

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

“Plaidoyer pour une recodification du droit électoral”

Par Pierre Esplugas-Labatut,
professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole,
Institut Maurice Hauriou

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Plaidoyer pour une recodification du droit électoral

Par Pierre Esplugas-Labatut, professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole, Institut Maurice Hauriou

Résumé : Promulgué en 1956, dans des circonstances qui sont un peu le fruit du hasard, le Code électoral français est dépassé. Il porte en effet la marque de son époque en adoptant un vocabulaire désuet (à propos du terme de « propagande » ou concernant les fonctions visées par les régimes d'incompatibilités et d'inéligibilités) ou en étant le produit de l'accumulation de réformes successives consistant souvent simplement en de simples ajustements. Le Code électoral est encore incohérent en ne prenant en compte ni un certain nombre d'élections dont l'élection présidentielle, ni une série de volets aujourd'hui non neutres intéressant les campagnes électorales comme le financement de celles-ci. Son plan n'est pas satisfaisant et les règles qui y sont présentées sont hétérogènes. Plus particulièrement, la notion centrale de « dépenses électorales » y est définie de manière tautologique. Il serait donc opportun que le Parlement, et non le gouvernement, procède à une refonte, à droit non constant, du Code électoral.

Mis en forme : Police : Non Gras

Pourquoi s'intéresser à la recodification du droit électoral ? La France est une démocratie séculaire dans laquelle on peut penser que la sincérité des élections y est, sauf à la marge, correctement assurée. Celles-ci sont en effet régies par un Code électoral datant de 1956 qui aurait résisté à l'épreuve du temps et même du changement de Constitution illustrant une nouvelle fois la théorie du doyen Vedel sur la « discontinuité du droit constitutionnel et la continuité du droit administratif »¹.

Cette question n'est toutefois pas nouvelle puisqu'un travail de refonte complète du Code électoral avait été entamé en 2007 par la Commission supérieure de codification². Cette dernière a produit un projet de nouveau Code électoral en 2010³ mais sans que celui-ci ne soit repris par le Parlement ou le gouvernement par voie d'ordonnance. Ce projet est aujourd'hui au point mort dans la mesure où a été largement dépassée la date limite du 19 octobre 2011 fixée par l'habilitation législative si bien que cette dernière est devenue caduque⁴. En fait, la raison, voire le prétexte, avancées par la Commission elle-même, pour justifier une position d'attente seraient le caractère « politiquement sensible » de la matière⁵. De plus, la promulgation d'un nouveau Code électoral impose d'ajuster son entrée en vigueur au calendrier électoral toujours chargé en France en ce qu'elle doit raisonnablement intervenir au moins un an avant une élection.

En réalité, nous voudrions démontrer qu'il y a urgence à recodifier l'actuel Code électoral : les raisons sont qu'il est tout simplement à la fois dépassé (I) et incohérent (II).

I. Un Code dépassé

¹ G. Vedel, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, 1974, t. 2, p. 777.

² Le rapport annuel pour 2006 de la Commission supérieure de codification annonce le début de son travail de refonte du code électoral pour l'année 2007 (p. 9 et 20).

³ Commission supérieure de codification, Rapport annuel 2011, p. 5. De manière regrettable, le projet de nouveau Code électoral n'a pas été publié et n'est donc pas de ce point de vue accessible.

⁴ L. n° 2011-412, 14 avril 2011, art. 28.

⁵ Commission supérieure de codification, Rapport annuel 2006, p. 17 ; Rapport annuel 2007, p. 10.

Le Code électoral est vieux ! Au-delà du fait qu'il a été promulgué par décret en 1956⁶ soit sous une République antérieure, celui-ci est historiquement un peu le fruit du hasard. Comme l'*ae* détaillée le professeur Romain Rambaud, ce sont les « aléas » d'une navette parlementaire non maîtrisée entre l'Assemblée nationale et le Conseil de la République qui ont conduit à la base du texte que nous connaissons aujourd'hui⁷. Alors que devant l'Assemblée nationale, il s'agissait de voter simplement une loi sur le principe d'une codification portant sur les seules incapacités électorales et inéligibilités, celle-ci fut transformée devant le Conseil de la République en une habilitation de portée générale portant sur l'ensemble du droit électoral sans que l'on ne sache réellement qui fut responsable de ce changement de dimension⁸. Certes, afin de tenir compte du changement de Constitution, le Code électoral fut recodifié en 1964 mais seulement pour tenir compte de la nouvelle répartition des compétences entre domaines législatif et réglementaire⁹.

