

LE DROIT ÉLECTORAL DES MILITAIRES DE CARRIÈRE

par

Olivier GOHIN

Professeur à l'Université de Paris V - René Descartes

Directeur de la Revue Droit et Défense

Que l'évolution de la condition militaire se soit faite dans le sens du droit commun n'est guère discutable¹. L'article 6 du statut général du 13 juillet 1972 pose, en ce sens, le principe selon lequel " *les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens* ". De même, l'article 11 du décret du 28 juillet 1975 modifié portant Règlement de discipline générale dans les armées prescrit que " *le militaire jouit des droits et libertés reconnus à tout citoyen par la Constitution, dans le respect du statut général et des obligations particulières qu'il impose* ".

Le militaire de carrière² veut donc apparaître aujourd'hui comme un acteur, sinon essentiel, du moins potentiel de la démocratie politique, à l'instar de tout civil, non seulement en tant qu'électeur, mais aussi en tant que candidat ou élu, sous réserve toutefois des spécificités nombreuses et importantes que suppose ou qu'exige l'état militaire³.

Compris comme une condition nécessaire, mais non pas suffisante de la démocratie politique, le suffrage universel, défini en

première approche comme le vote égal de l'ensemble des citoyens, s'établit en France comme une conquête révolutionnaire, à trois périodes décisives de son histoire :

- au moment de la Grande Révolution lorsque l'élection de la Convention en 1792 se fit au suffrage universel à deux degrés⁴ et lorsque la Constitution de 1793 affirme l'universalité du suffrage⁵ ;

- au moment de la Révolution de 1848 lorsque le décret du Gouvernement provisoire en date du 5 mars 1848 proclame le suffrage universel masculin, portant le nombre des électeurs de 240 000 à plus de 9 millions⁶ ;

- au moment de la Libération lorsque l'ordonnance du 21 avril 1944 reconnaît enfin l'accès des femmes au suffrage universel tandis que l'ordonnance du 17 août 1945 rétablit le droit de vote des militaires de carrière, suspendu depuis la loi Cissey du 27 juillet 1872, ces deux ordonnances étant signées, l'une et l'autre, du général de Gaulle.

¹ Texte de la communication présentée au colloque sur "La liberté d'expression des fonctionnaires en uniforme" (Paris, École militaire, 2-3 décembre 1998), organisé par le Centre d'études en sciences sociales de la défense du ministère de la Défense et par le Centre d'études et de recherches administratives et politiques de l'Université de Paris XIII. Les Actes de ce colloque sont à paraître au premier trimestre 1999.

² Au militaire de carrière est ici assimilé le militaire sous contrat.

³ A ce sujet, Bernard Boëne (dir.), *La spécificité militaire*. Actes du colloque de Coëtquidan (2-3 juin 1988), Paris, A. Colin, 1990 et particulièrement la communication de Pierre Dabezies, "La spécificité militaire : une approche globale de l'armée", pp. 258-272.

⁴ Sous cette réserve de l'exclusion des domestiques posée par le décret du 22 décembre 1789 qui les prive des droits des citoyens actifs. Un dixième seulement du corps électoral a voté en août-septembre 1792.

⁵ *Ibid.*, art. 4. Il s'agit d'un suffrage universel masculin. On notera que, jusqu'à la révision de la Constitution de 1958 par la loi const. du 25 juin 1992, cette Constitution est la seule qui, en France, ait élargi l'électorat aux étrangers, y compris, en ce qui la concerne, aux élections nationales.

⁶ Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel et Science politique*, 12ème éd., Paris, A. Colin, 1995, p. 199 et s. La consécration du suffrage universel masculin est opérée par l'art. 24 de la Constitution du 4 novembre 1848.

Entre ces périodes décisives pour l'établissement ou le rétablissement de la démocratie politique en France, il sera donc porté atteinte au suffrage universel,

- soit par le retour au suffrage restreint sous le Directoire, puis sous la Monarchie restaurée, légitimiste ou orléaniste ⁷,

- soit par le jeu des listes de confiance sous le Consulat et le Premier Empire ou des candidatures officielles sous le Second Empire,

- soit par le refus du Sénat de la Troisième République de reconnaître le suffrage universel féminin dans l'entre-deux guerres ainsi que par la suspension par la loi du droit de vote des militaires de carrière.

Il y a sans doute une difficulté méthodologique à mettre sur le même plan la réduction de l'électorat sous la Restauration, sa confiscation sous l'Empire ou le refus de son extension après 1919. La vérité c'est que le suffrage universel ne se présente pas comme une notion absolue et ne reçoit donc aucune définition simple ou définitive, valable pour tout État et pour toute époque. Il inclut, en effet, l'existence de certaines limites juridiques qui sont de portée variable dans l'espace et dans le temps, l'exclusion du suffrage ⁸ ne devant jamais correspondre à des conditions inacceptables en principe ou devenues inacceptables, sauf à interdire de regarder ou de continuer à regarder ce suffrage comme effectivement universel.

En ce sens, a toujours été inacceptable, comme contraire en principe à l'universalité du suffrage, le suffrage censitaire (à raison de la fortune) ou capacitaire (à raison du diplôme). En revanche, est devenu inacceptable à une date qu'il n'est pas nécessairement facile à identifier, le suffrage demeuré restreint sur le fondement de l'origine (exclusion à raison de la race ou de la religion), du sexe (exclusion des femmes) ou encore de la profession (exclusion à raison de la fonction).

⁷ On passe de 110 000 électeurs en 1817 à 240 000 électeurs en 1847, soit près de huit fois moins qu'en Angleterre à la même époque, pour une population d'environ 25-30 millions d'habitants.

⁸ A ce sujet, Philippe Ardant, "Les exclus", *Pouvoirs* n° 8, 1978, pp. 47 et s.

