

Aux sources impériales de la démocratie libérale : l'œuvre jurisprudentielle en matière électorale du Conseil d'État sous Napoléon III ¹

Bruno MARTIN-GAY

Je vous remercie vivement Madame la Présidente de la section du rapport et des études ainsi que du Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative pour l'invitation à cette conférence « Vincent-Wright ». C'est évidemment un honneur que de s'exprimer dans une telle enceinte. Je remercie aussi, à travers vous, l'ensemble des membres du Comité ainsi que M. Rémi Decout-Paolini, anciennement rapporteur public et désormais directeur des affaires civiles et du sceau au ministère de la Justice, à l'initiative de ma venue. Madame la Présidente, Mesdames et Messieurs, le titre de la conférence paraît peut-être surprenant, à en juger par la présentation de la Constitution du 14 janvier 1852 exposée par Victor Hugo dans son ouvrage, *Napoléon le Petit*, paru quelques mois après le texte.

Constitution du 14 janvier 1852, article premier : « *La Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des Français.* »

Articles deux et suivants : « *La tribune et la presse qui entravaient la marche du progrès sont remplacées par la police et la censure, et par les secrètes discussions du Sénat, du Corps législatif et du Conseil d'État.* »

Article dernier : « *Cette chose qu'on appelait l'intelligence humaine est supprimée.* »

Victor Hugo ironise en observant le contraste entre l'article 1^{er} de la Constitution, scrupuleusement repris, et le reste du texte, réécrit d'après les pratiques attribuées au régime. Ce faisant, il tire l'une de ses nombreuses flèches en direction du Second Empire, dont certaines visent le Conseil d'État. Plus loin dans le pamphlet, la Haute Assemblée est dépeinte comme le maître de maison intraitable et infatué, surtout inféodé au chef de l'État. Conscience morale de la République, troisième du nom, proclamée le 4 septembre 1870 après la défaite

1 L'ensemble de la conférence puise aux travaux de l'auteur, principalement : Bruno MARTIN-GAY, « *Le coup d'État en permanence* ? L'agent public et l'enjeu césarien de la candidature officielle sous le Second Empire », thèse d'histoire du droit, Paris, éditions de Boccard, collection « Romanité et Modernité du Droit », 2015, surtout p. 303-347, et p. 175-190, p. 236-269 ; « Les sources ambivalentes de la légitimité du pouvoir sous le Second Empire », in *Les logiques du droit : Science de la norme et des régimes de domination*, sous la direction de Soulef AYAD-BERGOUNIOUX, Paris, Mare & Martin, 2019, p. 243-258 ; « La responsabilité politique associée à l'appel au peuple : clé d'appréhension du césarisme démocratique et libéral », in *La Responsabilité*, actes des Journées internationales de la société d'histoire du droit de Tours (1^{er}-4 juin 2017), textes réunis par Alexandre DEROUCHE, Presses universitaires de Limoges (Pulim), 2019, p. 429-442.

de Sedan deux jours plus tôt, le génie des lettres contribuera à voiler durablement d'opprobre la mémoire de Napoléon III, ses diatribes formant l'une des composantes de la culture républicaine.