Etant promulgué il y a plus de 60 ans, le Code électoral porte nécessairement la marque de son époque dans le vocabulaire utilisé. Par exemple, il y est inclus tout un chapitre relatif à l'encadrement des opérations dites de « propagande »¹⁰. Ce terme paraît non seulement daté mais en plus connoté en évoquant des régimes non démocratiques diffusant leur idéologie par un tel biais. Sur le fond, le chapitre sur la propagande peut apparaître quelque peu décalé dans la mesure où il a été rédigé à une époque où la télévision n'avait pas l'ampleur qu'elle a aujourd'hui et où Internet et les réseaux sociaux n'existaient pas comme moyens de diffusion des messages et programmes à la disposition des candidats même si, depuis 2011, le Code électoral inclut expressément les moyens de communication électronique dans le régime général des interdictions et restrictions de propagande électorale¹¹. Il est certain aujourd'hui que le terme de « communication électorale » paraît refléter mieux la réalité de l'activité des candidats au cours d'une campagne électorale.

Le même type de remarques sur le caractère désuet du vocabulaire utilisé peut s'appliquer au régime des inéligibilités et incompatibilités. Certaines fonctions visées par le Code électoral, en effet, soit n'existent plus, soit n'ont plus le caractère sensible ou important qui justifiait une telle restriction. Il en est ainsi, par exemple, des fonctions qui empêchent d'être élu conseiller départemental, comme « ingénieurs du service ordinaire des mines », « ingénieurs en chef chargés de la direction d'un établissement du service des manufactures de tabac », « directeurs départementaux et inspecteurs principaux des postes et télécommunications », « inspecteurs des manufactures de tabac et directeurs du service de la culture et des magasins de tabac », « ingénieurs en chef, ingénieurs principaux, ingénieurs des travaux et autres agents du génie rural, des eaux et des forêts » ou encore « inspecteurs des instruments de mesure »¹². De surcroît, on peut douter de la conventionnalité de certaines inéligibilités compte tenu de l'exigence, non prises en compte lors de la rédaction du Code, de la Cour européenne des droits de l'homme que celles-ci soient strictes et proportionnées au but légitime poursuivi¹³.

⁶ Décr. n° 56-981, 1^{er} oct. 1956 portant Code électoral.

⁷ V. R. Rambaud, *Droit des élections et des référendums politiques*, LGDJ, 2019, n° 288.

⁸ L. n° 55-328, 30 mars 1955, art. 7.

⁹ Décr. n° 64-1086 et 64-1087, 27 oct. 1964 ; Cons. const. n° 62-20 L, 4 déc. 1962.

¹⁰ C. élect., Livre 1^{er}, Titre 1^{er}, chap. 5.

¹¹ C. élect., art. L. 48-1.

¹² C. élect., art. L. 195, 13°, 14°, 15°.

¹³ V. notre article, « Le droit électoral français respecte-t-il la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur du professeur Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 223.

Pour les mêmes raisons chronologiques, le Code électoral n'a naturellement pas pu intégrer le principe d'élections primaires à une élection officielle qui jusqu'à une date récente n'étaient pas dans la tradition française. Cependant, on constatera que, depuis 1995, date de la première primaire au sein du Parti socialiste à l'élection présidentielle, des partis politiques ont pris l'habitude, d'ailleurs pas seulement pour la seule élection présidentielle, d'organiser ce type d'élection soit réservée aux adhérents, soit ouverte aux sympathisants. A priori, ce sont des initiatives privées qui n'ont pas de rapport direct avec le scrutin officiel. Toutefois, certaines questions peuvent en réalité interférer sur ce scrutin comme l'utilisation des listes électorales, la répartition des temps de parole dans les médias audiovisuels ou l'imputation des dépenses engagées pendant l'élection primaire sur le compte de campagne du candidat finalement désigné¹⁴. En tant que telles, ces questions mériteraient ainsi d'être insérées dans un nouveau Code électoral.

