



056188

CONSEIL
Paris, le 22 novembre 2010
22 NOV 10 10 56



Les Sénateurs soussignés

A

Monsieur le Président
Mesdames et Messieurs les
Membres du Conseil Constitutionnel
2, rue Montpensier

75001 PARIS

GRUPE SOCIALISTE

Le Président

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, nous avons l'honneur de déférer au Conseil Constitutionnel la loi portant réforme des collectivités territoriales telle qu'elle a été définitivement adoptée par le Parlement.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Conseillers, l'expression de nos sentiments les meilleurs.


Jean-Pierre BEL

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, nous avons l'honneur de vous déférer, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi de réforme des collectivités territoriales.

I. SUR LA PROCEDURE

Les griefs procéduraux concernent les articles 1^{er}, 6 et 73 de la loi d'une part (A), et 2 d'autre part (B).

A. Sur les articles 1^{er}, 6 et 73 de la loi¹

Initialement, outre la loi de réforme des collectivités territoriales qui vous est ici déférée, trois autres projets de loi concernant l'élection des élus régionaux et départementaux ont été déposés sur le bureau du Sénat le 21 octobre 2009 : le projet de loi n° 61 relatif à l'élection des conseillers territoriaux et au renforcement de la démocratie locale, le projet de loi organique n° 62 relatif à l'élection des membres des conseils des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale, ainsi que le projet de loi n° 63 organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux, lui seul ayant pour le moment été adopté le 16 février 2010.

En outre, un projet de loi sur la clarification des compétences et des cofinancements des collectivités territoriales était annoncé par le gouvernement, et conformément à l'article 35 du projet de loi initial (devenu article 73), tel qu'adopté en première lecture par le Sénat, il aurait dû être adopté dans un délai de 12 mois à compter de la promulgation de la présente loi ; le texte se contentant alors de fixer les principes auxquels devraient obéir la future répartition des compétences. L'exposé des motifs précisait quant à lui que la future loi ferait « *l'objet d'un travail interministériel et d'une concertation étroite avec l'ensemble des associations nationales d'élus* ».

Ce n'est toutefois pas ce qu'il advint. Ce qui devait conformément aux engagements du gouvernement faire l'objet de projets de lois spécifiques, l'élection des conseillers territoriaux d'une part, et la répartition des compétences des collectivités territoriales de l'autre, ont finalement été adjoints au projet de loi sur la réforme des collectivités territoriales par voie d'amendements à l'occasion de la première lecture à l'Assemblée nationale.

Des amendements gouvernementaux ont ainsi été déposés en Commission des Lois en application de l'article 88 du règlement de l'Assemblée nationale. En d'autres termes, alors que le gouvernement s'était opposé en première lecture au Sénat à tout amendement concernant le mode de scrutin des conseillers territoriaux – à l'exception

¹ Numérotation issue du texte n° 554 adopté définitivement par l'Assemblée nationale le 17 novembre 2010.

d'un amendement non normatif indiquant les principes auxquels devrait se conformer leur élection – précisément au motif que cela relevait du projet de loi n° 61, c'est ce même gouvernement qui a introduit un amendement insérant un article 1^{er} aux termes duquel : « *Les conseillers territoriaux sont élus au scrutin uninominal majoritaire à deux tours selon les modalités prévues au titre III du livre I^{er} du code électoral* ». Selon le même procédé, il a introduit avec l'article 6 un tableau fixant le nombre de conseillers territoriaux par départements et par régions.

Saisie du texte ainsi modifié à l'issue du vote de l'Assemblée nationale en première lecture, la Commission des Lois du Sénat avait dans un premier temps supprimé ces dispositions, considérant précisément que « *les dispositions relatives au régime électoral des conseillers territoriaux avaient été introduites par l'Assemblée nationale, alors même que le gouvernement s'était engagé à les soumettre en premier lieu au Sénat et qu'il avait rejeté, au cours de l'examen du projet de loi de réforme des collectivités territoriales en première lecture, l'ensemble des amendements portant sur les questions électorales au motif que celles-ci devaient être traitées dans un projet de loi séparé* » (rapport n° 559 (2009-2010) du 16 juin 2010, pp. 30-31).

Puis à l'occasion de l'examen des amendements dits « extérieurs » la même Commission des Lois a finalement donné son accord à un amendement du gouvernement rétablissant le mode de scrutin des conseillers territoriaux tel qu'adopté par l'Assemblée nationale, et adopté un amendement de son Rapporteur répartissant les conseillers territoriaux par département et par région. L'amendement sur le mode de scrutin fut ensuite rejeté en séance publique. En revanche le Sénat a bien adopté un tableau modifié de répartition des sièges des conseillers territoriaux.

En deuxième lecture, l'Assemblée nationale a rétabli le mode de scrutin uninominal majoritaire à deux tours pour l'élection des conseillers territoriaux. Elle a également voté le tableau de répartition des sièges tel qu'il avait été adopté par le Sénat.

Par ailleurs, la Commission des Lois de l'Assemblée nationale avait également, mais de sa propre initiative, adopté des amendements modifiant l'article 35 initial (devenu article 73) et visant à déterminer les compétences respectives des collectivités territoriales. Le Sénat en seconde lecture a supprimé cette disposition. L'Assemblée nationale en deuxième lecture l'a, quant à elle, rétabli.

A l'issue de la Commission mixte paritaire, les amendements concernant le mode de scrutin des conseillers territoriaux, le tableau de répartition des sièges, et la répartition des compétences entre les collectivités ont finalement été adoptés et votés par les deux chambres.

Les auteurs de la saisine considèrent que ces amendements ont été adoptés au terme d'une procédure irrégulière. Or vous êtes les gardiens de la régularité de la procédure, puisque selon une jurisprudence constante, il vous appartient non seulement de vous prononcer sur la conformité des dispositions de la loi à la Constitution, « *mais encore*

d'examiner si elle a été adoptée dans le respect des règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative » (75-57 DC du 23 juillet 1975, cons. 1).

S'agissant ici des trois articles contestés, les requérants considèrent qu'ils ont été adoptés au moyen d'un détournement de procédure, soit, selon les termes d'Odile DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, d'un « *vice de procédure aggravé, consistant en la substitution volontaire à une procédure régulière d'une autre procédure plus expéditive, mais inapplicable à l'opération poursuivie, dans le but d'éviter certaines garanties ou formalités* » (« Le contrôle du détournement de procédure en matière d'élaboration des lois », *R.F.D.C.*, 2009, n° 79, p. 453).

Les requérants n'ignorent pas que, jusqu'à présent, vous ne vous êtes pas fait, tout au moins expressément, le juge du détournement de procédure. Néanmoins comme a pu le relever Odile DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, il ressort de votre jurisprudence que « *le détournement de procédure pourrait être indirectement sanctionné [...] sous couvert d'un vice de procédure* » (*op. cit.*, p. 465). La décision que vous avez rendue concernant la loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen dans laquelle vous avez censuré une disposition du projet de loi au motif qu'elle n'avait pas été soumise au Conseil d'Etat illustre parfaitement cette censure indirecte du détournement de procédure (2003-468 DC du 3 avril 2003, cons. 5-9).

Il est d'ailleurs indiqué dans le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* sous votre décision sur la loi relative aux organismes génétiquement modifiés qu'était réservée « *l'hypothèse d'un éventuel détournement de procédure* » (n° 25, p. 5). Vous avez en outre utilisé ce terme dans une décision concernant une modification du règlement du Sénat qui interdisait tout sous-amendement qui aurait pour effet de « *contredire le sens* » de l'amendement auquel il s'appliquait. Vous avez en effet considéré que cette interdiction ne remettait pas en cause le droit d'amendement, « *droit qui consiste à pouvoir proposer la modification et non, par un détournement de procédure, l'annulation d'un texte soumis à la discussion d'une assemblée* » (73-49 DC du 17 mai 1973, cons. 8). Aussi les auteurs de la saisine vous demandent-ils d'accepter de prendre en considération le détournement de procédure qui a abouti à l'adoption des articles en cause.

En tout état de cause, vous ne manquerez pas de constater que les irrégularités commises à l'occasion de l'adoption des trois dispositions disputées ont un « *caractère substantiel de nature à entacher de nullité la procédure législative* » (93-329 DC du 13 janvier 1994, cons. 22 et 94-334 DC du 20 janvier 1994, cons. 6), et ont manifestement eu « *pour effet d'altérer la clarté et la sincérité des débats* » parlementaires dont votre haute juridiction est également la garante (2010-603 DC du 11 février 2010, cons. 9), et « *sans lesquelles ne seraient garanties ni la règle énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : " La loi est l'expression de la volonté générale... ", ni celle résultant du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, en vertu duquel : " La souveraineté*

nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants... " » (2005-526 DC du 13 octobre 2005, cons. 5).

Ainsi, le choix de procéder à ces adjonctions par voie d'amendement a abouti au contournement des exigences constitutionnelles normalement applicables : à savoir la consultation obligatoire du Conseil d'Etat (1), la priorité sénatoriale sur les projets de loi concernant les collectivités territoriales (2), et l'exigence de procéder à une étude d'impact (3).

1. Quant à la consultation obligatoire du Conseil d'Etat

Conformément au deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution « *Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat* ». Vous avez déduit de cette disposition que, « *si le Conseil des ministres délibère sur les projets de loi et s'il lui est possible d'en modifier le contenu, c'est, comme l'a voulu le constituant, à la condition d'être éclairé par l'avis du Conseil d'Etat* » et que, « *par suite, l'ensemble des questions posées par le texte adopté par le Conseil des ministres doivent avoir été soumises au Conseil d'Etat lors de sa consultation* » (2003-468 DC du 3 avril 2003, cons. 7), ce qui vous avait amené à conclure que la modification d'un projet de loi après son examen Conseil d'Etat et avant sa présentation en Conseil des Ministres avait « *été adoptée selon une procédure irrégulière* » (cons. 8).

A cet égard, les requérants n'ignorent pas votre décision selon laquelle « *le deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution n'impose la consultation du Conseil d'Etat et la délibération en conseil des ministres que pour les projets de loi avant leur dépôt sur le bureau de la première assemblée saisie et non pour les amendements* » (2006-535 DC du 30 mars 2006, cons. 8). Mais ils n'ignorent pas non plus que, si « *le bon déroulement du débat démocratique et, partant, le bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels supposent que soit pleinement respecté le droit d'amendement conféré aux parlementaires par l'article 44 de la Constitution, et que parlementaires comme Gouvernement puissent utiliser sans entrave les procédures mises à leur disposition à ces fins* », c'est sous réserve « *qu'il ne soit pas fait un usage manifestement excessif de ces droits* » (2003-468 DC du 3 avril 2003, cons. 3).

Formellement, la détermination du mode de scrutin pour l'élection des conseillers territoriaux ainsi que le tableau annexé ayant été adoptés par voie d'amendement du gouvernement lors de l'examen du projet de loi en Commission des Lois, il n'y avait pas lieu à saisine du Conseil d'Etat. **Mais il est impossible de méconnaître la nature particulière de cet amendement. Il consistait en effet à introduire le contenu d'une disposition qui faisait déjà l'objet du projet de loi n° 61 déposé sur le Bureau du Sénat, et qui plus est, à en modifier ledit contenu.**

Les requérants auraient pu admettre – sous réserve de qui sera dit *infra* 2 – tout au plus que le gouvernement reprenne par voie d'amendement le contenu du projet de loi n° 61. En effet, dans ce cas, ce projet ayant, lui, été soumis au Conseil d'Etat, le grief

tiré du manquement à l'article 39 aurait manqué en fait. Mais il en va là tout autrement. Le gouvernement, après s'être opposé systématiquement en première lecture au Sénat à tout amendement concernant le mode de scrutin des conseillers territoriaux au motif qu'il faisait l'objet d'un projet de loi spécifique, a non seulement introduit de sa propre initiative un tel mode de scrutin en première lecture à l'Assemblée nationale, mais de surcroît un mode de scrutin substantiellement différent de celui prévu dans le projet de loi n° 61. A cet égard, l'altération de la clarté et de la sincérité des débats est manifeste.

Ainsi, le Conseil des ministres a bien été « éclairé » par l'avis du Conseil d'Etat sur un mode de scrutin majoritaire uninominal à un tour teinté de proportionnelle, mais en aucun cas sur un mode de scrutin uninominal à deux tours exclusivement majoritaire. Les auteurs de la saisine considèrent que pour agir ainsi, et s'agissant de dispositions qui font déjà l'objet d'un projet de loi, c'est uniquement sur la base d'un nouveau projet de loi, ou alors d'une « *lettre rectificative* » que le gouvernement aurait dû agir pour se conformer aux exigences d'une procédure régulière – lettre rectificative qui constitue, « *non un amendement apporté par le Gouvernement à un projet de loi sur le fondement du premier alinéa de l'article 44 de la Constitution, mais la mise en œuvre du pouvoir d'initiative des lois que le Premier ministre tient du premier alinéa de l'article 39 de la Constitution* » (2000-433 DC du 27 juillet 2000, cons. 3).

Parce que ces dispositions n'ont pas été soumises pour avis au Conseil d'Etat, formalité ayant au demeurant un caractère substantiel, vous ne manquerez donc pas de constater qu'elles ont été adoptées à l'issue d'une procédure irrégulière, assimilable en tout point à un détournement de procédure.

2. Quant à la priorité sénatoriale

Le deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution dispose : « *Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de lois ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales [...] sont soumis en premier lieu au Sénat* ».

Les requérants vous demandent de sanctionner la pratique qui consiste à contourner la priorité reconnue au Sénat par la Constitution pour ce qui a trait à l'organisation des collectivités territoriales. C'est le cas, encore une fois, de la procédure qui a conduit à l'adoption des articles 1^{er}, 6 et de l'article 73 par l'Assemblée nationale.

Ces dispositions ont bien pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales (2003-482 DC du 30 juillet 2003, cons. 2). L'article 1^{er} traite du mode de scrutin pour l'élection des conseillers territoriaux et de la durée de leur mandat. Le tableau auquel renvoie l'article 6 détermine le nombre de conseillers territoriaux par départements. Et l'article 73 est relatif aux compétences des collectivités territoriales. Dès lors, ces articles touchent bien à « *la composition, au fonctionnement et aux attributions de [leurs] organes* » (commentaire de la décision précitée aux *Cahiers du*

Conseil constitutionnel, n° 15) qui appellent le déclenchement du dispositif prévu par l'article 39.

Les requérants sont conscients que vous avez considéré que la priorité accordée au Sénat ne pouvait avoir pour conséquence de remettre en cause « *le droit d'amendement des membres du Parlement et du Gouvernement* » (2009-594 DC du 3 décembre 2009, cons. 3). Comme il est indiqué dans le commentaire aux *Cahiers* de cette décision, vous avez estimé que le « *constituant, en adoptant cette mention dans la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, a entendu réserver la possibilité pour les députés comme pour le Gouvernement devant l'Assemblée nationale de déposer des amendements sur un texte déposé devant le Sénat en application de la priorité posée par la dernière phrase du deuxième alinéa de l'article 39* » (n° 28).

Il est néanmoins impossible de méconnaître la nature particulière des amendements dont il est ici question. L'un reprend le contenu, tout en le modifiant, du projet de loi n° 61 sur l'élection des conseillers territoriaux et le renforcement de la démocratie locale déjà déposé sur le Bureau du Sénat. Les autres portent sur les compétences des collectivités territoriales, alors que le gouvernement s'était engagé devant le Sénat, et l'avait d'ailleurs inscrit dans son projet de loi initial voté en première lecture par ce même Sénat, à ce que cette question fasse l'objet d'un projet de loi spécifique ultérieur. Or ce projet aurait nécessairement été soumis en première lecture au Sénat en application du deuxième alinéa de l'article 39.

La Commission des Lois du Sénat a d'ailleurs rejeté les articles 1^{er} et le tableau de répartition des sièges, en affirmant sa « *volonté de protéger les prérogatives de la Haute Assemblée* », et en souhaitant que « *le Sénat puisse examiner en priorité, dans un contexte serein, le mode de scrutin des conseillers territoriaux* » (rapport n° 559 du 16 juin 2010, p. 30).

Si vous acceptiez que dans une hypothèse pareille, des modifications substantielles qui ont pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales puissent être apportées par voie d'amendement devant l'Assemblée nationale, cela reviendrait à vider de toute portée normative le deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution. Si votre haute juridiction se fait la gardienne scrupuleuse du droit d'amendement que les auteurs de la saisine ne souhaitent en aucun cas remettre en cause, c'est encore une fois selon vos propres termes sous réserve « *qu'il ne soit pas fait un usage manifestement excessif* » de ce droit (2003-468 DC du 3 avril 2003, cons. 3).

