

Romain Rambaud

La séparation de l'autorité judiciaire et de la question électorale

Il n'est guère besoin de préciser la genèse de cette contribution ou de justifier de l'intérêt du sujet : **la campagne présidentielle de 2017 s'est peut-être jouée toute entière dans l'affaire Fillon**, c'est-à-dire la révélation par le presse de soupçons autour de la réalité de l'emploi d'assistante parlementaire de Pénélope Fillon et la décision, de la part du Parquet National Financier, d'ouvrir une enquête puis de mettre en examen le candidat François Fillon. **La question est simple** : est-il légitime que les juges interviennent soit normalement, soit de façon proactive, dans une campagne électorale, ou auraient-ils du s'autolimiter afin que ces éléments ne perturbent pas les débats en cours ? Lors du débat sur l'affaire Fillon, c'est notamment par **le prisme de la « trêve judiciaire » que cette question a été analysée** par les médias et les juristes... et c'est cette question que l'on souhaiterait interroger ici.

On le fait avec d'autant plus de plaisir que cette élection présidentielle a été pour l'auteur de ces lignes l'occasion de **redécouvrir la trêve judiciaire**¹. La trêve judiciaire est en effet souvent présentée comme un usage à l'origine indéterminée et qu'il serait donc tout aussi facile de questionner et de remettre en cause. Pascal Jan souligne par exemple dans son blog qu'« un usage républicain voudrait que les juges observent une trêve (dite judiciaire) en période de compétition électorale tant pour garantir la sérénité du procès que pour éviter toute interférence de la justice dans le déroulement d'une campagne électorale. (...) Cette règle non-écrite serait ancienne et concernerait tant les élections nationales que les élections locales »². **Cependant la trêve judiciaire n'est pas qu'une simple tradition** et c'est en ce sens qu'il est possible de dire que l'on a « trouvé » la trêve judiciaire. **Il existe en effet un article du code électoral, oublié mais clair, qui la prévoit partiellement. L'article L. 110**, figurant au titre des dispositions pénales, dispose qu'« Aucune poursuite contre un candidat, en vertu des articles L. 106 et L. 108, ne pourra être exercée, aucune citation directe à un fonctionnaire ne pourra être donnée en vertu de l'article L. 115 avant la proclamation du scrutin ». Cet article est rendu applicable à l'élection présidentielle par la loi du 6 novembre 1962. C'est bien d'une trêve judiciaire dont il s'agit, même si juridiquement parlant elle ne concerne que deux infractions du code et qu'il semble que la disposition ne soit pas utilisée et ait été oubliée. Or l'article L. 110 est issu **de l'article 10 de loi du 31 mars 1914** ayant pour objet de réprimer les actes de corruption dans les opérations électorales (JORF, 28 octobre 1964, p. 9659). **La présence de ce texte interroge donc sur l'origine, la substance et la légitimité de cette trêve judiciaire et plus largement de cette séparation entre les juges et la campagne électorale.**

Mais, plus généralement, **la remise en cause de la trêve judiciaire s'inscrit dans un mouvement d'interventionnisme croissant du juge judiciaire dans les affaires d'élections**, alors que ce dernier était réputé plutôt prudent en la matière de façon traditionnelle. C'est par exemple la thèse de Jean-Pierre Camby en ce qui concerne le droit des partis politiques³, et la trêve judiciaire serait donc une autre manifestation de ce mouvement.

Il nous semble donc qu'il y a ici une question à étudier dans le cadre d'un atelier sur la séparation des pouvoirs : ce que nous appellerons ici, et on peut voir qu'il y a tout de suite des difficultés, la question de la **« séparation de l'autorité judiciaire et de la question électorale »**. Car la question mérite d'être posée en termes de **séparation des pouvoirs**.

Mais sur ce point, il n'est pas certain que la doctrine constitutionnaliste l'ait véritablement théorisé⁴, autant qu'un administrativiste de formation ait pu en juger après des recherches qui n'ont pu être faites dans le temps qu'elles auraient méritées : on sait que pour la plupart des auteurs l'électorat n'est pas un pouvoir⁵. Quant à Hauriou, il faisait certes du « pouvoir de suffrage » un véritable pouvoir mais il

¹ Rambaud R., « La trêve judiciaire est une règle écrite », AJDA, 2017, p. 489.

² P. Jan, « Temps judiciaire et temps démocratique », www.droit public.net, 26 février 2017

³ J.-P. Camby, « Les partis peuvent-ils avoir un juge ? », in. J. Benetti, A. Levade, D. Rousseau, *Le droit interne des partis politiques*, Mare & Martin, 2017.

⁴ V., par ex. pour un travail théorique de référence Daugeron B., *La notion d'élection en droit constitutionnel*, Dalloz, 2011.

⁵ F. Bin, Le « pouvoir de suffrage » chez Hauriou et sa postérité doctrinale », *RFDC*, 2016, n°108, p. 807 et s.

déniait dans le même temps cette qualité à l'autorité judiciaire, et cette séparation ne l'intéresse semble-t-il guère ; en tout cas, il ne la théorise pas⁶. Il y a pourtant, dans tous les cas et on le sent, une question fondamentale.

Plus que jamais, il y a besoin d'y voir clair et il y a deux questions. D'une part, est-ce que cette séparation a existé ou existe, et pourquoi ? D'autre part, si elle a existé ou existe, est-elle toujours pertinente, ou non, et pourquoi ? Est-ce bien, ou mal ? On peut donc pour répondre à cette (ces) problématique(s) établir deux hypothèses qu'il s'agira de vérifier :

1) En premier lieu, **il faut vérifier s'il existe effectivement une règle générale de séparation de l'autorité judiciaire et de la question électorale**, pour ne pas dire du pouvoir de suffrage. **Et on soutiendra que oui.** Il s'agira d'expliquer pourquoi cette séparation a été établie et quelles pourraient en être **les soubassements théoriques** afin de comprendre ce qui l'a justifié dans le temps et si ces justifications sont encore présentes aujourd'hui. **On va voir que cette séparation existe et qu'elle se justifie par une certaine conception théorique de l'élection, de la campagne électorale et de la démocratie.**

2) En deuxième lieu, il s'agit **de déterminer si cette tradition existe encore aujourd'hui ou si elle effectivement remise en question**, et de la même manière, il faudra déterminer quels pourraient être **les soubassements théoriques de cette remise en question** et l'apprécier, pour déterminer si celle-ci est complètement réalisée ou non aujourd'hui, et de façon plus forte encore est bonne ou mauvaise. Cela s'inscrit donc dans une théorisation plus large du droit électoral et de ses évolutions. **On verra que cette séparation est bien remise en cause, et que cela peut se justifier par une certaine conception théorique de l'élection, de la campagne électorale et de la démocratie, mais que toutes les difficultés sur ce point n'ont pas été réglées.**

Il faut cependant insister dès à présent sur les **limites de cette contribution : celle-ci en effet reste très superficielle en raison d'un manque de temps pour la rédiger et l'approfondir.** Il faut donc prendre tout cela pour un travail en cours qui mériterait d'être retravaillé, approfondi, questionné et remis en question encore. Il faut poursuivre.

I. Un principe de séparation établi

Nous souhaitons démontrer dans un premier temps qu'il est possible d'établir empiriquement, c'est-à-dire historiquement et juridiquement, un principe de séparation de l'autorité judiciaire et de la question électorale qui s'avère très ancien (A). Ce principe de séparation s'explique peut-être moins par une certaine conception de la séparation des pouvoirs que par une certaine conception de l'élection et des principes devant régir une campagne, ce qui n'est pas la même chose (B).