Enfin, en raison du caractère ancien de l'actuel Code électoral sans que ce dernier n'ait été refondu, le droit électoral est aujourd'hui le produit de l'accumulation de réformes successives consistant souvent simplement en de simples ajustements comme l'illustrent les deux dernières lois organique et ordinaire du 2 décembre 2019¹⁵. On peut d'ailleurs juger ces réformes excessivement nombreuses car chaque majorité politique ne résiste pas à une volonté d'imprimer sa marque en vue « d'adapter », de « simplifier » ou « moderniser » ce droit sans que l'objectif ne soit au demeurant forcément atteint¹⁶. La conséquence est un manque de cohérence de la législation électorale.

II. Un Code incohérent

La force d'un code est que l'ensemble des règles puissent être rassemblées dans un même recueil. Tel n'est pas le cas de l'actuel Code électoral. A cet égard, un certain nombre d'élections sont situées hors de son champ (quoique les textes régissant celles-ci renvoient à de multiples reprises au Code électoral) : l'élection présidentielle, dont on ne saurait dire qu'elle revêt une importance mineure en France, régie par la loi organique n° 62-1292 du 6 novembre 1962, l'élection européenne régie par la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977.

Une défaillance a été, récemment mais partiellement, comblée avec les opérations référendaires. La loi n° 2013-116 du 6 décembre 2013 mettant en œuvre le référendum d'initiative partagée a inséré un Livre VI ter intitulé « Dispositions applicables aux opérations référendaires » constituant une matrice commune aux référendums pris en application de l'article 11 de la Constitution. Ce texte laisse toutefois toujours en suspens, à notre sens, les référendums en dehors du champ de cette loi circonscrit aux référendum de l'article 11 de la Constitution c'est-à-dire ceux pris en application des articles 88-5 et 89 de la Constitution (relatifs respectivement ceux relatifs à la ratification d'un traité d'adhésion d'un Etat à l'UE et d'un texte de révision de la Constitution) toujours régis non par le Code électoral mais par décrets.

En outre, le Code électoral s'intéresse avant tout à l'organisation du scrutin et aux opérations électorales, moins à une série de volets aujourd'hui non neutres intéressant

¹⁴ V. notre article, « Pour un cadre législatif des élections primaires à une élection politique », *in Etat du droit, état des droits, Mélanges en l'honneur du professeur Dominique Turpin*, LGDJ-Lextenso, 2017, p. 179.

¹⁵ LO n° 2019-1268 et L. n° 2019-1269, 2 déc. 2019 visant à « clarifier diverses dispositions du droit électoral ».

¹⁶ V. P. Esplugas, X. Bioy (dir.) « *Faut-il adapter le droit des campagnes électorales ?* », Actes de colloque, Toulouse, 14 avril 2011, Lextenso-Montchrestien, 2012 et notre contribution « Adapter les règles », p. 1.

les campagnes électorales. Ainsi, ne sont pas pris en compte par le Code une partie du financement des campagnes électorales (lois n° 88-226 et n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique), la transparence de la vie publique (lois n° 2013-906 et 2013-907 du 11 octobre 2013), les modalités d'organisation de la campagne à la radio et à la télévision (loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, art. 16) et la publication et la diffusion des sondages électoraux (loi n° 77-808 du 19 juillet 1977). L'ensemble de ces textes pourraient donner une consistance utile à un nouveau Code électoral comme l'a d'ailleurs bien compris la Commission supérieure de codification dans son projet de Code électoral de 2010 en intégrant ces éléments de « campagne électorale indirecte » selon l'expression du professeur Romain Rambaud¹⁷.

Par ailleurs, le plan retenu n'est pas satisfaisant. On ne comprend pas ainsi pourquoi le Livre Ier consacré à l'élection des députés, des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires n'inclut pas l'élection des conseillers régionaux (prévus au Livre IV) qui est une élection politique comme les précédentes. Surtout, ce Livre Ier inclut des « dispositions communes », portant par exemple sur les conditions pour être électeurs, les inéligibilités et incompatibilités, la propagande ou les opérations de vote pour les élections concernées, qui paraissent tout autant valables pour toutes les élections politiques et pas seulement celles citées dans cet intitulé. Il est certain que serait davantage cohérent le plan retenu par la Commission supérieure de codification distinguant entre les dispositions communes à l'ensemble des scrutins au suffrages universel et les dispositions spéciales aux scrutins, d'une part, nationaux et, d'autre part, territoriaux¹⁸.

L'incohérence du Code électoral peut résulter aussi de l'hétérogénéité des règles proposées différentes selon chaque élection. Ainsi, par exemple, les dates et conditions de dépôt des déclarations de candidature, les dates d'ouverture des campagnes électorales ou encore les délais de recours contentieux contre les résultats du scrutin ne sont presque jamais les mêmes selon les élections. De même, le droit des inéligibilités et incompatibilités ne repose sur aucune logique et n'est que le produit d'une série d'ajouts introduits en fonction de l'esprit du temps. Ainsi, par exemple, les fonctionnaires d'Etat « chargés d'une circonscription territoriale de voirie » sont inéligibles dans le cadre d'un mandat municipal¹⁹ alors que ces mêmes fonctions (pour lesquelles on peut s'interroger sur leur caractère sensible) provoquent une incompatibilité avec un mandat de conseiller départemental²⁰ sans qu'une quelconque logique vienne justifier ce régime différencié.

Un autre exemple d'hétérogénéité est celui tiré du régime des incompatibilités applicables aux mandats électoraux des militaires. Le Conseil constitutionnel a invalidé dans un premier temps un régime d'incompatibilité d'un tel statut avec le seul mandat municipal sans censurer celui avec les autres mandats²¹. Dans un deuxième temps, la loi du 13 juillet 2018 modifiant sur ce point le Code électoral²² a autorisé de manière restrictive la compatibilité du statut des militaires en position d'activité avec un mandat de conseiller municipal dans les seules communes de moins de 9000 habitants, avec un mandat de conseiller communautaire dans les seuls

¹⁷ V. R. Rambaud, *Droit des élections et des référendums politiques*, op. cit. n° 1073.

¹⁸ Source R. Rambaud, *Droit des élections et des référendums politiques*, LGDJ, 2019, n° 295.

¹⁹ Sont visés à ce titre les « ingénieurs en chef, ingénieurs divisionnaires et ingénieurs des travaux publics de l'Etat, les chefs de section principaux et chefs de section des travaux publics de l'Etat » (C. élect., art. L 231, 9°).

²⁰ C. élect., art. L 207.

²¹ Cons. const., 28 nov. 2014, n° 2014-432 QPC, *Dominique de L.*

²² L. n° 2018-607 du 13 juillet 2018, art. 33 modifiant C. élect., art. L 46.

établissements publics de coopération intercommunale regroupant moins de 25 000 habitants et a ajouté une inéligibilité à toutes fonctions d'exécutif local. On peut ainsi juger le régime applicable aux militaires pour le moins baroque et exagérément restrictif. Une uniformisation commune à toutes les élections des types d'inéligibilités et d'incompatibilités, ainsi que des conditions en l'état différentes dans lesquelles elles sont déclarées ou constatées, serait donc souhaitable.

Enfin, on peut s'étonner qu'une notion aussi centrale, avec celle du compte de campagne, comme celle de « dépenses électorales » ne soit définie par le Code que de manière tautologique en étant des « dépenses engagées en vue de l'élection »²³, ce qui n'apporte pas grand-chose. Pour pallier cette défaillance, il serait certes possible de codifier la définition donnée par la jurisprudence administrative. Cette dernière a compris cette disposition de manière pragmatique et fonctionnelle en considérant que les dépenses électorales sont celles « remboursables » et dont « la finalité est l'obtention des suffrages des électeurs »²⁴.