En conséquence, parce que les auteurs de la saisine considèrent que dans le cas d'espèce, nous sommes en présence d'un usage manifestement excessif du droit d'amendement devant l'Assemblée nationale qui a eu pour effet de contourner la priorité constitutionnelle accordée au Sénat, ils vous demandent de censurer les dispositions concernées.

3. Quant à l'exigence d'une étude d'impact

Conformément au dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution : « *La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale et le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique* ». Et conformément à l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution : « *Les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact. Les documents rendant compte de cette étude d'impact sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'Etat. Ils sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi auxquels ils se rapportent.* »

Or vous ne manquerez pas de constater une fois de plus qu'en utilisant la voie de l'amendement pour l'élaboration des articles 1^{er}, 6 et 73, les exigences relatives à l'établissement d'une étude d'impact ont été contournées.

Les requérants admettent volontiers que les projets de loi n° 61, 62 et 63 ont bien fait l'objet d'une étude d'impact commune, procédé que vous avez d'ailleurs validé dans votre décision relative à la loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux (2010-603 DC du 11 février 2010, cons. 5). De même le projet de loi qui vous est ici soumis a fait l'objet d'une étude d'impact propre. **En revanche, les éléments essentiels de la loi finalement votée que sont le mode de scrutin pour les élections des conseillers territoriaux, le tableau de répartition des sièges des conseillers territoriaux par départements et par régions, ainsi que la clarification des compétences entre collectivités territoriales n'ont, quant à eux, fait l'objet d'aucune étude d'impact.**

S'agissant du mode de scrutin, l'étude d'impact commune aux trois projets de lois précités a envisagé trois options : un mode de scrutin type « PLM » (Paris Lyon Marseille) ; un mode de scrutin à « l'allemande » ; et un mode de scrutin mixte associant les modes de scrutin proportionnels et majoritaires. En aucun cas un mode de scrutin majoritaire à deux tours. Le gouvernement ne saurait dès lors prétendre que l'étude d'impact à laquelle il a procédé pour le projet de loi n° 61 puisse couvrir le mode de scrutin qu'il a introduit par voie d'amendement. Mais surtout, comment expliquer qu'il ait jugé nécessaire de procéder à une telle étude dans un cas, et pas dans l'autre. Alors qu'il est à tous évident que, comme l'ont montré MM. Hervé MAUREY et Pierre-Yves COLLOMBAT, l'impact du mode de scrutin uninominal majoritaire à deux tours sera tout à fait distinct d'un scrutin majoritaire à un tour avec une dose de proportionnelle, notamment au regard de la parité, du pluralisme et de la gouvernance ; il appelait ainsi un éclairage spécifique du Parlement (rapport d'information n° 509, fait au nom de la Délégation aux collectivités territoriales du Sénat, déposé le 27 mai 2010, *Le choix du mode de scrutin pour l'élection des conseillers territoriaux : une équation à multiples inconnues*).

S'agissant du tableau de répartition des conseillers territoriaux par départements et régions, il n'a tout simplement jamais été présenté dans aucun texte avant que

le gouvernement ne l'introduise par amendement devant la Commission des Lois de l'Assemblée nationale.

S'agissant enfin de l'article 73, l'étude d'impact accompagnant le projet de loi indiquait précisément que cet « *exercice de clarification des compétences et des cofinancement entre les collectivités territoriales s'effectuera dans le cadre d'une seconde loi qui interviendra dans un délai de 12 mois suivant la publication de cette loi.* ». Autrement dit, cette étude d'impact renvoyait à une étude d'impact ultérieure.

Il faut à cet égard rappeler les propos du Ministre de l'Intérieur lors de la discussion générale en première lecture devant le Sénat. Selon ses propres termes, « *la réflexion sur la clarification des compétences et des cofinancements* » est un « *un chantier qui, à l'évidence, nécessite de prendre le temps de la réflexion et de la concertation, tant il est difficile et complexe* », et qu'ainsi il appartiendra à « *un autre projet de loi viendra préciser la répartition des compétences* ». Il précisait enfin que : « *Pour préparer ce texte, le Gouvernement entend engager une concertation approfondie, en créant, dans les semaines qui viennent, plusieurs groupes de travail associant des représentants des parlementaires, les administrations de l'État et les associations nationales d'élus, afin de préparer un avant-projet de loi d'ici à l'été* » (compte rendu intégral de la séance du 19 janvier 2010).

Comment dans ces conditions ne pas mesurer combien une étude d'impact eût été à même d'éclairer le Parlement sur un sujet aussi « *difficile et complexe* », au rebours du recours à un amendement. L'altération de la clarté et de la sincérité des débats est à nouveau manifeste.

Encore une fois, les auteurs de la saisine ne cherchent pas à remettre en cause le droit d'amendement, auquel ils sont particulièrement attachés, mais vous demandent de tenir compte de la nature particulière desdits amendements dans le cas d'espèce.

Ainsi, parce que vous ne manquerez pas de constater qu'elles ont été adoptées à l'issue d'une procédure irrégulière, assimilable en tout point à un détournement de procédure, ces dispositions appellent votre censure.

B. Sur l'article 2

Parce qu'il constitue un cavalier législatif (1), et qu'il a été adopté à l'issue d'une procédure pour le moins singulière en CMP (2), cet article appelle également votre censure.

1. Quant au lien avec le texte initial

L'article 2 est rédigé en ces termes : « *Au huitième alinéa de l'article L. 210-1 du code électoral, les mots : « au moins égal à 10 % » sont remplacés par les mots : « égal au moins à 12,5 % ».* Article L. 210-1 qui lui-même prévoit que pour l'élection des

conseillers généraux « *Nul ne peut être candidat au deuxième tour s'il ne s'est présenté au premier tour et s'il n'a obtenu un nombre de suffrages au moins égal à 10 % du nombre des électeurs inscrits* ».

En d'autres termes cette disposition s'applique à l'élection des conseillers généraux, et s'appliquera dès les prochaines élections cantonales de 2011, dès lors que l'article 2 ne fait pas partie des dispositions visées à l'article 82 qui ne s'appliqueront que pour la première élection des conseillers territoriaux, prévue en mars 2014 (ce que qu'admet d'ailleurs le Rapporteur de la Commission des Lois du Sénat dans le rapport n° 559 (2009-2010) du 16 juin 2010, p. 38).

Cette disposition ne figurait pas dans le texte initial déposée au Sénat. Elle a été ajoutée par voix d'amendement en première lecture à l'Assemblée nationale. **Or il ne fait aucun doute qu'elle constitue un « cavalier législatif »**. En effet, selon l'article 45 de la Constitution, « *tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis* ». Vous en déduisez, y compris d'office, qu'une disposition adoptée par voie d'amendement qui ne présente « *aucun lien, même indirect, avec celles qui figuraient dans le projet de loi* » initial, a « *été adoptée selon une procédure contraire à la Constitution* » (2009-584 DC du 16 juillet 2009, cons. 43).

Il ressort encore de votre jurisprudence, y compris la plus récente, que pour échapper à votre censure, l'amendement en question doit au moins posséder un lien indirect avec l'objet du projet initial, et les dispositions spécifiques qu'il comporte (2010-617 DC du 9 novembre 2010, cons. 21-25). Or l'objet du projet initial est ici la réforme des collectivités territoriales. Et aucun des six titres, ni des chapitres, ni encore des dispositions du texte initial ne concernaient ni de près ni de loin le mode de scrutin aux élections cantonales.

Le chapitre premier dans lequel la disposition contestée a été insérée concernait uniquement les conseillers territoriaux. Or la mention faite dans ce chapitre à un mode scrutin spécifique à un élu lui-même spécifique ne saurait servir de prétexte à la modification des conditions d'élection des conseillers généraux. Tant que ces derniers existeront, et ce sera bien le cas encore aux prochaines élections cantonales de 2011, les dispositions concernant leur mode d'élection sont sans aucun lien, même indirect, avec le mode de désignation des conseillers territoriaux.

Pour cette raison, vous ne manquerez pas de constater que cet amendement a été adopté en contrariété avec les exigences de l'article 45 de la Constitution.

2. Quant au déroulement de la Commission mixte paritaire

De surcroît, les requérants vous demandent de sanctionner les manquements manifestes qui se sont produits à l'occasion de la Commission mixte paritaire du 3 novembre 2010 pour le moins rocambolesque, et qui a abouti au maintien dans le texte de cette disposition.

Comme vous venez encore de le rappeler, « *les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire, qui s'appliquent aux travaux des commissions, imposent qu'il soit précisément rendu compte des interventions faites devant celles-ci, des motifs des modifications proposées aux textes dont elles sont saisies et des votes émis en leur sein* » (2010-617 DC du 9 novembre 2010, cons. 3).

Or ici, à la lecture des travaux de la CMP, on serait bien en mal d'identifier les motifs qui ont conduit *in fine* à l'adoption de cet article 2. En seconde lecture, le Sénat avait supprimé cette disposition. L'Assemblée, elle, l'avait rétabli, ce qui revenait dans sa version à une rédaction de l'article L. 210-1 du Code électoral selon laquelle ne pouvait se maintenir au second tour que le candidat qui a obtenu au premier tour un nombre de suffrages « *au moins égal à 12,5 %* » du nombre des électeurs inscrits.

A l'issue de trois votes successifs, qui ont abouti au rejet de cette disposition et des solutions alternatives, le Président de la CMP a estimé que la Commission « *se trouvait en situation de blocage* ». Or comme vous-même l'aviez jugé, « *lorsque la commission ne s'accorde ni sur la rédaction, ni sur la suppression d'une des dispositions restant en discussion, elle doit être regardée comme n'étant pas parvenue, au sens du quatrième alinéa de l'article 45, "à l'adoption d'un texte commun"* » (2001-454 DC du 17 janvier 2002, cons. 3).

Ce n'est pourtant pas ce qu'il advint. Le Président, non content de ce constat d'échec, a suspendu la séance, et soumis à nouveau au vote un texte dans lequel on ne lisait plus « *au moins égal à 12,5 %* », mais « *égal au moins à 12,5 %* ». Version qui fut, elle, adoptée.

Les membres de votre haute juridiction en conviendront avec les auteurs de la saisine : les motifs qui ont pu conduire dans un cas au rejet du texte, et dans l'autre à son adoption sont à l'évidence inexistant. **Il s'est agit en réalité ni plus ni moins que d'un subterfuge, d'un détournement de procédure, qui a conduit à faire revoter sur une disposition parfaitement identique à une disposition préalablement rejetée, et donc à revenir sur un vote acquis.**

Un tel manque de sincérité non seulement dans les débats mais dans les décisions prises ne saurait dès lors échapper à la censure de la loi dans son ensemble.

II. SUR LA CREATION DU CONSEILLER TERRITORIAL

L'article 5 de la loi qui vous est déféré crée le « conseiller territorial ». Ce conseiller territorial résulte de la fusion des conseillers généraux et des conseillers régionaux, qui jusqu'à maintenant composaient respectivement les conseils généraux et les conseils régionaux. En d'autres termes, la loi a pour effet de confier deux mandats distincts à une même personne, qui se retrouve ainsi en position de devoir, dans le même temps, remplir les fonctions imparties au conseiller régional, et défendre ainsi l'intérêt

régional, et celles imparties au conseiller général, et se faire alors le chantre de l'intérêt départemental.

A défaut donc d'opérer une fusion entre les départements et les régions, c'est à une fusion de leurs élus respectifs qu'il a été procédé. Le conseil régional n'étant plus que la réunion de tous les conseillers généraux. Or en agissant ainsi, le législateur a méconnu nombre d'exigences constitutionnelles qui appellent votre censure. Il est en effet porté atteinte au principe de la libre administration des collectivités territoriales par des conseils élus (1) ; à l'interdiction d'instituer la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre (2) ; à la liberté de suffrage (3) ; et au principe selon lequel le Sénat représente les collectivités territoriales (4).

1. Quant à la libre administration des collectivités territoriales par des conseils élus

Conformément au troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales « *s'administrent librement par des conseils élus* ». En ce sens, vous avez jugé « *que pour s'administrer librement, toute collectivité territoriale d[evait] disposer d'une assemblée délibérante élue dotée d'attributions effectives* » (91-290 DC du 09 mai 1991, cons. 32. V. également en ce sens vos décisions 85-196 DC du 08 août 1985 cons. 10 et 87-241 DC du 19 janvier 1988, cons. 6).

Bien que votre haute juridiction n'ait pas encore eu l'occasion de l'affirmer, les requérants considèrent que le corollaire de cette exigence est, en outre, que chaque collectivité soit gérée par un organe délibérant qui lui soit propre, lui-même composé d'élus qui lui soient propres. Or la loi qui vous est ici soumise a pour effet de confier la gestion des conseils régionaux non plus à des conseillers régionaux, mais à la réunion des conseillers généraux, qui, comme vous l'avez rappelé, assurent « *la représentation des composantes territoriales du département* » (82-147 DC du 02 décembre 1982, cons. 5), et non de la région.

D'une façon générale, tous les constitutionnalistes s'accordent à dire qu'il ressort clairement de votre jurisprudence que cette « *liberté implique [...] une autonomie à la fois institutionnelle et fonctionnelle* » des collectivités territoriales (L. TOUVET, J. FERSTENBERT et C. CORNETS, *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*, Dalloz, 2001, 2^{ème} éd., p. 5. Mais aussi en ce sens L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, 15^{ème} éd., p. 405 ou encore L. FAVOREU et A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, n° 12, p. 143).

Comme l'a également relevé le Doyen LUCHAIRE, outre « *les éléments matériels que sont la collectivité humaine et le territoire, les collectivités territoriales doivent réunir plusieurs éléments juridiques que fixe la Constitution : un conseil élu, une libre administration, des compétences et un pouvoir réglementaire pour exercer ces*

dernières. L'un des éléments manquant, l'institution concernée ne peut être qualifiée de collectivité territoriale » (Commentaire de l'article 72 de la Constitution in F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRETOT, *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Economica, 2009, 3^{ème} éd., p. 1706). Et cela est si vrai que Michel VERPAUX a pu écrire que le « principe électif est ainsi consubstantiel aux collectivités territoriales françaises, et, de ce fait, la démocratie locale est, du point de vue historique, intimement liée à la libre administration. Sans élection, il ne saurait y avoir de collectivités territoriales » (*Droit des collectivités territoriales*, Puf, 2008, 2^{ème} éd., p. 153).

En particulier, la doctrine qui a pris position sur le conseiller territorial est également unanime pour considérer que l'article 72 qui a pour objet d'assurer l'indépendance des collectivités implique que « chaque collectivité doit disposer de son propre conseil élu » (G. CHAVRIER, « Les conseillers territoriaux : questions sur la constitutionnalité d'une création inspirée par la Nouvelle-Calédonie », *A.J.D.A.*, 21 décembre 2009, n° 43, p. 2381. Cette opinion est également celle de Didier MAUS, « La réforme des collectivités locales : un casse-tête constitutionnel ? », *Revue Politique et Parlementaire*, 2009, n° 1053, pp. 81 et s. et de Gérard MARCOU, « La réforme territoriale : ambition et défaut de perspective », *R.F.D.A.*, 2010, n° 2, pp. 357 et s.).

C'est également l'opinion exprimée par le Président COLLIARD devant la Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation du Sénat (Rapport d'information sur les modes de scrutin envisageables pour l'élection des conseillers territoriaux, 27 mai 2010, n° 509, p. 71), et par Guy CARCASSONNE devant la Délégation aux droits de femmes du Sénat, ce dernier ayant « jugé discutable la 'schizophrénie' dont seraient menacés des conseillers territoriaux qui devraient tantôt défendre les intérêts du département et tantôt ceux de la région » (Rapport d'information sur l'impact pour l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives des dispositions du projet de loi de réforme des collectivités territoriales, 10 juin 2010, n° 552, p. 73).