A. Les manifestations du principe

On peut établir l'existence de ce principe en montrant qu'il existe traditionnellement une séparation de l'élection et de l'autorité judiciaire au sens à la fois du juge civil (1) et du juge pénal (2)

1. La séparation de l'élection et du juge civil

L'existence d'un principe de séparation est très ancien et tient au départ au fait que le juge électoral est normalement en 1789 l'assemblée supérieure, dans le cadre d'un scrutin indirect. Mais après, si le Corps législatif est compétent pour les élections politiques (ses pouvoirs ne sont pas précisés, le contentieux est rare), c'est l'administration qui est compétente pour les assemblées locales en l'absence de création d'un juge spécial et d'attribution de la compétence au juge judiciaire : le contentieux est attribué aux administrations de département par un décret du 15/27 mars 1791, lesquelles avaient le pouvoir d'annuler ou de confirmer les élections, de corriger les résultats, de

⁶ Hauriou M., *Précis élémentaire de droit constitutionnel* (2e ed.), 1930, p. 53, p. 207 et s.

proclamer les élus définitifs et de prononcer des sanctions pénales. **Le contentieux des conditions d'électeur est en revanche confié au juge judiciaire par le décret du 15 mars 1791**, mais ce dernier ne peut en aucune manière empiéter sur le contentieux électoral au sens strict dès le départ⁷. C'est la même chose dans la Constitution de l'an III, laquelle prévoit que « *S'il s'élève des difficultés sur les qualités requises pour voter, l'Assemblée statue provisoirement, sauf le recours au tribunal civil du département* », consacrant donc la compétence du juge judiciaire en matière d'état civil et de droits politiques. Pour les élections, en revanche, l'article 23 prévoit que « *En tout autre cas, le Corps législatif se prononce seul sur la validité des opérations des Assemblées primaires* », principe confirmé par l'article 43. **La séparation du juge civil et du juge électoral se réalise donc très tôt, à l'exception de l'état civil et de la question des listes électorales.**

Cette séparation se manifeste aujourd'hui de plusieurs façons, outre la compétence exclusive du juge électoral : on peut prendre pour exemple l'intervention du juge civil pendant la campagne et le droit des partis politiques.

On peut prendre pour premier exemple l'affichage. Sur ce point, la jurisprudence semble indiquer qu'il faut faire une distinction. Certes, lorsqu'il existe **de l'affichage sauvage au sens strict**, c'est-à-dire que des candidats vont poser des affiches en dehors des panneaux officiels ou des panneaux d'expression libre dans les six mois qui précèdent le mois du scrutin en méconnaissance de l'article L. 51 du code électoral, le juge judiciaire se reconnaît la possibilité d'intervenir sous la forme de référés dans la plupart des cas (V. TGI Nanterre, 1er févr. 1993, Robert c/ Bassinet, Gaz. Pal. 1993. 1, somm. 52⁸). **Cependant, au-delà de cette seule irrégularité et même pour certains auteurs dans tous les cas, il s'autolimité.** On peut citer ici les jurisprudences de la Cour de cassation d'assemblée plénière du 8 mars 1996, *Lalonde c/Kerckel et autres*, et *Landouch et autres c./ Perrier*, dans lesquelles le juge judiciaire considère que cela reviendrait à s'immiscer dans l'office du juge de l'élection que d'apprécier l'utilisation d'une marque ou d'un logo sur un bulletin de vote voire une affiche, en tout cas sur tous les « documents électoraux »⁹ : « Mais attendu qu'ayant relevé qu'il était demandé de prescrire des mesures portant sur les documents électoraux l'arrêt retient à bon droit qu'il n'appartient pas aux tribunaux de l'ordre judiciaire d'interférer dans les opérations électorales, dont le contentieux ressortit au seul juge de l'élection ». On a donc une autolimitation du juge sur ces questions de manière générale¹⁰.

Une autre manifestation se trouve – en tout cas se trouvait – dans le droit des partis politiques, dans lequel les juges judiciaires traditionnellement n'interviennent pas en raison du principe de liberté posé par l'article 4 de la Constitution. Le recours au juge judiciaire était donc très rare notamment dans les rapports entre le parti et ses membres : ainsi M. Kheitmi, auteur d'une thèse de référence sur ce sujet dans les années 1960, notait que si la compétence du juge judiciaire ne posait pas question, il n'y avait à cette époque qu'une seule décision de justice portant explicitement sur cette question¹¹. Alors certes, la jurisprudence sur les rapports entre les partis politiques et leurs membres s'est développée et elle est désormais bien établie¹², mais à la fin des années 1990 c'est une jurisprudence qui restait rare ainsi que le constataient Jean-Claude Colliard¹³ et Jean-Pierre Camby¹⁴. Ce principe restait donc préservé.

⁷ Tanchoux P., *Les procédures électorales en France*, CTHS – Histoire, 2004, p. 257 et s.

⁸ J.P. Camby, contentieux des élections parlementaires, Encyclopedie Dalloz, §163.

⁹ Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 8 mars 1996, 93-14.903, Publié au bulletin ; Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 8 mars 1996, 93-14.903, Publié au bulletin

¹⁰ P. Blanchetier, « Faut-il adapter les règles relatives à la propagande ? », in P. Esplugas, X. Bioy (dirs.), *Faut-il adapter le droit des campagnes électorales ?*, Montchrestien, 2012, pp. 159-164.

¹¹ M. Kheitmi, *Les partis politiques et le droit positif français*, LGDJ, 1964.

¹² P. Larrieu, « Les partis politiques, en marge du droit », RDP, 2011, p. 179.

¹³ J.-C. Colliard, *La liberté des partis politiques*, in Mélanges Jacques Robert, Montchrestien, 1998, pp. 85-86.

¹⁴ J.-P. Camby, « Les partis peuvent-ils avoir un juge ? », in J. Benetti, A. Levade, D. Rousseau, *Le droit interne des partis politiques*, Mare & Martin, 2017.

2. La séparation de l'élection et du juge pénal

Les choses sont plus complexes pour ce qui concerne le juge pénal, et sur ce point une distinction va s'opérer entre la sanction des opérations électorales et la sanction des campagnes électorales. **Mais une séparation existe dans tous les cas, qui est plus ou moins spectaculaire.**