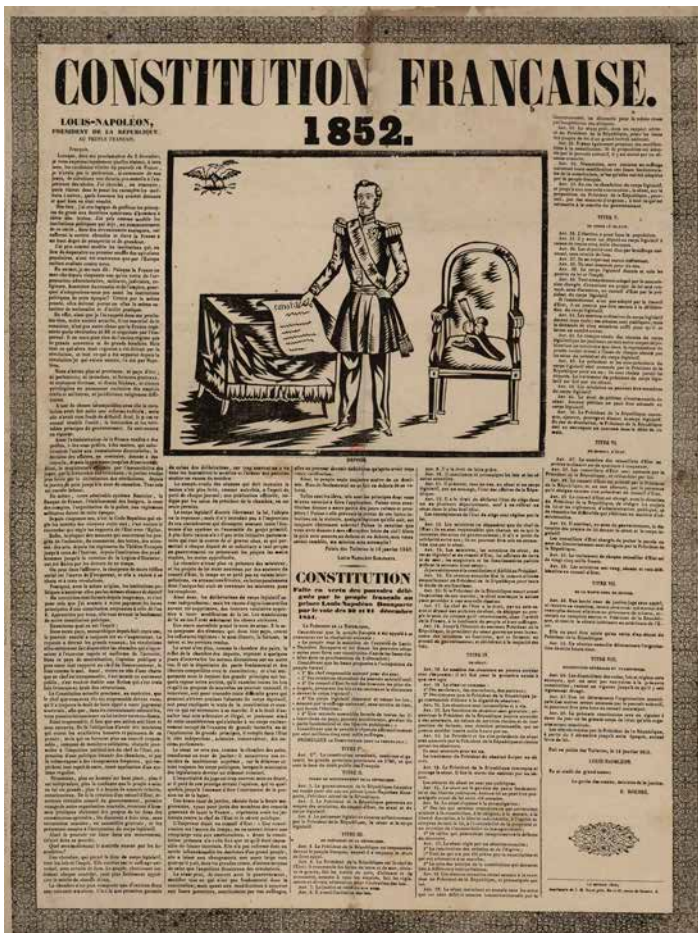
Sans être les seuls, le levé et la fermeture de rideau du régime forment les griefs les plus lourds. Le régime est jugé vicié dès son origine car l'Empire, officiellement rétabli le 2 décembre 1852, procède du coup d'État réalisé le 2 décembre de l'année précédente par Louis-Napoléon Bonaparte en sa qualité de Président de la République. Du reste, la Constitution du 14 janvier 1852 instaurée après ce coup de force ne change guère à l'avènement de l'Empire. Quant au grief lié à la fin du régime, il s'attache à la débâcle de Sedan. Ce rejet hugolien imprègnera longtemps les esprits, y compris l'historiographie.

L'appréhension du Second Empire a dorénavant évolué. Les historiens, emmenés en particulier par Éric Anceau, revisitent en profondeur la période depuis une vingtaine d'années, au point que Napoléon III occupe une place de choix dans les nouveaux programmes d'histoire au lycée, en classe de 1^{re}. Dans cette mutation, il ne s'agit nullement de remplacer une légende noire par une légende dorée. La vocation de l'historien ne consiste nullement à exposer un plaidoyer ou un réquisitoire mais, pour reprendre le beau théorème de Marc Bloch, à « *comprendre le passé à partir du présent* » et à « *comprendre le présent à la lumière du passé* ». L'Empire du neveu dessine un terrain d'exploration fertile à l'application du théorème, contribuant à mettre en perspective l'actualité brûlante du débat en Europe autour de la forme libérale ou illibérale de la démocratie. Les années impériales condensent cette dialectique démocratique avant de se tourner, à titre principal, vers le versant libéral.

La démocratie libérale est à la charnière de deux articulations : la première combine le principe du suffrage universel avec une législation électorale libérale devant conduire le juge, le cas échéant, à annuler un scrutin émaillé d'irrégularités excessives ; la seconde réunit l'État et la société, la puissance publique devant être présente sans se montrer envahissante, afin de laisser éclore une société de citoyens libres et autonomes. En somme, une telle démocratie prend la forme géométrique d'un triangle à trois côtés comportant le suffrage universel, l'autonomie du citoyen et le respect du droit par les pouvoirs publics.

Le premier côté s'élabore sans conteste sous le Second Empire. Même si le suffrage universel ne naît pas formellement sous Napoléon III, c'est sous le règne de celui-ci que cette forme de consultation se pratique pour la première fois continûment et durablement, non pas brièvement comme sous la Deuxième République. Ce suffrage est masculin. Son extension aux femmes n'est cependant guère réclamée, sauf marginalement en 1848 par un petit groupe conduit par Jeanne Deroin. Sollicitée, George Sand refuse d'ailleurs de se joindre au mouvement, jugeant la revendication prématurée. Direct et secret, le vote populaire est organisé pour deux types de scrutin : d'une part le plébiscite, en application de l'appel au peuple proclamé par l'article 5 de la Constitution de 1852 puis, dans les mêmes termes, par l'article 13 de celle de 1870² ; d'autre part les scrutins de

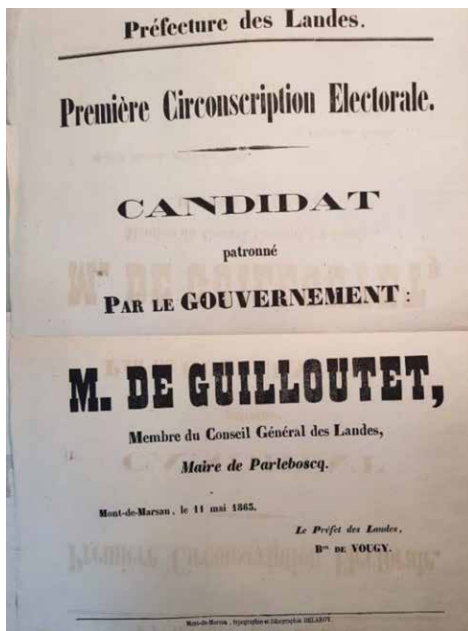
2 Constitution du 14 janvier 1852, article 5 : « *Le Président de la République est responsable devant le Peuple français, auquel il a toujours le droit de faire appel.* »