Que les départements et les régions doivent disposer de conseils qui leur sont propres résulte du fait qu'ils ont des fonctions et des compétences qui leur sont propres, elles mêmes destinées à préserver des intérêts qui sont distincts, l'intérêt du département pour les uns, l'intérêt régional pour les autres. Si le législateur en 1982, puis surtout le pouvoir constituant en 2003 a jugé nécessaire de doter les régions d'un conseil élu, c'est précisément parce qu'il a considéré que les affaires dont elles avaient la charge se distinguaient des affaires dont était en charge le département. Il suffit pour se convaincre que les affaires dont il s'agit ne sont pas identiques de se référer d'une part à l'article L 3211-1 du Code général de collectivités territoriales qui prévoit que « Le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département. » et, d'autre part, à l'article L 4221-1 du même Code selon lequel « Le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région. »

Il n'est à cet égard pas inutile non plus de rappeler les propos du Premier ministre prononcés lors de la présentation du Projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République selon lesquels : « *Trente années après sa création sur l'initiative de Georges Pompidou, la région ne peut plus se contenter d'une place qui demeurerait en quelque sorte expérimentale dans notre République. Nous voyons bien que l'avenir économique de la France en Europe dépend en partie de la vitalité de ses régions. Il est temps de consacrer leur existence et de consolider leur dynamisme en leur faisant une place dans notre loi fondamentale à côté des départements et des communes.* » (compte rendu intégral de la séance du 29 octobre 2002 du Sénat).

Comme l'a relevé à juste titre la Professeure Géraldine CHAVRIER, si « *la solution du rapprochement organique mériterait d'être jugée inconstitutionnelle* », c'est parce qu'elle « *ne semble pas respecter la consécration constitutionnelle de deux catégories de collectivités territoriales distinctes, elles-mêmes nées de deux catégories d'affaires différentes : les affaires départementales et les affaires régionales qui justifient l'existence de deux personnes morales distinctes* ». Elle ajoute que faire « *gérer les affaires départementales et régionales par une seule catégorie d'élus, les conseillers territoriaux, n'est ce pas conserver assez fictivement deux personnes morales, ce qui traduit une démarche qualifiable d'abus de droit constitutionnel ?* ». Et de conclure que dans ce cas « *l'article 72 de la Constitution qui prescrit soit deux personnes morales de droit public distinctes que sont le département et la région, soit la fusion des deux par la loi pour créer une nouvelle catégorie de collectivité n'est pas respecté* » (*op. cit.*, p. 2382). Les requérants considèrent également pour leur part que cette fusion des personnes en lieu et place des organes constitue un manquement à la Constitution.

Cela est d'autant moins admissible au regard des domaines de compétence dans lesquels chacun est appelé à intervenir et qui exigent que des personnes distinctes soient en charge de ces compétences distinctes. A la région le développement économique et l'aménagement du territoire. Au département l'action de proximité solidaire et sociale. Comment ne pas voir que les intérêts des unes et des autres sont à l'évidence différents, parfois divergents si bien qu'il est tout à fait inconciliable de confier à une même personne le soin d'en assurer la défense sans que cela se fasse au détriment de l'une ou de l'autre.

Que l'on songe aux aides aux entreprises accordées par délibérations des conseils régionaux. Imagine-t-on l'élu d'un canton privilégier l'intérêt régional pour l'établissement d'une entreprise aux dépens de son propre département, voire même de son propre canton ? Que l'on songe également à l'article L 4111-2 du Code général des collectivités selon lequel « *Les régions peuvent passer des conventions avec l'Etat, ou avec d'autres collectivités territoriales ou leurs groupements, pour mener avec eux des actions de leur compétence* » – phénomène de contractualisation dont il a été constaté par la Commission des Lois de l'Assemblée nationale qu'il allait croissant (Rapport d'information sur la clarification des compétences des collectivités territoriales, 8 octobre 2008, n° 1153, p. 23). Or quand un département et une région

seront amenés à contracter, ce sont les conseillers territoriaux qui en réalité seront amenés à contracter avec eux-mêmes. **En agissant ainsi, le législateur ne fait donc ni plus ni moins qu'institutionnaliser le conflit d'intérêt.**

Il ne saurait être argué que le cumul des mandats entre les deux fonctions n'est pas aujourd'hui prohibé. Car comme l'a fait remarquer à juste titre Guy CARCASSONNE lors de son audition par la Délégation aux droits de femmes du Sénat, dans un cas le cumul est le résultat de la volonté de l'électeur, alors que dans l'autre, « *le cumul des fonctions chez les conseillers territoriaux serait institué par les dispositions mêmes de la loi* » (*op. cit.*, p. 73).

Pour justifier la fusion des fonctions des conseillers régionaux et généraux en la seule personne du conseiller territorial, les défenseurs du dispositif prétendent pourtant pouvoir s'appuyer sur deux précédents : l'organisation de Paris d'une part, et sur votre décision relative à la Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie (85-196 DC du 8 août 1985) d'autre part. Les requérants considèrent quant à eux qu'aucun de ces deux précédents n'est pertinent pour apprécier la constitutionnalité du dispositif ici envisagé.

S'agissant de Paris, avant 1982, il s'agissait d'une collectivité unique qui n'est pas pertinente dans le cas d'espèce. Vous en aviez jugé ainsi en considérant que « *la disposition de la Constitution aux termes de laquelle 'toute autre collectivité territoriale est créée par la loi' n'exclut nullement la création de catégories de collectivités territoriales qui ne comprendraient qu'une unité ; que telle a été l'interprétation retenue par le législateur lorsque, en métropole, il a donné un statut particulier à la ville de Paris* » (82-138 DC du 25 février 1982, cons. 4).

Depuis la loi du 31 décembre 1982 relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon, « *Outre la commune de Paris, le territoire de la ville de Paris recouvre une seconde collectivité territoriale, le département de Paris* » (article 38). Toutefois ce statut n'est pas plus pertinent pour justifier l'institution dans l'ensemble des départements et des régions d'élus uniques. D'abord parce que Paris est administré par un Conseil unique, qui siège tantôt en tant que conseil municipal, tantôt en tant que Conseil général (et encore le Conseil d'Etat a jugé que la loi de 1982 ni aucune autre disposition législative « *n'a eu pour objet ou pour effet de permettre d'assimiler le conseil de Paris à un conseil général* », *Langlo*, 16 novembre 1982, n° 135676). Ensuite parce qu'il s'agit d'une collectivité dans laquelle il y a une identité de territoire et de population. Tandis que dans le cas présent des départements et des régions, les territoires et les populations sont distincts, et qu'ils peuvent ne pas avoir ou n'ont pas les mêmes intérêts. Enfin parce que la nécessité d'avoir un conseil propre est liée au caractère particulier de la collectivité parisienne : cette particularité est liée à son statut de capitale notamment, et c'est le propre des collectivités à caractère particulier d'avoir une organisation particulière. Mais loin d'être un modèle pour le droit commun, elle constitue au contraire une dérogation qui confirme et renforce le principe du droit commun de la décentralisation selon lequel chaque collectivité doit disposer de son propre conseil.

Quant à la Nouvelle-Calédonie, il s'agissait bien en revanche de confier aux mêmes élus la gestion de deux types d'assemblées distinctes, les régions, et le Congrès du territoire. Or l'opposition de l'époque qui constitue l'actuelle majorité s'était précisément opposée à ce dispositif parce qu'il aurait eu pour effet de priver la Nouvelle-Calédonie d'un conseil élu. On peut ainsi lire dans le recours au Conseil constitutionnel des sénateurs que : « *Il est également porté atteinte à la libre administration du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances dans la mesure où la nouvelle assemblée délibérante destinée à l'administrer n'est pas issue d'une consultation destinée à l'élire mais de la réunion de personnes qui ont été élues pour administrer une autre collectivité territoriale : la région. Il en résulte que désormais l'administration des intérêts du territoire de la Nouvelle-Calédonie ne résultera plus d'une élection et qu'à aucun moment les électeurs de ce territoire ne seront plus à même d'exprimer leurs préférences quant à la manière dont ils veulent que leur territoire soit administré. Dès lors, le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances serait la seule collectivité territoriale de la République qui ne disposerait pas d'un conseil élu.* »

Il est exact que vous n'aviez alors pas fait droit à cette requête, ayant considéré « *qu'en prévoyant que le territoire dispose d'un conseil élu celle-ci a pu charger ses membres d'une double fonction territoriale et régionale, sans enfreindre aucune règle constitutionnelle* » (85-196 DC du 8 août 1985, cons. 11). Mais ce précédent pas plus que Paris n'est pertinent dans le cas d'espèce, car comme l'ont parfaitement démontré les professeurs Géraldine CHAVRIER et Gérard MARCOU (*op. cit.*), la Nouvelle-Calédonie constituait alors un territoire d'outre-mer de la République, soumis à l'article 74 de la Constitution alors en vigueur selon lequel ces territoires avaient « *une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République* ». Or c'est précisément en tenant compte de l'article 74 que vous aviez estimé que cette « *organisation particulière* » ne méconnaissait pas l'article 72. Si donc pour la Nouvelle-Calédonie il a fallu avoir recours à l'article 74, c'est qu'il n'est pas possible *a contrario* d'admettre pareille fusion pour les collectivités de l'article 72.

Prendre ainsi appui sur le statut d'une collectivité particulière, qui plus est inscrite dans un processus susceptible de la conduire à son indépendance, pour justifier la nouvelle organisation de droit commun des collectivités territoriales est dénué de tout fondement.

Dans ces conditions, interdire à une collectivité d'avoir son assemblée propre, élue à cette fin par les citoyens, c'est lui interdire de s'administrer librement, c'est lui refuser le statut de collectivité territoriale. Pour cette raison le dispositif envisagé appelle votre censure.

2. Quant à l'interdiction de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre

Le dispositif en cause encourt également votre censure sur le fondement du manquement au cinquième alinéa de l'article 72, selon lequel : « *Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre* ».

Vous fondant sur le principe d'égalité entre les collectivités territoriales (F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité entre collectivités locales », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, n° 12, p. 147 et s.), vous aviez déjà vérifié, avant même la révision constitutionnelle de 2003, que le nouveau statut de la Corse ne méconnaissait pas « *les compétences propres des communes et des départements ou n'établi[ssait] de tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre* » (2001-454 DC du 17 janvier 2002, cons. 29). Vous avez jugé depuis que quand bien même la Constitution autorise dorénavant à désigner un chef de file lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, cela habilitait la loi « *à désigner une collectivité territoriale pour organiser* », mais « *non [...] à déterminer les modalités de l'action commune de plusieurs collectivités* » (2008-567 DC du 24 juillet 2008, cons. 32). Aussi avez vous censuré le fait que seule l'une d'entre elle puisse signer un contrat de partenariat dès lors que cela « *a non seulement autorisé la collectivité désignée à organiser l'action commune de plusieurs collectivités, mais lui a également conféré un pouvoir de décision pour déterminer cette action commune* » (cons. 33).

L'interdiction de la tutelle implique donc qu'une collectivité ne puisse pas décider pour une autre dans un domaine qui relève de leur compétence partagée, et *a fortiori* dans un domaine de compétence propre. Vous avez pu admettre une dérogation à ce principe dans votre décision sur la loi relative au repos dominicale, mais c'était en réponse à des contraintes spécifiques. Ainsi avez-vous accepté que soit écartée la règle selon laquelle un périmètre d'usage de consommation exceptionnel ne peut être créé sur le territoire d'une commune qu'à la demande de son conseil municipal, mais uniquement lorsque ce périmètre appartenait en tout ou partie à un même ensemble commercial. Dans ce cas l'avis simple de l'une des communes concernées suffit, mais c'est seulement parce que selon vos propres termes, cette hypothèse est « *destinée à préserver le caractère indivisible de cet ensemble commercial* » (2009-588 DC 6 août 2009, cons. 14).

Il résulte également de la jurisprudence administrative que la tutelle est « *constituée lorsqu'un niveau de collectivité est capable d'influer véritablement sur la prise d'une décision d'un autre niveau de collectivité qui intervient pourtant dans le cadre de ces compétences* » (G. CHAVRIER, *op. cit.*, p. 2383). A cet égard on peut se référer à l'arrêt du Conseil d'Etat *Département des Landes* du 4 février 2008 dans lequel ce dernier a rejeté un recours fondé sur le fait que de nombreuses communes s'apprêtaient à modifier leur système de gestion de l'eau du fait de la modulation par le conseil général de ses subventions, au motif que rien n'établissait « *la réalité de cette mutation et un lien de cause à effet entre elle et l'intervention des délibérations attaquées* » (n° 308667). A l'inverse donc, si la réalité d'un tel lien est établie, la tutelle l'est par la même occasion.

Toujours selon les termes de Géraldine CHAVRIER, il résulte ainsi « *tant des enseignements de la jurisprudence relative aux subventions que des limites étroites posées par la Constitution à l'aménagement dérogatoire du principe de non-tutelle que ce dernier n'autorise pas une confusion des élus qui aurait pour conséquence de permettre une tutelle sur toutes les compétences même non partagées, dans les deux sens : les conseillers territoriaux pourront orienter les délibérations prises pour l'exercice des affaires départementales par le conseil général dans un sens favorable à la région ; les conseillers territoriaux pourront orienter la prise de délibérations régionales prise par le conseil régional, par des considérations liées à la sauvegarde des intérêts des départements* » (op. cit. p. 2383).

Ce risque de voir s'instaurer sinon *de jure* du moins *de facto* la tutelle d'une collectivité sur une autre a en outre été relevé par tous les constitutionnalistes déjà mentionnés par les requérants. Et comment ne pas leur donner raison ? Comment ne pas mesurer que les délibérations d'une collectivité composée de membres identiques n'aura pas d'influence sur les délibérations de l'autre ?

Dès lors que le conseil régional sera composé de conseillers généraux du fait du mode de désignation des conseillers territoriaux dans les cantons, c'est à la mise sous tutelle de la région au profit des départements que nous assisterons. Ainsi selon Gérard MARCOU, c'est « *sur cette représentation des composantes territoriales que reposera donc aussi la composition du conseil régional. Peut-on alors attendre autre chose qu'une domination des intérêts départementaux sur les délibérations du conseil régional ? Réunissant les membres de tous les conseils généraux de la région, le conseil régional ne sera pas une représentation distincte et indépendante de la région. Comment exclure alors l'existence d'une tutelle des conseils généraux sur la région au sens d'une influence déterminante de ceux-ci sur les délibérations du conseil régional [...] En particulier la compétence régionale en matière d'aménagement du territoire et de développement économique ne peut manquer d'en être affectée* » (op. cit., p. 373).

Avant même d'ailleurs que ne soit évoquée la création du conseiller territorial, le fait que le « *choix de la circonscription départementale condui[se] encore trop souvent les conseillers régionaux, surtout s'ils sont aussi conseillers généraux, à se comporter comme les mandataires du département à la région* » était déjà dénoncé par certains élus régionaux, et particulièrement les présidents de régions au début des années 1990 (cf. L. TOUVET, J. FERSTENBERT et C. CORNETS, *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*, op. cit., p. 18). Avec cette loi, c'est ce mandat qui serait institutionnalisé.

Les requérants appellent enfin particulièrement l'attention de votre haute juridiction sur le fait que dans certaines circonstances, ce n'est pas seulement « *d'une influence déterminante* » du département sur les choix de la région dont il s'agira, mais bien de la substitution pure et simple de la volonté du département à celle de la région et indirectement à celles d'autres départements. Ceci est on ne peut plus flagrant dans les

régions qui ne sont composées que de deux départements comme l'Alsace, la Haute Normandie, et le Nord-Pas-de-Calais. Là, le département qui comprend le plus de conseillers territoriaux aura *de facto* une main mise absolue sur le conseil régional, aux dépens ainsi à la fois de la région, et du département moins représenté.

Aussi, parce que le dispositif contesté implique nécessairement l'institution d'une tutelle de fait d'une collectivité territoriale sur une autre, il appelle votre censure.

3. Quant à la liberté de suffrage

Les élections locales, au même titre que les élections nationales, constituent un « *suffrage politique* » (82-146 DC du 18 novembre 1982) auxquelles s'appliquent donc les règles à valeur constitutionnelle applicable au droit de suffrage, et plus spécifiquement à la liberté de vote garantie par l'article 3 de la Constitution. Comme vous l'avez récemment rappelé, « *le législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant le régime électoral des assemblées locales, peut, à ce titre, déterminer la durée du mandat des élus qui composent l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ; que, toutefois, dans l'exercice de cette compétence, il doit se conformer aux principes d'ordre constitutionnel, qui impliquent notamment que les électeurs soient appelés à exercer leur droit de suffrage selon une périodicité raisonnable* » (2010-603 DC du 11 février 2010, cons. 12).