En effet, la pénalisation et la sanction des violations des opérations électorales est ancienne. Le Directoire mit en place **la pénalisation des fraudes électorales par l'article 32 du Titre III de la Constitution du 5 fructidor an III, avec un système d'inéligibilité** : « Article 32. - *Tout citoyen qui est légalement convaincu d'avoir vendu ou acheté un suffrage, est exclu des Assemblées primaires et communales, et de toute fonction publique, pendant vingt ans ; en cas de récidive, il l'est pour toujours* ». D'autres lois vont poursuivre ce processus : la loi du 25 fructidor an III aux articles 5 et 8, le Code du 3 brumaire an IV, articles 616 à 618, notamment. Les articles 616 et suivants du Code du 3 brumaire an IV établissent que « tous complots ou attentats pour empêcher la réunion (...) d'une assemblée électorale, seront punis de la peine de la gêne pendant 15 ans » (art. 616) et que « quiconque sera convaincu d'avoir par force ou violence écarté ou chassé d'une assemblée primaire un citoyen ayant droit d'y voter, sera puni de la peine de la dégradation civique » (art. 617). L'article 618 dispose que « si des troupes investissent le lieu des séances d'une assemblée primaire ou électorale, ou pénètrent dans son enceinte sans l'autorisation ou la réquisition de son président, les membres du Directoire Exécutif, ou le ministre, ou le commandant qui en auront donné l'ordre, et les officiers qui l'auront fait exécuter, seront punis de la peine de la gêne pendant 15 ans »¹⁵. Ce principe sera repris sous Napoléon : **la codification du droit pénal en 1810 permet un progrès puisque furent codifiées des infractions pénales en rapport avec les élections** : les articles 109 à 133 prévoyaient que les attroupements, voies de fait ou menaces empêchant les électeurs de voter, que toute falsification du dépouillement ou des bulletins des illettrés, tout achat ou vente de suffrages étaient condamnés par la loi. **Les fraudes électorales dans les bureaux sont pénalisées à partir de la loi du 15 mars 1849** pour les scrutins nationaux puis c'est étendu à l'ensemble des élections à partir de 1852. Cela vise les inscriptions frauduleuses sur les listes électorales, le vote frauduleux, les fraudes lors du dépouillement, l'entrée en armes, les attroupements, les atteintes aux membres du bureau et à l'urne. Les peines sont lourdes avec la possibilité de perdre son droit de vote et d'éligibilité, même si les preuves sont en général difficiles à rapporter et que l'effectivité est illimitée. **Mais surtout, si la pénalisation est organisée, la neutralisation des effets sur le scrutin est posée nettement : ainsi l'article 51 du décret organique du 2 février 1852 dispose que** « La condamnation, s'il en est prononcé, ne pourra, en aucun cas, avoir pour effet d'annuler l'élection déclarée valide par les pouvoirs compétents, ou devenue définitive par l'absence de toute protestation régulière formée dans les délais voulus par les lois spéciales ». **Ce principe est encore en vigueur** : l'article L. 105 reprend encore aujourd'hui mot pour mot ce décret organique de 1852.

Cette séparation va aussi intervenir pour les campagnes, plus tardivement car jusqu'à la fin du Second Empire il n'y a pas vraiment de campagnes électorales libres et concurrentielles. C'est sous la IIIème République qu'on commence à se préoccuper de la question **des pressions et des contraintes pesant sur les électeurs**, que l'on songe notamment à l'influence des grands industriels ou à la pression économique qu'ils exerçaient sur leurs employés surtout à la veille de la première guerre mondiale, lorsque certains de leurs ouvriers commencèrent à être élus. Par ailleurs la corruption n'était pas rare. On assiste alors à une **pénalisation importante des tentatives de corruption influençant le vote ou incitant à l'abstention** avec la loi du 2 août 1875 pour le Sénat, du 30 novembre 1875 pour la Chambre des députés et du 5 avril 1884 pour les élections municipales. **Ces lois prévoyaient une pénalisation de la corruption. Mais le point le plus fondamental ici fut l'adoption de la loi du 31 mars 1914 réprimant les actes de corruption dans les opérations électorales**, avec une sanction d'inéligibilité si l'élection était dans le même temps invalidée. **En effet,**

¹⁵ Olivier Ihl, « La civilité électorale : vote et forclusion de la violence en France (Partie 1) », Cultures & Conflits [En ligne], 09-10 | printemps-été 1993, mis en ligne le 27 janvier 2003, consulté le 12 juin 2017.

avec cette loi va être adoptée la trêve judiciaire, qui existe bien en droit positif pour les infractions de campagne électorale : c'est l'article 10 de cette loi¹⁶.

On peut parler ici de l'article L. 110 du code électoral et plus généralement donc de cette tradition que l'on fait remonter aux années 1980 et qui voudrait que le juge n'intervienne pas dans les affaires électorales. Ainsi selon Pascal Jan, « son existence repose en fait essentiellement sur une observation empirique d'affaires concernant des responsables politiques et de "confidences" de certains magistrats rapportées par la presse. Ainsi, l'exemple le plus connu date de l'affaire Tiberi en 2008. A moins d'un mois du premier tour des municipales, le maire du 5^e arrondissement Jean Tiberi, qui se présentait à sa réélection, avait été renvoyé en correctionnelle pour fraude électorale par les juges d'instruction sans attendre les réquisitions du parquet. Le procureur de la République de Paris, Jean-Claude Marin, avait terminé depuis plusieurs semaines le règlement du dossier, mais il refusait de verser le réquisitoire définitif au dossier avant les élections, évoquant une "tradition républicaine" qui voudrait qu'on ne prenne pas de décision de justice en période électorale pour ne pas influencer sur le vote »¹⁷. **Ce principe aurait donc une existence écrite et coutumière à la fois.**

L'article L. 110 dispose : « Aucune poursuite contre un candidat, en vertu des articles L. 106 et L. 108, ne pourra être exercée, aucune citation directe à un fonctionnaire ne pourra être donnée en vertu de l'article L. 115 avant la proclamation du scrutin ». **La trêve judiciaire ainsi entendue n'a donc cependant pas une portée générale mais concerne deux infractions, qui en réalité concernent des problèmes de campagne électorale,** car ce sont des faits qui pourraient sembler proches d'actions de campagne électorale. Ainsi l'article L. 106 prévoit que « Quiconque, par des dons ou libéralités en argent ou en nature, par des promesses de libéralités, de faveurs, d'emplois publics ou privés ou d'autres avantages particuliers, faits en vue d'influencer le vote d'un ou de plusieurs électeurs aura obtenu ou tenté d'obtenir leur suffrage, soit directement, soit par l'entremise d'un tiers, quiconque, par les mêmes moyens, aura déterminé ou tenté de déterminer un ou plusieurs d'entre eux à s'abstenir, sera puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 euros. Seront punis des mêmes peines ceux qui auront agréé ou sollicité les mêmes dons, libéralités ou promesses ». L'article L. 108 vise la même chose pour un collège électoral. **C'est donc un principe limité mais qui existe.**

Alors, certes, il est difficile dans la jurisprudence au moins récente de retrouver l'article L.110 (voir sur Légifrance), mais cela ne résout pas la question : si cet article n'apparaît pas, est-ce parce qu'il est tombé en désuétude, non respecté, ou au contraire parce que respecté, il n'a jamais été nécessaire de le soulever en défense ?

B. Les justifications du principe

Une hypothèse peut d'abord être formulée sur cette séparation en termes de séparation des pouvoirs. Cette hypothèse, c'est que cette séparation s'expliquerait par **la division des pouvoirs du législatif et du judiciaire en tant qu'à l'époque la question électorale était au niveau national associée à la vérification des pouvoirs qui elle-même était une composante complète du pouvoir législatif¹⁸.** Elle aurait une double utilité : elle permettrait d'expliquer ce phénomène du point de vue de la séparation des pouvoirs dans les termes mêmes de l'époque et, point positif, **elle permettrait aussi d'expliquer le renversement du principe actuel puisqu'elle n'existe plus.**

Cette hypothèse peut tout à fait être formulée et elle l'est d'ailleurs dans le débat de 1914, même si elle ne l'est pas sur la question de la trêve judiciaire. Elle l'est sur la question plus générale des infractions pour corruption électorale dans le cadre du débat de l'époque sur le prononcé par les juges judiciaires d'une inéligibilité en cas de corruption électorale après le prononcé d'une invalidation, ce qui est une question différente mais qui se tient dans le même registre. **On trouve ce problème**

¹⁶ Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat, Duvergier, 1914, p. 171.