Constitution française de 1852, estampe.

désignation, autrement dit les élections législatives tous les six ans et les élections locales, tant municipales tous les cinq ans que cantonales tous les trois ans. Mais, devant la rareté du recours aux plébiscites, Napoléon III confère un caractère plébiscitaire aux élections législatives ou locales.

Celles-ci présentent l'originalité de reposer sur un droit coutumier et un droit écrit aux principes opposés. La coutume tient dans la pratique rationnellement organisée de la candidature officielle. À travers un candidat, ainsi que l'écrivait Émile Ollivier en 1870, « *l'Empereur était candidat partout sous des noms divers et tout échec était son échec personnel* ». En bref, Napoléon III pose par l'interposition de cet homme la question de confiance à chaque élection. Devant un tel enjeu, l'intéressé bénéficie du soutien de l'administration, tandis que l'opposition voit son action entravée à cause de cette pratique et du régime strict des libertés publiques, notamment en matière de presse. Une telle pratique témoigne de la vision paternaliste de la démocratie. Sans éducation politique et souvent illettré, le citoyen est considéré comme un mineur devant être protégé contre lui-même.



Affiche électorale du candidat officiel, Adhémar de Guilloutet, pour les élections de la première circonscription électorale du département des Landes en 1863 (Archives départementales des Landes, 3 M 153).

taire. Conformément à l'article 1^{er} de la Constitution, ils promeuvent des principes libéraux, tel le scrutin libre et secret, et organisent une procédure contraignante pour l'État. À l'aune de ces décrets, la coutume de la candidature officielle apparaît *contra legem*. Aussi le contrôle de la régularité d'un scrutin s'avère-t-il crucial puisque son objet est destiné à orienter l'application du droit électoral, soit du côté de la coutume soit en direction des textes.

Au cours des années 1852-1870, le modèle est mixte : la compétence d'attribution du contentieux des élections locales est dévolue en dernier ressort au Conseil d'État, alors que le Corps législatif³ se prononce sur les réclamations relatives aux élections législatives. Cette frontière se révèle toutefois poreuse. Compte tenu des nombreux points communs entre les deux textes de 1852, le Corps législatif reprend pour l'essentiel la jurisprudence définie méthodiquement par le Conseil d'État à l'endroit d'un contentieux local sans cesse plus abondant, comme en atteste le *Recueil Lebon*, entièrement dépouillé et analysé en la circonstance.

Un tel mouvement reflète le statut retrouvé du Conseil d'État en 1852, sur le modèle de 1799, après l'intermède répudié de 1848. Celui-ci est en effet omniprésent, de la production législative à la sanction des actes administratifs. Central dans

Seule la puissance publique peut l'encadrer, en raison du processus en cours d'atomisation sociale résultant de la fin des corps intermédiaires à la Révolution et de la proscription de la liberté d'association. Lors des élections locales, l'administration fait connaître de diverses manières le nom du candidat officiel à la population. Lors des élections législatives, l'homme de l'Empereur dispose notamment du privilège de l'affiche blanche propre aux communications officielles sur laquelle les professions de foi figurent en noir et blanc. Ce césarisme démocratique est donc l'autre nom de la démocratie illibérale.

Mais, à cette coutume qui connaîtra son âge d'or durant la décennie 1850, s'ajoute un droit écrit, contenu dans la Constitution et surtout dans deux décrets pris le même jour, à savoir le 2 février 1852. L'un est organique et possède force de loi, l'autre est réglementaire.

3 Pour rappel, le Corps législatif est le nom donné à la Chambre des députés.

l'édifice impérial, il est étroitement subordonné à l'Empereur, au regard du titre VI de la Constitution et du décret organique du 25 janvier 1852. Pourtant, Vincent Wright a montré, dans son ouvrage classique *Le Conseil d'État sous le Second Empire* paru en 1972, que la Haute Assemblée ne se montre en rien asservie à Napoléon III et apparaît, selon ses mots, comme « *la conscience de l'administration* »⁴. Il incombe aussi à la Haute Assemblée d'assurer une fonction juridictionnelle. Le Conseil s'y emploie sans être entravé par le système de la justice retenue, le chef de l'État n'usant guère de sa faculté de rendre lui-même la justice.

