

LE DROIT ÉLECTORAL FRANÇAIS RESPECTE-T-IL LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ?

Pierre ESPLUGAS-LABATUT

Le professeur Frédéric Sudre fut un président indépendant et impartial. Il ne s'agit pas seulement de faire un jeu de mots facile compte tenu de son implication dans l'étude et la diffusion de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. J'ai pu le vérifier, à ses côtés, d'abord comme simple membre, puis vice-président du collège B « Maîtres de conférences », dans ses fonctions de président de la section 02 « Droit public » du Conseil national des universités (CNU). Sans doute accéda-t-il à cette fonction à un moment où il s'agissait de remettre un peu d'ordre au sein de cette institution. Ainsi, que ce soit pour l'accès à la qualification aux fonctions de maître de conférences ou pour des décisions de promotion, la section de droit public du CNU redevint sous sa présidence un organe indépendant et impartial dans le prolongement de l'un de ses objets d'étude.

Si le professeur Sudre a appliqué de manière scrupuleuse les règles du droit électoral aux organes élus universitaires, ce droit, du point de vue de la Convention européenne des droits de l'homme, ne fut pourtant pas, hormis ses chroniques de jurisprudence, l'un de ses objets privilégiés de réflexion. Il est en effet exact que les règles du jeu électoral sont pleinement attachées à l'autonomie constitutionnelle de chaque État et se prêtent mal à une homogénéisation au plan européen. Il existe bien pour autant un « droit électoral européen ». Si l'on suit les avis de la « Commission européenne pour la démocratie par le droit », dite « Commission de Venise », celui-ci dépasserait d'ailleurs le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, car il y aurait un « patrimoine électoral européen » formalisé par un « Code de bonne conduite en matière électorale », synthèse de législations et pratiques nationales convergentes ainsi que de normes internationales et européennes¹. Pour s'en tenir aux normes européennes, la dis-

1. Avis n° 190/2002, adopté par la Commission de Venise lors de sa 52^e session (Venise, 18-19 oct. 2002) (document CDL-AD [2002] 23 rév.) et Rapport, « Le droit électoral », « Commission européenne pour la démocratie par le droit » dite « Commission de Venise » CDL-EL(2008)029, 27 août 2013.

position de référence est l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de 1952 sur le « droit à des élections libres » et selon lequel les États « s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif »².

A priori, l'on pourrait penser qu'une démocratie séculaire comme la France respecte sans difficulté le standard européen démocratique d'organiser des élections libres³. La réponse irait d'autant plus de soi que, d'une part, l'article 3 du Protocole n° 1 a été conçu dans sa formulation de manière minimaliste en étant réduit à une obligation des États parties d'organiser des élections législatives libres. D'autre part, la Cour européenne n'exerce, conformément à l'autonomie constitutionnelle des États, qu'un contrôle minimum sur la réalisation d'un droit à des élections libres⁴. Le respect de ce standard démocratique européen n'est en réalité aujourd'hui pas de pure forme. La Cour européenne a été amenée en effet à développer une jurisprudence élaborée faisant du droit à des élections libres un droit, d'une part, subjectif⁵ et, d'autre part, « composé » avec des « caractères induits »⁶. De surcroît, ce droit s'apprécie « à la lumière de l'évolution politique du pays concerné »⁷. Ceci signifie que les exigences sont plus fortes dans une démocratie installée comme la France que dans une démocratie connaissant une transition comme nombre d'États d'Europe de l'Est ou centrale sortis d'un régime communiste.

Ces exigences ne valent en revanche que dans le champ du « corps législatif » au sens de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1, c'est-à-dire incluant les organes ayant le pouvoir d'élaborer et adopter des lois. En cela, l'élection présidentielle et les élections locales ne sont pas *a priori* concernées. Cependant, la