Ce droit de suffrage a pour corollaire la liberté du vote, autrement dit la « *liberté de choix de l'électeur* » (2000-426 DC du 30 mars 2000, cons. 15). Une lecture conjointe des articles 3 et 72 de la Constitution implique ainsi nécessairement que les conseils élus par lesquels s'administrent librement les collectivités territoriales soient effectivement élus à l'issue de scrutins à l'occasion desquels les électeurs auront eu le droit de participer, et le choix de leur vote.

Or le dispositif proposé, en institutionnalisant le cumul des mandats conseiller général/conseiller régional à la faveur de leur absorption par le mandat de conseiller territorial, tout en maintenant les deux structures conseil général/conseil régional, prive l'électeur de sa liberté de choix. Comment prétendre en effet respecter le droit et la liberté de vote de l'électeur, lorsque ce dernier ne peut voter qu'une seule fois pour un même candidat pour désigner deux assemblées délibérantes distinctes. En maintenant deux organes délibérants distincts, le législateur ne pouvait choisir de les faire élire à l'occasion d'une seule opération électorale sans méconnaître la Constitution. Parce que la région et le département ont des compétences et des intérêts distincts, l'électeur doit être libre d'en confier la gestion à des personnes distinctes.

La doctrine ne s'y est pas d'ailleurs trompée. Comme a pu ainsi le relever Gérard MARCOU, en « *institutionnalisant le cumul des mandats par les conseillers*

territoriaux, on impose aux électeurs de faire un seul choix politique pour former les conseils de deux collectivités dotées d'attributions différentes », et que dès lors « qu'il existe, selon la Constitution, deux collectivités territoriales distinctes, étant chacune administrée par un conseil élu et doté d'attributions différentes, on ne voit pas ce qui peut justifier que le législateur impose aux électeurs de se prononcer par un seul vote » (op. cit., p. 371).

Didier MAUS ne dit pas autre chose lorsqu'il juge qu'il « *est parfaitement logique de déduire de l'article 72 de la Constitution, que l'existence de deux collectivités différentes, le département et la région, chacune dotée à la fois d'un territoire, de compétences et de ressources différents, implique nécessairement une élection distincte, l'une ayant vocation à désigner les conseillers généraux, l'autres les conseillers régionaux. Il est en effet difficile d'admettre que la combinaison de la liberté de vote garantie par l'article 3 de la Constitution et la libre administration des collectivités territoriales interdisent à un électeur de voter différemment pour le département et la région* ». Il ajoute que l'argument relatif « *à la cohérence politique ou à la cohérence des actions menées par les collectivités ne peut être opposé à celui tiré de l'essence même de la démocratie, c'est-à-dire la liberté de l'électeur de se déterminer en fonction des enjeux, lesquels, par nature, ne sont pas identiques pour le département et la région* » (« La réforme des collectivités locales : un casse-tête constitutionnel ? », op. cit., pp. 83-84). Les auteurs de la saisine font leur ces propos.

Pour s'en convaincre, il suffit de prendre l'exemple de la région Basse-Normandie où la gauche est majoritaire tandis que les trois départements qui la composent sont à droite, ou encore la région Champagne-Ardenne, où également la gauche est majoritaire alors que ses quatre départements sont à droite.

Ainsi, parce que le dispositif proposé prive les citoyens de leur liberté de suffrage quant aux choix des membres des conseils généraux et des conseils régionaux, et porte une atteinte manifestement excessive au pluralisme des courants d'idées et d'opinions, vous ne manquerez pas de le déclarer contraire à la Constitution.

4. Quant à la représentation des collectivités territoriales au Sénat

Enfin les requérants vous demandent de constater que la création du conseiller territorial méconnaît également l'article 24 de la Constitution aux termes duquel le Sénat « assure la représentation des collectivités territoriales de la République ».

Vous aviez jugé à propos de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse que si « *l'article 24 de la Constitution impose que les différentes collectivités territoriales soient représentées au Sénat, il n'exige pas que chaque catégorie de collectivités dispose d'une représentation propre* » (91-290 du 9 mai 1991, cons. 28). Mais le fait de ne pas exiger de représentation propre de chaque collectivité territoriale ne signifie pas renoncer à toute forme de représentation, ou à tout le moins de participation à la désignation des sénateurs. D'ailleurs, si vous avez bien voulu valider la disposition qui était alors en cause, c'est parce qu'elle se contentait de prévoir la

substitution des conseillers à l'Assemblée de Corse aux conseillers régionaux des deux départements de Corse, au sein des collèges électoraux sénatoriaux (cons. 29). Probablement différente aurait été votre réponse si la loi en cause avait exclu les conseillers de l'Assemblée des collèges électoraux.

Vous avez d'ailleurs considéré, à l'occasion de l'examen de la loi relative à l'élection des sénateurs, que le corps électoral du Sénat devait « être essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales », et que « toutes les catégories de collectivités territoriales [devaient] y être représentées » (2000-431 DC du 6 juillet 2000, cons. 5). Or comme le gouvernement l'a annoncé, ce qui ne figure toutefois pas dans le texte, les conseillers territoriaux seront amenés à se substituer aux conseillers généraux et aux conseillers régionaux qui conformément à l'actuel article L. 280 du Code électoral font chacun partie du collège électoral sénatorial.

Peut-on réellement considérer dans ces conditions que toutes les catégories de collectivités territoriales énoncées à l'article 72 de la Constitution, et en l'occurrence les régions et les départements, continueront d'être représentées au sein du collège électoral sénatorial, et donc au Sénat, si ce sont les mêmes personnes qui s'expriment au nom des deux collectivités ? Que chaque collectivité n'ait pas de représentation propre est une chose, qu'elle n'ait pas d'expression propre en est une autre. Il est dès lors manifeste que l'une des deux collectivités territoriales constitutionnellement reconnues que sont le département ou la région ne sera *in fine* plus représentée au Sénat.

Pour tous ces motifs donc, et ceux que vous jugerez utiles de relever d'office, les requérants vous demandent de censurer la création du conseiller territorial, ainsi que toutes les dispositions de la loi qui s'y rattachent.

III. SUR LE MODE DE SCRUTIN AUX ELECTIONS TERRITORIALES ET LA REPARTITION DES SIEGES

La loi institue dans son article 1^{er} pour l'élection des conseillers territoriaux un mode de scrutin uninominal majoritaire à deux tours. Elle détermine en outre à l'article 6 un tableau déterminant par départements et par régions le nombre desdits conseillers territoriaux.

Parce que ces dispositions méconnaissent le principe de l'intelligibilité, de la clarté et de la loyauté des élections territoriales (1), qu'elles portent atteinte à la parité (2), à l'égal accès des hommes et des femmes aux fonctions électives (3), et qu'enfin elles sont contraires à l'égalité du suffrage (4), les requérants vous demandent de les censurer.

1. Quant à l'intelligibilité, la clarté et la loyauté du mode de scrutin

Vous avez eu l'occasion de juger que « *l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi* » était applicable aux modes de scrutin (2003-468 DC du 3 avril 2003, cons. 20). Il est ainsi indiqué dans le commentaire aux *Cahiers* de cette décision « *qu'en définissant un mode scrutin, le législateur ne doit pas s'écarter sans motif d'intérêt général de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, lequel revêt une importance particulière en matière électorale afin d'assurer la sincérité du scrutin et l'authenticité de la représentation.* » (n° 15).

Vous avez également considéré à propos des consultations référendaires qu'elles devaient respecter la « *double exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté* » (2000-428 DC du 4 mai 2000, cons. 15), exigence que vous avez expressément étendue aux élections des conseillers généraux et des conseillers régionaux dans votre décision sur la loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux (2010-603 DC du 11 février 2010, cons. 14).

Pris ensemble, le manquement à ces exigences a conduit le législateur à porter « *une atteinte manifestement excessive* » au « *pluralisme des courants d'idées et d'opinions* » qui constitue, selon vos propres termes, « *un fondement de la démocratie* » (2007-559 DC du 6 décembre 2007, cons. 12-13).

Les auteurs de la saisine ne mettent pas ici en cause la clarté et l'intelligibilité du mode de scrutin uninominal majoritaire à deux tours en tant que tel. Il va de soi que par lui-même ce mode de scrutin qui s'applique à l'élection présidentielle, aux élections législatives et aux élections cantonales, est parfaitement familier aux électeurs. Ce qui est en revanche contesté, c'est la confusion qu'il peut faire naître dans l'esprit de ces derniers dès lors qu'ils seront amenés à désigner les membres de deux assemblées distinctes, par le biais d'un seul et même vote.

Dans votre décision sur la loi organisant la consultation des populations de Nouvelle-Calédonie, vous aviez déclaré que la question posée aux populations intéressées devait « *satisfaire à la double exigence de loyauté et de clarté de la consultation* », et que s'il était « *loisible aux pouvoirs publics, dans le cadre de leurs compétences, d'indiquer aux populations intéressées les orientations envisagées* », la question posée aux votants ne devait « *pas comporter d'équivoque, notamment en ce qui concerne la portée de ces indications* » (87-226 DC du 2 juin 1987, cons. 7).

Pour leur part, les requérants considèrent qu'il existe une équivoque manifeste lorsqu'un même candidat fait campagne pour accéder en une seule opération électorale à deux assemblées délibérantes distinctes. Un électeur peut ainsi adhérer, s'il est en réelle capacité de bien effectuer la distinction entre les deux, au programme d'un candidat pour la région, et désapprouver son projet pour le département, tandis qu'il adhère au projet départemental de son adversaire mais pas à son projet régional. Mais il fait surtout peu de doute que dans la plupart des cas les électeurs ne seront pas en mesure de distinguer entre ce qui relève du programme régional et départemental de chaque candidat. Cela est sans conteste de nature à faire naître une confusion dans l'esprit des électeurs, confusion

incompatible avec l'exigence constitutionnelle d'intelligibilité, de clarté et de loyauté du scrutin.

Dans votre décision de 1990 sur la loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux, vous avez admis que les élections régionales et cantonales aient lieu au même moment, mais uniquement parce que « *les élections aux conseils généraux et les élections aux conseils régionaux constitu[aient] des élections distinctes* », et à la condition que le regroupement dans le temps de ces consultations soit accompagné « *de modalités matérielles d'organisation destinées à éviter toute confusion dans l'esprit des électeurs* ». En vous concluez en indiquant que « *si la dualité de candidatures à ces élections [était] susceptible d'exercer une influence sur le libre choix des électeurs concernés par chaque consultation* », elle n'était « *en rien contraire à la Constitution* » (90-280 DC du 6 décembre 1990, cons. 18).

Or toute différente est la loi ici en question puisque, dorénavant, il n'y aura plus de distinction entre les élections aux conseils régionaux et les élections aux conseils généraux, alors même que la distinction entre les deux collectivités, elle, persiste. Et non plus la dualité mais l'unicité des candidatures n'aura pas seulement une influence sur le libre choix des électeurs, elle le contraindra. Quelles que soient les modalités matérielles d'organisation des élections, la confusion dans l'esprit des électeurs ne saura être levée, au contraire. Plus l'électeur sera au fait des conséquences de son vote et de la distinction qu'il lui appartient d'effectuer entre ce qui relève de la région et du département, plus le choix lui apparaîtra délicat. Et encore plus dans l'hypothèse susmentionnée où il adhère au programme régional d'un candidat et au programme départemental de l'autre, ou vice versa. Il n'y a là manifestement ni intelligibilité, ni clarté, ni loyauté, mais bien au contraire, équivoque et confusion.

Pareille atteinte à ces principes est d'autant moins justifiée que le législateur ne pourra s'appuyer sur l'objectif de « *constitution d'une majorité politique au sein du conseil régional* » que vous acceptez de prendre en considération lorsque vous procédez à l'examen d'un mode de scrutin donné (2003-468 DC du 3 avril 2003, cons. 17). Car en effet – et sur ce point les deux rapporteurs de la Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation partageaient la même opinion – si le scrutin majoritaire uninominal majoritaire à deux tours peut favoriser la constitution de majorité stable au sein du conseil général, rien n'assure qu'il en sera de même au sein du conseil régional.

Comme l'a ainsi relevé Hervé MAUREY : « *L'histoire politique de notre pays s'est forgée au niveau communal et départemental, la culture politique peut donc varier d'un département à l'autre au sein d'une même région, pour des motifs géographiques, économiques, sociaux. Le recours à un scrutin uninominal majoritaire ne semble donc pas constituer une garantie pour la formation d'une majorité au niveau de chaque région. De surcroît, on peut lui reprocher de ne pas favoriser l'émergence d'un leadership au niveau départemental ou régional. Contrairement au scrutin municipal ou à l'actuel scrutin régional, il ne permet pas d'identifier les chefs*

de file et il ne favorise pas l'organisation des campagnes électorales sur un projet politique commun à l'ensemble du département ou de la région » (Rapport d'information sur les modes de scrutin envisageables pour l'élection des conseillers territoriaux, 27 mai 2010, n° 509, p. 50).

Tandis que Pierre Yves COLLOMBAT a considéré que s'il permettait, « *en principe, de dégager des majorités, pas plus que le scrutin majoritaire uninominal à un tour, il ne le garantit absolument pas. Le problème se pose dès le niveau départemental mais plus encore régional dans la mesure où les aléas se cumulent et où des conflits d'intérêts entre Départements et Régions, gérés par les mêmes élus, peuvent générer des mouvements de défense plus ou moins identitaires* » (*ibid.*, p. 120). Et, la conjonction de majorités diverses dans les Conseils généraux peut conduire à un Conseil régional sans majorité.

2. Quant à la parité

Conformément à l'article 1^{er} de la Constitution, « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives [...]* ».

Que le mode de scrutin retenu dans la loi ne favorise pas la parité, et même qu'il la défavorise manifestement est unanimement reconnu, aussi bien sur les bancs de la majorité que de l'opposition, et par tous les observateurs de la question. Cela n'est plus à démontrer (v. notamment le Rapport d'information sur l'impact pour l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives des dispositions du projet de loi de réforme des collectivités territoriales, *op. cit.* ; le Rapport d'information sur les modes de scrutin envisageables pour l'élection des conseillers territoriaux, *op. cit.* ; et la note de l'Observatoire de la parité du 7 avril 2010 intitulée « Réforme des collectivités territoriales : effets induits sur la parité des projets de loi n°61 et 62 »). Et ce qui était vrai pour le mode de scrutin envisagé initialement par le projet de loi n° 61 alliant scrutin majoritaire pour 80% des élus, et scrutin proportionnel pour les 20% autres, l'est *a fortiori* pour un mode de scrutin dorénavant majoritaire à 100%.

Les requérants n'ignorent pas que « *les dispositions du cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de priver le législateur de la faculté qu'il tient de l'article 34 de la Constitution de fixer le régime électoral des assemblées* » (2003-475 DC du 24 juillet 2003, cons. 18).

Ils n'ignorent pas non plus que selon votre jurisprudence, cette disposition constitutionnelle a moins un effet obligatoire que permissif, qu'ainsi « *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* », et qu'il est donc « *désormais loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant* » (2000-429 DC du 30 mai 2000, cons. 7). Comme il ressort également du commentaire

aux *Cahiers* de cette décision, l'objet de la révision constitutionnelle ayant conduit à la modification de l'article 3 (puis de l'article 1^{er}) « *était non sans doute d'obliger, mais assurément d'autoriser le législateur à instaurer des règles contraignantes quant au sexe des candidats aux élections politiques dont le mode de scrutin se prêtait à une telle réglementation* » (n° 9).

Par deux fois vous avez refusé la censure qui vous était demandée sur le fondement de l'atteinte à la parité. La première fois au motif que les dispositions critiquées n'avaient « *ni pour objet ni, par elles-mêmes, pour effet de réduire la proportion de femmes élues en France au Parlement européen* » (2003-468 du 3 avril 2003, cons. 46). La seconde parce qu'elles ne portaient « *pas, par elles-mêmes, atteinte à l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives énoncé à l'article 3 de la Constitution* », en l'occurrence aux élections sénatoriales (2003-475 DC du 24 juillet 2003, cons. 17).

Néanmoins dans les deux cas les conséquences sur la parité étaient marginales, alors qu'ici elles seront majeures. Les chiffres et estimations fournies par l'Observatoire de la parité dans sa note précitée du 7 avril 2010 sont à cet égard d'une criante éloquence.