¹⁷ P. Jan, « Temps judiciaire et temps démocratique », www.droit public.net, 26 février 2017

¹⁸ V., sur la vérification des pouvoirs B. Dageron, « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : la « vérification des pouvoirs », histoire et théorie », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2013/4 (N° 41), p. 17-31.

évoqué tout de suite au début de la procédure parlementaire par M. Millevoye : « Je voudrais dégager la discussion de l'examen des faits particuliers et la ramener sur le terrain des principes (...) Cette loi ne tend à rien moins, monsieur le président du conseil, qu'à une véritable confusion des pouvoirs. Quelle va être la conséquence de la loi si elle est votée ? (...) Jusqu'à présent, la Chambre avait été juge souveraine et unique de tous les faits pouvant entacher et l'éligibilité de ses membres (...) Eh bien! le vote qu'on vous demande d'émettre ne tendrait à rien moins qu'à la confusion des pouvoirs. Vous allez organiser une véritable anarchie judiciaire ; vous allez constituer les magistrats juges et de notre honneur politique et de la direction des opérations politiques ; vous allez compromettre à la fois et la magistrature et le pouvoir législatif ». Donc on constate qu'il existe un argument de séparation des pouvoirs, alors que la question des luttes politiques était à l'époque réservée à la chambre, dans son rôle de juge électoral. **La séparation est conçue comme une séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire**¹⁹.

Il pourrait donc être tentant de voir dans cette séparation du judiciaire et de l'électoral **une émanation désormais dépassée de la séparation du législatif et du judiciaire. Cependant cette explication ne suffit pas, car cette loi sur la corruption s'appliquait à toutes les élections**, y compris donc aux élections municipales ou départementales qui ne faisaient pas l'objet d'une vérification des pouvoirs. Alors, certes, **ces élections étaient tout à fait secondaires** à l'époque de sorte qu'on peut comprendre que le référentiel fut le niveau national, mais il n'empêche qu'on ne peut donc généraliser. Par ailleurs, **cet argumentaire n'est pas repris** quand il s'agit de discuter de façon précise de la trêve judiciaire. **Il n'explique pas non plus le maintien de certaines jurisprudences récentes séparant clairement l'office du juge électoral et l'office du juge judiciaire.**

Concernant plus spécifiquement la trêve judiciaire, le débat est passionnant et conduit vers d'autres éléments explicatifs. Seul Eugène Pierre rend compte de ce débat dans son ouvrage, dans le supplément 1914, mais il n'en tire aucune conclusion théorique²⁰, et il n'en fait pas vraiment d'analyse théorique. Pourtant les débats parlementaires sont sans ambiguïté. Alors qu'un sénateur regrettait qu'un article de la loi (l'article 2, concernant les voies de fait, menaces et violences) n'ait pas été prévu comme bénéficiant de la suspension des poursuites, le rapporteur a explicité le principe : « Il reste entendu – et ce doit être l'interprétation normale – qu'aucune poursuite, hormis le cas de flagrant délit et de violence matérielle, qu'il importe de réprimer immédiatement, **aucune poursuite tendancieuse cherchant à déshonorer le candidat, en le rendant suspect de faits qu'il n'a peut-être pas commis, ne doit être permise pendant toute la période électorale.** C'est l'esprit dans lequel devra être appliquée la loi ». Et le Garde des Sceaux de confirmer : « Nous sommes absolument d'accord (...). Il n'y avait pas le même intérêt à étendre à ces délits de l'art. 2 **la règle de suspension momentanée des poursuites inscrites dans l'art. 10** »²¹. C'est très clair.

Cependant par ailleurs dans les débats **il n'est fait référence à aucune affaire en particulier, c'est-à-dire que la trêve judiciaire n'est pas facile à situer vis-à-vis d'un évènement.** Cela ne signifie pas qu'il n'y ait rien, mais cela signifie qu'il semblerait à ce stade que ce principe soit accepté et donc qu'il **relève de l'histoire des mentalités.** Du débat parlementaire sur la trêve judiciaire, plusieurs arguments ressortent pour justifier le principe et ils sont d'une frappante actualité. **Ce sont les arguments de pacification des débats politiques et des campagnes électorales, de prééminence du débat d'idées, de méfiance vis-à-vis des juges, de présomption d'innocence et d'honneur des candidats, comme on peut le voir en citant plusieurs passages du débat**²².

1) Le premier élément est l'idée de la pacification des rapports électoraux et la prééminence du débat d'idées. Ainsi le rapporteur du texte dit-il que l'objectif est d'éviter « des citations tendancieuses, qui pourraient se produire certaines menaces, même non suivies d'effet, destinées simplement à troubler la conscience publique et la paix électorale ». Ailleurs, il dit : « Nous aurons ainsi épargné les troubles que personne ne désire dans ce pays, les luttes inutiles et violentes au-dessus

¹⁹ JORF, Débats parlementaires, Chambre des députés, 26 mars 1902, p. 1548.

²⁰ E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, supplément 1914, pp. 387-389.

²¹ Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat, Duvergier, 1914, p. 171.

²² JORF, Débats parlementaires, Sénat, 27 mars 1914, p. 525.

desquelles tous les partis ont intérêt à placer les nobles discussions d'idées, et nous aurons fait une œuvre de pacification à laquelle nous convions le Sénat de vouloir bien s'associer ». **Il faut le comprendre dans le contexte spécifique de l'époque.** En effet, cette période se caractérise par des campagnes électorales denses et peu réjouissantes des débuts de la III^{ème} République : selon Raymond Huard, beaucoup déploraient à l'époque le « *manque de dignité des luttes électorales* »²³. Les réunions publiques, à l'origine contradictoires, tournaient régulièrement à la cohue voire à la mêlée. On a à l'époque **un problème plus général de déroulement des campagnes électorales** : cela donnera d'ailleurs lieu à l'adoption de la **loi du 20 mars 1914** qui réglemента pour la première fois l'affichage électoral²⁴ et posa un principe d'égalité en la matière. La moralisation passait donc par un principe d'exclusivité de l'affichage réglementé pendant la période électorale. **Cette période est donc charnière dans la moralisation de l'élection de manière générale et non pas seulement dans le cadre de la problématique de la trêve judiciaire.**

2) Le deuxième élément est l'idée de la méfiance vis-à-vis des magistrats, du parquet et des juges du siège : « Pour parer à ces inconvénients, pour empêcher les excès de zèle en matière de poursuites pour corruption ordinaire qui pourraient être dirigées contre des candidats ou des électeurs, la Chambre d'abord, le Sénat ensuite, avaient accepté de ne faire commencer les poursuites même en matière de corruption, j'allais dire privée, qu'après la proclamation du scrutin ». **On a donc un contexte général de méfiance vis-à-vis du pouvoir judiciaire à cette époque. Il faut dire qu'il s'explique historiquement :** tout au long du XIX^{ème} siècle et encore à cette époque, le Parquet est à la solde du gouvernement, ainsi que l'explique Jean-Claude Farcy²⁵ et on trouve effectivement des références à cette justice aux ordres du gouvernement dans les débats parlementaires qui portent sur l'article 1^{er}. La période est **celle de l'affaire Dreyfus** qui va durer de 1894 à 1906, même si elle discrédite surtout la justice militaire. **Concernant les magistrats du siège, le contexte pèse lourdement et il n'est pas à l'indépendance de la justice vis-à-vis du pouvoir :** en 1902, l'épuration des juges antirépublicains (1879-1883) n'est pas si lointaine et peut expliquer le maintien de la méfiance. C'est seulement à partir de 1883 qu'on exigea des magistrats une neutralité politique sans réserve. Cependant, d'après les historiens, cette loyauté est républicaine²⁶ : c'est ainsi par le décret Sarrien du 18 août 1906 que le concours pour les magistrats fut créé dans le but de séparer la justice du pouvoir politique, mais il fut supprimé dès 1908. **Les années 1905-1914 furent donc des années de grande politisation de la justice notamment** lors de la période du combisme et de l'après combisme, de 1905-1914, **ce qui explique bien à l'époque la réaction de la droite et la méfiance vis-à-vis de la magistrature,** notamment dans le cadre des problèmes avec les congrégations religieuses.

3) Il y a aussi une question de morale, de présomption d'innocence et d'honneur du candidat : « Il était important, en effet, qu'on n'arrachât pas pour ainsi dire un candidat à sa campagne, qu'on ne le troublât pas, qu'on n'entachât pas son honneur, en l'obligeant à comparaître devant les tribunaux, qu'on ne le flétrisse pas par avance, ne fût-ce que par des menaces ou des poursuites tendancieuses ». « Il reste entendu — et ce doit être l'interprétation normale — qu'aucune poursuite, hormis le cas de flagrant délit et de violence matérielle, qu'il importe de réprimer immédiatement, aucune poursuite tendancieuse cherchant à déshonorer le candidat, en le rendant suspect de faits qu'il n'a peut-être pas commis, ne doit être permise pendant toute la période électorale. C'est l'esprit dans lequel devra être appliquée la loi. Je demande à cet égard la confirmation de M. le garde des sceaux ». **On veut donc préserver l'honneur des candidats, dans une sorte d'anticipation de la présomption d'innocence, par morale et par prudence.**

Ce qui est intéressant ici, mais aussi frustrant pour le juriste, c'est de constater que ce sont finalement **les mêmes problèmes qu'aujourd'hui qui sont évoqués mais qui sont donc traités différemment**

²³ R. Huard, *Le suffrage universel en France*, op. cit., pp. 274-275.

²⁴ E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Imprimeurs de la Chambre des députés, Supplément 1914, p. 263 ; R. Huard, *Le suffrage universel en France*, op. cit., pp. 217-218.

²⁵ J.-Cl. Farcy, *Histoire de la justice en France, de 1789 à nos jours*, La découverte, 2015, pp. 77-78.

²⁶ Jean-Pierre Royer, Nicolas Derasse, Jean-Pierre Allinne, Bernard Durand, Jean-Paul Jean, *Histoire de la justice en France, du XVIII^{ème} siècle à nos jours*, PUF, 5^{ème} Ed, 2016, p. 687 et s.

selon les époques. Et le juriste se trouve bien désarmé pour traiter un problème relevant de **l'histoire des mentalités**, mais il faut bien qu'il s'y confronte... autant qu'il le peut.

II. Une séparation remise en cause

Symétriquement, nous souhaitons démontrer ici qu'il est vrai que cette séparation est en train d'être remise en cause à plusieurs niveaux (A). Il faut alors chercher à démontrer pourquoi, s'il est possible de trouver des fondements théoriques à cette évolution et quelles difficultés non résolues elle pose alors pour que l'objectif de sincérité de la démocratie soit préservé (B).

A. Les manifestations de la remise en cause

Si le principe est donc établi, il semble pourtant ces dernières années être remis en cause de façon empirique, **sans que cela ne soit véritablement conceptualisé.** On peut ici également en trouver un certain nombre de manifestations.

Concernant la trêve judiciaire, il semble qu'elle ait bien été mise à mal par l'affaire Fillon et l'action du PNF, avec la décision de mise en examen. Au-delà, pour une partie de la doctrine, comme Jean-Eric Shoettel²⁷ ou Pascal Jan (sur son blog), le PNF n'était compétent. En effet, en vertu de l'article 705 du code de procédure pénale, le « procureur de la République financier, le juge d'instruction et le tribunal correctionnel de Paris exercent une compétence concurrente à celle qui résulte de l'application des articles 43,52,704 et 706-42 pour la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions suivantes : 1° Délits prévus aux articles 432-10 à 432-15, 433-1 et 433-2, 434-9, 434-9-1, 445-1 à 445-2-1 du code pénal, dans les affaires qui sont ou apparaîtraient d'une grande complexité, en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent ». **Pour ces auteurs, le dossier n'est pas d'une complexité telle qu'elle justifierait la compétence du PNF.** Nul doute que l'analyse devra être faite de façon approfondie au fond mais la question est posée. Quant à l'hypothèse **d'un cabinet noir**, et bien qu'ils s'en soient défendus, c'est noir sur blanc que les journalistes du canard enchaîné en posent la possibilité dans leur ouvrage *Bienvenue Place Beauvau*, mais il est vrai pour viser... Nicolas Sarkozy à l'époque²⁸. **On voit bien que c'est la politisation et la partialité des juges qui sont soulevées.**

Concernant les partis politiques, on constate également qu'une remise en question est en cours. Cela reste rare, car les hommes politiques préfèrent régler leurs affaires entre eux : on lave son linge sale en famille. **Cependant, et cela est peut-être une manifestation de la crise des partis politiques, c'est de moins en moins rare et il semblerait que le juge judiciaire accepte d'intervenir plus facilement** dans la gestion des affaires politiques²⁹.

1) Le juge intervient facilement en matière de discipline, en vue de faire respecter les **principes généraux du droit de la défense** : principe de légalité des délits et des peines, respect du principe du contradictoire, règles de forme dans la convocation, qui s'appliquent même dans le silence du statut avec possibilité de recours devant le juge judiciaire³⁰.

2) En revanche, en matière d'organisation interne, le juge est plus réticent à intervenir, même si des affaires récentes ont montré sa volonté d'intervenir davantage... **surtout d'ailleurs lorsque cela concernait le FN : pour des raisons circonstancielles ou des raisons de fond**³¹ ?

²⁷ Jean-Eric Shoettel, *Les petites affiches*, 14 février 2017.

²⁸ Recasens O., Hassoux D., Labbé C., *Bienvenue Place Beauvau*, Robert Laffont, 2017.

²⁹ V., sur ces aspects J.-P. Camby, « Les partis peuvent-ils avoir un juge ? », in J. Benetti, A. Levade, D. Rousseau, *Le droit interne des partis politiques*, Mare & Martin, 2017.

³⁰ Cass. civ. 1ère, 17 décembre 1991, n° 89-10995.

³¹ Sur les éléments suivants, V. R. Rambaud, « Juge judiciaire et partis politiques : les nouvelles frontières de la séparation des pouvoirs ; commentaire Cour de cassation, 25 janvier 2017, n°15-25561 », *AJDA*, n°18/2017, p. 1059.