2. V. Y. LÉCUYER, *Le droit à des élections libres*, éd. du Conseil de l'Europe, 2014.
3. Sur l'idée de « standard européen démocratique », Y. F. JACQUEMOT, *Le standard européen de la démocratie*, préf. F. SUDRE, Université Montpellier 1, 2006. – Y. LÉCUYER, *L'europlémisme des standards démocratiques*, PU Rennes, 2011.
4. L'arrêt de la Cour européenne du 16 mars 2006, *Zdanoka c/ Lettonie*, est, par exemple, révélateur de ses réticences à reconnaître aux droits de l'article 3 PA n° 1 la même portée que les autres dispositions de la Convention. La Cour estime ainsi que « ces droits ne sont pas absolus. Il y a place pour des "limitations implicites", et les États contractants doivent se voir accorder une marge d'appréciation en la matière » (§ 103).
5. En ce sens, V. arrêt de principe, CEDH, plén., 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique*, § 51 : « Quant à la nature des droits consacrés de la sorte par l'article 3 (P1-3), la doctrine de la Commission a évolué. De l'idée d'un droit "institutionnel" à l'organisation d'élections libres (...) celle-ci est passée à la notion de "suffrage universel" (...) puis, par voie de conséquence, de droits subjectifs de participation : le "droit de vote" et le "droit de se porter candidat lors de l'élection du corps législatif" (...). La Cour marque son accord avec cette dernière conception ».
6. V. Y. LÉCUYER, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2009, spéc. p. 42-49 et 58-70. – V. aussi S. DE CACQUERAY, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit des élections : entre patrimoine européen et suprématie étatique : Constitutions*, 2016, 557.
7. CEDH, Gde ch., 16 mars 2006, *Zdanoka c/ Lettonie*, § 133.

Cour européenne a adopté une conception extensive du « corps législatif » en ne le restreignant pas au seul parlement national, mais en l'étendant, d'une part, au Parlement européen⁸ et, d'autre part, « en fonction de la structure constitutionnelle de l'État en cause », à des assemblées délibérantes régionales⁹ ou d'outre-mer¹⁰ bénéficiant d'un pouvoir législatif propre.

En outre, il est possible de confronter au regard de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 des dispositions générales applicables mais non spécifiques à l'élection de parlementaires. En ce sens, le Code électoral français connaît des « dispositions communes à l'élection des députés, des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires »¹¹. En cela, la question de la conventionnalité au regard de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 de ces dispositions applicables, y compris à des élections locales, peut donc théoriquement se poser. Par ailleurs, des dispositions de la Convention autres que celles tirées de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 et relatives à des droits de nature politique, comme celui à la protection de la vie privée, le principe d'égalité ou l'absence de discriminations, non circonscrites au « corps législatif », peuvent interférer sur le processus électoral¹². Il peut donc être utile de confronter certaines dispositions de droit interne non limitées à l'élection des membres du Parlement à ces dispositions de la Convention. Enfin, l'appréciation de la conventionnalité de dispositions internes peut se faire au regard d'instruments et rapports internationaux comme le code précité de bonne conduite en matière électorale sur lequel peut s'appuyer la Cour européenne comme source d'interprétation de la Convention lorsqu'elle l'estime pertinent¹³.

En étant fondé sur le suffrage universel, égal et secret¹⁴, le droit électoral français satisfait sans doute globalement aux exigences de la Convention en autorisant la « libre expression de l'opinion du peuple » selon la formulation de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1. Toutefois, aussitôt les principes fondateurs posés, ce droit connaît classiquement un ensemble de restrictions objectives dont l'ampleur peut conditionner leur conventionnalité. À ce titre, la France a dû faire un effort significatif qui, sans être, il est vrai, toujours motivé directement par la volonté de respecter la Convention européenne des droits de l'homme, a pour autant pour effet d'en assurer un respect plus effectif (réformes sur le droit de

⁸ CEDH, 18 févr. 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*.

⁹ CEDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mobin et Clerfayt c/ Belgique*, § 53.

¹⁰ CEDH, 11 févr. 2005, *Py c/ France*.

¹¹ C. élect., Livre 1^{er}, Titre 1^{er}.

¹² V. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Les droits de nature politique selon la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Mé. J.-C. Gautron*, Pedone, 2004, p. 8.

¹³ Y. LÉCUYER note que la Cour a utilisé le Code de bonne conduite en matière électorale comme source d'interprétation de la Convention dans une vingtaine d'affaires concernant directement l'article 3 du Protocole n° 1 sur le droit à des élections libres (*Le droit à des élections libres*, op. cit., p. 26).

