

Le droit électoral français respecte-t-il la Convention européenne des droits de l'homme ?

(par Pierre Esplugas-Labatut, professeur de droit public à l'Université Toulouse I Capitole, Institut Maurice Hauriou)

Le professeur Frédéric Sudre fut un président indépendant et impartial. Il ne s'agit pas seulement de faire un jeu de mot 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 Etat et se prêtent mal à une homogénéisation au plan européen. Il existe pour autant bien un « droit électoral européen » fondé en particulier sur l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de 1952 affirmant le « droit à des élections libres »¹. *A priori*, l'on pourrait penser qu'une démocratie séculaire comme la France respecte sans difficulté ce standard européen démocratique². 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 Etats parties d'organiser des élections législatives libres. D'autre part, la Cour européenne n'exerce, conformément à l'autonomie constitutionnelle des Etats, qu'un contrôle minimum sur la réalisation d'un droit à des élections libres³. 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, subjectif⁴ et, d'autre part, « composé » avec des « caractères induits »⁵. De surcroît, ce droit s'apprécie « à la lumière de l'évolution politique du pays concerné »⁶. Ceci signifie que les exigences sont plus fortes dans une démocratie installée comme la France que dans une

¹ Protocole additionnel n° 1, art. 3 : « Les hautes parties contractantes 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 ». V. Y. Lécuyer, *Le droit à des élections libres*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2014.

² Sur l'idée de « standard européen démocratique », v. F. Jacquemot, *Le standard européen de société démocratique*, préf. F. Sudre, Université Montpellier 1, 2006 ; Y. Lécuyer, *L'eupéanisation des standards démocratiques*, Presses universitaires de Rennes, 2011.

³ V. Cour EDH, 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, § 103.

⁴ En ce sens, v. Cour EDH, plénière, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, § 51.

⁵ V. Y. Lécuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2009, spé. pp. 42-49 et 58-70 ; v. aussi S. de Cacqueray, « La CEDH et le droit des élections : entre patrimoine européen et suprématie étatique », *Constitutions* 2016. 557.

⁶ Cour EDH, Gd. Ch., 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, § 133.

démocratie connaissant une transition comme nombre d'Etats 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, étendus certes au Parlement européen⁷ et à des assemblées délibérantes d'Outre-Mer bénéficiant d'un pouvoir législatif propre⁸. En cela, l'élection présidentielle et les élections locales ne sont pas *a priori* concernées. Cependant, il est possible de confronter aussi, 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 »⁹. En cela, la question de la conventionnalité au regard du droit à des élections libres, 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 électoral. 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 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 pertinent¹⁰.

En étant fondé sur le suffrage universel, égal et secret¹¹, 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. Pour autant, 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 n'être que d'ordre spéculatif. A 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

⁷ Cour EDH, 18 févr. 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*.

⁸ Cour EDH, 11 févr. 2005, *Py c. France*.

⁹ C. élect., Livre 1^{er}, Titre 1^{er}.

¹⁰ Avis n° 190/2002, adopté par la « Commission européenne pour la démocratie par le droit » dite « Commission de Venise », 18-19 oct. 2002.

¹¹ Const. 1958, art. 3.

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 libres¹². Pour autant, sa jurisprudence constante est de considérer que les droits tirés de cette disposition ne sont pas absolus et d'y admettre des « limitations implicites »¹³. La question se pose donc du degré au-delà duquel de telles limitations ne seraient plus acceptables. A 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).

A. 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'Etat français a organisé des restrictions importantes à l'exercice du droit de suffrage sur ce territoire. Sans évoquer celles, déjà très importantes, portant sur le scrutin d'autodétermination¹⁴ dans la mesure où le droit à des élections libres ne s'applique pas au cas de référendum¹⁵, 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 »¹⁶. Ensuite, concernant les élections des membres de ce Congrès, il est prévu une condition de durée de résidence importante de 10 ans¹⁷. On aurait pu juger exorbitante une telle restriction dès l'instant où celle-ci a empêché, pour les premières élections où elle s'est appliquée¹⁸, 7,5 % des citoyens français résidant en Nouvelle-Calédonie d'être inscrits sur les listes électorales.

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 »¹⁹. 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 doctrine²⁰. Le professeur Sudre a ainsi noté que cette solution « paraît plus dictée par des considérations d'opportunité politique que de rigueur juridique »²¹ dans le sens où la clause des « nécessités locales » n'a joué dans la jurisprudence de la Cour que très rarement et suppose que l'Etat partie fasse « la preuve décisive et manifeste d'une nécessité » ce qui en l'occurrence peut se

¹² V. Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, § 51.

¹³ V. Cour EDH, Gd. Ch., 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, § 103.

¹⁴ 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, point 2.2.1).

¹⁵ Cour EDH, 14 sept. 1998, *Castelli et autres c. Italie*.

¹⁶ Cour EDH, 11 févr. 2005, *Py c. France*, § 42.

¹⁷ LO n° 99-209, 19 mars 1999, art. 188.

¹⁸ Scrutin d'autodétermination du 8 novembre 1988 et élections provinciales du 9 mai 1999.

¹⁹ Cour EDH, 11 févr. 2005, *Py c. France*, § 64.

²⁰ O. Gohin « La Constitution française contre les droits de l'homme : le précédent de la restriction du suffrage en Nouvelle-Calédonie » in *Mélanges Pactet*, Dalloz, 2003, p. 187.

²¹ F. Sudre, *JCP G*, 2005, n° 30, doctr., p. 159.

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 10 ans de résidence - une telle restriction porte atteinte à la substance de l'exercice du suffrage.

