



HAL
open science

**THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN
RIGHTS AND THE LAW OF ELECTIONS
BETWEEN EUROPEAN HERITAGE AND ETATIC
SUPREMATIE**

Sophie de Cacqueray

► **To cite this version:**

Sophie de Cacqueray. THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE LAW OF ELECTIONS BETWEEN EUROPEAN HERITAGE AND ETATIC SUPREMATIE . Constitutions : Revue de droit constitutionnel appliqué, 2016, 4. hal-01463699

HAL Id: hal-01463699

<https://hal.science/hal-01463699v1>

Submitted on 13 May 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LE DROIT DES ELECTIONS

ENTRE PATRIMOINE EUROPEEN ET SUPREMATIE ETATIQUE

La démocratie ne se conçoit pas sans élections. Cependant, si les élections sont une condition nécessaire, leur présence ne suffit pas à garantir l'existence de la démocratie comme en témoignent nombre de régimes dictatoriaux, passés, présents, et, sans doute, futurs. Le droit des élections apparaît en fait indissolublement lié à la souveraineté de l'Etat. Dès lors, la Constitution, norme fondamentale de l'Etat, se doit de fixer les éléments fondamentaux concernant la désignation des gouvernants.

Ainsi, la Constitution de 1958 dispose, dans son article 3, que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret. Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». En outre, selon l'article 4, « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ».

De même, la loi fondamentale allemande dispose, dans son article 20, que « tout pouvoir d'État émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire ». De plus, à l'article 21 est indiqué que « les partis concourent à la formation de la volonté politique du peuple. Leur fondation est libre. Leur organisation interne doit être conforme aux principes démocratiques ». Quant à l'article 28 de la Constitution, il énonce que « l'ordre constitutionnel des Länder doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social, au sens de la présente Loi fondamentale. Dans les Länder, les arrondissements et les communes, le peuple doit avoir une représentation issue d'élections au suffrage universel direct, libre, égal et secret ». On retrouve les mêmes éléments dans les constitutions espagnole¹, italienne² ou russe³.

¹ Article 1 : « L'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique qui défend comme valeurs supérieures de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique. La souveraineté nationale réside dans le peuple espagnol ; tous les pouvoirs de l'État émanent de lui » ; article 6 : « les partis politiques expriment le pluralisme politique, ils concourent à la formation et à la manifestation de la volonté populaire et sont un instrument fondamental de la participation politique. Ils se forment et exercent leur activité librement, dans le respect de la Constitution et la loi » ; article 23 : « les citoyens ont le droit de participer aux affaires publiques, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement élus à des élections périodiques au suffrage universel » ; article 68 : « le Congrès se compose au minimum de 300 et au maximum de 400 députés, élus au suffrage universel, libre, égal, direct et secret, dans les termes établis par la loi ».

² Article 1 : « L'Italie est une République démocratique, fondée sur le travail. La souveraineté appartient au peuple, qui l'exerce dans les formes et dans les limites de la Constitution » ; article 48 : « le vote est personnel et égal, libre et secret. Son exercice est un devoir civique ».

³ Article 3 : « le détenteur de la souveraineté et l'unique source du pouvoir dans la Fédération de Russie est son peuple multinationnel. Le peuple exerce son pouvoir directement, ainsi que par l'intermédiaire des organes du pouvoir d'Etat et des organes de l'auto-administration locale. Le référendum et les élections libres sont l'expression directe suprême du pouvoir du peuple ». Elle ajoute à l'article 32 que « les citoyens de la Fédération de Russie ont le droit d'élire et d'être élus dans les organes du pouvoir d'Etat et les organes de l'autoadministration locale ainsi que de participer au référendum ».

On remarque cependant que cette protection constitutionnelle est variable en fonction des systèmes politiques, ce qui peut conduire, parfois, à en affecter l'intensité. Par exemple, toutes les constitutions ne mentionnent pas expressément les caractéristiques du suffrage. Dès lors, l'idée d'une protection internationale du droit des élections tendant vers une standardisation ne peut que venir à l'esprit.

Cette idée ne va pourtant pas de soi tant le droit des élections relève de la sphère de souveraineté des Etats. C'est la raison pour laquelle les Etats ont immédiatement fait preuve de résistance à son encontre.

On trouve déjà cette idée dans les textes régissant l'issue de la seconde guerre mondiale⁴. La charte de San Francisco, qui crée les Nations-Unies, conformément aux principes dégagés à Yalta, a permis la concrétisation du droit à des élections libres au travers du vote, le 10 décembre 1948, de la Déclaration universelle des droits de l'homme dont l'article 21 énonce « toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis. [...] La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ».

Par la suite, le droit à des élections libres va également être rappelé dans différents textes notamment la Convention sur les droits politiques des femmes du 31 mars 1953, la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 ou la Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006.

Cependant, aucun de ces textes ne possède une force juridique contraignante de sorte que seul le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 peut être utilisé en justice même si son article 25 n'est pas le plus abondamment présent dans la jurisprudence⁵.

C'est donc en définitive vers le droit européen qu'il faut regarder afin de trouver la concrétisation, textuelle et jurisprudentielle, du droit à des élections libres⁶. La Convention européenne des droits de l'homme représente, sans doute, le cadre le plus adapté à une standardisation car elle place au centre de ses missions

⁴ Il est écrit dans le communiqué final de la conférence de Yalta que « le rétablissement de l'ordre en Europe et la reconstruction de la vie économique nationale devront être réalisés par des méthodes qui permettront aux peuples libérés d'effacer les derniers vestiges du nazisme et du fascisme et de se donner des institutions démocratiques de leur propre choix. C'est un des principes de la Charte de l'Atlantique que tous les peuples ont le droit de choisir la forme de gouvernement sous laquelle ils entendent vivre et que les droits souverains et l'autonomie, dont ils ont été dépossédés de force par les pays agresseurs, doivent leur être restitués. Afin de favoriser les conditions dans lesquelles les peuples libérés pourront exercer ces droits, les trois gouvernements prêteront conjointement leur aide aux peuples des États libérés d'Europe ou des anciens satellites de l'Axe, chaque fois qu'il sera nécessaire, en raison de la situation : 1° D'assurer la paix intérieure du pays ; « 2° De prendre des mesures d'urgence pour soulager la détresse de la population ; « 3° D'installer des gouvernements provisoires dans lesquels seront largement représentés tous les éléments démocratiques de la population qui devront, par voie d'élections libres, constituer aussi rapidement que possible des gouvernements répondant à la volonté populaire et enfin de faciliter, si besoin en est, de telles élections ».

⁵ Tout citoyen a le droit « a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ; b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ». Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 9 octobre 2002 s'est prononcé au regard de l'article 25 du pacte international relatif aux droits civils et politiques à propos de la décision de rejet d'un compte de campagne. L'article 25 a également été invoqué dans un arrêt du 17 février 1995 ayant le même objet.

⁶ Pour autant, si les textes internationaux se sont multipliés, la doctrine s'intéresse peu à ces questions alors même que le droit des élections apparaît comme un pilier de la démocratie.

la garantie et la protection des « libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique »⁷. Or, comment garantir le catalogue des droits s'il n'existe pas un système politique permettant l'épanouissement de ces droits ?

Pourtant, là encore, les choses ne sont pas simples car il faut tout à la fois imposer un standard indispensable au bon fonctionnement de la démocratie et préserver la souveraineté interne des Etats dans ce qui en constitue la pièce maîtresse : le pouvoir et sa légitimation.

Il appartient donc à la Cour européenne d'assurer ce délicat équilibre à la fois par le biais de sa jurisprudence, fondée sur la Convention, mais aussi par le recours à la soft law et notamment celle émanant de la Commission de Venise. Pour autant, les Etats ne semblent toujours pas prêts à abandonner le droit des élections aux standards européens de sorte qu'ils tentent, autant que faire se peut, de préserver leur souveraineté et leur suprématie en ce domaine.