¹⁴ Const. 1958, art. 3.

vote des prisonniers¹⁵, le raccourcissement de la durée de mandat de sénateur ou la délimitation plus impartiale des circonscriptions électorales¹⁷). À rebours d'une opinion reçue qui laisserait croire que le droit électoral français n'a plus à se remettre en question, il subsiste aujourd'hui des « poches » conduisant à s'interroger sur la conventionnalité de certaines de ses dispositions. Sans doute, la jurisprudence de la Cour européenne, quoique portant désormais sur un nombre relativement conséquent d'arrêts, n'embrasse pas à ce stade toutes les questions de droit électoral. Certaines difficultés pointées dans le cadre de cette étude ne peuvent être ainsi confrontées concrètement au droit positif européen. Aussi, certaines inconventionnalités relevées ou réformes suggérées visant à assurer un respect plus entier de la Convention ne peuvent en l'occurrence être que d'ordre spéculatif. À ce titre, notre intention est de démontrer que le droit électoral français mériterait sans doute d'être ponctuellement réformé, d'une part, quant à des restrictions au suffrage en vigueur (I), et, d'autre part, concernant certaines opérations électorales (II), pour respecter pleinement l'ensemble des conséquences induites par la Convention.

I. – LA CONVENTIONNALITÉ DE RESTRICTIONS AU DROIT DE SUFFRAGE

Sans que ne soit formellement consacré le droit de suffrage par l'article 3 du Protocole n° 1, la Cour européenne a rapidement inclus ce dernier dans le champ du droit à des élections libres¹⁸. Pour autant, sa jurisprudence constante est à considérer que les droits tirés de cette disposition ne sont pas absolus et d'admettre des « limitations implicites »¹⁹. La question se pose donc du degré au-delà duquel de telles limitations ne seraient plus acceptables. À cet égard, le droit français a instauré des seuils significatifs de durée de résidence pour les élections en Nouvelle-Calédonie (A) et des restrictions étendues à l'éligibilité qui soulèvent la question de leur conventionnalité (B).

15. Alors que le Royaume-Uni résiste toujours à la jurisprudence de la Cour européenne sur le droit de vote des prisonniers (CEDH, 6 oct. 2005 *Hirst c/ Royaume-Uni*), le droit français a, sur la base de la « loi pénitentiaire » n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 (art. 30), organisé de manière effective ce droit même si en pratique, faute de bureaux de vote à ce jour dans les prisons, ce système ne permet qu'à une proportion faible de détenus d'exercer leur droit de suffrage.
16. C. élect., art. LO 275 mod. par L. org. n° 2003-696, 30 juill. 2003, ramenant de neuf à six ans la durée de mandat de sénateur.
17. Const. 1958, art. 25, al. 3 et Ord. n° 2009-935, 29 juill. 2009. Toutefois, la Cour européenne a en fait rejeté les prétentions contestant l'ancien découpage (CEDH, 4 avr. 2006, *Bompard c/ France*).
18. V. CEDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique*, § 51.
19. V. CEDH, Gde ch., 16 mars 2006, *Zdanoka c/ Lettonie*, § 103.

Art. La conventionnalité de restrictions au droit de voter relatives aux seuils de durée de résidence pour les élections en Nouvelle-Calédonie

En vue de créer une « citoyenneté » propre aux habitants de Nouvelle-Calédonie, l'État français a organisé des restrictions importantes à l'exercice du droit de suffrage sur ce territoire²⁰. Sans évoquer celles, déjà très importantes, portant sur le scrutin d'autodétermination²¹ dans la mesure où le droit à des élections libres ne s'applique pas au cas de référendum²², celles concernant plus spécifiquement l'élection des membres du Congrès soulèvent des difficultés quant à leur conventionnalité. Tout d'abord, cette institution est bien un « corps législatif » inclus dans le périmètre de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 en raison du fait qu'il « n'est plus seulement un organe consultatif, mais est devenu un organe appelé à jouer un rôle déterminant, suivant les questions à traiter, dans le processus législatif en Nouvelle-Calédonie »²³. Ensuite, concernant les élections des membres de ce Congrès, il est prévu une condition de durée de résidence importante de dix ans²⁴. On aurait pu juger exorbitante, une telle restriction dès l'instant où celle-ci a empêché, pour les premières élections où elle s'est appliquée, 7,5 % des citoyens français résidant en Nouvelle-Calédonie d'être inscrits sur les listes électorales²⁵.