Encore faut-il préciser que la démocratie politique ne se réduit pas, en termes d'électorat, au suffrage égal de l'universalité des citoyens. Elle suppose aussi la définition d'un régime d'inéligibilités et d'incompatibilités particulières qui vise à protéger la sincérité de l'élection, à la fois comme processus d'accès à la fonction politique et comme résultat de ce processus en vue de l'exercice de la fonction. Rapportée au contexte de l'état militaire, la démocratie politique passe donc par deux voies distinctes :

- le droit de vote des militaires aux élections politiques ⁹ (I)

- l'encadrement juridique du mandat politique des militaires (II).

I. LE DROIT DE VOTE DES MILITAIRES AUX ELECTIONS POLITIQUES

Contre la doctrine la mieux assurée, on a pu soutenir que le caractère démocratique et républicain du régime mis en place en 1870 est essentiellement discutable dès lors qu'il a contribué à empêcher le caractère universel du suffrage par des mesures d'exclusion,

- soit positives, avec la suspension du droit de vote des militaires de 1872 à 1945,

- soit négatives avec le refus d'étendre le droit de vote aux femmes de 1919 à 1944 ¹⁰.

Il est ainsi étonnant que la France puisse être encore regardée, d'une part, comme le premier État au Monde à avoir instaurer le suffrage universel, dès 1792, ou à l'avoir restauré, dès 1848, avec alors une cinquantaine d'années d'avance par rapport

⁹ Les développements de ce titre reprennent largement ceux déjà exposés dans notre article sur "Le droit de vote" dans le numéro d'*Espoir* consacré à "De Gaulle et la réforme de l'État", n° 103, juillet 1995, pp. 14-23, spéc. pp. 17-18.

¹⁰ Au sujet du vote des femmes, voir Françoise Decaumont, *La préparation des ordonnances à Alger : le vote des femmes, in Fondation Charles de Gaulle et al., Le rétablissement de la légalité républicaine - 1944, Actes du colloque universitaire de Bayeux (6-8 octobre 1994), Paris, Éd. Complexe, 1996, p. 115, note 3.*

à ses voisins européens ¹¹ alors qu'en réalité, depuis la Révolution de 1789, la France aura entretenu une liaison particulièrement chaotique avec le caractère universel du suffrage.

On imagine sans peine que cette présentation critique n'est pas celle qui est généralement ou normalement retenue lorsqu'il est rarement traité du droit de vote des militaires ¹². L'idée dominante c'est qu'en France, les législations successives relatives à l'électorat des militaires antérieures à 1945 (1.1.) n'ont pas eu pour objet de venir leur retirer leur droit de vote reconnu, en principe, comme aux autres citoyens de sexe masculin ¹³ bien qu'elles aient eu cet effet en excluant de l'exercice du droit de vote les militaires en activité de service jusqu'à l'ordonnance du 17 août 1945 (1.2.).

1.1. L'électorat des militaires avant 1945

Depuis la Révolution française, tous les hommes qui constituent "*la Nation en armes*" ont tous également la qualité de citoyens, sans que la suspension de l'exercice du droit de suffrage que les Constitutions de 1793 ¹⁴ et de 1795 ¹⁵ envisagent, d'ailleurs, l'une après l'autre, leur fassent perdre, pour autant, cette qualité. Des législations générales ou particulières viennent ainsi suspendre l'électorat des militaires aux conditions qu'elles posent : ainsi en est-il de la loi des 18-25 Ventôse An V en ce qui concerne les armées en campagne et les militaires sous les drapeaux et sans congé ¹⁶. De même, sous le régime de la République décennale

et du Second Empire, les militaires ne votent aux élections du Corps législatif que s'ils sont présents dans leur commune d'origine ¹⁷.

Au demeurant, lorsque les militaires ont effectivement accès à l'exercice du droit de vote au titre du suffrage universel masculin, réel (en 1848, par exemple) ou supposé (sous le Second Empire, par exemple), les modes de votation ont été variables, en autorisant cependant toutes formes d'abus :

- pour le référendum de l'An III et pour les plébiscites du Consulat, du Premier et du Second Empires, le scrutin était organisé dans chaque unité constituée en section de vote au sein des établissements militaires ¹⁸,

- pour les élections à l'Assemblée nationale de 1848, à l'Assemblée législative de 1849 et à l'Assemblée nationale de 1871, les sections de vote étaient formées des militaires originaires du même département, toujours au sein des établissements militaires.

C'est assez dire que, depuis la Révolution française et jusqu'à la chute du Second Empire, les relations entre l'armée et le suffrage universel ont été changeantes et complexes bien que l'on retrouve une ligne de force : la spécificité de l'état militaire interdit que l'électorat du citoyen en uniforme soit jamais exactement aligné sur l'électorat du citoyen en civil. Au demeurant, l'article 5 de la loi de recrutement du 27 juillet 1872 ¹⁹ s'inscrit dans ce mouvement général qu'elle vient précisément stabiliser pour correspondre à un retour très net à la suspension générale du droit de vote des militaires : bien que les militaires puissent être inscrits sur les listes électorales, ne peuvent désormais prendre part effectivement aux scrutins que ceux d'entre eux qui sont en congé pour une

11 En Grande-Bretagne, le passage au suffrage universel masculin s'est fait progressivement par les réformes de 1832, 1867, 1884 et 1918.

12 Les manuels de base du droit constitutionnel contemporain occultent, le plus souvent, cet aspect du droit électoral : par ex., Pierre Pactet, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10^{ème} éd., Paris, Masson, 1991, p. 94 et s. Toutefois, en sens inverse, Philippe Ardant, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, 7^è éd., Paris, L.G.D.J., 1995, p. 194.

13 A l'époque du suffrage censitaire (1815-1848), la troupe est exclue de l'électorat, de même que la plupart des officiers. Toutefois, le cens électoral était réduit de 200 à 100 F pour certains officiers en retraite.

14 Acte constitutionnel inappliqué du 24 juin 1793, art. 6.

15 Constitution du 5 Fructidor An III (22 août 1795), art. 13.

16 Sur l'émission du suffrage des militaires, voir Jean-Paul Charnay, *Société militaire et suffrage politique en France depuis 1789*, Paris, École Pratique des Hautes Études, 1964, pp. 198-206.

17 Décret org. du 2 février 1852, art. 14.

18 Dans l'ouvrage de référence de Jean-Paul Charnay, il est rapporté que, lors du référendum du 21 novembre 1852 relatif à l'approbation du rétablissement de la dignité impériale, opéré par *senatus-consulte* du 7 novembre, le vote au sein de telle caserne se fait publiquement devant deux urnes distinctes, l'une destinée à recevoir les bulletins en faveur du "*oui*" et l'autre destinée à recevoir les bulletins en faveur du "*non*" sur laquelle le colonel commandant le régiment a précisément posé son képi galonné.

19 Texte repris par les lois de recrutement de 1889, de 1905, de 1913 et de 1928.

durée minimale de trente jours ou dans l'une des situations statutaires suivantes : non-activité, résidence libre ou disponibilité. Cette situation d'exception juridique s'explique alors, de façon claire, par deux motifs convergents d'ordre politique :

- d'abord, de façon négative et explicite, la volonté de neutralité de l'institution militaire au sortir du régime du Second Empire avec lequel elle s'était largement compromise, par delà les soubresauts de violence armée qui ont précédé et qui ont suivi cette période, et, de façon plus générale, le souci de sa disponibilité et de sa continuité, en dehors des querelles politiques et des joutes électorales, considérées comme accessoires, dérisoires et provisoires au regard des objectifs de redéploiement à l'intérieur et de reconquête à l'extérieur qui lui sont rapidement assignés ;

- ensuite, de façon positive mais implicite, le souci du loyalisme des armées, la défense de la Nation en général, et non de telle classe ou de tel clan, étant comprise, le plus souvent, comme une forme de soutien tacite au régime républicain de synthèse qui se met progressivement en place.

Il faut y ajouter deux autres considérations d'ordre sociologique :

- la force du principe hiérarchique, de la discipline militaire, de l'unité de commandement ou encore de la solidarité au combat qui exclut les divergences d'opinion ou d'expression au sein de l'institution militaire ;

- le souci de tenir la troupe à l'écart des influences ou des pressions que l'encadrement serait en mesure d'exercer au sein des unités ou des formations, la concentration des régiments étant d'ailleurs conçue comme de nature à perturber fortement la géographie électorale.

Un tel souci d'apolitisme de l'institution militaire, en tout cas de retranchement par rapport à la vie politique, exercée dans le cadre exclusif de la société civile, est nettement exprimé par tous les responsables politiques de la III^e République, et par Gambetta en particulier :

de même qu'il prône la rénovation de l'armée en ces termes : "*une armée qui comprendra tout le monde, une armée qui sera la nation elle-même devant l'étranger, une armée où les droits de l'intelligence et de la hiérarchie seront parfaitement respectés (...)*" ²⁰, de même, il admet la suspension du droit de vote pour les militaires en activité de tous grades au titre d'une "*disposition tutélaire de la paix sociale*" qui vise à "*empêcher, au foyer de la famille militaire les dissentiments politiques*" ²¹.

Du reste, l'article 2 de la loi organique du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés viendra expressément consacrer le dispositif antérieur en matière d'électorat et exclure les militaires de carrière en activité du droit de suffrage. En constituant la "*Grande Muette*", le législateur réinventait ainsi, pour trois quarts de siècle, la catégorie des citoyens passifs.

1.2. L'ordonnance du 17 août 1945

Ce que la Première Guerre Mondiale n'avait pas changé - et, contrairement à l'extension du suffrage universel aux femmes, il n'y eu aucun débat à ce sujet dans l'entre-deux guerres - la Libération devait, en revanche, le permettre. Au moment de la délibération de la nouvelle législation électorale, et alors même que l'extension du suffrage universel aux femmes était pratiquement acquis, l'Assemblée consultative provisoire devait exprimer, à plusieurs reprises, sa nette volonté d'accorder le droit de vote aux militaires : ainsi, le 24 mars 1944 à Alger, elle vote un amendement du représentant communiste Fernand Grenier en ce sens ; de même, le 1er avril 1945 à Paris, une proposition de résolution ayant le même objet, présentée par le représentant socialiste Pierre Stibbe, est adoptée à l'unanimité. Dès lors, le représentant Georges Cogniot, rapporteur des commissions de la Réforme de l'État et de l'Intérieur, ne peut être que favorablement entendu quand il mesure le retard de la France par rapport à ses Alliés, en

20 Discours du 1er octobre 1872, cité in Pierre Barral, "La vision de la citoyenneté chez les fondateurs de la Troisième République" in Dominique Colas (dir.), *L'État de droit*, Paris, P.U.F., 1987, p. 19.

21 Discours du 4 juin 1874, cité in Pierre Barral, *op. cit.*, p. 15.

précisant : " *Ceux qui ont la lourde charge de porter les armes et qui doivent être prêts à tout instant à risquer leur vie pour la nation ne peuvent pas ne pas jouir du droit d'exprimer leur opinion politique au même titre que les autres citoyens, surtout lorsqu'il s'agit d'un objet aussi grave que les lois constitutionnelles* " ²².

A la suite de ce rapport, le représentant Pierre Stibbe présente à nouveau un vibrant plaidoyer en faveur du vote des militaires, rappelant d'abord que les militaires français n'ont pas toujours été privés du droit de vote et ensuite que la privation de l'exercice de ce droit a pu conduire à " *une armée de caste où seules certaines opinions politiques, souvent d'ailleurs anti-nationales, pouvaient se faire jour* ".

C'est donc le vote de l'amendement Stibbe, le 2 août 1945, dans le cadre de la législation électorale en vue des consultations du 21 octobre 1945 relatives au référendum constituant et à l'élection de la nouvelle Assemblée nationale constituante, qui devait conduire à l'ordonnance du Gouvernement provisoire de la République française en date du 17 août 1945 ²³ relative notamment à l'électorat des militaires. Elle commence par prescrire que : " *les militaires des armées de terre, de mer et de l'air sont électeurs dans les mêmes conditions que les autres citoyens* " ²⁴, disposition que l'on trouve très exactement transposée, en droit positif, à l'article L. 13, alinéa 1er du Code électoral.