En outre, la conventionalité 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 formulée par le Conseil constitutionnel français à propos de la loi organique du 19 mars 1999 portant statut de la Nouvelle-Calédonie²². 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 majorité²³. 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 conventionalité fut-elle posée par une règle de rang constitutionnel²⁴. A 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 10 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 spéciale²⁵. 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.

B. La conventionalité 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-ci²⁶. Ces droits ne font cependant pas obstacle à certaines limitations pour lesquelles la Cour estime que « les Etats disposent d'une grande latitude pour établir, dans leur ordre constitutionnel, des règles relatives au statut de parlementaire, dont les critères d'inéligibilité »²⁷.

²² Cons. const., n° 99-410 DC, 15 mars 1999.

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

²⁴ Par ex., v. Cour EDH, 1^{er} juill. 1997, *Gitonas et autres c. Grèce* où la Cour s'assure de la conventionalité de règles constitutionnelles relatives au statut de parlementaire.

²⁵ Selon le rapport du sénateur J.-J. Hiest sur le projet de loi constitutionnelle modifiant l'article 77 C., 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.

²⁶ Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, § 51.

²⁷ Cour EDH, *Gitonas c. Grèce*, 1^{er} juill. 1997, § 39.

Pour autant, afin de préserver l'impartialité de l'Etat 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 Parlement²⁸. 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 un période variant entre 1 et 3 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 territorial²⁹) que des agents détachés de ces fonctions (par exemple, les responsables des administrations civiles de l'Etat dans la région ou le département, des agents des services publics de l'Education nationale, de la santé et de la sécurité sociale³⁰). 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 Cour³¹. L'impartialité du scrutin commande 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 telles activités. On peut à l'inverse douter de l'intérêt d'étendre un régime d'inéligibilité 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-Uni³² 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 Etats 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 politiques³³.

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'Etat dans la région ou le département », appréciée de surcroit 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'Education 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

²⁸ C. élect., art. LO 132 pour l'élection des députés et LO 296 pour l'élection des sénateurs.

²⁹ C. élect., art. LO 132, I et II.

³⁰ C. élect., art. LO 132, II.

³¹ En ce sens, v. par ex. Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, § 52.

³² Cour EDH, *Ahmed e.a c. Royaume-Uni*, 2 sept. 1998, § 62.

³³ Cour EDH, Gd. Ch., *Rekvényi c. Hongrie*, 20 mai 1999, § 43.

mandat de conseiller municipal³⁴. 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 militaires³⁵. 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'Etat, 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 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 »³⁶. 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 »³⁷. La seule restriction est de s'engager à ne pas en faire un « usage commercial »³⁸. 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 Etat 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

³⁴ Cons. const., 28 nov. 2014, n° 2014-432 QPC, *Dominique de L.*

³⁵ Cour EDH, 2 oct. 2014, *Adefdromil c. France*.

³⁶ 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.

³⁷ CE, 2 déc. 2016, *M. A.*

³⁸ 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.

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 appelée à être renforcée³⁹. Le seul garde-fou résulte de l'obligation de consulter la 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. A ce titre, la CADA note que le cadre juridique actuel est insatisfaisant en ne préservant pas suffisamment la confidentialité des données personnelles que ces listes contiennent⁴⁰. 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 masse⁴¹. 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'UE tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme⁴².

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 »⁴³. Pourtant, 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 l'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 1^{er} tour, les listes électorales soient consultées afin d'identifier, puis de contacter, les abstentionnistes. Certes, ce procédé a été validé par le Conseil d'Etat qui estime qu'il ne constitue pas « en lui-même un moyen de pression de nature à fausser la sincérité du scrutin »⁴⁴. La Haute juridiction ne pouvait d'ailleurs pas adopter une autre position s'agissant d'une pratique expressément autorisée par la loi, sauf à exercer un contrôle de

³⁹ L'art. L. 113-2 nouveau du C. élec. punit d'une amende de 15 000 € l'usage commercial d'une liste électorale.

⁴⁰ CADA, avis n° 20083971, séance du 13/11/2008.

⁴¹ Par ex., Cour EDH, 21 déc. 2016, aff. dite *Tele2 Sverige AB*.

⁴² Cour EDH, *ibid*.

⁴³ C. élect., art. L 68.

⁴⁴ CE, 27 oct. 1978, *Elections municipales de Nice*.

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 électeurs⁴⁵.

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 2^{ème} 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 10 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 »⁴⁶. 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 concernée⁴⁷. 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 Protocole additionnel n° 1 que soit franchement supprimée la possibilité de consulter ces listes d'émargement⁴⁸.

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 rien⁴⁹. 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'Etat 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 Etat de l'Union résidant en France⁵⁰. 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

⁴⁵ CE, 2 févr. 1990, *Elections municipales de Clichy-sous-Bois* et 9 mars 1990, *Elections municipales de Grand-Couronne*.

⁴⁶ CADA, n° 20142367, *Consultation des listes d'émargement de l'élection municipale du 23 mars 2014*, séance du 24/07/2014.

⁴⁷ CNIL, *Communication politique, obligations légales et bonnes pratiques*, janv. 2012, p. 31.

⁴⁸ Commission européenne pour la démocratie par le droit, Rapport, « Le droit électoral », 27 août 2013, p. 30.

⁴⁹ Par ex., la dernière réforme en date porte sur l'adoption du « paquet de modernisation électorale » par LO n° 2016-506 et L. n° 2016-508 du 25 avril 2016.

⁵⁰ Const. 1958, art. 88-3.

européenne parmi ceux relevant de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme.