législateur a été reconnue pour fixer les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté d'entreprendre, comme le prévoit l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais également l'article 34 en ce qu'il donne compétence au législateur pour déterminer les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales (*Cons. const., déc. 6 oct. 2010, n° 2010-45 QPC, Pitte : Journal Officiel 7 Octobre 2010*). Soit, et ces

exemples sont plus éloquents encore, l'article 34 est plus précis que les dispositions constitutionnelles spéciales, et c'est à son regard que ces dernières doivent être interprétées : ainsi, la compétence du législateur pour fixer les délits et les peines a été interprétée au regard des dispositions de l'article 34, qui limite cette compétence aux crimes et délits (*Cons. const., déc. 19 févr. 1963, n° 63-22 L, Nature juridique des dispositions de l'ordonnance du 23 décembre 1958 modifiant certaines peines en vue d'élever la compétence des tribunaux de police : Journal Officiel 16 Mai 1963 ; Rec. Cons. const. 1963, p. 27*), de même que l'étendue de la compétence donnée par l'article 72 de la Constitution au législateur en matière de détermination des conditions de la libre administration des collectivités territoriales l'a été au regard des dispositions de l'article 34 relatives à cette question (*Cons. const., déc. 12 mai 1964, n° 64-29 L, Nature juridique de certaines dispositions relatives à l'administration départementale et à l'administration communale. - Cons. const., déc. 28 mai 1990, n° 90-274 DC, Loi visant à la mise en oeuvre du droit au logement : Journal Officiel 31 Mai 1964 ; Rec. Cons. const. 1964, p.61*).

Pour les autres dispositions, la question était initialement ouverte, la Constitution ne prévoyant nulle part l'intervention du pouvoir réglementaire autonome pour fixer les conditions de mise en oeuvre des principes constitutionnels, et bon nombre de ces dispositions étant antérieures à la distinction des domaines de la loi et du règlement. Le fait que cette attribution de compétence au législateur n'ait pas été mentionnée dans l'article 34 était de nature à faire naître le doute, dans la mesure où il était possible de tenir l'énumération fournie par cet article comme exhaustive. En tout état de cause, l'article 34 ne se borne pas à donner compétence au législateur dans des matières où aucune autre disposition constitutionnelle ne l'avait déjà fait : en témoigne la reprise de certaines des autres dispositions constitutionnelles, mais de certaines seulement (même si on veut bien admettre que la compétence du législateur pour fixer les conditions d'exercice des libertés publiques recouvre la plupart des attributions conférées à la loi par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le préambule de la Constitution de 1946 ou d'autres articles de la Constitution elle-même). Cela pouvait conduire à faire présumer une intention du constituant d'exclure les autres du domaine de compétence réservé au législateur (ainsi, on ne trouve nulle reprise à l'article 34 de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel, notamment, « *tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* », le terme « loi » ne devant de toute façon pas être entendu ici sans un sens littéral).

Un tel raisonnement aurait pu être tenu *a fortiori* pour des dispositions constitutionnelles ajoutées à la Constitution postérieurement à 1958, comme en l'espèce. À l'occasion de certaines de ces révisions, le constituant a pris soin de compléter en sus l'article 34 : ainsi, la révision constitutionnelle du 22 février 1996, instituant les lois de financement de la sécurité sociale, a pris soin d'ajouter un alinéa à l'article 34 pour prévoir la compétence du législateur, alors que celle-ci résultait déjà de l'article 39 révisé et du nouvel article 47-1 ; on peut également voir une telle reprise dans l'insertion à l'article 34, par la révision constitutionnelle du 1er mars 2005, de la mention selon laquelle la loi détermine les principes fondamentaux de la préservation de l'environnement, ce qui fait écho aux dispositions de la Charte de

l'environnement constitutionnalisées par la même révision et attributives de compétence au législateur. Or, il ne l'a pas fait à d'autres reprises, comme en l'espèce.

Il n'était pas nécessairement question de considérer que ces matières relevaient du domaine du règlement, mais simplement que la compétence du législateur n'y était pas exclusive, et que son inaction ouvrait la possibilité d'une intervention du pouvoir réglementaire, au terme d'un mécanisme de compétences concurrentes.

Néanmoins, le parti du Conseil constitutionnel comme du Conseil d'État a été de ne pas tenir la liste de l'article 34 comme exhaustive (*Cons. const., déc. 2 juill. 1965, n° 65-34 L, Nature juridique de certains articles de l'ordonnance du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce*), et de reconnaître la compétence exclusive du législateur sur des questions mentionnées uniquement par d'autres articles de la Constitution ou des textes de valeur constitutionnelle (par exemple, la loi est seule compétente pour déterminer les conditions dans lesquelles toute personne est obligée de contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, comme le prévoit l'article 5 de la Charte de l'environnement - même si on peut, il est vrai, ranger cette compétence au nombre de celles conférées par l'article 34 au législateur en matière de préservation de l'environnement : *Cons. const., déc. 8 avr. 2011, n° 2011-116 QPC, Zilioli et a. : Journal Officiel 9 Avril 2011*), de la faire découler des exigences de la hiérarchie des normes (*Cons. const., déc. 26 juin 1969, n° 69-55 L, Nature juridique de certaines dispositions de la loi relative à la protection des sites*) ou de considérer qu'elle seule pouvait opérer une conciliation entre deux droits ou objectifs constitutionnels, en l'absence même de toute disposition constitutionnelle le prévoyant (*Cons. const., déc. 11 oct. 1984, n° 84-181 DC, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*). Cette solution semble se fonder, s'agissant du moins des dispositions constitutionnelles écrites, sur une interprétation littérale de ces dernières, davantage que sur la compétence conférée au législateur par l'article 34 en matière de libertés publiques - dont ne relèvent pas nécessairement toutes les matières ainsi attribuées au législateur et qui n'est de surcroît pas absolument exclusive de l'intervention du pouvoir réglementaire, comme en témoignent l'exercice des pouvoirs de police administrative (*CE, 17 juin 1978, Assoc. « Comité pour léguer l'esprit de la Résistance » : Rec. CE 1978, p. 82*).

Quant à la possibilité de compétence concurrentes, elle ne peut être déduite de la lettre ou de l'esprit d'aucune disposition constitutionnelle : la Constitution française ne connaît que des matières relevant d'une compétence législative exclusive ou « réserve de loi » et des matières relevant du pouvoir réglementaire autonome - matières dans lesquelles la loi n'a pas vocation à intervenir, encore que son intervention ne soit pas sanctionnée par une inconstitutionnalité, mais par un simple déclassement dans le cadre de la procédure mise en place par l'article 37 alinéa 2 de la Constitution.

Ainsi, dans les matières où la Constitution prévoit l'intervention de la loi, le pouvoir réglementaire se trouve réduit à un pouvoir d'application de celle-ci, qui ne lui permet nullement de suppléer sa carence.

Il est cependant un cas notable où, si la compétence de principe du législateur n'a pas été déniée, une compétence supplétive a été donnée au pouvoir réglementaire pour agir en l'absence d'intervention du législateur. Il s'agit de la réglementation du droit de grève dans les services publics (*CE, ass., 7 juill. 1950, Dehaene : Rec. CE 1950, p. 426*), alors que l'article 7 du préambule de la Constitution de 1946 donne compétence au législateur pour fixer les conditions d'exercice du droit de grève et que cette matière relève des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires en même temps que des principes fondamentaux du droit du travail, toutes questions que l'article 34 réserve, depuis 1958, au législateur (ce qui n'a pas empêché le maintien de la jurisprudence antérieure : *CE, ass., 23 oct. 1964, Fédération des syndicats chrétiens de cheminots : Rec. CE 1964, p. 485*). Certes, le fondement de cette compétence supplétive réside dans le pouvoir réglementaire du chef de service, compétent pour organiser les services placés sous sa direction. Mais cette justification reçoit une appréhension compréhensive, puisque compétence est également donnée au pouvoir réglementaire général du gouvernement, simplement responsable du bon fonctionnement des services - le pouvoir réglementaire du chef de service n'étant lui-même que supplétif du pouvoir réglementaire général.

En revanche, une solution différente a été retenue à propos de la détermination des conditions de participation des administrés à l'adoption des décisions ayant une incidence environnementale. Quoique la définition des procédures administratives soit une matière réglementaire, sous réserve des hypothèses dans lesquelles elle met en jeu la libre administration des collectivités territoriales ou les principes fondamentaux de la sécurité sociale (*Cons. const., déc. 10 mars 1988, n° 88-154 L, Nature juridique de dispositions de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public : Journal Officiel 13 Mars 1988 ; Rec. Cons. const. 1988, p. 44*), le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'État ont retenu de l'article 7 de la Charte de l'environnement une lecture littérale pour affirmer la compétence du seul législateur dans la détermination des conditions de participation des administrés à l'adoption des décisions ayant une incidence environnementale, le seul pouvoir réglementaire compétent pour intervenir étant le pouvoir réglementaire d'application des lois (*Cons. const., déc. 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*).