Ce plein accès des militaires à l'électorat qui redonne toute sa place au citoyen en uniforme au sein de la Nation, signifie donc l'inscription des militaires de carrière et, le cas échéant, de leurs conjoints ²⁵ sur les listes électorales, selon les conditions du droit commun, " *quel que soit leur lieu de stationnement* " ²⁶.

Il s'agit, en principe, des conditions posées par l'article L. 11 du Code électoral pour les Français établis en France, la solution privilégiée étant, en ce premier cas, celle de l'inscription sur la liste électorale de la commune où l'électeur a son domicile réel ou une résidence depuis six mois au moins. Il s'agit, à défaut, des conditions posées par l'article L. 12 du Code électoral pour les Français établis hors de France et immatriculés au consulat de France, la solution privilégiée étant, en ce second cas, l'inscription sur la liste électorale de la commune de naissance. On soulignera cependant que l'application de ce régime d'exception de l'article L. 12 suppose, bien entendu, que le régime de droit commun de l'article L. 11 soit inapplicable ²⁷, sans impliquer nécessairement que le militaire de carrière soit en poste à l'étranger. A titre subsidiaire, si éventuellement l'inscription n'était possible ni au titre de l'article 11 ni, à défaut, au titre de l'article 12 du Code électoral, aucune des communes dans le champ d'application de ces dispositions n'étant située sur le territoire de la République, l'inscription du militaire concerné peut être alors faite sur la liste électorale de la commune du siège du bureau de recrutement ²⁸.

II. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU MANDAT POLITIQUE DES MILITAIRES

Le droit électoral vient distinguer l'accès au mandat politique du candidat qui peut être interdit ou limité par des inéligibilités absolues ou relatives et l'exercice du mandat politique par l'élu qui peut être confronté à un système d'incompatibilités. Il y a lieu d'appliquer cette distinction en vérifiant le régime des inéligibilités (2.1), puis celui des incompatibilités (2.2.) auquel est soumis le militaire de carrière d'abord candidat, puis éventuellement élu à une fonction politique.

²² Georges Cogniot, 1ère séance du 2 août 1945, *J.O.R.F. Déb. A.C.P.*, p. 1 749.

²³ Ordonnance n° 45-1839 (*J.O.R.F.* 19 août 1945, p. 5 157). On notera que l'ordonnance ne vise que la loi du 10 août 1871, sans mentionner sa modification par la loi du 23 juillet 1891. Toutefois, les erreurs ou défauts de visa d'une législation sont sans conséquence ni incidence juridique.

²⁴ Art. 1er, al. 1er.

²⁵ Code élect., art. 15

²⁶ *Ibid.*, art. L. 13, al. 2.

²⁷ Civ. 2ème, 17 mars 1994, *M. Mondange c/ Mme Chauveau et autres*, *Bull. civ.* II, n° 96, p. 55 ; *J.C.P.* 1994.IV.1316.

²⁸ Code élect., art. L. 13, al. 3. Les articles L. 11, 12 et 13 du Code électoral sont reproduits en Annexe.

2.1. Le régime des inéligibilités des militaires

L'ordonnance du 17 août 1945 précitée n'est pas seulement relative à l'électorat, mais aussi à l'éligibilité des militaires. En effet, son article 2 met fin à l'inéligibilité absolue des militaires de carrière telle qu'elle résultait de la loi organique du 30 novembre 1875, art. 7 pour les élections législatives et de la loi organique du 9 décembre 1884, art. 5 pour les élections sénatoriales, selon un dispositif appliqué également aux élections locales par la loi du 5 avril 1884 en ce qui concerne les élections aux conseils municipaux et par la loi du 23 juillet 1891 modifiant la loi du 10 août 1871 en ce qui concerne les élections aux conseils généraux et d'arrondissement²⁹.

L'article 9, alinéa 2 du statut général des militaires prévoit, dès lors, que "*sous réserve des inéligibilités prévues par la loi, les militaires peuvent être candidats à toute fonction publique élective*".

Au nombre des inéligibilités prévues par la loi, on doit retenir celles qui, comme pour tous les fonctionnaires d'autorité, concernent les officiers qui exercent ou qui ont exercé un commandement territorial depuis moins de six mois et pour le seul ressort géographique couvert par l'exercice de ce commandement pour les élections parlementaires et locales³⁰.

On ne saurait dire que, pour autant, on est intégralement renvoyé vers le droit commun des élections politiques. En effet, si, selon le mot du doyen Maurice Hauriou, le fonctionnaire est bien "*un citoyen spécial*", combien plus spécial est encore celui que l'état militaire conduit à être un fonctionnaire soumis par son statut à des interdictions ou des restrictions particulières dans l'exercice de ses droits et

libertés politiques³¹. Sans doute, ses opinions politiques sont libres encore que leur diffusion reste interdite au sein des enceintes militaires³². Mais, même candidat à une élection, le militaire de carrière ne saurait les exprimer autrement "*qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire*"³³.