La Cour européenne a pourtant considéré dans son arrêt *Py c/ France* du 11 février 2005 comme conventionnelle une telle clause qui s'inscrit dans le cadre d'un processus d'autodétermination et se justifie par l'existence de « nécessités locales »²⁶. Celles-ci s'inscrivent en effet, selon la Cour, dans le cadre « d'une histoire politique et institutionnelle tourmentée » et « a constitué un élément essentiel à l'apaisement du conflit meurtrier ». Le brevet de conventionnalité ainsi délivré en droit positif ne lève pas pour autant toutes les critiques sur la décision rendue par la Cour, d'ailleurs relayées par la doctrine²⁷. Le professeur Frédéric Sudre a ainsi noté que cette solution « paraît plus dictée par des considérations d'opportunité politique que de rigueur juridique »²⁸ dans le sens où la clause des « nécessités locales » n'a joué que très rarement dans la jurisprudence de la Cour

20. Sur cette question, V. L. HAVARD, *La réalisation de la citoyenneté calédonienne* : RDP 2013, p. 1179.

21. Seules les personnes justifiant en 2013 de vingt ans de domicile continu en Nouvelle-Calédonie peuvent participer au scrutin d'autodétermination (Accord dit « de Nouméa », 5 mai 1998, pt 2.2.1).

22. CEDH, 14 sept. 1998, *Castelli et a. c/ Italie*.

23. CEDH, 11 févr. 2005, *Py c/ France*, § 42.

24. L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, art. 188.

25. L'exclusion de 7,5 % du corps électoral est évaluée pour le scrutin d'autodétermination du 8 novembre 1988 et les élections du 9 mai 1999.

26. CEDH, 11 févr. 2005, *Py c/ France*, § 64.

27. O. GOHIN, *La Constitution française contre les droits de l'homme : le précédent de la restriction du suffrage en Nouvelle-Calédonie*, in *Mél. Pactet*, Dalloz, 2003, p. 187.

28. F. SUDRE : JCP G 2005, n° 30, doct. p. 159.

et suppose que l'État partie fasse « la preuve décisive et manifeste d'une nécessité », ce qui en l'occurrence peut se discuter. De plus, la référence au processus d'autodétermination ne vaut précisément que pour les scrutins de ce type et non pour les élections au Congrès dont la finalité différente est non liée directement au processus d'accession à l'indépendance et a un impact sur des questions de gestion strictement locale. Surtout, si une restriction du droit de suffrage aussi significative est estimée proportionnée, on peut s'interroger à partir de quel seuil – qui serait donc supérieur à dix ans de résidence – une telle restriction porte atteinte à la substance de l'exercice du suffrage.

En outre, la conventionnalité de la restriction pour pouvoir voter aux élections des membres du Congrès continue de soulever des interrogations compte tenu de l'évolution du droit applicable. Elle n'a en effet été admise qu'en fonction du droit applicable au moment des faits litigieux contestés par le requérant, c'est-à-dire pour une condition de résidence appliquée de manière glissante, soit au fil du temps. Cet état du droit résultait d'une réserve d'interprétation formale par le Conseil constitutionnel français à propos de la loi organique du 19 mars 1999 portant statut de la Nouvelle-Calédonie²⁹. Or ce droit a été durci par la révision constitutionnelle du 23 février 2007 visant à « geler » le corps électoral de Nouvelle-Calédonie et qui n'autorisait à participer aux élections du Congrès et des assemblées de provinces que les seules personnes établies sur ce territoire à la date de la consultation du 8 novembre 1998, lorsqu'elles justifieraient de dix ans de domicile, ainsi que leurs descendants atteignant par la suite la majorité³⁰. Si cette révision a certes pour effet de lever l'obstacle de l'inconstitutionnalité d'une telle restriction de suffrage, elle n'exonère pas d'examiner sa conventionnalité future posée par une règle de rang constitutionnel³¹. À cet égard, la liste électorale spéciale étant figée au 8 novembre 1998, cela augmente *de facto* la durée de l'obligation de résidence qui est en fait bien supérieure à dix ans pour des élections postérieures à 2008. L'effet est encore mécaniquement de radier pour chaque scrutin à compter des élections provinciales de 2009 des effectifs de la liste électorale spéciale³². Si la Cour européenne dans ces conditions était amenée de nouveau à considérer comme conventionnelle la restriction de l'exercice du suffrage, l'article 3 du Protocole n° 1 n'aurait alors plus de sens et ne serait qu'une coquille vide.

29. Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC.

30. L. const. n° 2007-237, 23 févr. 2007, modifiant l'article 77 C.

31. V. par ex. CEDH, 1^{er} juill. 1997; *Gitonas et a. c/ Grèce* où la Cour s'assure de la conventionnalité des règles constitutionnelles relatives au statut de parlementaire.

32. Selon le rapport du sénateur J.-J. Hiest sur le projet de loi constitutionnelle modifiant l'article 77 de la Constitution, la proportion d'électeurs retirés du tableau annexe atteindrait 0,5 % des effectifs de la liste électorale générale de 2006 lors du scrutin de 2009, 3,4 % de ces effectifs lors du scrutin de 2014 et 6 % en 2019.

B. — La conventionnalité de restrictions à l'éligibilité

La jurisprudence de la Cour européenne entend classiquement l'exercice du suffrage universel comme incluant une capacité civique active sous forme de l'exercice du droit de vote et une capacité civique passive impliquant la possibilité d'être éligible. En ce sens, elle lie logiquement le droit d'exercer le suffrage à la liberté de se présenter à celui-ci³³. Ces droits ne font cependant pas obstacle à certaines limitations pour lesquelles la Cour estime que « les États disposent d'une grande latitude pour établir, dans leur ordre constitutionnel, des règles relatives au statut de parlementaire, dont les critères d'inéligibilité »³⁴.

Pour autant, afin de préserver l'impartialité de l'État et d'éviter une confusion des fonctions dans la circonscription où une personne serait amenée à candidater, le droit français dresse une liste très extensive d'inéligibilités, spécialement pour l'élection des membres du Parlement³⁵. Celle-ci ne repose en fait sur aucune logique et n'est que le produit d'une série d'ajouts introduits en fonction de l'esprit du temps. Pour les élections parlementaires, cette liste concerne, dans le ressort où ils exercent ou ont exercé durant une période variant entre un et trois ans avant le scrutin, aussi bien des agents exerçant des fonctions d'autorité (agents responsables dans des préfectures et sous-préfectures, magistrats, militaires et représentants des forces de l'ordre exerçant un commandement territorial)³⁶ que des agents détachés de ces fonctions (par exemple, les responsables des administrations civiles de l'État dans la région ou le département, des agents des services publics de l'Éducation nationale, de la santé et de la sécurité sociale)³⁷. Compte tenu de la rigueur du régime des inéligibilités empêchant une personne désireuse d'être candidate à une élection de s'y présenter, on pourrait penser au contraire que cette liste soit restreinte et strictement proportionnée au but légitime poursuivi conformément à la jurisprudence de la Cour³⁸. L'impartialité du scrutin commandé sans aucun doute que des agents participant à l'organisation du scrutin ou à son contrôle soient frappés d'inéligibilité. Encore faut-il que ces agents soient hiérarchiquement en mesure d'exercer un pouvoir décisionnaire sur de telles activités. On peut à l'inverse douter de l'intérêt d'étendre un régime d'inéligibilité

33. CBDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique*, § 51.

34. CBDH, 1^{er} juill. 1997, *Gitonas c/ Grèce*, § 39.

35. C. élect., art. LO 132 pour l'élection des députés et LO 296 pour l'élection des sénateurs.

36. C. élect., art. LO 132, I et II, 1^o, 2^o, 3^o et 4^o pour les agents de préfecture ; II, 9^o, 10^o, 11^o et 12^o pour les magistrats ; II, 13^o, 14^o et 15^o pour les militaires et représentants des forces de l'ordre.

37. C. élect., art. LO 132, II, 4^o pour les responsables des administrations civiles de l'État ; II, 6^o pour les agents des services publics de l'Éducation nationale ; II, 17^o et 18^o pour les agents de la santé et de la sécurité sociale.

38. Dans son arrêt, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique* du 2 mars 1987 (§ 52), la Cour européenne note qu'« il lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés ».

à des « chefs de bureau de préfecture » hormis ceux attachés au service des élections.

De même, pour certaines fonctions « sensibles » concernant des fonctionnaires locaux au Royaume-Uni³⁹ ou de souveraineté incluant les militaires et les forces de police, à la réserve toutefois dans le cas d'espèce de tenir compte du contexte historique de la transition démocratique dans les anciens États communistes, la Cour entend certes « laisser aux autorités nationales une certaine marge d'appréciation pour juger si l'ingérence dénoncée est proportionnée » à l'objectif légitime en question et admet une restriction à leur égard pour se livrer à des activités politiques⁴⁰.

Dans le contexte différent français d'une démocratie stabilisée, l'extension d'une mesure d'inéligibilité à tous les « responsables des administrations civiles de l'État dans la région ou le département », appréciée de surcroît jusqu'au niveau du « chef de service », peut sembler trop générale au regard de l'objectif poursuivi. On peut encore s'interroger sur la nécessité de frapper d'inéligibilité certaines fonctions à raison de leur nature comme, entre autres, celles d'« inspecteurs du travail » ou d'« inspecteurs d'académie » ou de « l'Éducation nationale ». La question se pose même pour des fonctions d'autorité comme les militaires, policiers ou gendarmes exerçant un commandement territorial ainsi que leurs adjoints pour lesquelles on voit mal, dans le contexte français, que celles-ci puissent avoir une influence sur le libre choix du corps législatif. Ce régime d'inéligibilité paraît d'autant plus disproportionné lorsque l'on sait que le Conseil constitutionnel a déclaré non conforme un régime moins rigoureux d'incompatibilité des fonctions de militaires de carrière avec un mandat de conseiller municipal⁴¹. Cette restriction est également à resituer dans le contexte de la jurisprudence de la Cour européenne assouplissant quelque peu les restrictions aux droits de nature politique des militaires en les autorisant à constituer ou à être membre d'associations professionnelles de militaires⁴². On pourrait pousser le raisonnement jusqu'à l'étendre aux magistrats judiciaires et administratifs car le juge de l'élection est à titre principal, pour une élection parlementaire, le Conseil constitutionnel.

En fait, s'il s'agit de prévenir que ces agents abusent de leurs fonctions professionnelles pour favoriser leur prochaine élection, la réponse adaptée paraît relever davantage d'une responsabilité disciplinaire que d'une mesure radicale d'inéligibilité. S'il s'agit plus largement d'éviter une confusion des fonctions dans la circonscription où une personne serait amenée à candidater et rendre ainsi impartiale l'action de l'État, une solution plus proportionnée au but poursuivi serait d'appliquer à ces agents un régime, non d'inéligibilité, mais d'incompatibilité. Ce dernier n'empêche pas la personne intéressée de se présenter à une élection.

39. CEDH, 2 sept. 1998, *Ahmed e.a c/ Royaume-Uni*, § 62.

40. CEDH, Gde ch., 20 mai 1999, *Rékúvényi c/ Hongrie*, § 43.

41. Cons. const., 28 nov. 2014, n° 2014-432 QPC, *Dominique de L.*

42. CEDH, 2 oct. 2014, *Adefdromil c/ France*.

mais demande de choisir entre la fonction incompatible et le mandat pour lequel elle a été élue. C'est en effet avant tout une fois élu parlementaire qu'il s'agit d'éviter une confusion entre le mandat et la fonction exercée dans la circonscription où a été élu l'intéressé. Le régime d'inéligibilité doit en revanche sans doute être conservé pour les agents s'occupant directement de l'organisation et du contrôle du scrutin.

II. — LA CONVENTIONNALITÉ D'OPÉRATIONS ÉLECTORALES RELATIVES À LA COMMUNICATION DE DOCUMENTS ÉLECTORAUX

Afin de favoriser la bonne administration du scrutin, le droit électoral français organise la communication d'une série de documents électoraux, les listes électorales (A) et les listes d'émargement ou de votants (B), dont la conventionnalité suscite des questions même en l'absence de jurisprudence établie de la Cour européenne.