Sur le plan disciplinaire, ce changement a trouvé prise avec le Front National. Dans l'affaire de l'exclusion prononcée contre Jean-Marie Le Pen, le tribunal de grande instance de Nanterre avait annulé cette exclusion (TGI Nanterre, 2 juillet 2015, n°15/07539) en soulignant que « la vocation politique du Front National ne saurait interdire au juge judiciaire d'examiner la régularité de la sanction disciplinaire prononcée à l'égard du demandeur au regard des règles fixées par le contrat associatif et des articles du code civil applicables à ce même contrat, et ce sans qu'il soit porté atteinte à la liberté d'expression protégée par l'article 4 de la Constitution ». Ce qui était original en l'espèce n'est pas la compétence du juge judiciaire en matière disciplinaire, **mais le fait qu'il ne se soit pas contenté de vérifier le respect de la procédure**, comme c'est l'habitude en matière de partis et qu'il ait procédé à un examen approfondi des statuts et des pouvoirs du bureau exécutif du Front National, considérant que ce dernier avait outrepassé ses prérogatives disciplinaires en faisant dépendre la durée de la sanction de la convocation d'une assemblée générale extraordinaire décidée par lui. Même si l'examen de la compétence du bureau exécutif peut encore être analysé comme l'examen d'un moyen de légalité externe, le contrôle peut sembler très approfondi et donc banalisé³². **Cela n'a pas empêché le parti d'exclure J.-M. Le Pen mais le juge judiciaire n'a pas hésité à affirmer dans le même temps qu'il pouvait rester président d'honneur du parti**, au nom des statuts qui ne prévoient pas qu'il est nécessaire d'être membre du parti pour en être président d'honneur (TGI de Nanterre, 17 novembre 2016 ; CA Versailles, 26 janvier 2017). On voit qu'il y a là quand même un très grand interventionnisme du juge judiciaire dans les affaires des partis politiques.

Mais il y a plus important, sur le plan du droit interne des partis politiques, avec l'affaire du Congrès virtuel du Front National. Ainsi, dans un jugement en référé du 8 juillet 2015, le TGI de Nanterre, saisi par Jean-Marie Le Pen a accepté **d'annuler le Congrès par correspondance qui avait été organisé par le Front National** dans le but de supprimer la Présidence d'honneur de ce parti, en violation des statuts du parti qui ne prévoyaient pas une telle possibilité. Le juge judiciaire n'a donc pas hésité à appliquer de façon ferme les statuts. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel de Versailles à la fin du mois de juillet 2015. **Cela a enfin été confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 2017, laquelle a rendu un arrêt fondamental sur le plan des principes et qui montre bien la montée en puissance du juge judiciaire sur la scène électorale.**

D'une part, elle a écarté la possibilité que les partis, car c'était l'argument invoqué par le Front National, **puissent être considérés comme des personnes privées en charge d'une mission de service public.** La 1^{ère} chambre civile justifie l'impossibilité juridique de reconnaître les partis comme chargés d'une mission de service public en estimant que « si les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage et jouent un rôle essentiel au bon fonctionnement de la démocratie, le principe de liberté de formation et d'exercice qui leur est constitutionnellement garanti s'oppose à ce que les objectifs qu'ils poursuivent soient définis par l'administration et à ce que le respect de ces objectifs soit soumis à son contrôle de sorte qu'ils ne sauraient être regardés comme investis d'une mission de service public ». **Elle suit pour cela un raisonnement d'une parfaite rigueur** ayant pour base la définition du service public pris en charge par une personne privée adoptée par le juge administratif³³ (CE, S, *APREI*, 22 février 2007, n°264541) et appliquée par le juge judiciaire (C. Cass, *Baby-Loup*, 19 mars 2013, n°11-28845). Ce raisonnement est par ailleurs nous semble-t-il **parfaitement logique du point de vue politique** : c'est **une conception libérale** que la Cour de cassation défend en adoptant cette position, au sens où l'expression politique est consacrée comme distincte et protégée de l'appareil d'État, évitant un renversement possible du pouvoir entre administration et politique³⁴. Il faut saluer cette solution qui protège les libertés politiques en consacrant la séparation du politique et de l'administration, des partis et de l'État.

Cependant, d'autre part, la mise à l'écart du juge administratif sert au juge judiciaire à affirmer son pouvoir en ce sens que la Cour de cassation va intervenir de façon proactive pour suspendre le congrès du FN. Sans remettre en cause les arguments développés par les moyens sur les limites du

³² J.-P. Camby, « Les partis peuvent-ils avoir un juge ? », *prec.*

³³ P. Jan, *Les partis politiques n'exercent pas une mission de service public*, JCP G., 13 Mars 2017, 270.

³⁴ J. Caillousse, *Le partage administration/politique, un impensé des doctrines de la séparation des pouvoirs ?*, in P. Mbongo (dir.), *La séparation du politique et de l'administration*, Berger-Levrault, 2014, p. 23.

pouvoir du juge des référés, la Cour de cassation estime que c'est « sans interpréter » les « stipulations claires et précises » des statuts ni « se prononcer sur la régularité du règlement intérieur » que la cour d'appel a retenu qu'il apparaissait, « à l'évidence », que les statuts du Front National ne prévoyaient le vote par correspondance que pour l'assemblée générale ordinaire et non pour l'assemblée générale extraordinaire. Elle en conclut que la cour d'appel pouvait en déduire que l'organisation du congrès par correspondance constituait un trouble manifestement illicite et avait sans excéder ses pouvoirs « souverainement apprécié le choix de la mesure provisoire propre à la faire cesser ». **Cependant, les statuts n'étaient pas si clairs et on peut donc noter que le juge ne fait plus nécessairement preuve de prudence.**

Le juge a déduit cela de deux articles des statuts, les articles 26 et 27. L'article 26, intitulé « Travaux de l'Assemblée ordinaire », dispose explicitement que « toutes les délibérations de l'Assemblée générale sont prises à la majorité des membres présents ou votant par correspondance (assemblée générale extraordinaire du 17 novembre 2007) », ce que ne prévoit pas l'article 27 intitulé « Assemblée générale extraordinaire », qui ne contient aucune dispositions sur les modalités de vote. Quant à l'article 5 du règlement intérieur du parti de 2015 qui dispose que les assemblées générales extraordinaires peuvent être tenues selon les mêmes modalités que les assemblées ordinaires, le juge du référé considère que ce règlement « ne peut avoir pour effet de modifier les statuts ». C'est l'organisation du vote par correspondance qui constitue ainsi le trouble manifestement illicite dont Jean-Marie Le Pen peut se prévaloir, lequel est associé à un dommage imminent dans la mesure où il ne peut pas faire valoir son point de vue. La cour d'appel est allée dans le même sens : « Considérant que sans qu'il y ait lieu de procéder à une interprétation du pacte associatif ce qu'il n'appartient pas à cette cour, statut en appel de référé, de faire, il apparaît à l'évidence que les statuts de l'association Front National ne prévoient pas le vote par correspondance que pour l'assemblée générale ordinaire et non pour l'assemblée générale extraordinaire ». Elle a ajouté d'autres éléments, constatant notamment que la précédente assemblée générale extraordinaire s'était tenue physiquement pour adopter à main levée le statut de la présidence d'honneur, Jean-Marie Le Pen ayant à cette occasion été élu par acclamation, que l'assemblée générale extraordinaire « doit à l'évidence être convoquée, présidée et tenue » et que « la participation et le vote aux assemblées sont (...) un droit pour les sociétaires qui ne peuvent être empêchés d'y assister en personne ». Par ailleurs, la procédure prévue par l'article 23 des statuts en cas d'impossibilité pour le parti d'organiser une réunion physique est vue comme un argument complémentaire par le juge.