Il est vrai, toutefois, que l'article 9, alinéa 2 du statut général prévoit un régime d'exception en trois points pour les militaires qui se portent candidats à une fonction publique élective :

1°) les militaires en activité de service n'ont pas à obtenir l'autorisation du ministre pour évoquer publiquement, et par tous moyens d'expression à leur disposition, des questions politiques ou mettant en cause une puissance étrangère ou une organisation nationale ;

2°) les militaires ne sont soumis à aucune condition pour traiter publiquement, et par tous les moyens d'expression à leur disposition, de problèmes militaires non couverts par les exigences du secret ;

3°) l'interdiction d'adhésion des militaires en activité de service à un parti politique est suspendue pour la durée de la campagne électorale, laquelle peut être légalement réduite à quinze jours en

31 Statut général des militaires (S.G.M.), art. 6, deuxième phrase.

Cette thématique est celle retenue par l'arrêt de principe C.E.D.H., 8 juin 1976, *Engel*, série A, vol. 22 ; *Clunet* 1978. 695, note P. Rolland ; application de l'art. 10 de la Convention de Rome relatif à la liberté d'expression au regard des exigences de la discipline militaire (à ce sujet, Jean Duffar, "Défense et libertés publiques, le 'soldat-citoyen'", Colloque Droit et Défense (15-16 décembre 1994), *Droit et Défense*, Paris, Ministère de la Défense, 1995, p. 150.

32 S.G.M., art. 8. Il y a pourtant une tolérance d'usage pour les propos tenus au sein des mess, ce qui n'interdit pas la prudence et la mesure. De plus, il faut rappeler ici, à toutes fins utiles, que les radios et télévisions ne sont pas complètement absentes, tant s'en faut, des enceintes militaires où les informations politiques sont largement diffusées. Doit-on et peut-on alors empêcher tout commentaire pendant ou après ces émissions ? De façon plus générale, où commence la sphère du privé au sein des enceintes militaires ? Ou encore : l'attitude du commandement est-elle la même si le propos est favorable à la majorité ou à l'opposition du moment ? S'il se situe ou non dans le cadre de la représentation parlementaire ? S'il se situe ou non dans le cadre de l'ordre public républicain ? etc. Le propre d'une tolérance est de déplacer les limites de façon essentiellement mouvante... et donc passablement risquée.

33 *Ibid.*, art. 7, al. 1er.

29 A ce sujet, Jean-Paul Charnay, *op. cit.*, pp. 107-110.

Il est remarquable d'observer cet éloignement progressif des armées des conditions normales d'exercice du suffrage universel.

30 En ce sens, C. élect., art. L.O. 133-5° (élections législatives), L. 195-5° (élections cantonales), L. 231-3° (élections municipales), L.O. 296 (élections sénatoriales) et L. 340 (élections régionales).

matière d'élections municipales ou cantonales notamment ³⁴.

On doit donc soutenir que l'encadrement de la liberté d'expression politique du militaire candidat dans de telles conditions qui valent pour toutes élections, y compris comme conseiller municipal d'une commune de moins de 3 500 habitants où l'élection ne nécessite pourtant pas de déclaration préalable de candidature ³⁵, conduit à une inéligibilité *de facto* des militaires de carrière ³⁶.

Car il y a une marge considérable qu'il faut bien mesurer entre le droit et la pratique à raison du coût d'opportunité pour le militaire qui se porte candidat à une fonction publique élective. Le problème ici posé est d'ordre sociologique, politique et juridique :

- il est d'abord d'ordre sociologique tant "*battre les estrades*" est toujours conçu, en France en tous cas, comme parfaitement contraire à la neutralité des forces armées et à la cohésion de l'institution militaire. On doit penser qu'à cet égard, la cloison est encore étanche entre les sociétés civile et militaire.

- il est aussi d'ordre politique car le soutien d'un parti apparaît clairement comme indispensable au succès de toute campagne électorale, sauf sans doute l'hypothèse de l'élection municipale au scrutin majoritaire, et encore... Comment un militaire pourra-t-

il être repéré comme un candidat potentiel sinon en nouant préalablement, et de longue date, des relations officieuses, approfondies et utiles avec un parti politique, à un grade qui puisse être alors le lui permettre ³⁷ ?

- il est enfin d'ordre juridique au titre des droits et devoirs du militaire candidat à une élection tels qu'ils sont consignés dans l'Instruction ministérielle 7000 du 31 janvier 1986 ³⁸ relative aux modalités d'exercice des droits électoraux par les membres des forces armées. En effet, on lit ainsi

- qu'il peut faire état de son grade, mais non de ses fonctions, tout officier général devant préciser, au surplus, son appartenance éventuelle à la deuxième section,

- que c'est en tenue civile qu'il assiste aux réunions politiques publiques ou privées,

- qu'il reste tenu par les obligations de réserve (ce que le statut général dit déjà) et de secret professionnel, le texte de l'Instruction ministérielle de 1986 se faisant d'ailleurs plus précis, mais aussi plus confus :

En effet, s'agissant de l'obligation de réserve qui est jurisprudentielle, le texte précise nettement l'article 7, alinéa 1er du statut général de 1972 en mentionnant que le militaire candidat "*est tenu, quant à la forme, de s'exprimer avec la réserve et la dignité exigées par l'état militaire*" ³⁹.

De plus, sur la base de l'obligation de réserve, le même texte mentionne également une obligation de loyalisme reprise de l'article 1er, alinéa 2 du statut général des militaires ⁴⁰, en précisant que cette obligation "*dont doit faire preuve celui qui a accepté de servir l'État*" s'exerce "*envers les institutions*", allant jusqu'à exiger que ce loyalisme ne puisse être

34 Pour les élections municipales : C. élect., art. L. 247, al. 2, cantonales : *ibid.*, art. L. 220. On précisera, toutefois, que l'Instruction de 1986 référencée ci-après prévoit, dans ses paragraphes 427 et 428, la possibilité pour le militaire candidat de bénéficier d'une permission exceptionnelle de dix jours durant la campagne électorale qui peut être prolongée par imputation sur les droits annuels (§ 427) ainsi que de demander un congé sans solde d'une durée au plus de six mois (§ 428 qui renvoie expressément au S.G.M. art. 53 et 94).

35 C'est ce qui résulte pour les communes de moins de 3 500 habitants des art. L. 252 et s. C. élect.

36 Ce point a été déjà abordé à plusieurs reprises, notamment en la forme d'une question posée par le Contrôleur général des armées Gélineau à l'occasion du colloque Droit et Défense, *op. cit.*, p. 179.

Les chiffres accessibles sur la base de l'arrêté du 13 octobre 1995 portant mise en service détaché pour l'exercice d'une fonction publique élective locale (BOC/PA du 8 janvier 1996 n° 2, p. 187) donne seulement quinze militaires élus et détachés qui sont tous officiers (à part un major de l'Armée de l'air) dont huit d'entre eux sont médecins militaires, le détachement leur permettant, il est vrai, l'exercice de leur profession auprès d'une clientèle privée...

37 En ce sens, Jacques Robert, "Libertés publiques et armée", in Bernard Boëne (dir.), *op. cit.*, p. 103 et Gérard Hoffmann, Colloque Droit et Défense, *op. cit.*, p. 180.

38 Instruction ministérielle n° 7000/DEF/CAB/SDBC/K du 31 janvier 1986 (B.O.C., p. 656) relative aux modalités d'exercice des droits électoraux par les membres des forces armées.

39 *Ibid.*, § 424, al. 1er.

40 "*L'état militaire exige en toute circonstance discipline, loyalisme et esprit de sacrifice*".

aucunement mis en doute par les déclarations ou les actions du militaire candidat ⁴¹. Bien qu'elle soit posée par un droit de circulaire en une matière où on attend la loi, on précisera que cette disposition est bien, au fond du droit, conforme à la jurisprudence administrative en la matière ⁴² qui, pourtant, rencontre quelque difficulté à ne pas confondre l'obligation de loyalisme avec les obligations de réserve ⁴³, mais aussi de neutralité du service public ou encore d'obéissance hiérarchique envers le gouvernement ⁴⁴.

Enfin, le texte de l'Instruction ministérielle de 1986 confirme le statut général des militaires au sujet de l'obligation de discrétion professionnelle qui est d'origine textuelle ⁴⁵, sans la confondre d'ailleurs avec l'obligation de secret professionnel, d'une ampleur toute

différente et d'ailleurs pénalement prévue et sanctionnée ⁴⁶.

Or, on soulignera que toutes ces obligations professionnelles qui pèsent sur l'exercice de la liberté d'expression, et en particulier l'obligation de réserve des fonctionnaires, valent pour tous les militaires de carrière candidats, quel que soit le grade occupé et quelle que soit la fonction postulée, ce qui n'apparaît guère conforme aux nuances que la jurisprudence exige, particulièrement à l'occasion d'élections politiques disputées, en tenant compte précisément du contenu des propos tenus, de la situation hiérarchique et de la nature des fonctions de celui qui les tient et, d'une façon plus générale, des circonstances concrètes de temps et de lieu dans lesquelles le litige est effectivement survenu ⁴⁷.

Au demeurant, le texte de l'Instruction ministérielle de 1986 fait également obligation au militaire candidat de rendre compte de sa candidature au ministre par la voie hiérarchique ⁴⁸, ce qui contribue encore à l'inéligibilité de fait : le militaire de carrière est candidat au vu et au su de tous et ne pourra pas manquer de subir, dans le déroulement de sa carrière, les conséquences néfastes d'une défaite électorale toujours possible,

41 *Ibid.*, § 424 *in fine*.

42 C.E., 25 janvier 1935, *DeFrance*, *Rec.* 105 au sujet de la révocation d'un employé des services de la défense nationale prophétisant publiquement le remplacement par le drapeau rouge de "l'ignoble drapeau tricolore". Le concept de "loyalisme envers les institutions" figure dans les conclusions Laurent sur C.E., 1er octobre 1954, *Guille*, *Rec.* 496 ; *Rev. adm.* 1954. 512, concl. Laurent ; *D.* 1955. 431, note Braibant. On notera que le Code de déontologie de la police nationale mentionne le loyalisme "envers les institutions républicaines" (décret du 18 mars 1986, art. 7).

43 Sur cette distinction, en matière politique mais en dehors de tout contexte électoral, C.A.A. Paris, 21 mars 1996, *Sako*, *Rec.* 564 ; *D.A.* 1996, n° 316 au sujet d'un brigadier-chef de la police nationale à Nouméa qui, sans manquer à l'obligation de loyalisme dès lors que la loi du 9 novembre 1988 ouvre la possibilité de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie, manque toutefois à son devoir de réserve en organisant, malgré plusieurs mises en garde préalables, dans son appartement privé le congrès constitutif d'un mouvement indépendantiste, puis en donnant une conférence de presse.

44 A ce sujet, André de Laubadère et Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif - Tome 5 : La fonction publique*, 11ème éd., Paris, L.G.D.J., 1998, n° 202, pp. 151 et 152.

45 Le contenu de cette obligation tel qu'il résulte du § 425, al. 1er de l'Instruction de 1986 est conforme à l'art. 18 S.G.M. de sorte que le texte de ce paragraphe, pour être juridiquement inutile, n'en est pas moins incontestablement régulier.

46 Au sujet de l'obligation de secret professionnel dans les armées, voir la thèse remarquable de doctorat d'État en droit de Bertrand Warusfel, *Le secret de la défense nationale - Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, Paris V, 1994, dactyl., 511 p. ainsi que Marc Guillaume, "Secret de la défense nationale et État de droit", in *Mél. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 365-388. On observera que cet auteur, maître des requêtes au Conseil d'État et délégué aux Affaires juridiques au ministère de la Défense, ne fait pas référence à ce remarquable travail universitaire, signalé toutefois dans la *Revue Droit et Défense* notamment. Contrairement à notre collègue Warusfel qu'il cite par ailleurs, M. Guillaume soutient le danger que représenterait, selon lui, la création d'une autorité administrative indépendante pour la nature même du secret de la défense nationale (pp. 382 et 383). Or, c'est pourtant ce que le législateur a fait, avec grande sagesse, par la loi du 8 juillet 1998.

47 Par ex., dans l'affaire *Jannès*, le manquement au devoir de réserve concerne un haut fonctionnaire qui formule contre son ministre des critiques acerbes au cours d'une campagne électorale à laquelle il était lui-même étranger (C.E., 10 mars 1971, *Jannès*, *Rec.* 203 ; *A.J.D.A.* 1971. 622, note V.S. ; *Dr. ouvr.* 1971. 70, note X ; *D.* 1972. 735, note Guibal). En revanche, ne manque pas à l'obligation de réserve le candidat à un emploi d'ouvrier professionnel de l'administration centrale de l'air qui vend sur la voie publique un journal interdit dans les établissements militaires (C.E., 3 janvier 1962, *Ministre des Armées c/Hocdé*, *Rec.* 3 ; *A.J.D.A.* 1962. 365, obs. V.S.).

48 *Ibid.*, § 426.

particulièrement si, à l'issue de la consultation, il se retrouve dans le camp de la minorité politique du moment.

2.2. Le régime des incompatibilités des militaires

L'article L. 46 du Code électoral dispose que " les fonctions de militaire de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale, sont incompatibles avec les mandats qui font l'objet du livre Ier ", c'est-à-dire ceux de député, de conseiller général⁴⁹ et de conseiller municipal⁵⁰, selon un dispositif qui est notamment⁵¹ étendu, par transitivité, aux mandats de conseiller d'arrondissement de Paris, de Lyon et de Marseille⁵² ou encore de parlementaire européen⁵³.

Dès lors, le militaire de carrière qui est élu doit donc opter entre l'exercice de son mandat électoral et celui de ses fonctions militaires⁵⁴ sans que soit toujours indiqué le délai de cette option ou la sanction du défaut d'option. Comme en matière d'élections municipales sous dix jours ou en matière d'élections régionales sous un mois, la solution à retenir, dans le silence excessif des textes, étant sans doute l'option en faveur de l'activité professionnelle, conformément au droit commun applicable

en matière de sanction des incompatibilités⁵⁵.

De plus, l'article 9, alinéa 3 du statut général prévoit que "les militaires de carrière et les militaires servant en vertu d'un contrat qui sont élus et qui acceptent leur mandat, sont placés dans la position de service détaché (...)", laquelle place ces militaires de carrière ou servant au-delà de la durée légale en activité de service⁵⁶ hors de leur corps d'origine, pendant toute la durée des fonctions en cause⁵⁷ et pour une durée maximale mais renouvelable de cinq années, avec la perte du droit à la solde⁵⁸ et le remplacement dans son emploi, malgré le maintien sur la liste d'ancienneté du corps ainsi que le bénéfice des droits à l'avancement et à pension de retraite⁵⁹.

Et on notera qu'en vertu de l'article 11 du décret du 22 avril 1974 modifié relatif aux positions statutaires des militaires de carrière, le détachement suspend l'application du régime d'interdiction et de restriction en matière de droits civils et

49 Incompatibilité répétée à l'art. L. 206 C. élect.

50 Incompatibilité répétée à l'art. L. 237 C. élect. On doit souligner combien l'incompatibilité est sévère en ce qui concerne les élections municipales, particulièrement dans les villages, c'est-à-dire dans les petites communes de moins de 2 500 habitants qui représentent près de 90% des communes françaises.

51 Bien que le cas des territoires et collectivités territoriales d'outre-mer ne soit pas ici envisagé, le régime des incompatibilités ici exposé y est transposable.

52 *Ibid.*, art. L. 342. Dès lors, l'incompatibilité vaut aussi pour le mandat de conseiller à l'Assemblée de Corse (*ibid.*, art. L. 368).

53 Loi du 7 juillet 1977, art. 2, al. 1er.

On notera que ces régime d'incompatibilités sont d'interprétation stricte et que, de façon surprenante, le droit électoral est lacunaire en ce qui concerne le mandat de Président de la République dans l'hypothèse où un militaire de carrière en activité de service serait élu. Le propre d'une science juridique efficace est pourtant d'envisager et de régler préalablement les différentes situations possibles afin de prévenir tout contentieux éventuel.

54 Cette obligation d'option qui se déduit de la loi électorale n'est pas prévue par le statut général, mais par l'Instruction ministérielle d'application : Instruction préc., § 351, al. 1er.

55 En ce sens, Code élec., art. L. 238 (élections municipales) et L. 344 (élections régionales). A ce sujet, Jean-Claude Masclet, *Droit électoral*, Coll. Droit fondamental, Paris, P.U.F., 1989, n° 104-109, pp. 153-160.

56 Précision donnée par l'Instruction préc., § 34. Cette interprétation de la loi résulte correctement de la combinaison des dispositions des art. L. 46 C. élect. et 9 S.G.M.

57 A ce sujet, décret du 22 avril 1974 modifié relatif aux positions statutaires des militaires de carrière, art. 11 al. 1er et Instruction préc., § 351, al. 2. L'Instruction ministérielle n'envisage, à tort, que les cas suivants d'élection : dans une assemblée parlementaire (Assemblée nationale ou Sénat) ou dans les conseils des collectivités territoriales (conseil régional, conseil général ou conseil municipal), champ d'application qui est insuffisant au regard de la législation électorale applicable.

58 On conçoit sans peine que le niveau de rémunération des fonctions publiques locales est d'un niveau tel que la perte du droit à la solde constitue un autre obstacle dirimant à l'exercice d'un mandat local. Le Contrôleur général des armées Gélinau l'expliquait fort bien, avec franchise et humour, lors du colloque Droit et Défense précité de 1994 (p. 179).

59 S.G.M., art. 54. Le détachement prononcé pour exercer une fonction publique élective permet, par exception, au militaire concerné d'être affilié au régime de retraite dont relève cette fonction en vue d'acquiescer, à ce titre, des droits à pension ou à allocation (*ibid.*, art. 56).

Le bénéfice du droit à l'avancement n'intervient qu'à l'ancienneté et de façon alors automatique : en ce sens, l'Instruction préc., § 351.

politiques, à l'exception du dispositif relatif à l'autorisation de mariage ⁶⁰.

En conclusion, on affirmera d'abord que la participation des militaires de carrière à l'électorat est un acquis définitif de la démocratie politique sur lequel il est hors de question de revenir. Ceci étant dit, reste, à l'évidence, la question considérable et récurrente de l'éligibilité des militaires et, par voie de conséquence, celle de l'incompatibilité qui lui est nécessairement liée.

On pourrait être alors tenté de tailler une demi-mesure qui permettrait de retenir le militaire de carrière comme un acteur à part entière de l'élection ⁶¹, mais dans le cadre des seules élections locales ⁶², sous réserve du maintien en activité dans des conditions qui ne devraient pas être sensiblement différentes de celles des autres fonctionnaires publics et sous réserve également de sujétions particulières de service en matière professionnelle et de l'absence de responsabilités exécutives en matière électorale. Mais la solution ici retenue n'est pas satisfaisante : elle conduit à permettre la politisation officielle ou officieuse de l'institution militaire et elle fait entrer le droit dans des contorsions qui ne sont pas à la hauteur de la cohérence que tout système juridique se doit de conserver.

Puisque l'armée de la République est au service de la Nation, puisqu'elle est essentiellement obéissante, puisqu'elle est

soumise à des obligations particulières de neutralité, de disponibilité et de continuité, mieux vaut sans doute ne pas entrer dans une discussion qui vient distinguer arbitrairement ce qui est politique de ce qui ne l'est pas, ce qui est local de ce qui ne l'est pas, ce qui est accessoire de ce qui ne l'est pas au profit d'une inéligibilité absolue des militaires de carrière établie par la loi. Dès lors, la question des incompatibilités cesse d'elle-même de se poser.

Au cours du colloque de Coëtquidan, tenu en 1988, le Contrôleur général des Armées Jean-Claude Roqueplo avait souligné combien, depuis 1975, l'autorité politique avait cherché à "*affirmer une meilleure distinction entre la situation de 'l'homme en uniforme', soumis dans son service aux contraintes de son statut, et celle de citoyen qui, hors du service, jouit de la quasi-totalité des libertés et droits civils et politiques*" ⁶³, pour se demander aussitôt si une telle évolution n'était pas une erreur ou, plutôt, un contre-sens.

En se limitant au droit électoral des militaires de carrière et en préservant leur droit inaliénable à la qualité d'électeur, on sera d'avis, en effet, que la candidature ou l'élection des militaires en activité de service ne peut que conduire à l'impasse.

O.G.

60 Dans la position du service détaché, en effet, les militaires concernés "*ne sont plus soumis aux dispositions des articles 6 à 13 du statut général*", de sorte que le dispositif d'exception de l'article 14 sur l'autorisation de mariage est maintenu dans l'idée raisonnable - mais implicite - que cette situation matrimoniale peut sans doute survivre à la reprise d'activité éventuelle - et alors de plein droit - de la part du militaire de carrière concerné, à la sortie de sa fonction publique électorale... Le texte de l'article 11 du décret du 22 avril 1974 est particulièrement maladroite puisque l'article 6 du statut général commence par affirmer, en principe, la jouissance par les militaires "*de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens*". Or, précisément, on passe ici, sauf en matière de mariage, d'une situation de principe à une situation absolue. Loin d'être supprimé, le dispositif du début de l'article 6 en sort donc notablement renforcé.

61 L'expression "*acteur de l'élection*" appartient au Professeur Jean-Claude Masclet, *op. cit.*, pp. 35 et s.

62 Cette solution a été envisagée par le Président de la République lors de la cérémonie des vœux présentés à l'Élysée par les armées pour 1998.

63 Jean-Claude Roqueplo, "*Le cantonnement juridique : existe-t-il une fonction militaire spécifique ?*", in Bernard Boëne (dir.), *op. cit.*, p. 98.

ANNEXE

Code électoral, articles L. 11, 12 et 13

Art. L. 11. Sont inscrits sur la liste électorale, sur leur demande,

1° Tous les électeurs qui ont leur domicile réel dans la commune ou y habitent depuis six mois au moins ;

2° Ceux qui figurent pour la cinquième fois sans interruption, l'année de la demande d'inscription, au rôle d'une des contributions directes communales et, s'ils ne résident pas dans la commune, ont déclaré vouloir y exercer leurs devoirs électoraux.

Tout électeur ou électrice peut être inscrit sur la même liste que son conjoint au titre de la présente disposition ;

3° Ceux qui sont assujettis à une résidence obligatoire dans la commune en qualité de fonctionnaires publics.

Sont également inscrits, dans les mêmes conditions, les citoyens qui, ne remplissant pas les conditions d'âge et de résidence ci-dessus indiquées lors de la formation des listes, les rempliront avant la clôture définitive.

L'absence de la commune résultant du service national ne porte aucune atteinte aux règles ci-dessus édictées pour l'inscription sur les listes électorales.

Art. L. 12. Les Français et les Françaises établis hors de France et immatriculés au consulat de France peuvent, sur leur demande, être inscrits sur la liste électorale de l'une des communes suivantes :

Commune de naissance ;

Commune de leur dernier domicile ;

Commune de leur dernière résidence, à condition que cette résidence ait été de six mois au moins ;

Commune où est né, est inscrit ou a été inscrit sur la liste électorale un de leurs ascendants ;

Commune sur la liste électorale de laquelle est inscrit un de leurs descendants au premier degré.

Art. L. 13. Les militaires des armées de terre, de mer et de l'air sont électeurs dans les mêmes conditions que les autres citoyens.

Quel que soit leur lieu de stationnement, les militaires de carrière ou liés par contrat qui ne remplissent aucune des conditions fixées par l'article L. 11 peuvent demander leur inscription sur la liste électorale dans l'une des communes prévues à l'article L. 12 (alinéa 1er).

Si aucune de ces communes n'est située sur le territoire de la République, ils peuvent également demander leur inscription sur la liste électorale de la commune dans laquelle a son siège le bureau de recrutement dont ils relèvent.