A ce jour, les conseils régionaux sont composés à 47,6% de femmes, soit 895 femmes pour 1880 sièges, tandis que les conseils généraux restent les assemblées les plus fermées aux femmes avec seulement 12,3%, soit 571 femmes, pour 4182 sièges. Trois conseils généraux ne comportent même actuellement aucune femme élue : l'Ariège, la Haute-Corse et le Tarn-et-Garonne et, dans quinze d'entre eux, la proportion des femmes est inférieure à 5%.

Aujourd'hui donc, on compte au total 24,2% de femmes siégeant comme conseillères régionales ou générales, soit 1466 pour 6062 sièges. Sur ce total de sièges, 31,2% sont désignés selon un mode de scrutin proportionnel, 68,8% au scrutin majoritaire.

Or avec le mode de scrutin initialement envisagé où 80% des conseillers territoriaux seraient élus au mode de scrutin majoritaire, et 20% à la proportionnel, l'atteinte à la parité aurait été réelle, mais limitée. L'Observatoire de la parité a estimé que cela ramènerait le pourcentage total de femme à 19,3%. Soit une baisse de 4,9%. De plus, le projet initial prévoyant de ramener le nombre de conseillers territoriaux à 3000, cela aurait entraîné en valeur absolue une baisse de 58% du nombre de femmes, contre 45,8% d'hommes en moins.

Mais avec le mode de scrutin finalement retenu calqué sur l'élection des conseillers généraux à 100% majoritaire, le pourcentage de femmes conseillères territoriales serait proche de la proportion actuelle des 12,3% de conseillères générales. Et encore, il s'agit là même d'une hypothèse optimiste, car avec la compétition accrue liée à la baisse du nombre de conseillers territoriaux – quelques 6000 sortants pour plus que 3496 sièges – il est fort à parier que la proportion de femmes sera encore inférieure. **En valeur absolue, si l'on garde la proportion de 12,3%, cela ne ferait plus que 430 femmes, soit une baisse de leur nombre de 70,6%, contre une baisse de**

seulement 33,1% du nombre d'hommes ! En d'autres termes, ce mode de scrutin engendrera une baisse du nombre de femmes élus deux fois plus importantes que pour les hommes.

Or si l'article 1^{er} comme il est indiqué dans le commentaire de votre décision 2003-475 DC « *permet au législateur d'imposer des règles de parité pour l'accès aux mandats électoraux de caractère politique* », mais « *ne lui impose pas d'imposer* » (Cahiers n° 15), **en revanche le fait de prévoir dans la Constitution que la loi « favorise » l'égal accès des hommes et des femmes ne saurait s'interpréter comme l'autorisant à le défavoriser manifestement, sinon à retenir une interprétation contra-constitutionnelle de cette disposition. La modification du mode de scrutin telle que prévue par la présente loi tendrait toutefois à nettement défavoriser la parité par rapport à la situation actuelle, contredisant ainsi l'article premier de la Constitution.** Les auteurs de la saisine font leur les propos du Président Jean-Claude COLLIARD : « *Cette loi ne favorise pas [la parité]. Et sur ce point la Constitution est quand même formelle* » (propos tenus à l'occasion d'une table ronde sur le thème « Réforme des collectivités locales : le nouveau mode de scrutin en question ? », *Revue politique et parlementaire*, 2009, n° 1053, p. 41). Et encore, le Président disait-il cela à propos du mode de scrutin tel qu'initialement envisagé.

Alors certes la loi « *par elle-même* » n'a pas pour objet de réduire la proportion de femmes conseillères territoriales. Pour autant, il ne saurait vous échapper que c'est bien « *par elle-même* » qu'elle produira cet effet de diminution drastique du nombre de femmes élues. De surcroît la baisse de 70,6% de leur nombre au sein des futurs conseils régionaux et généraux ne peut être considérée comme marginale comme c'était le cas pour les élections européennes et sénatoriales. Enfin, elle est entièrement imputable à la loi et non aux partis politiques.

3. Quant à l'égalité entre les hommes et les femmes

Ce principe de l'égalité entre les hommes et les femmes constitue un autre motif de censure. C'est au demeurant la référence à ce principe qui a justifié votre décision sur la loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, décision par laquelle vous avez considéré que l'égalité entre l'Assemblée de Corse et les conseils régionaux s'opposait à ce que les femmes bénéficient d'un régime électoral moins favorable dans la première que dans les seconds (2003-468 DC du 3 avril 2003, cons. 26).

Il apparaît qu'en effet l'égalité entre les citoyens devant la loi dans l'accès aux fonctions électives dont vous êtes le gardien (82-146 DC du 18 novembre 1982, cons. 6-8 et 98-407 DC du 14 janvier 1999, cons. 12) est ici manifestement méconnue. Comme il l'a déjà été indiqué par les requérants, si le système initial du projet de loi n° 61 avait été retenu, le nombre de femmes élues aurait baissé de 58%, et de seulement 45,8% pour les hommes. Ce qui aurait déjà créé une importante discrimination.

Mais avec le système finalement adopté, l'écart se creusera davantage puisque cela correspondra au minimum à une baisse de 70,6% de femmes élues, contre seulement 30,1% d'hommes en moins. Or cette discrimination de fait à l'égard des femmes que la loi engendrera ne peut trouver sa source dans l'intérêt général poursuivi par la loi, et ce d'autant moins que la différence de traitement qui en résultera n'aura aucun rapport direct avec l'objet de la loi. Il va de soi, en outre, que cette distinction ne saurait être fondée sur la recherche d'un égal accès des hommes et des femmes aux fonctions électives, bien au contraire.

Aussi, parce que ce nouveau mode de scrutin engendrera une baisse du nombre de femmes élues deux fois plus importante que la baisse du nombre d'hommes élus, et donc une rupture manifeste de l'égalité dans l'accès au mandat de conseiller territorial à raison du sexe, il appelle votre censure.

En rien le dispositif introduit à l'article 81 de la loi visant à moduler le financement des partis politiques en fonction des candidatures de chaque sexe ne permettra de contrebalancer ce phénomène. Et ce d'autant moins que cette modulation est elle-même contraire à la Constitution (v. *infra* VI).

4. Quant à l'égalité de suffrage

Conformément à l'article 6 de la loi introduit par amendement du gouvernement, d'abord à l'Assemblée nationale, puis au Sénat : « *Le nombre des conseillers territoriaux de chaque département et de chaque région est fixé par le tableau annexé à la présente loi* ».

Le tableau en question attribue à chaque région un nombre donné de conseillers territoriaux, puis répartit le nombre de ces conseillers par départements. Or vous ne manquerez pas de constater que l'exigence selon laquelle la répartition des sièges doit être établie sur des bases essentiellement démographiques a été manifestement méconnue, et qu'il en a résulté une atteinte disproportionnée à l'égalité devant le suffrage.

Comme votre haute juridiction l'a encore récemment rappelé à propos des élections législatives, il résulte des dispositions des articles 1^{er}, 3 et 24 de la Constitution « *que l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques selon une répartition des sièges de députés et une délimitation des circonscriptions législatives respectant au mieux l'égalité devant le suffrage* », et que « *si le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée* » (2008-573 DC du 8 janvier 2009, cons. 21).

Et comme vous l'avez également indiqué, cette exigence d'asseoir les élections sur des bases essentiellement démographiques n'est pas cantonnée aux élections législatives, mais s'impose également aux élections locales. Il ressort ainsi de votre décision sur la loi modifiant l'organisation administrative et le régime électoral de la ville de Marseille

« que l'organe délibérant d'une commune de la République doit être élu sur des bases essentiellement démographiques résultant d'un recensement récent » (87-227 DC du 7 juillet 1987, cons. 5). Et comme cette considération était entre autres fondée sur l'article 72 de la Constitution, il en résulte que ce « principe s'applique aussi aux assemblées des autres collectivités territoriales (départements, régions) » (*Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 501). Le Conseil d'Etat a déclaré expressément qu'il découlait de « l'ensemble des dispositions de la Constitution, notamment de ses articles 3, 24 et 72, que le principe d'égalité des citoyens devant le suffrage s'applique à l'élection des assemblées délibérantes des collectivités locales » (*Le Déaut et autres, arrêt d'Assemblée du 13 novembre 1998 in Les grands arrêts du droit de la décentralisation, op. cit.*, p. 515).

Pour se conformer à ces exigences constitutionnelles, l'exposé des motifs de l'amendement n° 580 de la Commission des Lois du Sénat repris à son compte par l'amendement n° A-2 du gouvernement précise que la « représentation moyenne de chaque département d'une même région s'inscrit en principe dans une fourchette de plus ou moins 20% par rapport à la représentation moyenne des habitants par conseiller territorial à l'échelon de la région », et que « tous les écarts démographiques de représentation des départements d'une même région se situent dans le tunnel d'écart d'amplitude de 40 % ».

En apparence le législateur s'est ainsi conformé à votre jurisprudence selon laquelle l'autorité compétence pour opérer la délimitation à l'intérieur d'un même département peut « s'écarter de plus ou de moins de 20 p 100 par rapport à la population moyenne d'un département » (86-208 DC du 2 juillet 1986, cons. 23). Mais il ne s'agit bien là que d'une apparence. En effet, là où vous avez fait de cette possibilité une exception, le législateur ici en fait une règle. Il résulte de vos décisions antérieures que cet écart de 20% est non seulement un « maximum », mais que, de surcroît, sa mise en œuvre « doit être réservée à des cas exceptionnels et dûment justifiés », ne pouvant « intervenir que dans une mesure limitée » et seulement en s'appuyant au « cas par cas, sur des impératifs précis d'intérêt général » (*ibid.*, cons. 24).

Or ici, non seulement l'écart de 20% devient la règle, mais surtout, si l'exposé des motifs de l'amendement évoque effectivement des impératifs d'intérêt général, ce n'est pas pour justifier la mise en œuvre de cet écart, mais pour justifier qu'il y soit dérogé. On mesure là combien la logique du législateur est manifestement contraire à celle de votre haute juridiction.

Les auteurs de la saisine n'ignorent pas que la répartition des sièges selon des bases essentiellement démographiques n'impose pas le respect d'une stricte proportionnalité. Selon vos propres termes, « il ne s'ensuit pas que la répartition des sièges doive être nécessairement proportionnelle à la population de chaque secteur ni qu'il ne puisse être tenu compte d'autres impératifs d'intérêt général ». Mais néanmoins, comme vous l'avez également précisé, « ces considérations ne peuvent intervenir que dans une mesure limitée » (87-227 DC du 7 juillet 1987, cons. 5).

Pourtant, vous ne manquerez pas de constater que dans au moins trois régions, les écarts entre les départements sont manifestement disproportionnés.

C'est le cas en Lorraine d'abord, où avec 134 conseillers territoriaux pour une population de 2 339 881 habitants², le coefficient électoral régional est de 17 462 voix. Dans le département de la Meuse où un conseiller territorial représentera en moyenne 10 194 habitants, le coefficient électoral sera inférieur de 43% au coefficient régional. Avec la Moselle, où un conseiller territorial représentera 20 328 habitants, le coefficient électoral sera lui supérieur de 13% au coefficient régional, soit un écart de 56%. **Dit autrement, cela signifie que pour se faire élire conseiller territorial de Moselle, un candidat devra obtenir deux fois plus de voix que le candidat de la Meuse.**

Or vous aviez justement considéré dans votre décision relative à la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie de 1985 que le fait qu'il serait deux fois plus difficile de se faire élire dans la Région de Nouméa que dans les autres régions néo-calédoniennes faisait que la « *mesure limitée* » dans laquelle le législateur pouvait s'écarter de la proportionnalité avait été « *manifestement dépassée* » (85-196 DC du 8 août 1985, cons. 16).

C'est ensuite le cas en Provence-Alpes-Côte d'Azur, où avec 226 conseillers territoriaux pour une population de 4 864 015 habitants, le coefficient électoral régional est de 21 522 voix. Dans les départements des Alpes-de-Haute-Provence et des Hautes-Alpes, un conseiller territorial représentera respectivement en moyenne 10 404 et 8832 habitants, soit un coefficient électoral inférieur de 52 et 59% au coefficient régional. Avec le département des Bouches-du-Rhône où un conseiller territorial représentera en moyenne 26 119 habitants, soit un coefficient électoral supérieur de 21% au coefficient régional, l'écart s'élèvera à 73 et 80%. **Aussi sera-t-il 2,5 fois plus difficile de se faire élire dans les Bouches-du-Rhône que dans les Alpes-de-Haute-Provence, et 3 fois plus difficile que dans les Hautes-Alpes.**

C'est enfin le cas dans le Languedoc Roussillon, où avec 167 conseillers territoriaux pour une population de 2 560 870 habitants, le coefficient électoral régional est de 15 535 voix. Dans le département de Lozère, un conseiller territorial représentera en moyenne 5125 habitants, soit un coefficient électoral inférieur de 66% au coefficient régional. Avec le département de l'Hérault où un conseiller territorial représentera en moyenne 18 200 habitants, soit un coefficient électoral de 19% supérieur au coefficient régional, l'écart s'élèvera à 85%. **Aussi sera-t-il 3,5 fois plus difficile de se faire élire dans l'Hérault qu'en Lozère.**

De telles disproportions montrent combien le législateur a commis dans la répartition des sièges de conseillers territoriaux au sein des départements une « *erreur manifeste d'appréciation* » qu'aucun impératif d'intérêt général ne saurait justifier. Et parce qu'il en découle une atteinte à l'égalité des citoyens devant le suffrage, vous le censurerez.

² Source INSEE des populations légales millésimées 2007 entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

IV. SUR LA CREATION DES METROPOLES

A titre liminaire, les requérants tiennent à indiquer qu'ils ne mettent pas en cause le bien-fondé de la création de métropoles – comme en attestent leurs déclarations lors du débat parlementaire – mais uniquement les modalités de leur création, en ce qu'elles se passent de l'accord des départements et des régions pour le transfert de certaines de leurs compétences.

L'article 12 de la loi crée des métropoles qui constituent chacune un établissement public de coopération intercommunale, regroupant des communes normalement d'un seul tenant et sans enclave sauf lorsque le périmètre de la métropole intègre celui d'une communauté d'agglomération créée avant le 1er janvier 2000 et ayant bénéficié de l'application, au moment de sa création, des dispositions de l'article 52 de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale.

Ces métropoles sont créées selon les procédures prévues soit à l'article *L. 5211-5*, à l'exception du 2° du I, soit à l'article *L. 5211-41*, soit à l'article *L. 5211-41-1*, à l'exception de la seconde phrase du premier alinéa, soit à l'article *L. 5211-41-3*, à l'exception du 2° du I du Code général des collectivités territoriales, et sous réserve des dispositions prévues aux alinéas suivants. Leur création est finalement prononcée par décret après accord des conseils municipaux concernés à une majorité qualifiée.

Il en résulte que parmi les différents niveaux de collectivités territoriales, seules les communes (ou leur EPCI) peuvent en avoir l'initiative, et seules ces communes peuvent donner un accord préalable à leur création. Pourtant, ces métropoles se distinguent des EPCI classiques en ce qu'elles exercent de plein droit des compétences des départements et des régions, en plus de compétences exercées par délégation de ces deux dernières catégories de collectivités.

Parce que la procédure de création des métropoles revient à donner aux communes et aux EPCI existants un pouvoir de modification des compétences des départements et des régions, elle est manifestement contraire aux exigences inscrites aux articles 34 et 72 de la Constitution pris conjointement (1), ainsi qu'au principe d'égalité entre les collectivités territoriales (2).

1. Quant l'incompétence négative

Quelle que soit la procédure envisagée, elle réserve systématiquement l'initiative de la création des métropoles aux communes concernées ou aux EPCI préexistants. Or, la création d'une métropole a des conséquences, à titre facultatif mais aussi et surtout de plein droit, sur les compétences des départements et des régions. Cette circonstance est contraire aux articles 34 et 72 de la Constitution qui réservent au seul législateur la

détermination des compétences des collectivités territoriales. Ce dernier peut, certes, adopter une loi fixant des compétences optionnelles que pourront exercer les EPCI, mais dans ce cas ce sont soit les communes concernées par l'exercice de ces compétences, soit l'Etat qui auront l'initiative de la création de l'établissement public de coopération intercommunale.

En revanche, le législateur ne peut pas renvoyer la répartition des compétences entre collectivités territoriales à l'initiative d'une catégorie de collectivité territoriale, aux dépens des autres catégories.

S'il était loisible au législateur de fixer la liste des métropoles, ou de prévoir la création de métropoles par décision de l'Etat, ou éventuellement d'en confier l'initiative aux collectivités par accord des communes, des départements et des régions dans le cadre d'une procédure précisément fixée, il ne pouvait en revanche laisser à l'initiative des communes la faculté de créer un établissement public qui modifie les compétences des départements et des régions, autrement dit la répartition des compétences entre catégories de collectivités territoriales. Si le législateur considère que le fait métropolitain appelle une modification de la répartition des compétences entre collectivités, il doit y procéder lui-même ou autoriser l'autorité réglementaire nationale à procéder à cette répartition, sans s'en remettre à l'initiative d'une seule catégorie de collectivités territoriales, sauf à méconnaître sa propre compétence.

En outre, l'alinéa 73 de l'article 12 prévoit un mécanisme de substitution de plein droit, pour l'exercice de certaines de leurs compétences, des métropoles aux collectivités territoriales et aux établissements publics de coopération intercommunale concernées, dans l'ensemble des droits et obligations attachés aux biens mis à disposition conformément à l'art. L. 5217-6 du Code général des collectivités territoriales tel que rédigé à l'alinéa 68 du même article 12. Or, Le législateur, pour être conséquent, doit prévoir le cas où les collectivités ou établissements sont propriétaires des dits biens mis à disposition, auquel cas la référence à l'article adéquat du code général des collectivités territoriales (l'article L. 1321-4) doit être explicite. Cet oubli entache l'alinéa susvisé d'incompétence négative.

2. Quant à la rupture d'égalité entre les collectivités territoriales

La circonstance que l'article 12 du projet de loi prévoit une consultation pour avis de l'assemblée délibérante des départements et des régions concernées sur le projet de création et confère *in fine* à l'exécutif la décision de créer la métropole ne saurait rendre constitutionnelle cette procédure de création. En effet, une métropole ne sera créée, et les compétences des départements et des régions concernées ne seront ainsi modifiées qu'à la condition que des communes aient pris la décision d'initier cette procédure. Mieux encore, le décret ne pourra procéder à la création de la métropole qu'à condition que le projet ait reçu l'« accord des conseils municipaux des communes concernées dans les conditions de majorité prévues au 2° du II de l'article L. 5211-5. » (article 5, avant dernier alinéa de la section 1).

Tout le système français de décentralisation tel que proclamé à l'article premier de la Constitution repose sur le principe d'égalité entre collectivités territoriales. Chaque catégorie de collectivités dispose de ses propres compétences, de son personnel et de ses ressources, et chacune intervient donc dans sa sphère de compétences. La loi peut décider de transférer une compétence d'une catégorie de collectivités territoriales à une autre catégorie de collectivités territoriales. Dans ce cas, d'ailleurs, en application du principe d'égalité - et ainsi d'identité institutionnelle et matérielle des collectivités de même catégorie - soit elle transfère une compétence à titre obligatoire à toutes les collectivités relevant d'une catégorie, soit elle propose, à titre facultatif mais toujours à toutes les collectivités de la catégorie, le transfert de cette compétence.

Or en l'espèce, vous ne manquerez pas de constater que le principe d'égalité entre collectivités territoriales est rompu, puisque les communes ou les EPCI se voient reconnaître un rôle essentiel et exclusif dans l'initiative puis dans la création d'un établissement public, lequel aura la particularité d'exercer de plein droit des compétences qui appartiennent aux départements et aux régions. Les communes auront ainsi la faculté de modifier (retrancher) les compétences des départements et des régions sans que ces derniers ne puissent s'y opposer. Le dispositif créé n'a donc rien de commun avec les dispositions législatives existantes permettant aux EPCI de réclamer à une autre catégorie de collectivités territoriales une délégation de compétences. Dans ce cas, l'EPCI peut demander au département de bien vouloir lui déléguer une partie de sa compétence, mais ce dernier peut refuser.

Toute autre est la situation créée par la création des métropoles.

La possibilité pour les communes de peser unilatéralement sur le sort de certains départements et de certaines régions, sachant que ces derniers ne disposent pas d'une capacité équivalente, constitue bien une rupture flagrante du principe d'égalité. Elle instaure *de facto* une tutelle des communes sur les départements et les régions, en ce qu'elle permettra aux premières de priver les deux autres de leur droit à délibérer sur des affaires qui les concernent. Comme l'a relevé à juste titre Hubert ALCARAZ, « *dès lors qu'une ou plusieurs collectivités se trouvent privées de leur pouvoir de décision, l'atteinte qualitative à leur liberté atteint un seuil caractéristique [...] d'une véritable tutelle* » (« Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », *R.F.D.A.*, 2009, n° 3, p. 503).

Ce rôle conféré aux communes conduit également à violer la libre administration des départements et des communes, puisque l'exercice des compétences qui leur ont été attribuées par la loi peut être compromis à tout instant par l'initiative et le vote à la majorité qualifiée d'un projet de création d'une métropole par des communes.

Pour l'ensemble de ces griefs, ces dispositions appellent votre censure.

2010 - 618 - DC

V. SUR LA SUPPRESSION DE LA CLAUSE GENERALE DE COMPETENCE

C'est la constitutionnalité de l'article 73 de la loi que les requérants ici contestent en ce qu'il supprime, pour les départements et les régions, la clause générale de compétence qui leur était jusque là attribuée au même titre que pour les communes. Comme l'a reconnu de manière tout à fait explicite le Secrétaire d'État à l'intérieur et aux collectivités territoriales devant le Sénat lors des débats du 6 juillet 2010 : « *Les dispositions adoptées par l'Assemblée nationale s'articulent comme suit : premièrement, la clause générale de compétence des départements et des régions est supprimée ».*

Cette suppression méconnaît à la fois le texte même de l'article 72 de la Constitution en ce qu'il proclame la libre administration des collectivités territoriales (1), mais également un principe fondamental reconnu par les lois de la République (2).

1. Quant à la violation de la libre administration des collectivités territoriales

Depuis que la loi en France a créé des collectivités territoriales, elle les a toujours et uniformément assorties de la clause générale de compétence. La loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, a même introduit une disposition transversale, aujourd'hui reprise à l'article L. 1111-2, premier alinéa du Code général des collectivités territoriales, selon laquelle « *les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence* ».

Autrement dit, il ne fait pas de doute que la clause générale de compétence est bien consubstantielle à la notion même de collectivité territoriale. Pour s'en convaincre, il suffirait de se référer aux régions. Simple établissement public régional en 1972, c'est lorsqu'elles acquièrent le statut de collectivité territoriale à part entière en 1982 qu'elles seront dotées de la clause générale de compétence.

De manière générale, les collectivités territoriales sont des institutions publiques qui se distinguent fondamentalement des établissements publics en ce que ces derniers jouissent d'attributions spécifiques et limitées. Ils sont régis par le principe de spécialité, à la différence des collectivités territoriales (2007-548 DC du 22 février 2007, cons. 11). Ceci explique notamment que les intercommunalités ne constituent pas des collectivités locales. **Aussi, retirer aux départements et aux régions leur compétence générale reviendrait ni plus ni moins qu'à les priver de leur qualité même de collectivité territoriale.**

Consubstantielle à la notion de collectivité territoriale, la clause de compétence générale fait partie intégrante du principe même de la libre administration. A cet égard, il est particulièrement instructif de rappeler les termes de l'observation de Michel VERPEAUX qui figure dans le rapport du Comité pour la réforme des collectivités

locales : « *l'attribution de la compétence générale est la condition qui permet de donner aux collectivités la souplesse nécessaire à leur action et la part de liberté qui constitue le coeur même de la libre administration. Même entendue de manière résiduelle, elle permet à la collectivité de s'affirmer non seulement comme un prestataire de services mais bien d'apparaître comme une collectivité humaine, dont la dimension politique au sens le plus noble du mot ne peut être négligée. En effet, et même si la question est l'objet de controverses doctrinales, il est possible de rattacher l'attribution de la compétence générale à la reconnaissance constitutionnelle du principe de libre administration. Remettre l'une en cause serait porter atteinte à l'autre » (p. 149).*

Les requérants ne prétendent évidemment pas que la compétence générale des collectivités territoriales les autorise à tout faire, et notamment à définir leurs propres compétences, attribut qui relève de la loi. Ils n'ignorent pas non plus les limites tracées par le Conseil d'Etat à l'exercice de la clause de compétence générale (v. notamment Gilles Le CHATELIER, « Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile ? », *A.J.D.A.*, 9 février 2009, n° 4).

Néanmoins, ils ne peuvent admettre, et vous avec eux, que le législateur revienne sur ce que le constituant a rappelé avec force par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. C'est elle qui a ainsi introduit au deuxième alinéa de l'article 72 la disposition selon laquelle : « *Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* ».

Cet objectif constitutionnel transpose dans notre droit constitutionnel ce que l'on a coutume d'appeler le *principe de subsidiarité*. Cette disposition consacre ainsi le principe selon lequel chaque collectivité a vocation à gérer ses propres affaires relevant d'un intérêt public local. Le constituant a d'ailleurs de lui-même relevé le lien étroit qui unit subsidiarité et clause de compétence générale en indiquant que : « *D'une certaine manière, cette clause générale de compétence porte en elle, en filigranes, l'exigence de subsidiarité* » (Commission des Lois du Sénat, Rapport n° 27 (2002-2003) du 23 octobre 2002, p. 99).

A l'inverse donc, le principe de subsidiarité porte en lui, « en filigranes », la clause de compétence générale. C'est dire combien l'article 72, alinéa 2, a conduit à la constitutionnalisation de la clause de compétence générale, laquelle s'oppose ainsi à sa suppression par la voie de la loi ordinaire.

Ce principe de subsidiarité, vous lui avez donné corps en jugeant « *qu'il résulte de la généralité des termes retenus par le constituant que le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'Etat plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause, sur le fondement de cette disposition, que s'il était manifeste qu'eu égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale* » (2005-516 DC du 7 juillet 2005, cons. 12).

Or, en privant les régions et les départements de leur compétence générale, le législateur a porté une atteinte manifeste à la possibilité que leur accorde la Constitution d'intervenir dans des domaines qui relèvent pourtant d'un intérêt public local, et a ainsi privé « *de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* » (92-316 DC du 20 janvier 1993, cons. 56).

Cette suppression est d'ailleurs d'autant moins acceptable que c'est l'Etat lui-même qui « *encourage les collectivités territoriales à faire jouer de manière extensive la clause générale de compétence* » (« Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile ? », *op. cit.*, pp. 190 et s.).

2. Quant à l'appartenance de la clause générale de compétences aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

En outre, les auteurs de la saisine considèrent que la compétence générale des collectivités territoriales relève des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Qu'en effet, et conformément à votre jurisprudence, la clause générale de compétence a été appliquée et reprise sans discontinuer par toutes les lois républicaines relatives à la création de nouvelles collectivités territoriales depuis la création des conseils généraux en 1871 (88-244 DC du 20 juillet 1988, cons. 12), et qu'il ne saurait être question d'y voir une pure considération contingente (93-321 DC du 20 juillet 1993, cons. 7).

C'est le cas pour les conseils généraux dont la compétence générale a été consacrée à l'article 48 de la loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux, et c'est le cas pour les communes avec l'article 61 de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation et les attributions des conseils municipaux. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs lui-même établi le lien entre la clause de compétence générale telle qu'elle est aujourd'hui en vigueur pour les communes, et son origine dans la loi de 1884 en indiquant que : « *Considérant que selon l'article L. 121-26 du code des communes en vigueur à la date de la délibération contestée et qui reprend des dispositions dont l'origine remonte à l'article 61 de la loi du 5 avril 1884 : "Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune" ; que ce texte, qui figure présentement à l'article L. 2121-29 du code général des collectivités territoriales, habilite le conseil municipal à statuer sur toutes les questions d'intérêt public communal, sous réserve qu'elles ne soient pas dévolues par la loi à l'Etat ou à d'autres personnes publiques et qu'il n'y ait pas d'empiètement sur les attributions conférées au maire* » (Commune de Mons-en-Baroeul, 29 juin 2001, n° 193716).

Certes, s'agissant des régions, la compétence générale leur a été attribuée postérieurement à 1946. Néanmoins, elle leur a été reconnue par l'article 59 de la loi n° 82-213 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, aussitôt que la qualité de collectivité territoriale à part entière leur a été accordée. **Ce qui importe ici n'est donc pas tant la date de la création des régions,**

que la source dans laquelle puise la reconnaissance de leur compétence générale qui, elle, est bien antérieure à 1946.

De surcroît, l'adhésion de la France à la Charte européenne de l'autonomie locale le 17 janvier 2007 (entrée en vigueur le 1^{er} mai 2007) qui, en son article 4, contient des dispositions similaires à notre clause de compétence générale, ne fait que renforcer un peu plus encore la portée contraignante de cette dernière³.

Les requérants invitent également votre haute juridiction à faire évoluer sa jurisprudence. Ils n'ignorent pas ce qui a pu présider à votre décision de ne retenir que les lois antérieures à 1946 et qui est parfaitement résumé par François LUCHAIRE en ces termes : « *Le Préambule de 1946 auquel se réfère de 1958, n'a pu donner valeur constitutionnelle qu'aux principes que ses auteurs connaiss[ai]ent, à cette date* » (*Le Conseil constitutionnel*, Economica, 1980, p. 182). Néanmoins, comme en atteste la doctrine contemporaine, cette position est devenue discutable (v. notamment Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1995, pp. 96-97).

En effet, la Cinquième République a maintenant plus de cinquante ans, et rien ne justifie plus que la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République soit comme figée, cristallisée avant 1946. Les lois adoptées depuis 1958 sont des lois républicaines, au même titre que les lois républicaines antérieures. De ce point de vue, ce qui importe en réalité n'est pas la date d'une loi, mais le principe qu'elle inscrit dans le droit positif.

Aussi, parce que la suppression de la clause générale de compétence est contraire à la libre administration des collectivités territoriales, ainsi qu'aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, elle encourt votre censure.

VI. SUR LA MODULATION DU FINANCEMENT DES PARTIS POLITIQUES LIEE AU RESPECT DE LA PARITE

Le grief porte ici sur l'article 81 de la loi, et en particulier sur les dispositions selon lesquelles :

« Dans un département ou une collectivité, lorsque, pour un parti ou un groupement politique, l'écart entre le nombre de candidats de chaque sexe ayant déclaré se rattacher à ce parti ou ce groupement lors des dernières élections des conseillers territoriaux ou des membres de l'assemblée délibérante d'une collectivité créée en application du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution, d'une collectivité régie par l'article 74 de la Constitution ou du congrès de la Nouvelle-Calédonie,

³ Art. 4 § 2 de la Charte : « Les collectivités locales ont, dans le cadre de la loi, toute latitude pour exercer leur initiative pour toute question qui n'est pas exclue de leur compétence ou attribuée à une autre autorité »

Art. 4 § 4 : « Les compétences confiées aux collectivités locales doivent être normalement pleines et entières. Elles ne peuvent être mises en cause ou limitées par une autre autorité, centrale ou régionale, que dans le cadre de la loi. »

conformément au dernier alinéa du 1^o de l'article 9-1 A de la présente loi, dépasse 2 % du nombre total de ces candidats, le montant de la première part de la seconde partie de la première fraction qui lui est attribué, pour ce département ou cette collectivité, en application du même 1^o du même article 9-1 A est diminué d'un pourcentage égal à la moitié de cet écart rapporté au nombre total de ces candidats.
« Pour l'ensemble d'une région, le pourcentage de diminution appliqué à chaque parti ou à chaque groupement politique conformément à l'alinéa précédent est celui du département de la région dans lequel l'écart entre le nombre de candidats de chaque sexe ayant déclaré se rattacher au parti ou au groupement, rapporté au nombre total de ces candidats, est le plus élevé. »

Cette disposition n'est ni plus ni moins que l'aveu des promoteurs de cette loi que le mode de scrutin envisagé pour l'élection des conseillers territoriaux porte une atteinte manifeste à « *l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* » (v. *supra* III.3 et 4).

Mais surtout, au-delà de son évidente inefficacité en termes de parité, elle méconnaît à la fois le principe de clarté de la loi (1) et l'égalité entre les partis et groupements politiques devant le suffrage (2).

1. Quant au principe de clarté de la loi

Comme vous le rappelez avec constance, « *le principe de clarté de la loi* » et « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* » imposent au législateur « *d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* » (2004-509 DC du 13 janvier 2005, cons. 25).