A. — La conventionnalité de la communication des listes électorales

En amont du scrutin, tout électeur, candidat, parti ou groupement politique peut « prendre communication et copie de la liste électorale »⁴³. Cette possibilité a été conçue comme un moyen offert à chaque électeur de s'assurer de la régularité de la liste électorale et est ainsi considérée comme « concourant à la libre administration du suffrage »⁴⁴. La seule restriction est de s'engager à ne pas en faire un « usage commercial »⁴⁵. Ces listes électorales comportent des mentions normalement couvertes par le secret de la vie privée qui sont le nom, la date et le lieu de naissance, l'adresse du domicile ou du lieu de résidence des personnes inscrites, ainsi que la nationalité s'agissant des électeurs ressortissants d'un État membre de l'Union européenne autre que la France. Les partis et groupements politiques peuvent donc, pour leur part, faire usage de ces données sous forme de démarchage ou de marketing politique. Quant à l'interdiction de l'usage commercial des listes, la difficulté serait d'autant plus grande que, d'une part, les textes ne précisent pas les modalités de l'engagement du demandeur de s'y soumettre et, d'autre part, une fois communiquées, le contrôle effectif de leur usage est inexistant même si la sanction est

43. En l'état actuel du droit, C. élect., art. L. 28 et, au plus tard le 31 décembre 2019, en application de L. n° 2016-1048, 1^{er} août 2016, C. élect., art. L. 37.

44. CE, 2 déc. 2016, req. n° 388979, M. A.

45. En l'état actuel du droit, C. élect. art. R. 16 ; en application de L. n° 2016-1048, 1^{er} août 2016, C. élect., art. L. 37.

appelée à être renforcée⁴⁶. Le seul garde-fou résulte de l'obligation de consulter la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) qui recommande, s'agissant du traitement de données à caractère personnel contenues dans ces listes faisant office de fichiers, qu'en cas de leur utilisation pour procéder à l'envoi de courriers ou à la réalisation d'enquêtes, les administrés soient informés de l'origine des informations ayant permis de les contacter et de leur possibilité de se faire radier, sur simple demande, de ces fichiers. À ce titre, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) note que le cadre juridique actuel est insatisfaisant en ne préservant pas suffisamment la confidentialité des données personnelles que ces listes contiennent⁴⁷. Il est vrai que le droit à obtenir communication de ces listes est extrêmement libéral et vise tout électeur (et pas seulement de la circonscription concernée, mais tout détenteur d'une carte d'électeur qui, de surcroît, peut justifier simplement d'en être le titulaire sur l'honneur). La CADA indique encore que « la notion d'usage purement commercial est trop imprécise et ne permet pas de définir de manière satisfaisante les réutilisations jugées légitimes des listes électorales (...) et qu'enfin cette interdiction n'est, par elle-même, assortie d'aucune sanction ».

Ces facilités de communication et de consultation des listes électorales mériteraient donc d'être confrontées au test de proportionnalité auquel sont soumises les limitations, y compris celles ayant un effet « horizontal », au droit au respect de la vie privée concernant notamment l'utilisation de données de masse⁴⁸. Une modification des textes internes visant à limiter davantage la consultation et surtout l'usage des listes électorales serait ainsi sans doute préférable au regard du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention et même du droit à la protection des données à caractère personnel garanti par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁹.

B. – La conventionnalité de la communication des listes d'émargement

En aval du scrutin, la consultation des listes d'émargement, c'est-à-dire de votants, est autorisée « pendant un délai de dix jours à compter de l'élection et, éventuellement, durant le dépôt des listes entre les deux tours de scrutin, soit à la préfecture ou à la sous-préfecture, soit à la mairie »⁵⁰. Pour

46. Le nouvel article L. 113-2 du Code électoral punit d'une amende de 15 000 € l'usage commercial d'une liste électorale.

47. CADA, avis n° 20083971, séance 13 nov. 2008.

48. Par ex., CEDH, 21 déc. 2016, aff. *Tele2 Sverige AB c/ Post-och telestyrelsen* et *Secretary of State for the Home Department c/ Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis*.

49. CEDH, *ibid.*

50. C. élect., art. L. 68.

tant, une telle ouverture peut poser une difficulté sérieuse au regard du caractère secret du scrutin exigé par l'article 3 du Protocole additionnel n° 1. En effet, celui-ci peut s'entendre comme visant à soustraire tout électeur à toute pression résultant d'une connaissance de son choix de vote par un tiers. Or, une pratique courante de candidats ou partis politiques veut qu'au lendemain d'un scrutin, spécialement du premier tour, les listes électorales soient consultées afin d'identifier, puis de contacter, les abstentionnistes. Certes, ce procédé a été validé par le Conseil d'État qui estime qu'il ne constitue pas « en lui-même un moyen de pression de nature à fausser la sincérité du scrutin »⁵¹. La Haute juridiction ne pouvait d'ailleurs pas adopter une autre position agissant d'une pratique expressément autorisée par la loi, sauf à exercer un contrôle de conventionnalité qu'elle s'est refusée, il est vrai, en l'espèce à exercer. Le Conseil admet toutefois que la « divulgation préférentielle de renseignements nominatifs au cours du scrutin » est susceptible d'affecter la liberté de choix des électeurs⁵².