Pour autant, cette définition, si elle est cohérente, nous paraît trop stricte. Elle a en effet pour conséquence d'écarter des dépenses qui ne sont pas littéralement engagées « en vue d'obtenir le suffrage des électeurs », comme celles relatives à un repas à huis-clos entre colistiers, une soirée électorale d'après scrutin ou à la sécurité d'un candidat, mais qui incontestablement s'inscrivent dans le cadre de la campagne électorale. Il nous paraîtrait logique d'admettre que sont des dépenses électorales tout simplement celles « engagées dans le cadre d'une campagne électorale ». Si l'on considère encore trop large cette proposition car elle conduirait à une inflation des dépenses remboursables et serait trop onéreuse pour les deniers publics, il est encore possible de retenir une solution médiane qui est de définir ces dépenses comme celles « utiles en vue d'une élection ». Elle aurait néanmoins, à notre sens, pour inconvénient de renvoyer une fois de plus à la Commission des comptes de campagne et au juge compétent le soin de préciser les contours d'une « dépense utile », ce qui ne serait pas de nature à éclairer correctement les candidats en amont.

Les défaillances du Code électoral ainsi observées ont été naturellement comblées par la jurisprudence du juge électoral abondante, voire pléthorique, fine et nuancée, voire pas toujours lisible pour l'électeur lambda. Un exemple connu peut être tiré d'une jurisprudence essentielle bien établie qui consiste pour lui à se comporter en juge, non pas de la « régularité », mais plus restrictivement de la « sincérité » du scrutin. A ce titre, une fraude n'entraîne l'annulation du scrutin qu'en cas de faible écart de voix entre le candidat fraudeur et le requérant, écart qui est au demeurant difficilement mesurable objectivement. Cette jurisprudence n'est moralement pas satisfaisante dès l'instant où elle conduit à ne pas annuler une élection remportée haut la main par un candidat, avec plusieurs milliers de voix d'avance par exemple, alors que la contestation ne porte que sur quelques dizaines ou centaines de bulletins de vote. Cela peut constituer un encouragement à la fraude importante, de surcroît toujours difficile à prouver par l'adversaire. En cas de recodification du Code électoral, un point décisif sera pour les autorités compétentes de déterminer s'il faut codifier cette jurisprudence ou au contraire s'il faut abandonner le critère de l'écart de voix pour ne retenir que le seul critère de la gravité de l'irrégularité. Le juge électoral serait ainsi bien le juge de la « régularité » de l'élection conformément à la mission expressément dévolue par la Constitution au Conseil constitutionnel pour le contrôle des élections présidentielle et parlementaires²⁵.

²³ C. élect., art. L 52-4.

²⁴ CE, 27 juin 2005, *Gourlot*, n° 272551.

²⁵ Constitution de 1958, art. 58 et 59.

En définitive, il est anormal d'observer que le Code électoral n'est en pratique pas l'outil directement consulté par les usagers que sont au premier chef les candidats. Ceux-ci préfèrent en effet s'appuyer sur les différents guides et mémentos édités par le ministère de l'Intérieur ou les autorités administratives indépendantes concernées (CNCCFP, CSA ou HATVP). Au vu de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, il est urgent que les candidats et les électeurs aient à leur disposition un outil opérationnel.

Il est certes exact que certaines propositions de codification de règles auraient pour conséquence un changement de l'état du droit ce qui empêcherait une codification à droit constant comme c'est la pratique pour les autres codes et comme l'avait d'ailleurs anticipé l'habilitation législative de 2011²⁶. La recodification du droit électoral nécessiterait donc que le Parlement prenne la main au moins en partie et ne délègue pas entièrement sa compétence par voie d'ordonnance. Le législateur, organique et ordinaire, doit s'emparer du sujet pour procéder aux modifications de fond, à droit non constant, qu'impliquerait l'utile refonte du Code électoral.

²⁶ L. n° 2011-412, 14 avril 2011, art. 28.