I – Une tentative d'imposer un patrimoine électoral européen

Le patrimoine électoral européen⁸ résulte tout à la fois des textes conventionnels ou non, de la jurisprudence, qui elle-même prend appui sur l'ensemble du droit conventionnel, et parfois de la soft law.

A – Des textes parcellaires

La Convention européenne des droits de l'homme adoptée en 1950 ne comprend, curieusement, aucune disposition concernant le droit des élections alors même que ce texte avait clairement pour objet la promotion et la défense des principes démocratiques, ce qui montrait déjà les résistances étatiques sur la question⁹. C'est finalement davantage des textes non contraignants adoptés par le Conseil de l'Europe que provient la construction d'un droit européen des élections.

1 – Un dispositif conventionnel réduit

Il faut attendre 1952 pour que soit adopté un protocole additionnel à la Convention dont l'article 3 dispose : « 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 ».

Toutefois, on constate que cet article est limité dans son application au corps législatif, ce qui semble exclure nombre d'élections et notamment les élections locales.

⁷ Préambule de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁸ P. Garrone, « Le patrimoine électoral européen », *RDP*, 2001, p. 1417.

⁹ Sur les raisons de ce silence initial voir Y. Lécuyer, *L'europeanisation des standards démocratiques*, Presses université de Rennes, collection « l'univers des normes », 2011, pp. 35-41.

La question s'est également posée de l'applicabilité directe de l'article 3 du protocole additionnel.

D'autres articles de la Convention concernent indirectement le droit des élections, notamment l'article 10 relatif à la liberté d'expression, l'article 11 relatif à la liberté de réunion et d'association, l'article 14 interdisant les discriminations et les articles 6 et 13 relatifs au droit au procès équitable et au droit à un recours effectif.

D'autres textes peuvent être également cités en complément tels que la Charte européenne de l'autonomie locale de 1985 et la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales de 1995. Cette dernière a pour objectif de veiller à l'égalité entre les personnes, qu'elles appartiennent à une minorité ou non. Quant à la Charte de l'autonomie locale, elle vient combler la lacune de l'article 3 du protocole additionnel puisqu'elle étend les principes du droit à des élections libres aux élections locales. Cependant, ces textes, même si leur effet direct est reconnu, ne sont pas justiciables de la Cour européenne des droits de l'homme.

On constate donc d'emblée l'insuffisance du dispositif conventionnel, de sorte qu'a pu se développer à côté un droit non contraignant, quantitativement beaucoup plus abouti, et qui va servir de point d'appui à la Cour européenne dans le développement de sa jurisprudence.

2 – Une soft law en expansion

L'existence d'un droit souple¹⁰ ou soft law est consubstantiel au Conseil de l'Europe et à l'Union européenne. Les traités de l'Union européenne eux-mêmes envisagent l'existence de la soft law à travers la consécration des avis et recommandations par l'article 288 TFUE qui dispose « pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis. Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre. La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci. Les recommandations et les avis ne lient pas ». Au-delà des recommandations et des avis, d'autres éléments de soft law sont reconnus par les traités tels que les orientations générales et lignes stratégiques du Conseil européen en matière de politique étrangère et de sécurité commune (PESC - art. 25 et 25 TUE), les orientations et les priorités politiques générales du Conseil européen (art. 15 TUE), les grandes orientations de politique économique du Conseil (art. 5 TFUE), les orientations stratégiques de la programmation législative et

¹⁰ C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTDCiv*, 2003, p. 599 ; B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, coll. PU Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2013, 613 p. Le Conseil d'Etat propose une définition du droit souple « qui regroupe l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives : - ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; - ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ; - ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. Le premier critère permet de distinguer le droit souple des avis ou autres documents préparatoires à l'élaboration d'une règle de droit. Le deuxième marque la limite entre droit souple et droit dur. Le troisième critère a pour fonction de distinguer le droit souple du non-droit », CE, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, La documentation française, 2013, p. 9.

opérationnelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice du Conseil européen (art. 68 TFUE). On peut encore citer les lignes directrices (art. 5 TUE et art. 148 TFUE) et actions d'encouragement (art. 149 TFUE) que l'Union peut prendre pour assurer la coordination des politiques de l'emploi des États membres et les actions d'encouragement dans le domaine de la culture (art. 167 TFUE) ainsi qu'en matière d'éducation, de formation professionnelle, de la jeunesse et du sport (art. 165 TFUE).

Pour sa part, le Conseil de l'Europe est très actif s'agissant du droit des élections. Ont ainsi été adoptées nombre de recommandations et de résolutions qui tendent à faire émerger un socle commun en matière de droit des élections et qui concernent non seulement les pays membres mais aussi les pays désirant adhérer qui doivent dès lors se conformer à ce socle commun¹¹. Mais c'est surtout, la Commission européenne pour la démocratie par le droit, communément appelée Commission de Venise, créée en 1990 par 18 États membres du Conseil de l'Europe, qui est certainement l'instance la plus prolifique en matière de droit des élections¹².

Cela s'explique par l'objet même de cette commission car la démocratie ne peut se concevoir sans élections. Cet organe consultatif, composé d'experts indépendants, a des activités très variées¹³. En premier lieu, la mission de la Commission de Venise a pour objet de procurer des conseils juridiques à ses États membres. Elle joue aussi un rôle d'assistance pour tous les États dont les structures constitutionnelles évoluent vers la démocratie.

C'est ainsi que la Commission de Venise a rédigé plusieurs rapports portant sur les restrictions au droit de vote, sur les règles électorales et les actions positives en faveur de la participation des minorités nationales au processus de décision ou sur la méthode de nomination des candidats au sein des partis politiques. Elle a aussi adopté une déclaration relative à la participation des femmes aux élections ou celle des personnes handicapées.

Surtout, la Commission de Venise a élaboré un Code de bonne conduite en matière électorale à la demande de la commission permanente de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Dans ce texte, la Commission fixe les principes qui composent le patrimoine électoral européen à savoir le suffrage universel, égal, libre, secret et direct et l'existence d'élections périodiques. Pour la Commission, « bien que ces principes présentent un caractère classique, leur mise en œuvre pose bon nombre de questions qui imposent de les examiner attentivement. Il convient d'en identifier le noyau dur, dont les États européens ne devraient pas s'écarter »¹⁴.

Elle a indiqué que le respect de ces principes implique également le respect de la liberté d'expression, de la liberté de la presse, de la liberté d'association et de

¹¹ Y. Lécuyer, *Le droit à des élections libres*, Conseil de l'Europe, 2014, pp. 21-24.

¹² La commission comprend 61 États membres : les 47 États membres du Conseil de l'Europe, ainsi que 14 autres pays (l'Algérie, le Brésil, le Chili, la République de Corée, Costa Rica, les États-Unis, Israël, le Kazakhstan, le Kirghizistan, Kosovo, le Maroc, le Mexique, le Pérou et la Tunisie). Elle comprend des experts indépendants nommés pour 4 ans par les États en raison de leur expérience au sein des institutions démocratiques ou de leur contribution au développement du droit et des sciences politiques. Ces experts sont soit des professeurs d'université en droit public ou en droit international, soit des juges des cours suprêmes ou constitutionnelles, soit des membres de parlements nationaux.

¹³ P. Garrone, « Le patrimoine électoral européen », *op. cit.*, p. 1417.

¹⁴ Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Code de bonne conduite en matière électorale*, lignes directrices et rapport explicatif, adoptés par la Commission de Venise lors de sa 52^{ème} session, Venise, 2002, p. 13.

réunion ainsi que de la liberté de création des partis politiques, faisant par ce biais le lien entre l'article 3 du protocole n° 1 et les articles 10 et 11 de la Convention européenne.

La Commission a en outre ajouté que « la stabilité du droit est un élément important de la crédibilité du processus électoral, qui est elle-même essentielle à la consolidation de la démocratie »¹⁵. Or, pour la Commission cette stabilité passe par la définition dans la Constitution des éléments essentiels relatifs au droit des élections concernant le mode de scrutin, et les règles relatives au découpage électoral. La procédure spécifique de révision, plus compliquée que celle de la modification d'une loi ordinaire constitue alors un gage de stabilité au-delà de la seule garantie de sa place dans la hiérarchie des normes.

S'il est aisé de remarquer la différence quantitative et peut être aussi qualitative entre les textes conventionnels et la soft law, la question se pose de la valeur juridique de cette dernière. A l'évidence, la soft law du Conseil de l'Europe ne possède pas de valeur contraignante, elle n'est pas destinée à imposer des comportements et des actes mais seulement à les inciter. Cette absence de portée normative est d'ailleurs confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'elle indique « tout acte visant à créer des effets juridiques emprunte sa force obligatoire à une disposition du droit communautaire qui doit expressément être indiquée comme base légale et qui prescrit la forme juridique dont l'acte doit être revêtu »¹⁶. Dès lors, les actes qui ne répondent pas à ces caractéristiques ne peuvent être considérés comme ayant une portée normative.

Pour autant, l'absence de valeur normative ne signifie pas l'absence d'influence ou d'effets juridiques. Le droit de l'Union européenne utilise depuis longtemps la soft law, par exemple dans le droit de la concurrence « à des fins interprétatives et également explicatives délivrant un guide de conduite aux États, aux opérateurs économiques, ainsi qu'aux autorités nationales de concurrence »¹⁷. Ainsi, la Cour, estime, à propos des lignes directrices, que « la Commission peut s'imposer des orientations pour l'exercice de ses pouvoirs d'appréciation par des actes comme les lignes directrices [...] dans la mesure où ils contiennent des règles indicatives sur l'orientation à suivre par cette institution et qu'ils ne s'écartent pas des dispositions du traité »¹⁸. Dans une jurisprudence constante, la Cour fonde d'ailleurs sa position sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, en relevant que, « eu égard notamment à leurs effets juridiques et à leur portée générale, de telles règles de conduite relèvent, en principe, de la notion de "droit" au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme »¹⁹. De même, le Conseil d'Etat admet « dans un certain nombre d'hypothèses, que des instruments

¹⁵ *Ibid.*, p. 26.

¹⁶ CJCE, 16 juin 1993, France c/ Commission des communautés européennes.

¹⁷ A. Bouveresse, « la portée normative de la soft law », *Revue de l'Union européenne*, 2015, p. 291 ; B. Brunessen, « Les enjeux de la soft law dans l'Union européenne », *Revue de l'Union européenne*, 2014, p. 73.

¹⁸ CJCE, 24 mars 1993, *CIRFS c/ Commission* ; H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet, « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 1994, pp. 698-715.

¹⁹ CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri A/S*.

de droit souple soient regardés comme faisant grief au vu de leur formulation impérative ou de leurs effets »²⁰.

Dès lors, il est impossible de dire que ce « droit mou » ne peut s'apparenter à du droit et ne possède pas de portée juridique. C'est pourquoi la soft law du Conseil de l'Europe va avoir une influence sur la jurisprudence de la Cour européenne en matière de droit des élections.

B – Une jurisprudence européenne constructive

Face à l'imprécision des instruments internationaux conventionnels et à l'absence de force contraignante de la soft law, la Cour européenne bénéficie d'une grande latitude pour jouer un rôle déterminant en matière de droit des élections. Elle a ainsi développé une jurisprudence qui lui a permis d'élargir la portée de l'article 3 du protocole n° 1.

1 – Une interprétation extensive de l'article 3 du protocole n°1

L'article 3 du protocole additionnel n'est pas rédigé comme les autres articles de la Convention puisqu'il ne semble pas créer un droit subjectif pouvant être invoqué par les individus et qu'il limite son application au corps législatif.

Pourtant, la Cour européenne, dans l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, reconnaît que l'article 3 crée des droits subjectifs au profit des citoyens²¹. La cour ajoutera dans l'arrêt *Zdanoka c. Lettonie* que « l'article 3 du Protocole n°1 diffère des autres dispositions de la Convention et de ses Protocoles garantissant des droits en ce qu'il énonce l'obligation pour les Hautes Parties contractantes d'organiser des élections dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple et non un droit ou une liberté en particulier. Toutefois, eu égard aux travaux préparatoires de l'article 3 du Protocole n° 1 et à l'interprétation qui est donnée de cette clause dans le cadre de la Convention dans son ensemble, la Cour a établi que cet article implique également des droits subjectifs, dont le droit de vote et celui de se porter candidat à des élections »²².

La reconnaissance de l'existence de droits subjectifs et des deux volets de la démocratie s'est aussi accompagnée d'une définition large de la notion de corps législatif. Ainsi, la Cour européenne estime que l'article 3 du protocole n° 1 ne saurait voir son application limitée au seul Parlement national. Dès lors, la Cour considère que les organes délibérants des Länder allemands comme les assemblées législatives des communautés autonomes espagnoles ou les assemblées des collectivités d'outre-mer peuvent être qualifiés de corps législatif bien qu'ayant trait à des structures

²⁰ CE, *Le droit souple, op. cit.*, pp. 174-178.

²¹ « La "coloration interétatique" du libellé de l'article 3 (P1-3) ne reflète aucune différence de fond avec les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Elle semble s'expliquer plutôt par la volonté de donner plus de solennité à l'engagement assumé et par la circonstance que dans le domaine considéré se trouve au premier plan non une obligation d'abstention ou de non-ingérence, comme pour la majorité des droits civils et politiques, mais celle, à la charge de l'État, d'adopter des mesures positives pour "organiser" des élections démocratiques », CEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987.

²² CEDH, *Zdanoka c. Lettonie*, 16 mars 2006.

décentralisées, régionalisées ou fédérées. Elle a même affirmé que le Parlement européen fait partie du corps législatif de Gibraltar²³.

Pour parvenir à cette jurisprudence, la Cour estime qu'il est impossible d'exclure a priori le Parlement européen au motif qu'il serait un organe représentatif supranational et non purement interne. Elle regarde aussi les compétences du Parlement européen jugeant qu'il se trouve suffisamment associé au processus législatif spécifique conduisant à l'adoption de certains types d'actes communautaires, ainsi qu'au contrôle démocratique général des activités de la Communauté. Il ressort de cette jurisprudence que la Cour a élaboré une grille d'analyse qui tient compte du positionnement de l'organe en cause dans le contexte constitutionnel national et de ses compétences qui doivent lui permettre d'adopter des actes ayant force de loi.

De cette façon, dans les Etats régionaux ou fédérés, les Parlements des régions ou des Etats fédérés répondent à la définition d'un corps législatif. Il en est de même des assemblées des collectivités d'outre-mer dès lors qu'elles peuvent adopter des actes ayant force de loi. En outre, la Cour considère que « s'il était établi que les fonctions du chef de l'Etat concerné comprennent l'initiative législative et le pouvoir d'adopter des lois ou incluent de vastes prérogatives en matière de contrôle de l'adoption des lois ou le pouvoir de censurer les principaux organes législatifs, on pourrait alors soutenir que le chef de l'Etat est un "corps législatif" au sens de l'article 3 du Protocole n°1 »²⁴. La Cour européenne a donc « opéré un double développement vertical : vers le bas en direction des structures décentralisées ou fédérées de l'Etat et vers le haut en direction de l'Union européenne »²⁵ de sorte que seules les élections locales échappent encore au contrôle de la Cour dès lors que les assemblées locales se voient reconnaître un simple pouvoir réglementaire sous le contrôle de l'organe législatif.

Cet élargissement de la portée de l'article 3 du protocole n°1 s'est accompagnée de l'utilisation régulière de la soft law par la Cour européenne.

2 – Une utilisation jurisprudentielle sélective de la soft law

L'utilisation jurisprudentielle de la soft law existe depuis longtemps en droit communautaire. Le juge communautaire a notamment accepté de contrôler la légalité de la soft law²⁶ allant même jusqu'à considérer que « les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter les dispositions communautaires ayant un

²³ Une ressortissante britannique, résidante de Gibraltar, alléguait avoir subi une atteinte au droit à des élections libres, faute pour le Royaume-Uni d'avoir organisé des élections au Parlement européen à Gibraltar. La Cour affirme qu'au moment où a été décidée l'élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct, il avait été précisé que le Royaume-Uni n'exercerait cette disposition qu'au Royaume-Uni. Or, avec l'élargissement des pouvoirs du Parlement européen dans le traité de Maastricht, le Royaume-Uni aurait dû modifier ses textes de façon à ce que le droit à des élections libres soit garanti également Gibraltar. Dès lors, la Cour conclut à la violation de l'article 3 du protocole n°1, CEDH, *Matthews c. Royaume-Uni*, 18 février 1999.

²⁴ CEDH, *Brito da Silva Guerra c. Portugal*, 17 juin 2008.

²⁵ Y. Lécuyer *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2009, p. 79.

²⁶ TPICE, 22 avr. 1993, *Peugeot c/ Commission* ; C. Bolze, *RTD com*, 1993, p. 753.

caractère contraignant »²⁷. De plus, la Cour a explicitement reconnu un effet contraignant à ces actes considérant qu'ils pouvaient lier leurs destinataires. « Dans cette perspective, si le juge a été amené à accorder, dans une certaine mesure, une portée normative à la soft law, il n'a pas seulement été mû par la volonté de préserver l'efficacité du droit de la concurrence, il l'a reconnue aussi pour accroître l'efficacité de son contrôle, le rendre effectif dans une matière qui lui échappait encore largement »²⁸.

Cette approche pragmatique se retrouve également dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, de l'arrêt *Crédit foncier de France* aux arrêts *Société Fairvesta International* et autres et *Société NC Numéricable*, évolue vers une plus grande prise en compte de la soft law²⁹. Ainsi, dans l'arrêt *Crédit foncier de France* de 1970, le juge administratif admet qu'une autorité administrative puisse adopter des directives qui définissent des normes en fonction desquelles seront prises les décisions individuelles. De même, dans la décision *Formindep*, le Conseil d'Etat considère que les recommandations de bonnes pratiques médicales adoptées par la Haute autorité de santé sont des décisions faisant grief « eu égard à l'obligation déontologique, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises »³⁰. Enfin, dans les deux décisions rendues en 2016, l'Assemblée du contentieux a rappelé que « que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance » et surtout a innové en indiquant « que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »³¹.

La prise en compte de la soft law tend donc à se généraliser de sorte que la Cour européenne n'échappe pas au processus, la soft law servant souvent à l'interprétation des dispositions de la Convention. Déjà, dans un arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*, la Cour s'est appuyée sur une recommandation du Comité des ministres sur l'accès à l'enseignement supérieur pour juger que le droit à l'instruction garanti par l'article 2 du protocole additionnel à la Convention impliquait le droit à l'accès à l'enseignement supérieur³². Surtout, dans l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, la Cour affirme que, quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, elle « peut et doit tenir compte des éléments de droit

²⁷ CJCE, 13 déc. 1989, *Grimaldi*, T. Debard et C. Alibert, *AJDA*, 1990, p. 281.

²⁸ A. Bouveresse, « La portée normative de la soft law », *op. cit.*

²⁹ CE, *Le droit souple*, *op. cit.*, pp. 74-84.

³⁰ CE, *Formindep*, 27 avril 2011, Rec., p. 168.

³¹ CE, *Société Fairvesta International* et autres et *Société NC Numéricable*, 21 mars 2016 ; F. Melleray, « le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA*, 216, p. 679 ; F. Melleray, « Précisions sur les modalités de contestation d'un acte de droit souple », *AJDA*, 2016, p. 2119.

³² CEDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005.

international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des Etats européens reflétant leurs valeurs communes »³³. La Cour rappelle également qu'elle a utilisé à plusieurs reprises « des textes intrinsèquement non contraignants des organes du Conseil de l'Europe, notamment des recommandations et des résolutions du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire », mais aussi « d'autres organes du Conseil de l'Europe, dépourvus quant à eux de toute fonction de représentation des Etats parties à la Convention, qu'il s'agisse d'organes de surveillance ou d'organes experts », tels que la Commission de Venise.

En raison de l'importance de la soft law en matière de droit des élections, la jurisprudence de la Cour européenne est très riche sur cette question. La Cour se sert principalement du Code de bonne conduite adopté par la Commission de Venise. Ainsi, dans l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni*, la Cour « prend note à cet égard de la recommandation de la Commission de Venise selon laquelle la suppression des droits politiques doit être prononcée par un tribunal dans une décision spécifique »³⁴. Elle mentionne d'ailleurs le Code de bonne conduite en matière électorale parmi les textes internationaux pertinents.

De façon plus spécifique encore, la Cour rappelle les 5 principes qui constituent le patrimoine électoral européen selon le Code de bonne conduite adopté par la Commission de Venise. Il est même arrivé que la Cour sollicite un avis de la Commission de Venise avant de prendre position dans une affaire dont elle était saisie³⁵.

Néanmoins, malgré l'importance quantitative et qualitative de la soft law, la Cour n'en fait pas un usage systématique en matière de droit des élections. Parfois, sans aucune justification apparente, la Cour ne mentionne pas la soft law parmi les textes pertinents. Elle peut également faire une lecture divergente de celle de la Commission de Venise. C'est ainsi que dans les arrêts *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* et *Yumak et Sadak c. Turquie*, elle ne retient pas la même interprétation de la notion d'égalité des chances que le Code de bonne conduite de la Commission de Venise.

Dès lors, comment expliquer cette utilisation au cas par cas de la soft law ? Selon Bertrand Mathieu, « la CEDH tend à se considérer, comme un juge néo-constitutionnel de l'Europe. Elle assure en quelque sorte, une transition entre soft law et hard law par une sanction juridictionnelle »³⁶.

En fait, dans sa jurisprudence relative au droit des élections, la Cour utilise la soft law en fonction de ses objectifs. Cela lui permet de construire, pas à pas, le patrimoine électoral européen en amenant les Etats à progresser dans leur prise en compte des principes démocratiques principalement fixés par la soft law. Cependant, « la CEDH se reconnaît le droit d'assurer à la fois l'identification des valeurs

³³ CEDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 novembre 2008.

³⁴ CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, 6 octobre 2005.

³⁵ CEDH, *Parti nationaliste basque c. France*, 7 juin 2007.

³⁶ B. Mathieu, « l'identité constitutionnelle sous le regard de la Commission de Venise », *Constitutions*, 2016, p. 203.

européennes et la ligne de partage entre ces valeurs européennes et la marge de manœuvre laissée aux États »³⁷. Dès lors, on peut raisonnablement se demander, si en agissant de la sorte, la Cour ne sort pas de son rôle en s'octroyant un pouvoir d'interprétation et de création trop important, bien au-delà de ce que prévoit la Convention européenne, ce qui entraîne l'opposition des États mais permet aussi la construction progressive du patrimoine électoral européen.

Malgré cette jurisprudence qui paraît, au premier abord, extensive, la Cour laisse en fait une grande marge de manœuvre aux États qui sont pourtant loin de s'en satisfaire et c'est sans doute là l'une des raisons principales de l'utilisation fluctuante de la *soft law*.

II – Une Résistance étatique au nom de la souveraineté

Si l'on regarde le droit des élections de façon globale, on s'aperçoit aisément de la très grande prudence donc fait preuve la Cour européenne dans la construction de sa jurisprudence. Pourtant, ce positionnement est loin de satisfaire les États qui manifestent parfois une grande résistance à la jurisprudence strasbourgeoise.

A - Une jurisprudence européenne prudente

Dès l'arrêt Mathieu-Mohin, la Cour européenne avait élaboré un considérant de principe selon lequel « dans leurs ordres juridiques internes respectifs, les États contractants entourent les droits de vote et d'éligibilité de conditions auxquelles l'article 3 ne met en principe pas obstacle. Ils jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences du Protocole n° 1 ; il lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés »³⁸. Elle ajoutait alors que puisque l'article 3 reconnaît ces droits sans les énoncer en termes exprès ni moins encore les définir, il y a place pour des limitations implicites et partant de là une grande pouvoir d'appréciation reconnu non seulement aux États mais aussi inévitablement au juge européen³⁹.

1 – Des limitations implicites clairement identifiées

La mention des limitations implicites a depuis lors toujours été confirmée de sorte que, dans l'arrêt Zdanoka c. Lettonie, la Cour indique que « les droits garantis par l'article 3 du Protocole n°1 sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par la prééminence du droit. Néanmoins, ces droits ne sont pas absolus. Il y a place pour des limitations implicites, et les États contractants doivent se voir accorder une marge d'appréciation en la matière »⁴⁰. Cette formule montre le caractère prudent de la jurisprudence et le contrôle restreint

³⁷ *Ibid.*

³⁸ CEDH, Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, 2 mars 1987.

³⁹ L'intensité du contrôle de la Cour européenne « oscille entre un contrôle restreint et un contrôle approfondi sans toujours fournir les clefs de compréhension de ses écarts jurisprudentiels », Y. Lécuyer, *L'europeanisation des standards démocratiques*, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁰ CEDH, Zdanoka c. Lettonie, 16 mars 2006.

opéré par la Cour. Elle ajoutait alors « étant donné que l'article 3 du Protocole n°1 n'est pas limité par une liste précise de buts légitimes, tels que ceux qui sont énumérés aux articles 8 à 11 de la Convention, les Etats contractants peuvent donc librement se fonder sur un but qui ne figure pas dans cette liste pour justifier une restriction, sous réserve que la compatibilité de ce but avec le principe de la prééminence du droit et les objectifs généraux de la Convention soit démontrée dans les circonstances particulières d'une affaire donnée ». Pour la Cour, la notion de limitation implicite signifie que les critères traditionnels de nécessité ou de besoin social impérieux qui sont utilisés dans le cadre des articles 8 à 11 de la Convention ne peuvent pas être appliqués. La Cour va les remplacer par deux critères : « elle recherche d'une part s'il y a eu arbitraire ou manque de proportionnalité, et d'autre part si la restriction a porté atteinte à la libre expression de l'opinion du peuple »⁴¹.

Dans cet arrêt de principe, la Cour a donc pris soin de définir les limites implicites qu'elle évoque montrant d'emblée le caractère contingenté de son contrôle. Confirmant ce choix, elle ajoute enfin « la nécessité d'apprécier toute législation électorale à la lumière de l'évolution politique du pays concerné, ce qui implique que des caractéristiques inacceptables dans le cadre d'un système peuvent se justifier dans le contexte d'un autre » de sorte que le contrôle est restreint quel que soit l'aspect en cause du droit des élections⁴². La présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut également constituer un élément pertinent pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation des autorités nationales⁴³. En fait, le recours à la marge nationale d'appréciation permet de « ménager les susceptibilités nationales sans renoncer pour autant à un certain contrôle »⁴⁴.

Le caractère prudent de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg se retrouve, peu ou prou, à tous les stades du processus électoral avec des variations. Celui-ci peut être découpé en trois temps : la phase précédant l'élection, l'élection elle-même et le contentieux post électoral.

2 – Un decrescendo jurisprudentiel

La préparation de l'élection intéresse à la fois les candidats, mais également les électeurs et plus largement la campagne électorale. La Cour a reconnu deux volets dans le droit des élections. D'une part, un volet lié à la démocratie active qui a trait au droit de vote et un volet lié à la démocratie passive qui concerne le droit de se présenter à des élections. Ce découpage permet à la Cour européenne de moduler son contrôle de sorte que s'agissant de la démocratie passive, « la Cour se montre encore plus prudente dans son appréciation des restrictions dans ce contexte que lorsqu'elle est appelée à examiner des restrictions au droit de vote, c'est-à-dire l'élément "actif" des droits garantis par l'article 3 du Protocole n°1 »⁴⁵.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² J.-F. Flauss, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2006, n° 65, p. 7.

⁴³ Y. Lecuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 494-504.

⁴⁴ M. Delmas-Marty, « Pluralisme et traditions nationales », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, sous la direction de P. Tavernier, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 87.

⁴⁵ *Ibid.*

Dans cette phase préélectorale, le droit de vote des électeurs apparait comme un élément central de la jurisprudence européenne. La Cour doit s'assurer qu'il n'y a pas de restrictions injustifiées au droit de vote. C'est la raison pour laquelle elle vérifie que les restrictions étatiques sont justifiées par des motifs raisonnables et objectifs. Ainsi, dans l'arrêt *Aziz c. Chypre*⁴⁶, la Cour estime qu'il y a une violation des articles 14 de la Convention et du protocole n°1 concernant un ressortissant chypriote turc qui n'a pas été inscrit sur les listes électorales chypriotes grecques. Toutefois, même dans ce domaine, la Cour reconnaît une importante marge de manœuvre aux Etats. C'est pourquoi, dans l'arrêt *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*⁴⁷, la Cour a considéré qu'il ne ressortait ni du droit international, ni de la pratique hétérogène des Etats membres un consensus tendant à faire naître une obligation pour chaque Etat de rendre possible l'exercice du droit de vote par les citoyens résidant à l'étranger⁴⁸. Cette position se situe dans la continuité de l'arrêt *Zdanoka c. Lettonie* dans lequel la Cour avait déjà affirmé que les normes à appliquer pour établir la conformité à l'article 3 du protocole n°1 doivent être considérées comme moins strictes que celles qui sont appliquées sur le terrain des articles 8 à 11 de la Convention.

Dès lors, une législation interne imposant un âge minimum ou des critères de résidence pour l'exercice du droit de vote est en principe compatible avec l'article 3 du Protocole n°1. Sur ces aspects, la jurisprudence européenne est très limitée aussi bien à propos de l'âge du droit de vote que de celui concernant l'éligibilité. Il en est de même du critère lié à la nationalité. Seules les conditions liées à la résidence et à la capacité font en réalité l'objet d'un contentieux plus important duquel il ressort, que la Cour rejette les interdictions générales et admet des restrictions au droit de vote tenant par exemple à une période minimale de résidence⁴⁹.

S'agissant de l'éligibilité, il apparait que tous ces critères peuvent également exister avec des conditions renforcées. Toutefois, ils font l'objet d'un contentieux moins abondant et pour lequel la Cour se montre encore plus souple que dans le cadre de la démocratie active.

Quant aux autres aspects liés à la campagne électorale, là encore, la Cour est en retrait considérant régulièrement que l'inégalité de temps d'accès aux médias n'est pas suffisante pour conclure à la violation de l'article 3 du protocole n° 1. Si l'interdiction d'accès aux médias ne saurait être envisagée, le fait que l'opposition ait un accès réduit ne heurte pas davantage la Cour européenne⁵⁰.

La question du financement des campagnes électorales est encore plus symptomatique puisque cet aspect constitue le parent pauvre de la jurisprudence européenne tellement il a été ignoré et tellement aujourd'hui il est englobé dans la question du financement public des partis politiques. Ainsi, dans l'arrêt *Ozgurluk ve Dayanisma Partisi c. Turquie*⁵¹, la Cour constate qu'il n'existe pas de réglementation

⁴⁶ CEDH, *Aziz c. Chypre*, 22 juin 2004.

⁴⁷ CEDH, *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, 15 mars 2012.

⁴⁸ Dans le même sens : CEDH, *Shindler c. Royaume-Uni*, 7 mai 2013.

⁴⁹ Y. Lecuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 121-125.

⁵⁰ CEDH, *Parti communiste de Russie et autres c. Russie*, 19 juin 2012.

⁵¹ CEDH, *Ozgurluk ve Dayanisma Partisi c. Turquie*, 10 mai 2012.

uniforme dans les Etats membres. Dès lors, elle admet que les Etats peuvent fixer des seuils électoraux en deçà desquels les partis ne pourront bénéficier d'un financement public puisque « le financement public des partis politiques selon un système d'allocation équitable exigeant un niveau minimum de soutien électoral poursuit le but légitime de conforter le pluralisme démocratique tout en évitant une fragmentation excessive et non fonctionnelle des candidatures, et donc de renforcer l'expression de l'opinion du peuple quant au choix du corps législatif »⁵². Elle avait d'ailleurs déjà indiqué que la loi prévoyant le remboursement des frais de campagne relatifs à l'élection présidentielle ne confère pas un droit absolu au remboursement par l'Etat, c'est-à-dire par l'ensemble de la collectivité nationale, de ses dépenses électorales⁵³. Pour ces motifs, la Cour admet qu'un seuil de 7% des suffrages exprimés, obtenus aux précédentes élections législatives, nécessaire pour obtenir un financement public, n'est pas contraire à la Convention européenne alors même que ce seuil apparaît pourtant comme le plus élevé d'Europe.

Sur ces aspects, la *soft law* est largement en avance par rapport à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, la Commission de Venise a rendu un avis en 2011 ayant trait au financement des campagnes électorales. Elle estime que le principe de l'égalité des chances doit être respecté de telle sorte que le financement public doit concerner a minima tous les partis représentés au Parlement. De même, s'agissant de l'accès aux médias, la Commission de Venise a indiqué, dans le rapport explicatif, qui est joint au Code de bonne conduite, que les candidats doivent bénéficier d'un temps de parole suffisamment équilibré et de la neutralité des médias. C'est surtout sur la question de l'égalité de chances que la *soft law* n'est pas sur la même ligne que la jurisprudence de la Cour. Si la première affirme que cela concerne non seulement les électeurs mais également les candidats, la seconde ne prend en considération que les électeurs et n'établit pas une réelle égalité, l'article 3 du protocole n°1 ne faisant pas référence au principe d'égalité des suffrages. Toutefois, si la Commission de Venise a réussi à dégager un patrimoine électoral commun, elle veille toujours à laisser une marge d'appréciation aux Etats en fonction de leur situation et du contexte entourant l'adoption comme la modification des règles électorales. Il ne s'agit donc pas de créer un standard commun à vocation universelle. Ce faisant, la Commission de Venise reconnaît implicitement elle aussi le maintien d'une souveraineté étatique.

La jurisprudence s'avère encore moins audacieuse s'agissant du cadre de l'élection et notamment le découpage électoral et le choix du mode de scrutin. L'extrême prudence de la Cour se déduit notamment de sa jurisprudence relative aux modes de scrutin puisqu'elle a toujours considéré que le choix d'un mode de scrutin relevait de la compétence étatique et que l'article 3 du protocole n° 1 « n'engendre aucune obligation d'introduire un système déterminé tel que la proportionnelle ou le vote majoritaire à un ou à deux tours »⁵⁴. Elle a également validé le vote unique transférable ou le système des listes bloquées qui interdit le vote préférentiel arguant

⁵²*Ibid.*

⁵³ CEDH, *Cheminade c. France*, 2- janvier 1999.

⁵⁴ CEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, *op. cit.*

de l'absence de consensus européen et de la spécificité contextuelle de chaque Etat membre.

De plus, en matière de seuils électoraux, la Cour a été jusqu'à valider l'existence d'un seuil qu'elle juge pourtant trop élevé. Dans l'arrêt *Yumak et Sadak c. Turquie*, elle indique que « d'une manière générale, un seuil électoral de 10 % apparaît excessif »⁵⁵. A cet égard, elle souscrit aux considérations des organes du Conseil de l'Europe qui soulignent le caractère exceptionnel et élevé du seuil litigieux et en préconisent l'abaissement. Ce seuil contraint les partis politiques à recourir à des stratagèmes qui ne contribuent pas à la transparence du processus électoral. En l'espèce, toutefois, la Cour n'est pas convaincue que, « considéré dans le contexte politique propre aux élections en question et assorti des correctifs et autres garanties qui en ont circonscrit les effets en pratique, il a eu pour effet d'entraver dans leur substance les droits des requérants garantis par l'article 3 du Protocole n°1 »⁵⁶. Le contrôle concret effectué par la Cour permet ainsi de valider l'existence d'un seuil qui de façon purement théorique s'avère trop élevé.

En ce qui concerne l'élection elle-même, la jurisprudence européenne est donc quasiment absente laissant la part belle à la soft law et ce alors même que l'élection constitue un moment propice à la fraude aussi bien dans l'opération de vote que dans celle du comptage des voix⁵⁷.

Enfin, depuis l'arrêt *Pierre-Bloch c. France*⁵⁸, le contentieux électoral échappe en principe au champ d'application de l'article 6 de la Convention dans la mesure où celui-ci concerne l'exercice de droits à caractère politique et ne porte donc pas sur des droits et obligations de caractère civil. On remarque là une discordance très nette avec la soft law puisque le Code de bonne conduite en matière électorale prévoit que « l'instance de recours en matière électorale doit être soit une commission électorale, soit un tribunal. Un recours devant le Parlement peut être prévu en première instance en ce qui concerne les élections du Parlement. Dans tous les cas, un recours devant un tribunal doit être possible en dernière instance ».

En analysant l'intégralité de la jurisprudence de la Cour européenne relative au droit des élections, il est aisé de remarquer un *decrecendo* entre la phase préélectorale et la phase postélectorale. Si la jurisprudence est très développée s'agissant de la première phase notamment à l'égard de la démocratie active, elle s'amenuise lorsque l'on entre dans la phase électorale et dans celle liée au contentieux où elle est inexistante. C'est alors la soft law qui semble prendre le relais dans le silence de la jurisprudence.

La prudence dont fait preuve la Cour européenne vis-à-vis du droit des élections s'explique aisément à partir du moment où la Cour a indiqué que, contrairement aux articles 8 à 11 de la Convention, l'article 3 du protocole n° 1, peut

⁵⁵ En l'espèce, la loi électorale turque prévoit que les partis ne peuvent obtenir de siège que s'ils dépassent le seuil de 10 % des suffrages valablement exprimés au niveau national. Dès lors, un candidat inscrit sur la liste d'un parti politique ne peut être élu que si la liste de ce parti dépasse le seuil de 10 % au niveau national.

⁵⁶ CEDH, *Yumak et Sadak c. Turquie*, 8 juillet 2008.

⁵⁷ CEDH, *Namat Aliyev c. Azerbaïdjan*, 8 avril 2010 et CEDH, *Riza et autres c. Bulgarie*, 13 octobre 2015.

⁵⁸ CEDH, *Pierre-Bloch c. France*, 21 octobre 1997.

faire l'objet de limitations. Le fait que la Cour ait abandonné l'idée d'encadrer ces limitations en imposant que l'ingérence soit prévue par la loi, qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique, qu'elle poursuive un but légitime et qu'elle soit proportionnée explique l'accroissement de la marge de manœuvre laissée aux Etats.

En outre, depuis l'arrêt *Zdanoka c. Lettonie*, elle s'autorise à ne « pas avoir recours automatiquement aux mêmes critères que ceux qui sont appliqués pour les ingérences autorisées par le paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention, ni ne doit systématiquement fonder ses conclusions au regard de l'article 3 du protocole n° 1 sur les principes découlant de l'application des articles 8 à 11 de la Convention », la Cour utilisant volontiers le contrôle de proportionnalité⁵⁹. On remarque ainsi le chemin parcouru depuis l'arrêt *Mathieu-Mohin* dans lequel la Cour semblait insister sur la similitude entre l'article 3 du protocole n° 1 et les autres articles de la Convention ce qui est d'autant plus difficile à comprendre puisque la Cour affirme toujours l'importance du droit à des élections libres. Or, eu égard à l'importance des règles électorales dans un régime démocratique, la Cour aurait, au contraire dû abandonner, ou minimiser, la marge d'appréciation des Etats.

La prudence extrême de la Cour européenne tranche donc avec son utilisation récurrente de la soft law qui aurait pu lui permettre de construire un patrimoine électoral européen plus contraignant et plus complet. Pour autant, cette jurisprudence mesurée ne satisfait pas les Etats qui y voient une atteinte à leur souveraineté.

B – Une jurisprudence européenne contestée

La contestation de la jurisprudence européenne se dégage bien évidemment de la question du droit de vote des détenus qui oppose la Cour européenne notamment au Royaume-Uni et à la Russie.

L'affaire commence avec l'arrêt *Hirst* rendu par la grande Chambre en octobre 2005⁶⁰. Pendant sa détention pour homicide, le requérant avait été déchu de son droit de vote. La Cour a conclu au caractère disproportionné de cette mesure qui frappait sans distinction tous les détenus condamnés. En l'espèce, la Cour a fait disparaître la marge d'appréciation de l'Etat par le recours au contrôle de proportionnalité. Pour arriver à cette conclusion, la Cour se fonde notamment sur le droit comparé et les recommandations de la Commission de Venise. Ce n'est donc pas la privation du droit de vote qui est ici sanctionné mais son caractère général et automatique⁶¹.

Par cette décision, la Cour rompait avec la position de la Commission qui, dans l'affaire *Patrick Holland c. Irlande*, avait estimé que la suspension du droit de vote n'entravait pas la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps

⁵⁹ P. Lambert, « Marge nationale d'interprétation et contrôle de proportionnalité », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998, sous la dir. de F. Sudre, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 63-92. ; P. Muzny, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, 734 p.

⁶⁰ CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, 6 octobre 2005 ; J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2006, pp. 466-475 ; F. Massias, « Droits de l'homme, Récapitulatif 2005 », *RSC*, 2006, p. 662.

⁶¹ La CJUE adopte le même raisonnement, CJUE, 6 oct. 2015, *Delvigne* ; C. de Gaudemont, « Interdiction perpétuelle du droit de vote et droit de l'Union », *Dalloz*, Actualité, 22 octobre 2015 ; L. Coutron, « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *RDJ*, 2015, pp. 1601-1632.

législatif et ne pouvait passer pour arbitraire vu les circonstances⁶². En l'espèce, le requérant, condamné à sept ans d'emprisonnement pour possession d'explosifs, était de fait privé du droit de vote étant donné qu'aucune disposition ne permettait à un détenu de voter en prison.

L'arrêt Hirst va ensuite être confirmé en 2010 permettant à la Cour d'apporter quelques précisions. Elle indique alors que la privation du droit de vote doit faire l'objet d'une décision prise par un juge en fonction des circonstances de l'affaire et qu'il doit y avoir un lien entre l'infraction commise et les questions relatives aux élections⁶³. De ce fait, la Cour admet donc la privation du droit de vote des détenus comme une exception.

Le Royaume-Uni a immédiatement refusé de se plier à la jurisprudence européenne, et a même étendu la privation du droit de vote aux élections européennes, ce qui va lui valoir une deuxième condamnation en 2010. De façon nette, la Cour indique que la violation de l'article 3 du protocole n° 1 résulte de l'inexécution par le Royaume-Uni de la décision Hirst. Elle va alors fixer au Royaume-Uni un délai de 6 mois pour proposer des modifications de sa législation lui permettant de se conformer à la Convention européenne et suspendre de toutes les autres requêtes analogues dans l'attente de l'exécution par le Royaume-Uni de l'instruction de la Cour⁶⁴. En 2011, le Parlement britannique a alors voté contre une levée de l'interdiction du droit de vote imposée aux détenus. En janvier 2012, le Premier ministre, David Cameron, a même affirmé, dans un discours prononcé au sein du Conseil de l'Europe, que « la Cour européenne ne prend pas suffisamment en compte les décisions démocratiques des Parlements nationaux ».

Pourtant, malgré cette jurisprudence bien établie, la Cour va sembler faire quelques concessions notamment dans les arrêts Scoppola c. Italie et Anchugov et Gladkov c. Russie. Dans le premier, la Cour a estimé que l'article 3 du protocole n° 1 n'était pas méconnu car l'interdiction du droit de vote ne s'appliquait qu'aux détenus coupables de certaines infractions contre l'administration publique ou de la justice ou condamnés à une peine d'emprisonnement d'au moins trois ans, se plaçant ainsi dans la continuité de la jurisprudence issue de l'arrêt Hirst. Toutefois, la Cour a ajouté qu'il n'est pas nécessaire que la décision soit prise par un juge, les Etats disposant d'une marge d'appréciation⁶⁵. Dans le second arrêt, la Cour a condamné la Russie pour n'avoir pas prévu de prendre en compte la durée de la peine, la nature et la gravité des infractions ou les circonstances personnelles. Cependant, elle affirme qu'il appartient à la Russie de déterminer les moyens permettant de se conformer à la Convention, accordant une nouvelle large marge d'appréciation aux Etats⁶⁶.

Le bras de fer avec le Royaume-Uni va pourtant se poursuivre en 2014 avec une nouvelle condamnation dans l'affaire Firth et autres⁶⁷ alors même que le

⁶² Commission européenne des droits de l'homme, Patrick Holland c. Irlande, 14 avril 1998.

⁶³ CEDH, Frodl c. Autriche, 8 avril 2010.

⁶⁴ CEDH, Greens et M.T., 23 novembre 2010.

⁶⁵ CEDH, Scoppola c. Italie, 22 mai 2012 et en sens inverse : CEDH Frodl c. Autriche, 8 avril 2010 : « le fait que la décision portant sur l'interdiction du droit de vote fût prise par un juge et qu'elle fût dûment motivée constituait un « élément essentiel » pour l'appréciation de la proportionnalité d'une telle mesure » ; O. Bachelet, « Droit de vote des détenus, le compromis de Strasbourg », *AJDA*, 2012.

⁶⁶ CEDH, Anchugov et Gladkov c. Russie, 4 juillet 2013.

⁶⁷ CEDH, Firth et autres c. Royaume-Uni, 12 août 2014.

Royaume-Uni avait publié un projet de loi et un rapport de la commission parlementaire mixte afin de modifier sa législation. Le projet de loi envisageait trois possibilités, allant du statu quo à l'interdiction de voter pour les personnes condamnées à quatre années d'emprisonnement ou plus. En 2014, le Comité des ministres a été informé de la position de la commission parlementaire mixte qui rejetait la demande du gouvernement de maintenir le statu quo et qui proposait d'accorder le droit de vote à tous les condamnés purgeant une peine de 12 mois maximum, l'issue du conflit semblant alors proche.

L'opposition à la jurisprudence de la Cour européenne n'est pas allée jusqu'à ce que les juges britanniques refusent continuellement de suivre la jurisprudence de la Cour européenne en la matière comme le Human rights act de 1998 leur en donne la possibilité⁶⁸. La Cour suprême a estimé en 2013 que les arrêts de la Cour européenne sont clairs et a conclu qu'il faut suivre la jurisprudence européenne dans la mesure où il n'apparaît pas que cette dernière puisse réviser sa position au point d'accepter l'interdiction britannique du droit de vote des détenus⁶⁹. Toutefois, la Cour suprême a aussi indiqué qu'elle ne pouvait se substituer en l'espèce au législateur et a refusé de faire une déclaration d'incompatibilité pour transférer la question au Parlement.

De plus, tout en ne se hâtant que très lentement de modifier sa législation, le Royaume-Uni s'est à l'inverse révélé très actif pour limiter l'influence de la Cour au sein de la Conférence sur l'avenir de la Cour européenne. Ainsi, l'adoption du protocole n° 15 à la Convention selon lequel « il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention » pourrait à terme faire pencher la balance en faveur du Royaume-Uni⁷⁰. Pour l'heure, en 2015⁷¹ et 2016⁷², la Cour a maintenu sa jurisprudence et de nouveau condamné le Royaume-Uni. De la même manière, elle a également condamné la Bulgarie confirmant qu'une restriction générale, automatique et indiscriminée du droit de vote des détenus est disproportionnée quand bien même l'objectif poursuivi serait légitime⁷³.

L'opposition à la jurisprudence de la Cour européenne, n'est d'ailleurs pas propre au Royaume-Uni. Depuis décembre 2015, la loi russe donne la possibilité au Président de la République et au gouvernement de solliciter l'interprétation du juge constitutionnel, dès lors qu'il y a une contradiction entre l'application d'un traité international par un organe interétatique et les dispositions de la Constitution russe.

⁶⁸ La section 2 du HRA prévoit uniquement le devoir de « prendre en compte » la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. La section 2 a cependant également été interprétée de manière à permettre aux juges de ne pas suivre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dès lors qu'ils estiment qu'elle a méconnu un aspect important du système britannique, P. Ducoy, « L'application délicate de la jurisprudence de la Cour EDH : le cas britannique », *RDP*, 2016, n° 1, p. 223.

⁶⁹ Cour suprême du Royaume-Uni, *R (Chester) v Secretary of State for Justice ; McGeoch v Lord President of the Council and another* [2013] UKSC 63 du 16 octobre 2013, P. Ducoy, « Le droit de vote des prisonniers : la perspective britannique », *RDLF* 2014, chron. n°12.

⁷⁰ G. Gonzalez, « Le droit de vote des prisonniers : le point de vue de la Cour EDH », *RDLF*, 2014, chron. n° 16 ; G. Malinverni, « Le protocole n° 15 à la convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2015, pp. 51-63.

⁷¹ CEDH, *McHugh et autres c. Royaume-Uni*, 10 février 2015.

⁷² CEDH, *Millbank et autres c. Royaume-Uni*, 3à juin 2016.

⁷³ CEDH, *Kulinski et Sabev c. Bulgarie*, 21 juillet 2016.

Or, par un arrêt du 19 avril 2016⁷⁴, la Cour constitutionnelle de Russie a décidé de bloquer l'exécution de l'arrêt *Anchugov et Gladkov c. Russie* en affirmant son incapacité à interpréter la Constitution russe conformément aux exigences du juge européen, l'incompétence du législateur russe en la matière car est en jeu l'article 32 de la Constitution, et l'impossibilité d'exécuter une décision qui a été prise sans tenir compte de la situation concrète des condamnés⁷⁵. La Cour constitutionnelle a ainsi fait une application anticipée du principe de subsidiarité et de la marge d'appréciation, reconnus par le protocole n°15 alors même que la Russie ne l'a pas encore ratifié. Le Président de la Cour constitutionnelle, évoque « les dangers liés à l'intrusion de la CEDH dans le domaine de la souveraineté de l'État, fondée sur le principe de la souveraineté populaire. L'adhésion de la Fédération de Russie à un traité international ne signifie pas une renonciation à sa souveraineté, qui est juridiquement exprimée par la primauté de la Constitution »⁷⁶ et ajoute que « la proposition d'inclure dans le Préambule de la Convention européenne une référence à la marge nationale d'appréciation en lien avec le principe de subsidiarité est appelée à promouvoir une approche plus équilibrée et prudente de la part de la CEDH par rapport aux limites d'une telle marge »⁷⁷.

On remarque donc, au travers des exemples britannique et russe, l'existence d'un dialogue des juges dans lequel s'immiscent volontiers les Etats au nom du principe de souveraineté. Cette immixtion étatique fausse inévitablement ce dialogue de sorte qu'aujourd'hui il semble difficile d'entrevoir une solution satisfaisante. A terme, l'opposition des Etats à la jurisprudence de la Cour notamment sur la question relative au droit de vote des détenus, pose la question de l'avenir de la Cour européenne dans le contexte renouvelé du protocole n° 15 qui conventionnalise la marge d'appréciation et le principe de subsidiarité. Il est alors peu probable que les procédures de suivi permettent un meilleur respect par les Etats de leurs obligations⁷⁸.

Au premier abord, le droit des élections dans la jurisprudence de la Cour européenne semble donc finalement être en retrait au regard d'autres aspects de sa jurisprudence tant celle-ci est empreinte de prudence et laisse la part belle aux Etats. L'existence d'une large marge d'appréciation en faveur des Etats révèle en fait le pragmatisme de la Cour qui doit éviter le passage en force afin d'obtenir l'exécution de ses décisions. C'est alors dans l'existence de la *soft law* et sa prise en compte régulière par la Cour que l'on peut entrevoir de possibles évolutions positives dans la perspective de la construction d'un patrimoine électoral européen. Celui-ci ne peut être érigé par le recours « au passage en force » tant la sensibilité des Etats est exacerbée sur cette question touchant à la souveraineté. La construction ne peut se faire que progressivement et concomitamment par le biais de la jurisprudence et de

⁷⁴ Arrêt n° 12-II/2016 du 19 avril 2016 de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie.

⁷⁵ V. Zorkin, « La Convention européenne des droits de l'homme et les problèmes de sa mise en œuvre », *Constitutions*, n° 3, 2016. Le Président de la Cour constitutionnelle de Russie évoque « l'activisme judiciaire » de la Cour.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ J.-L. Sauron, « L'exécution des arrêts de la CEDH, un processus sous le contrôle politique du Comité des ministres du Conseil de l'Europe en voie d'échapper aux seuls exécutifs », *JCP*, A, 2016, pp. 28-33 ; K. Blay-Grabarczyk, « Bilan mitigé de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour EDH », *JCP*, G, 2013, pp. 857-859 ; L. Sermet, « Le rôle du Comité des ministres et le système européen de protection des droits de l'homme », in *Mélanges Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 159-204.

la soft law à l'élaboration de laquelle les Etats sont davantage associés⁷⁹. C'est à n'en pas douter le sens qu'il faut donner à la symphonie des petits pas de la Cour européenne des droits de l'homme nonobstant le protocole n° 15 auquel la Cour saura sans nul doute s'adapter.

Sophie de Cacqueray

MCF HDR, Aix Marseille Université, Université de Toulon, CNRS, DICE,
Aix-en-Provence, France

⁷⁹ Y. Lecuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 419-441.