Le cas le plus proche de celui qui se posait en l'espèce et à avoir fait l'objet d'une jurisprudence a été celui de l'égal accès des hommes et des femmes à la fonction publique. Cette question se pose dans le cadre très général posé par l'alinéa 3 du préambule de la Constitution de 1946, qui dispose que « *la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à l'homme* ». Il est particulièrement remarquable qu'aucune jurisprudence n'ait été rendue au sujet de l'autorité compétente pour garantir cette égalité des droits. Compte tenu des implications du principe d'égalité, qui implique en réalité une abstention de la part des pouvoirs publics, ou plus précisément l'interdiction d'adopter des mesures de différenciation entre les hommes et les femmes, la question se ramenait à celle de l'autorité compétente pour instituer de telles différenciations, à les supposer permises (ce qu'on ne saurait exclure, le principe d'égalité n'empêchant pas la mise en place de différences de

traitement justifiées, soit par une différence de situation entre les administrés, soit par un motif d'intérêt général).

La solution retenue pour l'accès à la fonction publique, quoique différente de celle concernant l'exercice du droit de grève, témoigne d'une même lecture large des dispositions attributives de compétences. En effet, quoique le statut de la fonction publique, de valeur législative, n'ait permis dans sa version du 19 octobre 1946 les distinctions entre hommes et femmes que par l'effet « des dispositions spéciales qu'il prévoit » - et qui auraient donc dû elles-mêmes en bonne logique avoir valeur législative, confirmant la compétence apparemment conférée au législateur par l'alinéa 3 du préambule - le Conseil d'État a admis la mise en place de telles distinctions (*CE, ass., 6 janv. 1956, Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies : Rec. CE 1956, p. 4*). La mention par le statut général de ces statuts particuliers est visiblement censée, dans l'esprit de la Haute juridiction, valoir habilitation de ces derniers à déroger au principe d'égalité des sexes. Cette solution jurisprudentielle a reçu l'onction des versions ultérieures du statut (voir, aujourd'hui, l'article 6 *bis* de la loi du 13 juillet 1983), ce qui dispense aujourd'hui de toute interrogation sur l'autorité compétente.

La révision constitutionnelle de 2008 - comme, sans doute, avant elle, celle de 1999 - n'obéit pas à cette logique. Le Conseil d'État se range à une lecture stricte de l'attribution de compétence au législateur et, constatant qu'aucune loi n'est venue prévoir la mise en place d'une parité entre hommes et femmes pour les élections des chambres d'agriculture, considère le décret contesté entaché d'incompétence, puisque sa seule fonction aurait pu être de préciser les conditions d'application de la loi. Conjugué à sa prise de position sur l'article 7 de la Charte de l'environnement, il faut assurément y voir le signe d'une lecture plus rigoureuse que par le passé des dispositions constitutionnelles attributives de compétences.

## **2. La modification des domaines respectifs de la loi et du règlement**

Le Conseil d'État tire pleinement les conséquences de la compétence attribuée par la Constitution au législateur en matière de promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes. Il affirme en effet que cette compétence s'étend, non seulement aux matières relevant déjà du domaine de la loi en vertu d'une autre disposition constitutionnelle - même s'il ne vise que l'article 34, on a vu que ce dernier n'était pas exhaustif - mais également aux matières relevant du pouvoir réglementaire. Autrement dit, même quand une matière relève du domaine du règlement, elle passe dans le domaine de la loi dès lors qu'il s'agit d'y promouvoir l'égalité des sexes.

C'est ainsi, par exemple, que, l'organisation administrative de l'État relevant du pouvoir réglementaire autonome (*Cons. const., déc. 21 janv. 1997, n° 97-180 L, Nature juridique de l'article 2 de la loi relative à l'administration territoriale de la République*), ce dernier, normalement compétent pour déterminer l'organisation des institutions de l'État, ne l'est pas lorsqu'il s'agit d'y garantir l'égalité de représentation entre hommes et femmes.