Ces stipulations sont-elles claires et précises ou l'appréciation du juge relève-t-elle de l'interprétation ? A vrai dire, la solution ne semble pas si évidente : certes, les modalités de vote sont prévues dans l'article relatif à l'assemblée ordinaire mais celui-ci stipule de façon plutôt large que « toutes les délibérations de l'Assemblée générale sont prises à la majorité des membres présents ou votant par correspondance (Assemblée générale extraordinaire du 17 novembre 2007) », alors que l'article 24 dispose que « les assemblées peuvent être tenues ordinairement et extraordinairement » et que l'article 27 ne contient aucune précision sur les modalités de vote, le règlement intérieur ayant rattrapé cette lacune par la suite en alignant les deux modalités. Une autre lecture des statuts était-elle possible ? Dans ces conditions, les statuts ont-ils été seulement appliqués ou ont-ils été interprétés ? La Cour de cassation a tranché pour la première solution. C'est une question d'appréciation.

On pourrait trouver encore d'autres exemples, comme en matière d'investiture. En effet les juges judiciaires n'hésitent plus à rentrer dans des conflits de ce type, s'estimant compétent pour trancher les litiges pour connaître des relations entre les partis et les adhérents même si c'est une question d'investiture et le tribunal va très loin dans les analyses : composition de la commission nationale d'investiture, absence de consultation préalable des adhérents et des instances locales, désignation avant ou après la primaire, présence du quorum³⁵.

Le juge judiciaire se reconnaît donc le pouvoir d'aller très loin. Cependant il y a encore des limites. Il faut souligner la décision du TGI de Paris du 15 juin 2016 qui a rejeté un recours formé par

³⁵ Jugement TGI de Paris du 30 mai 2017, inédit.

des adhérents du Parti socialiste **pour l'organisation d'une primaire au sein de ce parti**, considérant que les statuts n'étaient pas assez clairs pour faire naître une obligation de résultat et **implicitement que les principes de séparation des pouvoirs et de liberté des partis politiques** faisaient obstacle à une intervention trop active du juge judiciaire³⁶ : le juge a en effet estimé que « *En l'absence de cette contrainte statutaire, le choix de prolonger les négociations avec les autres formations politiques, qui doivent également répondre à leurs propres impératifs de calendrier, appartient aux instances de direction du Parti Socialiste, dont les exigences de la vie démocratique excluent qu'elles se voient imposer leur conduite par les tribunaux* »³⁷. On voit donc qu'il y a encore **des réticences à s'ingérer dans les affaires des partis : le juge judiciaire se contente à un contrôle de la légalité externe des décisions des partis politiques sans oser entrer dans leur légalité interne**, même si la distinction entre les deux aspects n'est pas toujours aisée à faire³⁸. **Il semble aussi que parfois le juge judiciaire intervienne à géométrie variable...**

B. Les justifications de la remise en cause

S'il existe donc aujourd'hui une remise en cause d'un principe qui a semblé un moment être établi, la question se pose de savoir comment expliquer et justifier cette situation, or on l'a dit la chose est difficile car elle relève **de l'histoire des mentalités et, cela est peut-être plus facile à manier pour un juriste, de la théorie de la démocratie**. Sur ce point on peut inscrire cette évolution dans le cadre plus général de l'évolution du droit électoral vers une forme de ce qu'on a appelé, poursuivant l'œuvre de Dominique Rousseau, **de « droit électoral de la démocratie continue »**³⁹, **l'intervention croissante du juge judiciaire pouvant s'inscrire dans ce cadre plus global. Mais cette évolution n'est pas sans poser des questions** et il faut aussi s'interroger sur ses dérives et donc trouver des solutions à des problèmes qui peut-être deviennent d'autant plus aigus.

En philosophie et histoire politique, la transformation de la société démocratique est actée. Du point de vue de la science politique, **le premier modèle qui peut être mobilisé de Bernard Manin**, qui propose d'identifier dans les « *métamorphoses du gouvernement représentatif* » trois phases correspondant à trois idéaux-types⁴⁰. **Le premier idéal-type, caractéristique du XIX^e siècle, aurait été le parlementarisme**. Dans ce modèle, l'élection repose sur un lien de confiance personnel et des considérations sociales et économiques de proximité. Le mandat est représentatif et le gouvernant très libre de ses décisions, de sorte qu'il y a des distorsions entre les mouvements de l'opinion publique et les débats des représentants, d'autant que le suffrage est restreint. **Le deuxième idéal-type, caractéristique du XX^e siècle, serait la démocratie des partis**. Dans ce modèle, l'extension du droit de suffrage rend impossible la relation directe entre l'élu et ses électeurs et des partis de masse deviennent nécessaires pour structurer la vie électorale. Les comportements électoraux sont stables car déterminés par une situation économique et sociale donnée. Des programmes politiques sont élaborés, le mandat tend vers l'impérativité même si une marge de manœuvre est préservée, l'opinion publique se structure autour du conflit entre la majorité et l'opposition. **Le troisième idéal-type, qui s'imposerait au XXI^e siècle, est la « démocratie du public »**. Désormais, le comportement électoral ne s'explique plus, pour l'essentiel en tout cas, par les caractéristiques sociales, économiques et culturelles des citoyens. Les électeurs votent pour une personne davantage que pour un programme et de façon de moins en moins stable. L'électorat se transforme alors en une sorte de public, à qui il s'agit de proposer des offres électorales, souvent floues. L'opinion publique s'exprime de façon beaucoup plus forte grâce aux sondages, qui révèlent une partie non mobilisée de la population. L'hypothèse d'un nouveau type de gouvernement représentatif est formulée.

³⁶ R. Salas Rivera, « Primaires socialistes : la justice ne les ordonne pas, donc le PS en organise d'autres ! », blog du droit électoral, article du 22 juin 2016.

³⁷ Jugement de la 1^{ère} Chambre Civile du TGI de Paris du 15 juin 2016, n° RG : 16/07560.

³⁸ Camby J-P. *Les partis politiques peuvent-ils avoir un juge ?*, » prec.

³⁹ R. Rambaud, « Le paquet de modernisation électorale. De la réforme de l'élection présidentielle au droit électoral de la démocratie continue », AJDA, 2016, p. 1285.

⁴⁰ B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., pp. 247-303.

Pour leur part, les juristes peuvent utilement prendre appui sur **le concept de « démocratie continue » développé par Dominique Rousseau**, développé dans un colloque de 1992 publié en 1995⁴¹ puis dans un ouvrage en 2015⁴². Pour D. Rousseau, « *de la démocratie continue* », le régime représentatif n'est pas démocratique. Cependant, alors que le système représentatif connaît une crise (crise du Parlement, crise des partis politiques, crise de la participation électorale, mauvaise représentation du fait du mode de scrutin), les citoyens ont un accès de plus en plus facilité à la politique et veulent y participer. Certes, l'opinion publique a toujours été prise en compte dans le cadre de la démocratie représentative, mais elle se détache toujours davantage de la représentation aujourd'hui : elle s'exprime par les sondages, par la presse, mais aussi par le biais du Conseil constitutionnel et les élus sont obligés de prendre en compte ces avis. Par ailleurs, la délibération se développe partout dans le champ social et la fabrication de la norme fait intervenir de nombreux acteurs, ce qui peut aussi permettre aux minorités de s'exprimer. Contrairement à la démocratie directe, la démocratie continue ne remet pas en cause l'existence de représentants mais cherche à réduire l'écart entre ceux-ci et le peuple. **La démocratie continue se caractérise par un contrôle continu et effectif, en dehors des moments électoraux, de l'action même des gouvernants**⁴³.