Cette pratique reste cependant une difficulté si l'on considère que l'abstention est l'expression d'un choix politique. Elle vise bien à faire pression sur l'électeur en pointant du doigt le fait qu'il n'ait pas voté lors d'un précédent scrutin et à l'encourager à voter lors du suivant, non seulement sur le principe, mais en réalité pour un candidat précis. Mieux encore, dans des configurations particulières (par exemple, un second tour de scrutin mettant présence deux candidats d'un même camp, de droite ou de gauche), le refus de choix peut présumer, par déduction, d'une opinion politique en faveur du camp non représenté. La CADA estime d'ailleurs que, passé le délai légal de dix jours, ces listes d'émargement ne sont pas communicables sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978 dès lors « qu'elles révèlent le choix d'électeurs nommément désignés de se rendre ou non aux urnes, choix qui relève du secret de la vie privée »⁵³. Afin de préserver la finalité, limitée à la mobilisation des abstentionnistes pour un scrutin donné, des fichiers éventuellement constitués, une garantie exigée par la CNIL est que, normalement, les fichiers doivent être détruits à l'issue du second tour de l'élection concernée⁵⁴. Pour autant, l'effectivité d'une telle exigence est pour le moins incertaine dans la mesure où l'on voit mal quelles sont les contraintes, faute de contrôle efficient, qui pèsent sur ceux qui sont amenés à consulter les listes d'émargement et constituer ensuite sur cette base éventuellement un fichier. Ainsi, suivant en cela les recommandations de la Commission de Venise, il serait sans doute plus respectueux au regard du caractère secret du scrutin tel que proclamé par le Pro-

51. CE, 27 oct. 1978, req. n° 08923 et 08941, *Élections municipales de Nice*.

52. CE, 2 févr. 1990, n° 109211, *Élections municipales de Clichy-sous-Bois* et CE, 9 mars 1990, n° 109184, *Élections municipales de Grand-Couronne*.

53. CADA, n° 20142367, séance 24 juill. 2014, *Consultation des listes d'émargement de l'élection municipale du 23 mars 2014*.

54. CNIL, *Communication politique, obligations légales et bonnes pratiques*, janv. 2012, p. 31.

toque additionnel n° 1 que soit franchement supprimée la possibilité de consulter ces listes d'émergence⁵⁵.

* *

*

Dans une démocratie ancienne comme la France habituée à organiser des élections, on pourrait croire que le droit électoral est aujourd'hui stabilisé. La succession des réformes intervenues encore récemment montre au contraire qu'il n'en est rien⁵⁶. Le respect par ce droit de la Convention européenne des droits de l'homme offre des hypothèses supplémentaires de réformes, à l'opposé d'ailleurs de l'objectif de stabilité de ce droit demandé par la Commission de Venise dans son Code de bonne conduite en matière électorale, visant à ajuster les règles applicables aux élections aux exigences sans cesse renouvelées de l'État de droit.

Une des hypothèses futures que nous soulevons serait de supprimer l'inéligibilité aux fonctions de maire et d'adjoint au maire aux élections municipales dont sont frappés les citoyens étrangers membres d'un État de l'Union résidant en France⁵⁷. Sans que ne soit en cause le droit à des élections libres (puisque les élections concernées ne portent pas sur le choix du « corps législatif »); ni même que ne soit forcément méconnu au plan strictement juridique le principe d'égalité (les intéressés se trouvant dans une situation différente des citoyens français), cette réforme permettrait une application plus ferme et effective du principe de l'égalité entre citoyens de l'Union européenne parmi ceux relevant de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme.

55. Rapport « Le droit électoral », « Commission européenne pour la démocratie par le droit » dite « Commission de Venise », CDL-EL(2008)029, 27 août 2013, p. 30.

56. Par ex., la dernière réforme en date porte sur l'adoption du « paquet de modernisation électorale » par L. org. n° 2016-506 et L. n° 2016-508, 25 avr. 2016.

57. Const. 1958, art. 88-3.