Le manque de lisibilité – pour ne pas dire la contradiction – du dispositif réside ici dans le fait que pour attribuer la première part de la seconde partie de la première fraction d'aides aux partis politiques qui ont présenté des candidats aux élections territoriales, il soit tenu compte « *des candidats ayant obtenu au moins 1 % des suffrages exprimés dans au moins trois cent cinquante cantons répartis entre au moins quinze départements* », alors que d'une autre côté le calcul de la modulation des aides aux partis et groupements selon le nombre de candidats de chaque sexe qu'ils ont présenté se fait, lui, au niveau de la région.

Autrement dit, le dispositif contesté met en place un système fondé sur l'attribution des aides en fonction de résultats départementaux, tandis que la modulation se fera, elle, à l'échelon régional.

Or on ne peut raisonnablement imposer des contraintes de nature départementale en matière électorale aux partis et groupements politiques, tout en les amputant de leurs aides pour des considérations d'ordre régionales, sans méconnaître l'intelligibilité du dispositif.

2. Quant à l'égalité des partis et groupements politiques devant le suffrage

Comme vous l'avez rappelé, les articles 3 et 4 de la Constitution « *ne font pas obstacle à ce que l'État accorde une aide financière aux candidats aux élections* », mais cette aide « *doit, pour être conforme au principe d'égalité, obéir à des critères objectifs* » (88-242 DC du 10 mars 1988, cons. 26).

Or la rupture d'égalité entre les partis et groupements politiques réside ici dans le fait que pour le calcul dans l'ensemble d'une région du pourcentage de diminution des aides, on prend en compte le département de la région dans lequel l'écart entre le nombre de candidats de chaque sexe ayant déclaré se rattacher au parti ou au groupement, rapporté au nombre total de ces candidats, est le plus élevé.

Cette prise en compte du seul département dans lequel l'écart est le plus élevé est à lui seul porteur d'inégalité.

En effet, il conduira à ceci de paradoxal qu'à l'échelle d'une région, un parti pourra avoir présenté plus de candidates qu'un autre, mais qu'il se retrouvera néanmoins amputé d'une aide plus importante.

Ce sera ainsi le cas si un parti ou un groupement politique se conduit de manière exemplaire dans tous les départements d'une région sauf un, dans lequel l'écart sera d'importance. Il perdra alors plus d'aides que le parti ou le groupement qui aura en valeur absolue présenté moins de candidates, mais dont l'écart systématique entre candidats de chaque sexe restera inférieur au parti ou groupement pourtant plus vertueux à l'échelle de la région.

Cette prime au moins disant n'obéit ainsi à aucun critère objectif, et méconnaît manifestement l'exigence constitutionnelle d'égalité entre les partis et les groupements politiques.

En réalité, il ne fait aucun doute aux yeux des requérants que loin de favoriser la parité, ce dispositif aura pour effet la multiplication des structures partisanes départementales auxquelles se rattacheront les candidats aux élections territoriales pour éviter tout recollement à l'échelon régional. Cela à l'éclatement en autant de structures l'octroi de la part de la première fraction de l'aide publique concernée, et fragilisera ainsi l'ensemble du dispositif de financement public des partis, puisque l'octroi de la seconde fraction dépend de celui de la première.

Pour l'ensemble de ces motifs, les auteurs de la saisine considèrent que ces dispositions encourent votre censure.

VII. SUR LA CREATION DU CONSEILLER TERRITORIAL DANS LES DEPARTEMENTS ET REGIONS D'OUTRE-MER

A titre subsidiaire, vous serez à tout le moins amené à constater que l'application du chapitre 1^{er} du titre 1^{er} dans les départements et régions d'outre-mer encourt votre censure.

Le chapitre 1^{er} du titre 1 a pour objet, dans l'ensemble des collectivités se trouvant dans le champ d'application de ce titre du code général des collectivités territoriales, de substituer au conseiller général et au conseiller régional, le conseiller territorial. Celui-ci, en vertu de l'article L. 3113-1, représente le territoire, circonscription électorale du département.

Or, pour la Guadeloupe et la Réunion, compte tenu du caractère monodépartemental de ces régions d'outre-mer - la Martinique et la Guyane ayant été considérées à part, compte tenu du consentement donné par leurs électeurs au principe d'une collectivité unique -, l'application de la réforme conduirait le département et la région, qui subsisteront en tant que personnes morales de droit public, à partager une assemblée unique commune.

A la fois en tant qu'il concerne l'ensemble des départements et régions d'outre-mer (A) et, en tant qu'il s'applique particulièrement à la Martinique et à la Guyane (B et C), la loi adoptée par le Parlement est inconstitutionnelle, à plusieurs égards.

Enfin, l'habilitation donnée au gouvernement d'agir par voix d'ordonnance inscrite à l'article 87 méconnaît à l'évidence les exigences de l'article 38 de la Constitution (D).

A. Défaut de consultation et de recueil du consentement des électeurs des régions monodépartementales d'outre-mer

La création d'un conseiller territorial représentant du territoire au sein du conseil général et du conseil régional revient, dans les régions monodépartementales d'outre-mer, à y instituer, au sens du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution, une assemblée délibérante unique pour le département et la région. Or une telle institution ne peut intervenir, toujours aux termes du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution, sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4 de la Constitution, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités.

L'absence de consultation des électeurs de la Guadeloupe et de la Réunion et, a fortiori de recueil de leur consentement, préalablement à l'institution d'une assemblée unique pour ces départements et régions d'outre-mer frappe d'inconstitutionnalité les dispositions de l'article 5 de la loi déferée en tant qu'elles concernent ces collectivités.

- 1- La loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République a instauré des garanties démocratiques nouvelles quant à l'évolution statutaire ou institutionnelle des départements et régions d'outre-mer que la loi de réforme des collectivités territoriales ne respecte pas.

La question de l'évolution statutaire (passage de l'un à l'autre des régimes législatifs prévus aux articles 73 et 74 de la Constitution) des départements et régions d'outre-mer ou de leur évolution institutionnelle (création d'une collectivité se substituant à un département et une région ou institution d'une assemblée unique pour ces deux collectivités) a été considérée comme suffisamment importante par le Constituant pour subordonner ces évolutions au recueil préalable du consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités. Il s'agit bien d'un consentement : en l'absence d'accord, le projet en cause doit être regardé comme rejeté (comme cela a été le cas avec le rejet, le 7 décembre 2003, par les électeurs de Guadeloupe et de Martinique d'un projet de collectivité unique).

L'intention du Constituant de 2003 était bien de créer « un véritable droit de veto » (présentation du projet de loi constitutionnelle devant le Sénat par le garde des sceaux, ministre de la justice, Dominique Perben le 29 octobre 2002) « s'agissant de la possibilité ouverte au législateur de modifier l'organisation et le régime législatif des collectivités d'outre-mer ».

Cette intention était motivée par la situation particulière des collectivités concernées, par le caractère très sensible des questions statutaires et institutionnelles dans ces collectivités, notamment en ce qui concerne la concentration des pouvoirs. Lors de son audition, le 16 octobre 2002, devant la commission des lois du Sénat, la ministre de l'outre-mer, Brigitte Girardin, précisait en effet que « l'assentiment des électeurs constituait une nécessité démocratique pour mettre en œuvre des évolutions institutionnelles aussi importantes que [...] la concentration dans une seule assemblée [...] des compétences régionales et départementales [...] ».

En les subordonnant à la même procédure de consultation et de recueil du consentement des électeurs, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a donc bien mis sur le même plan, au regard de l'importance que pouvaient constituer ces changements, le passage de l'un à l'autre des articles 73 et 74 de la Constitution, la création d'une collectivité unique et **l'institution d'une assemblée unique** et c'est bien la question de la concentration des compétences du département et de la région entre les mains d'un seul groupe d'élus qui a motivé la mise en place, dans la Constitution, de ce droit de veto pour les électeurs.

Or les dispositions de l'article 5 de la loi de réforme des collectivités territoriales reviennent à créer en Guadeloupe et à la Réunion, une telle assemblée unique. Force est de constater que cette création, applicable en même temps dans l'hexagone et dans ces deux régions d'outre-mer, se ferait sans que le consentement des électeurs eut été

recueilli, en méconnaissance des règles prévues par le dernier alinéa de l'article 73 et de l'article 72-4. Ceci entache la disposition contestée d'inconstitutionnalité.

2- Il ne saurait être en effet contesté que la loi de réforme des collectivités territoriales crée, dans les départements et régions d'outre-mer, une assemblée unique, commune au département et à la région.

Une assemblée est une « réunion de personnes formant corps... » (Littré) ou un « ensemble institutionnel ou statutaire de personnes formant un corps constitué... » (Petit Larousse). Il est donc clair que ce qui définit en premier lieu une assemblée, ce sont les personnes qui la constituent, voire les modalités de leur désignation en tant que membres de cette assemblée.

Dans le cas d'espèce, en Guadeloupe et à la Réunion, l'article 5 de la loi revient à créer un ensemble unique de personnes pour siéger au conseil général du département de la Guadeloupe ou de la Réunion et au conseil régional de la région Guadeloupe ou de la Réunion. Issues d'une seule et même élection, organisée dans un seul ensemble territorial, elles constitueraient incontestablement une assemblée unique, commune au département et à la région, au sens du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution, puisque la région n'est composée que d'un département.

Le fait que les appellations « conseil général » et « conseil régional » subsistent, de même que les deux personnes morales, ne contredit en rien le constat que, dans la réalité, la loi crée une assemblée unique pour le département et la région, ce qui caractérise une assemblée n'étant pas son appellation mais bien sa composition. Il suffit pour s'en convaincre de se référer au Conseil de Paris. Bien qu'il statue, tantôt comme conseil municipal, tantôt comme conseil général, il n'en demeure pas moins une assemblée délibérante unique (v. *supra* II.1).

C'est en effet la composition de l'assemblée et non le fait qu'elle puisse avoir des dénominations différentes selon qu'elle délibère des affaires du département ou de la région, qui est déterminant pour apprécier si l'exercice des compétences du département ou de la région est ou non concentré dans les mains d'un même groupe de personnes. Or c'est précisément cette question du risque de concentration des pouvoirs que le Constituant a voulu réserver aux électeurs.

3- L'argument consistant à considérer que l'obligation de recueil du consentement des électeurs inscrits ne vaudrait qu'en cas de réforme institutionnelle spécifique aux départements et régions d'outre-mer et qu'elle ne s'imposerait pas dans le cas de l'application, dans ces collectivités, d'une réforme nationale ne trouve aucun fondement constitutionnel.

Le dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution ne souffre pas d'ambiguïté : le recueil du consentement des électeurs inscrits dans le ressort d'un département et

d'une région d'outre-mer est obligatoire avant la création d'une collectivité unique « ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ».

Quel que soit le texte qui institue, dans ces départements et régions, une assemblée unique, cette formalité substantielle s'impose : le principe d'identité législative, prévu par le premier alinéa de l'article 73, n'a pas d'autorité supérieure à celui exigeant le consentement des populations du dernier alinéa du même article. Que l'article 5 de la loi de réforme des collectivités territoriales s'applique également aux collectivités de l'hexagone et constitue en cela une réforme « nationale », n'exonère en rien le Président de la République et le Gouvernement de l'obligation constitutionnelle d'organiser, pour les départements et régions d'outre-mer, la consultation destinée à recueillir leur consentement sur l'institution d'une assemblée unique.

Cette distinction entre les procédures à suivre dans l'hexagone et dans les départements et régions d'outre-mer, ne résulte pas seulement de la nécessité de respecter la lettre du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution mais aussi l'esprit de cette disposition. Le dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution crée des garanties démocratiques supplémentaires pour les départements et régions d'outre-mer en cas de projet d'évolution statutaire ou institutionnelle. Ces garanties sont justifiées par leur situation particulière de collectivités ultramarines mais aussi par leur spécificité en tant que régions monodépartementales.

De même qu'il est prévu par la Constitution de prendre en compte les caractéristiques particulières de l'outre-mer dans l'expression démocratique des populations concernées, la question de l'équilibre des pouvoirs, qui est au cœur des motivations du Constituant de 2003 quand il subordonne l'institution d'une assemblée unique pour un département et une région d'outre-mer au recueil préalable du consentement des électeurs, se pose de manière éminemment différente dans des régions pluridépartementales et dans des régions monodépartementales d'outre-mer.

Si la création de conseillers territoriaux dans les régions pluridépartementales de l'hexagone paraît à l'évidence anticonstitutionnelle pour les raisons évoquées ci-dessus, son application dans une région monodépartementale pose donc une difficulté supplémentaire.

4- De même l'argument consistant à considérer que, faute d'application de la loi de réforme des collectivités territoriales en Guadeloupe et la Réunion, ces collectivités risqueraient de se trouver en dehors du droit commun n'est pas plus pertinent.

L'article 73 de la Constitution a précisément prévu que soit donné aux électeurs des régions monodépartementales d'outre-mer, un « droit de veto » à l'égard de certaines formes d'évolution institutionnelle. Le corollaire de ce droit de veto est que la Constitution offre aux électeurs d'une région monodépartementale d'outre-mer la faculté de choisir de rester dans le statu quo institutionnel même si ce statu quo évolue

dans l'hexagone ou dans d'autres régions monodépartementales d'outre-mer. Ceci, depuis la révision constitutionnelle de 2003, est possible sans préjudice de l'application du principe d'identité législative. Il a ainsi été jugé que le législateur pouvait modifier le régime d'impositions spécifiques aux seuls départements d'outre-mer (84-174 DC, 25 juillet 1984, Journal officiel du 28 juillet 1984, p. 2493, cons. 29, Rec. p. 48) qui peuvent relever d'un régime différent de la métropole. Depuis 2003, ceci concerne également l'organisation institutionnelle et, en Guyane et à la Martinique, une loi viendra leur donner une organisation particulière, dans le cadre de l'article 73 de la Constitution.

Au cas d'espèce, c'est bien la question de l'équilibre des pouvoirs locaux que le Constituant a voulu traiter différemment dans les régions pluridépartementales de l'hexagone et dans les régions monodépartementales d'outre-mer en laissant l'appréciation aux électeurs.

Le « risque » de différence de traitement institutionnel entre les collectivités de l'hexagone et les régions monodépartementales d'outre-mer ne saurait donc justifier que l'institution d'une assemblée unique puisse y intervenir sans qu'ait été préalablement recueilli le consentement des électeurs ainsi que l'impose le troisième alinéa de l'article 73 de la Constitution dont la vocation même est de permettre ce type de différenciation.

En effet, les dispositions du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution ont été conçues pour offrir la garantie aux électeurs des régions monodépartementales que la situation institutionnelle de leur collectivité ne pourra évoluer **par rapport à la situation existante (le statu quo)** vers une collectivité ou assemblée unique sans qu'ait été au préalable recueilli leur consentement. Considérer que cette garantie ne s'imposerait que dans le cas d'un projet d'évolution **par rapport au droit commun**, surtout dans l'hypothèse d'un droit commun qui aurait préalablement évolué vers une assemblée unique, ne repose sur aucun fondement constitutionnel. Le principe du consentement de la population prime.

En posant au dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution l'obligation de recueillir le consentement des électeurs préalablement à l'institution d'une assemblée unique dans les régions monodépartementales d'outre-mer, le Constituant de 2003 a fixé une règle spécifique, postérieure au principe d'identité législative défini au premier alinéa de ce même article pour ces régions, obligation qui dès lors prévaut sur ce principe. Il est en effet constant en droit théorique et pratique que des dispositions particulières, surtout lorsqu'elles sont postérieures, prévalent sur des dispositions générales (« *lex specialis derogat lex generali* »). Le Conseil constitutionnel a déjà eu plusieurs fois l'occasion d'appliquer ce principe, notamment dans sa décision 99-419 DC du 9 novembre 1999 lorsqu'il a validé la loi relative au Pacte Civil de Solidarité (PACS). Il a ainsi répondu négativement à la question de savoir si le PACS allait porter atteinte aux principes fondamentaux des contrats en ce qu'il aurait violé le principe que le contrat fait loi entre les parties et le principe d'immutabilité en ouvrant la voie à une sorte de répudiation unilatérale contraire à la dignité humaine.