S'agissant des chambres d'agriculture, il ne s'agit certes pas d'administrations étatiques, mais d'établissements publics de l'État. La compétence pour les organiser est donc déterminée par l'article 34 alinéa 8 de la Constitution, prévoyant que les catégories d'établissements publics sont créés par la loi - ce par quoi il faut entendre non seulement la création de la catégorie, mais également la définition des règles d'organisation des établissements publics permettant de caractériser la catégorie (*Cons. const., déc. 25 juill. 1979, n° 79-108 L, Nature juridique des dispositions du Code du travail relatives à l'ANPE : Journal Officiel 27 Juillet 1979*). La détermination du mode de scrutin pour la désignation des organes délibérants des chambres d'agriculture ne fait pas partie de ces règles d'organisation et n'a donc pas vocation à relever du domaine de la loi, mais de celui du règlement (*CE, 25 févr. 1981, n° 22016, Sémidei : Rec. CE 1981, p. 105*, le Conseil d'État précisant à cette occasion que les organes délibérants des chambres consulaires ne sont pas non plus des « assemblées locales » au sens de l'article 34, ce qui aurait donné compétence au législateur). Néanmoins, l'institution de la parité hommes-femmes sur les listes de candidats aux élections des chambres d'agriculture relève du domaine de la loi, alors que le choix même de l'institution d'un scrutin de liste appartient au pouvoir réglementaire !

Cette exigence sera, on l'aura compris, la même pour la fixation des règles électorales de tous les établissements publics « corporatifs » de l'État, dont les organes délibérants sont élus - on pense en particulier aux universités.

De manière moins certaine, le présent arrêt est également susceptible de produire des effets sur la répartition des compétences entre législateur et pouvoir réglementaire en ce qui concerne la fixation des règles d'accès des hommes et des femmes aux fonctions et emplois publics.

Certes, parité et égalité sont deux notions différentes, comme le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont déjà eu l'occasion de le préciser à plusieurs reprises en rappelant que les dispositifs constitutionnels visant à favoriser la parité, éventuellement par l'institution de quotas par sexes, ne s'appliquent que dans les matières prévues par eux, et non dans toutes les matières régies par le principe d'égalité (*Cons. const., déc. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, préc. - Cons. const., déc. 16 mars 2006, n° 2006-533 DC, préc. - CE, sect., 22 juin 2007, Lesourd, préc.*). En effet, sur le fond, de telles mesures s'apparentent en réalité, non à l'institution de l'égalité - quoique la Constitution désigne la parité par les termes d'« égal accès » - mais à des dérogations à ce principe, ce que l'on nomme des « discriminations positives ». Or, l'égalité suppose au contraire une indifférenciation, ici entre les sexes, ce qui est la conception retenue par l'alinéa 3 du préambule de la Constitution de 1946.

L'institution de quotas de personnes de chaque sexe avait jusqu'à présent été reliée par le Conseil d'État, du point de vue de la compétence pour les instituer, au principe d'égalité : en tout cas, lorsque ces quotas ont été censurés par le Conseil d'État, ce n'a pas été pour incompetence, alors même qu'ils avaient été institués par le pouvoir réglementaire, mais pour illégalité au fond (*CE, 11 mai 1998, n° 185049, Aldige : Rec. CE 1998, tables, p. 708*, même si on ne peut, évidemment, écarter l'hypothèse d'une annulation « pédagogique » au fond plutôt que sur un moyen de légalité externe). Il est donc permis de se demander si un certain

nombre de dispositions de la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, qui fondent cette jurisprudence, ne voient pas leur inconstitutionnalité implicitement déclarée par l'Assemblée du contentieux, en ce qu'ils renvoient assez largement au pouvoir réglementaire d'application la mise en place de tels dispositifs. On se gardera bien cependant d'affirmations trop péremptoires sur ce point, la distinction entre domaine de la loi et domaine du règlement d'application étant plus subtile à définir que celle entre domaine de la loi et domaine du règlement autonome : que la loi prévoie la possibilité de mettre en place des règles visant à favoriser la parité est peut-être suffisant pour ne pas l'entacher d'incompétence négative.

Quoiqu'il en soit, la mention de l'intervention de la loi n'est donc pas de nature à simplifier la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Si on ne peut reprocher au Conseil d'État de s'en tenir à une lecture littérale de la Constitution, surtout en l'absence d'indices permettant d'établir une intention contraire de la part du constituant, on gagera que ce dernier n'avait sûrement pas prévu cette complexité qui, en définitive, rend plus difficile, en ce qu'elle impose l'intervention du législateur, la promotion de l'égalité des sexes !