Dominique Rousseau parle néanmoins peu de droit électoral et il est vrai que ce n'est pas son objet. Pourtant, sa thèse peut tout à fait être prolongée et sans aucune contradiction jusqu'à l'élection elle-même. Toutes les évolutions décrites ci-dessus l'impactent également du fait de nombreux de nombreux facteurs. Certains sont généraux et touchent toutes les démocraties occidentales : il s'agit de facteurs idéologiques, avec l'affaiblissement des grands clivages depuis la fin de la guerre froide ; de facteurs sociologiques, impliquant une moindre importance de la classe sociale dans le choix politique ; de facteurs technologiques, avec la généralisation des sondages, des chaînes d'information en continu et des réseaux sociaux, qui accélèrent la diffusion des informations. D'autres sont propres à la France : il s'agit d'évolutions institutionnelles, notamment le quinquennat qui a raccourci le temps politique et la décentralisation qui a multiplié les élections ; et d'innovations politiques, avec la généralisation des primaires en amont de l'élection⁴⁴. **On peut donc considérer que l'étirement de la démocratie a également un impact sur le processus électoral lui-même, lequel tend à devenir de plus en plus continu**, notamment par l'intermédiaire des campagnes électorales. Il est alors possible aujourd'hui de poser une hypothèse, selon laquelle **le modèle traditionnel du droit électoral serait en voie d'adaptation vers la démocratie continue** et donc vers un nouveau modèle : c'est ce que nous avons appelé dans un ouvrage récent consacré au droit des campagnes électorales « **le droit électoral de la démocratie continue** » que nous proposons de construire **autour des principes suivants** : caractère continu des campagnes électorales, liberté renforcée, équité, et transparence⁴⁵. **Mais à ces 4 principes il faut sans doute ajouter, notamment dans une optique de transparence, la fin de l'autolimitation de l'autorité judiciaire en matière électorale.**

Ce faisant, on remarquera au demeurant, et cela est sans doute heureux, **que l'on retrouve la thèse de Dominique Rousseau puisque l'un des axes forts de sa théorie de la démocratie continue est le rôle toujours plus important des juges au sein de celle-ci.** Dans ce cadre de pensée, il n'est pas certain comme le dit Dominique Rousseau que le droit électoral puisse se passer des juges et de la protection des droits fondamentaux. L'intervention des juges comme garants légitimes du droit tout le temps serait donc une manifestation de la démocratie continue et la trêve judiciaire serait un concept dépassé. **L'affaiblissement du principe de séparation de l'autorité judiciaire et de la question électorale s'inscrirait ainsi dans le cadre de ce droit électoral de la démocratie continue.**

Pourtant, l'affaire Fillon l'a montré, cette question continue de poser de nombreux problèmes **et sans doute notre justice sur ce point n'est-elle pas mature.** On peut notamment ici au statut du parquet et

⁴¹ D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue, La démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, 1995, pp. 5-25.

⁴² D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Seuil, 2015

⁴³ D. Rousseau, « De la démocratie continue », in D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, 1995, pp. 5-25.

⁴⁴ A. Levade, « L'opinion publique et le droit des partis politiques : les primaires », in R. Rambaud, D. Andolfatto (dirs.), *L'opinion publique : de la science politique au droit ?*, op. cit., p. 79.

⁴⁵ R. Rambaud, *Le droit des campagnes électorales*, LGDJ, 2016.

à son absence d'indépendance totale vis-à-vis du gouvernement. De ce point de vue, les propositions de la future loi Bayrou ne seraient-elles pas les prochaines manifestations de cette évolution du droit électoral ? Ou au contraire, faudrait-il maintenir contre tout le principe de séparation pour des raisons démocratiques ? Il faut en discuter.

Bibliographie

- Bin F., Le « pouvoir de suffrage » chez Hauriou et sa postérité doctrinale », *RFDC*, 2016, n°108, p. 807 et s.
- Blanchetier P., « Faut-il adapter les règles relatives à la propagande ? », in P. Esplugas, X. Bioy (dirs.), *Faut-il adapter le droit des campagnes électorales ?*, Montchrestien, 2012, pp. 159-164.
- Camby J.-P., « Les partis peuvent-ils avoir un juge ? », in. J. Benetti, A. Levade, D. Rousseau, *Le droit interne des partis politiques*, Mare & Martin, 2017.
- Colliard J.-C., *La liberté des partis politiques*, in Mélanges Jacques Robert, Montchrestien, 1998, pp. 85-86.
- Caillosse J., *Le partage administration/politique, un impensé des doctrines de la séparation des pouvoirs ?*, in P. Mbongo (dir.), *La séparation du politique et de l'administration*, Berger-Levrault, 2014, p. 23.
- Camby J.-P., *Contentieux des élections parlementaires*, Encyclopédie Dalloz, §163.
- Daugeron B., *La notion d'élection en droit constitutionnel*, Dalloz, 2011.
- Daugeron B., « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : la « vérification des pouvoirs », histoire et théorie », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013/4 (N° 41), p. 17-31.
- Hauriou M., *Précis élémentaire de droit constitutionnel* (2e ed.), 1930, p. 53, p. 207 et s.
- Jan P., « Temps judiciaire et temps démocratique », www.droit-public.net, 26 février 2017
- Jan P., *Les partis politiques n'exercent pas une mission de service public*, JCP G., 13 Mars 2017, 270.
- Kheitmi M., *Les partis politiques et le droit positif français*, LGDJ, 1964.
- Larrieu P., « Les partis politiques, en marge du droit », *RDP*, 2011, p. 179.
- Levade A., « L'opinion publique et le droit des partis politiques : les primaires », in R. Rambaud, D. Andolfatto (dirs.), *L'opinion publique : de la science politique au droit ?*, Varenne, 2016, p. 79.
- Manin B., *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, 2002
- Pierre E., *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, supplément 1914, pp. 387-389.
- R. Rambaud, « Le paquet de modernisation électorale. De la réforme de l'élection présidentielle au droit électoral de la démocratie continue », *AJDA* n 2016, p. 1285.
- Rambaud R., *Le droit des campagnes électorales*, LGDJ, 2016.
- Rambaud R., « La trêve judiciaire est une règle écrite », *AJDA*, 2017, p. 489.
- Rambaud R., « Juge judiciaire et partis politiques : les nouvelles frontières de la séparation des pouvoirs ; commentaire Cour de cassation, 25 janvier 2017, n°15-25561 », *AJDA*, n°18/2017, p. 1059.
- Recasens O., Hassoux D., Labbé C., *Bienvenue Place Beauvau*, Robert Laffont, 2017.
- Royer J.-P., Nicolas Derasse, Jean-Pierre Allinne, Bernard Durand, Jean-Paul Jean, *Histoire de la justice en France, du XVIIIème siècle à nos jours*, PUF, 5^{ème} Ed, 2016, p. 687 et s.
- Salas Rivera R., « Primaires socialistes : la justice ne les ordonne pas, donc le PS en organise d'autres ! », *blog du droit électoral*, article du 22 juin 2016.
- Tanchoux, *Les procédures électorales en France*, CTHS – Histoire, 2004, p. 257 et s.
- Rousseau D. (dir.), *La démocratie continue, La démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, 1995, pp. 5-25.
- Rousseau D., *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Seuil, 2015
- Rousseau D., « De la démocratie continue », in D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, 1995, pp. 5-25.