- 5- L'argument avancé, devant le Sénat, le 29 juin 2010, par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, M. Brice Hortefeux, en réponse au sénateur Jean-Paul Virapoullé et selon lequel « l'application du projet de loi ne revient pas, sur le plan juridique, à créer, à la Réunion et en Guadeloupe, une assemblée unique, au sens de l'article 73 de la Constitution, puisque les deux assemblées resteront juridiquement distinctes en tant qu'organes délibérants de deux personnes publiques différentes » ne résiste pas à l'analyse.**

Cet argument est en contradiction avec la lettre et l'esprit du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution. Ce dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution distingue très clairement deux cas d'évolution institutionnelle suffisamment importants pour que leur mise en œuvre soit (comme pour le passage de l'un à l'autre des articles 73 et 74 de la Constitution) subordonnée non seulement à la consultation des électeurs mais aussi à leur consentement : d'une part la création d'une **collectivité** se substituant au département et à la région, c'est-à-dire la disparition de deux personnes morales de droit public, au profit d'une troisième nouvellement créée et d'autre part l'institution d'une **assemblée unique** pour deux collectivités subsistantes.

En distinguant ces deux possibilités d'évolution, le Constituant a incontestablement marqué sa volonté de subordonner au consentement préalable des électeurs non seulement le cas où le département et la région disparaîtraient et se fondant en une seule collectivité (une seule personne juridique) mais aussi celui où les deux collectivités – département et région – subsisteraient en tant que personnes juridiques différentes en partageant la même assemblée délibérante, situation précisément créée dans les régions monodépartementales d'outre-mer par la loi de réforme des collectivités territoriales.

Le fait qu'en Guadeloupe et à la Réunion, la loi contestée laisse subsister le département et la région n'infirme donc en rien que l'assemblée, composée des mêmes membres, que ces deux collectivités partageraient, soit une assemblée unique au sens du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution qui a précisément été introduit dans la Constitution, en 2003, pour traiter ce cas et celui de la création d'une collectivité unique.

- 6- L'argument consistant à considérer que l'existence de compétences et d'exécutifs distincts témoignerait de l'inexistence d'une assemblée unique ne convainc pas davantage.**

Le fait que l'assemblée ainsi créée en Guadeloupe et à la Réunion, par la loi de réforme des collectivités territoriales, soit amenée à délibérer, d'une part, dans le domaine de compétences du département et, d'autre part, dans celui de la région ne lui ôte pas son caractère d'assemblée unique.

Les compétences du département et de la région sont clairement des attributs de ces collectivités en tant que personnes juridiques et non des attributs de leurs assemblées

qui ne sont que les organes de ces personnes juridiques. Le maintien de compétences départementales et de compétences régionales traitées par la même assemblée est précisément l'une des deux possibilités d'évolution institutionnelle que le Constituant de 2003 a voulu subordonner au consentement des électeurs.

De même, le fait que le département et la région de la Guadeloupe et de la Réunion continueraient à avoir des exécutifs distincts, en application de la loi de réforme des collectivités territoriales et des dispositions relatives au non cumul des mandats, ne constitue en rien un indice d'un caractère non unique de l'assemblée créée par cette même loi dans ces collectivités. En effet, l'exécutif est, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs appliqué au plan local, un organe attaché à la collectivité, distinct de l'autre organe que constitue l'assemblée délibérante (le délibératif voire « législatif local »). La meilleure preuve est que le Conseil constitutionnel a même admis que l'exécutif d'une collectivité pouvait être confié à un fonctionnaire nommé... alors même que les collectivités territoriales s'administrent « par un conseil élu » (art. 72 al. 3).

Les articles L 3221-1 et L 4231-1 du code général des collectivités territoriales disposent bien que « le président du conseil général [régional] est l'organe exécutif **du département [de la région]** ». L'exécutif n'est donc pas un attribut de l'assemblée mais un organe de la collectivité et le fait que subsistent deux exécutifs ne constitue donc en rien un affaiblissement du caractère unique de l'assemblée créée en Guadeloupe et à la Réunion par la loi de réforme des collectivités territoriales.

7- L'argument consistant à considérer que, dotés de présidents, de commissions permanentes et de sièges distincts, le conseil général et le conseil régional, malgré une composition unique, ne constitueraient pas une assemblée unique est clairement insuffisant.

Certes, aux termes de la loi de réforme des collectivités territoriales, l'assemblée unique créée en Guadeloupe et à la Réunion serait présidée par des présidents différents selon qu'elle délibérerait des affaires du département ou des affaires de la région. Indépendamment de la question des exécutifs (cf. point 6) qui se trouvent être aussi les présidents de cette assemblée, cette dualité n'est pas une différenciation suffisante pour amener à considérer que l'assemblée créée en Guadeloupe et à la Réunion par la loi de réforme des collectivités territoriales n'est pas une assemblée unique.

De même, le fait que des commissions permanentes différentes puissent être constituées pour le conseil général et le conseil régional, ne constitue pas un signe que l'assemblée dont seraient issues ces commissions permanentes ne serait pas unique. En effet, les commissions permanentes du conseil général et du conseil régional ne sont que des émanations de ces assemblées qui, au cas d'espèce, seraient constituées des mêmes membres et formeraient donc une assemblée unique sans que la composition de commissions permanentes distinctes puisse altérer le caractère unique de l'assemblée.

Enfin, le fait que cette assemblée puisse se réunir à l'hôtel du département ou à l'hôtel de région selon qu'elle délibère des affaires du département ou des affaires de la région, est sans incidence sur le caractère unique de l'assemblée.

Comme développé supra, le caractère unique de l'assemblée est constitué par la composition unique de l'assemblée qui marque la réunion entre les mains des mêmes personnes des compétences du département et de la région. C'est ce point que le Constituant de 2003 a voulu subordonner au recueil du consentement des électeurs. Les différences tenant à la présidence, à la composition des commissions permanentes ou encore au lieu des réunions ne concernent que **des modalités** de fonctionnement de cette assemblée unique insuffisantes pour autoriser la contestation de cette unicité.

Deux autres griefs d'inconstitutionnalité sont également avancés, en tant que la réforme s'applique en Martinique et en Guyane.

B. Défaut de fixation du nombre de conseillers territoriaux en Martinique et en Guyane par l'article 6

Le régime législatif des régions monodépartementales d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique et Réunion), est celui de l'identité législative : les lois et règlements y sont applicables de plein droit.

Sur cette base, l'étude d'impact, fournie le 21 octobre 2009 lors du dépôt, au Sénat, du projet de loi de réforme des collectivités territoriales, indique (p. 20) qu'en « *application de ce principe d'identité législative, les dispositions du présent projet de loi ont vocation à s'appliquer de plein droit aux départements et régions d'outre-mer et cela sans qu'il soit nécessaire de procéder à des adaptations. [...] Toutefois, le projet de loi habilite le Gouvernement à fixer les mesures d'adaptation des dispositions relatives aux régions d'outre-mer de la Guyane, la Martinique et la Guadeloupe à l'exclusion de la Réunion, par ordonnance, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution. Le congrès de la Martinique a saisi le Gouvernement d'une demande pouvant conduire à des évolutions institutionnelles ou statutaires. La Guyane vient de demander une évolution vers l'article 74 de la Constitution. [...]. En Guadeloupe, les élus ont sollicité un délai de réflexion avant de saisir le congrès d'un projet équivalent. Le projet de loi permet donc de ne pas préjuger du résultat des procédures en cours et préserve la liberté des électeurs qui seront appelés à se prononcer. La Réunion n'ayant pas manifesté l'intention de s'engager dans une démarche de ce type, il n'est pas utile de prévoir, pour ce département d'outre-mer, de mesure particulière d'adaptation. »*

C'est ainsi que l'article 87 du projet de loi, d'abord supprimé par le Sénat, puis rétabli à l'Assemblée nationale, dispose que « *le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de dix-huit mois à compter de la publication de la présente loi, les dispositions fixant les mesures d'adaptation du chapitre I^{er} du titre I^{er} de la présente loi dans les départements et régions d'outre-mer*. Il est à noter que cette

faculté d'adaptation concerne donc aussi la Réunion, contrairement à ce que mentionné dans l'étude d'impact.

En Martinique et en Guyane, ces mesures d'adaptation de la création du conseiller territorial dans les régions monodépartementales d'outre-mer seraient donc motivées par la volonté de respecter le résultat des consultations ayant finalement eu lieu dans ces régions monodépartementales le 24 janvier 2010, consultations qui ont permis de recueillir le consentement des électeurs sur la création d'une collectivité unique au sens du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution.

En revanche, en Guadeloupe, il ne peut plus être soutenu sérieusement qu'elles sont encore motivées par le souhait de tenir compte du processus de discussion et de respecter la volonté des électeurs guadeloupéens qui pourraient, le cas échéant, être appelés à se prononcer sur un éventuel projet d'évolution institutionnelle, au terme du délai de 18 mois accepté par le Président de la République, le 26 juin 2009. En effet, dans la mesure où la loi de réforme des collectivités territoriales va, en Guadeloupe, jusqu'à fixer le nombre de conseillers territoriaux, les marges d'adaptation qu'elle admet sont mineures et enferment le processus accepté politiquement par le Président de la République dans le cadre très contraint de la réforme nationale.

Pour autant il demeure que le tableau annexé à l'article 6 de la loi qui fixe le nombre de conseillers territoriaux en Guadeloupe et à la Réunion omet la Guyane et la Martinique.

Or, aucun projet de loi relatif à la future organisation institutionnelle de la Guyane et de la Martinique n'ayant été adopté (ni même déposé) à la date d'adoption définitive du projet de loi qui vous est déféré, **aucune disposition de droit positif ne peut, a fortiori, justifier cette omission** qui touche deux régions monodépartementales d'outre-mer pourtant soumises au principe d'identité législative de l'article 73 de la Constitution.

Le seul fait qu'une consultation locale organisée selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4 de la Constitution ait eu lieu dans ces départements ne peut en effet constituer une caractéristique ou une contrainte particulière pouvant, au sens du premier alinéa de l'article 73 de la Constitution, justifier sur le plan juridique, la différence de traitement entre, d'une part, la Guyane et la Martinique et, d'autre part, la Guadeloupe et la Réunion.

En effet, le résultat positif d'une consultation organisée dans les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4 de la Constitution ne saurait lier juridiquement ni le Gouvernement ni le Parlement qui restent libres de leur pouvoir d'appréciation quant à la suite à donner au résultat positif d'une telle consultation.

Le législateur a donc clairement fait preuve d'incompétence négative en limitant la détermination du nombre de conseillers territoriaux à la Guadeloupe et à la Réunion et donc en ne déterminant pas ce nombre pour la Guyane et la Martinique, dans le tableau

annexe de l'article 6, ceci en violation du principe d'identité législative posé par l'article 73 de la Constitution.

C. Défaut d'intelligibilité de la loi concernant son application outre-mer

L'article 5 du projet de loi de réforme des collectivités territoriales n'excluant pas de son champ d'application les régions monodépartementales d'outre-mer, les conseils régionaux et généraux de Guadeloupe, Martinique, Guyane et Réunion devraient être composés de conseillers territoriaux.

Toutefois le tableau annexe de l'article 6 (v. *supra*) ne mentionne les effectifs de conseillers territoriaux que pour deux de ces départements et régions, la Guadeloupe et la Réunion et non pour les deux autres, la Guyane et la Martinique.

Si l'article 87 renvoie à une ordonnance la possibilité d'adaptation de ces articles 5 et 6 dans ces départements, il n'apparaît pas compréhensible, comme vu précédemment, que le nombre de conseillers territoriaux ne soit pas déterminé pour ces deux départements.

Surtout, une contradiction flagrante existe entre les articles 5 et 87 de la loi posant le principe de la création de conseillers territoriaux dans les départements d'outre-mer et l'article 81 qui prévoit explicitement l'application, dans les départements d'outre-mer, de règles de financement spécifiques par rapport à celles rendues nécessaires par la création de conseillers territoriaux et rend manifestement inintelligible la loi dans son application outre-mer.

En première lecture à l'Assemblée nationale, le rapporteur de la commission des lois a fait adopter un amendement n°599 rectifié introduisant un article 36 C (devenu article 81 dans le texte définitif) relatif à l'introduction de dispositions financières destinées à favoriser l'objectif constitutionnel d'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électifs par l'instauration d'une aide publique aux partis ayant présenté des candidats aux élections des conseillers territoriaux, modulée en fonction du respect des exigences de parité par chaque parti.

Or, l'exposé des motifs de cet amendement indique explicitement que ce projet de loi ne crée pas de conseillers territoriaux dans les départements et collectivités d'outre-mer : « *l'amendement prend également en compte la situation particulière des départements et collectivités d'outre-mer qui n'éliront pas de conseillers territoriaux, et qui ne doivent pas, pour cette raison, être privés de ce nouveau type d'aide publique en fonction des résultats aux élections territoriales* ». Le rapporteur de la Commission des lois du Sénat confirme également qu'« *en outre, un mécanisme similaire [de répartition de l'aide publique accordée aux partis politiques] serait prévu pour les départements et collectivités d'outre-mer : bien que ces territoires n'aient pas vocation à élire des conseillers territoriaux, les partis qui y présentent des candidats lors des élections locales seraient soumis aux mêmes règles qu'en métropole* » (Rapport 559 (2009-2010) du 16 juin 2010, p.116). Ainsi, ces nouvelles dispositions de financement s'appliqueraient de manière spécifique dans les départements d'outre-

mer au motif, justement, de l'absence de création de conseillers territoriaux dans ces départements.

Le législateur ne peut, en effet, sauf à méconnaître gravement le principe de clarté et d'intelligibilité de la loi, d'une part, poser le principe de la création de conseillers territoriaux dans tous les départements d'outre-mer (article 5) même sous réserve d'adaptation (article 87) et fixer le nombre de conseillers territoriaux dans deux départements d'outre-mer seulement, la Guadeloupe et la Réunion, dans le tableau prévu à son article 6 et, d'autre part, prévoir des règles spécifiques de financement des partis politiques dans l'ensemble de l'outre-mer au motif que ceux-ci, justement, n'éliraient pas de conseillers territoriaux (article 81).

D. Quant à l'article 87

A titre subsidiaire, vous serez à tout le moins amenés à constater que l'habilitation donnée au gouvernement d'agir par voix d'ordonnance inscrite à l'article 87 méconnaît les exigences de l'article 38 de la Constitution.

Selon les termes de l'article 87 : « *Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de dix-huit mois à compter de la publication de la présente loi, les dispositions fixant les mesures d'adaptation du chapitre I^{er} du titre I^{er} de la présente loi dans les départements et régions d'outre-mer. Le projet de loi portant ratification de cette ordonnance est déposé devant le Parlement au plus tard le dernier jour du troisième mois suivant la publication de l'ordonnance* ».

Un premier grief provient du détournement de l'article 38 auquel il est ici procédé. En effet, si le gouvernement peut être habilité à agir par voix d'ordonnance, ce n'est pas pour décaler dans le temps ses prises de décision, mais bien pour l'exécution de son « programme » (76-72 DC du 12 janvier 1977, cons. 2).

Ensuite, s'il est d'une jurisprudence bien établie que le gouvernement « *n'est pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra* », c'est à la stricte condition de « *définir avec précision les finalités de l'habilitation qu'il demande* », « *ainsi que leur domaine d'intervention* » (86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, cons. 21 et 2008-573 DC du 8 janvier 2009 cons. 18).

Or comme l'a relevé sans ambiguïté aucune le Rapporteur de la Commission des Lois du Sénat en première lecture, « *la simple référence à des « mesures d'adaptation » est insuffisamment précise et semble indiquer que le Parlement accorde un **blanc-seing à l'exécutif**. Or, dans cette hypothèse, le présent article encourrait la censure du Conseil constitutionnel* » (Rapport n° 169 (2009-2010) du 16 décembre 2009, p. 172. Caractères gras dans le texte).

Sans ligne directrice aucune, le gouvernement pourra selon son bon vouloir adapter la création du conseiller territorial et son mode d'élection indistinctement dans tous les

départements et régions d'outre mer, sans qu'il lui soit fait obligation de tenir compte de leurs spécificités propres, et notamment de leur caractère monodépartemental.

Enfin, « *les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement [...] du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle* », et qu'il appartient à votre haute juridiction « *d'une part, de vérifier que la loi d'habilitation ne comporte aucune disposition qui permettrait de méconnaître ces règles et principes, d'autre part, de n'admettre la conformité à la Constitution de la loi d'habilitation que sous l'expresse condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la Constitution* » (86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, cons. 14 et 15).

Or, dans la mesure où l'habilitation vise à appliquer l'article 5 aux régions monodépartementales d'outre-mer sans consultation préalable de leur population, elle méconnaît les règles inscrites au dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution (v. point A précédent).

*

* *

Pour tous ces motifs, et ceux que vous relèveriez d'office, les requérants vous invitent à prononcer la censure de l'ensemble de ces dispositions.