Sous Napoléon III, le Conseil d'État construit une œuvre jurisprudentielle doublement fondatrice. D'une part, il élabore les bases du droit administratif reçues en héritage par la République, ainsi que le professeur Grégoire Bigot l'a démontré dans ses travaux faisant autorité⁵. D'autre part il édifie la jurisprudence électorale moderne, s'appuyant sur les décrets précités de 1852 afin de promouvoir un ordre libéral, symptomatique de son concours traditionnel aux mutations de l'État⁶. Il s'efforce de trouver un point d'équilibre entre les principes fondamentaux de la légalité et la sauvegarde des prérogatives reconnues à la puissance publique. Ce faisant, non seulement il forge le troisième type de recours contentieux en droit administratif, à savoir celui de l'annulation, en plus du recours de pleine juridiction et du recours pour excès de pouvoir mais, fût-ce avec ambivalence, il esquisse le deuxième côté du triangle électoral constitué par le respect du droit.

Sa jurisprudence prend en outre un relief d'autant plus accusé que se discerne ou que se débat le troisième côté concernant la nécessaire autonomie du citoyen. En effet, à partir de 1860 commence une mutation profonde de type libéral. La Haute Assemblée n'est peut-être pas à l'avant-garde du mouvement mais en accompagne l'avancée⁷. Sur le plan constitutionnel, le régime s'oriente vers l'Empire libéral et parlementaire consacré par la Constitution du 21 mai 1870; sur le plan doctrinal, les libéraux défendent les libertés qu'ils appellent « *sociales* »⁸ dans le but de favoriser l'éclosion d'une société autonome, sans préjudice du recours au suffrage universel; sur le plan des libertés publiques, les lois du 11 mars et du 6 juin 1868, pour ne

4 Vincent WRIGHT, *Le Conseil d'État sous le Second Empire*, Paris, Fondation nationale des sciences politiques, 1972, p. 341.

5 Grégoire BIGOT, *L'Autorité judiciaire et le contentieux de l'administration, vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, thèse de droit, Paris, LGDJ, 1999, p. 480-486; « Le Conseil d'État, juge gouvernemental », in Frédéric BLUCHE (sous la direction de), *Le Prince, le Peuple et le Droit. Autour des plébiscites de 1851 et de 1852*, Paris, PUF, Coll. « Léviathan », 2000, p. 171-188; « La responsabilité de l'administration en France. Histoire et théorie », in *Jus Politicum*, n° 8, 2012, p. 1-18. V. aussi, du même auteur, *Ce droit qu'on dit administratif... Études d'histoire du droit public*, 2^e édition revue et augmentée, Éditions La Mémoire du droit, 2020.

6 Jacques CHEVALLIER, « Le Conseil d'État, au cœur de l'État », in *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 5-17.

7 Danièle LOCHAK, *Le Rôle politique du juge administratif français*, thèse de droit, Paris, LGDJ, 1972; « Le Conseil d'État en politique », in *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 19-32.

8 François SAINT-BONNET, « Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire. Les "libertés sociales" comme dépassement de l'alternative entre libertés individuelles et libertés politiques », in *Jus Politicum Revue de droit politique*, n° 5, 2010, p. 1-18.

citer qu'elles, abolissent notamment l'autorisation préalable en matière de presse pour la première, en matière de réunions publiques pour la seconde⁹.

En raison de son contexte et de son contenu, la jurisprudence électorale du Conseil d'État apparaît centrale dans la fécondation libérale de la démocratie. D'une part, elle érige les piliers de la jurisprudence électorale moderne en mêlant, à l'instar du droit administratif en cours d'élaboration, le libéralisme et l'autoritarisme. D'autre part, cette érection oblige l'État à modérer son volontarisme au service d'un candidat car il lui incombe au premier chef d'organiser un scrutin libre et sincère.

L'érection des piliers de la jurisprudence électorale moderne

L'avènement d'une telle jurisprudence semble déroutant. Il est le fruit d'un encadrement et non d'une remise en cause du soutien coutumier de l'administration au profit d'un candidat. Ce soutien est conditionné au respect des décrets de 1852, empiriquement apprécié par le Conseil d'État.

La légalité conditionnée du soutien de l'administration à un candidat

Sous la monarchie de Juillet, la question de la régularité de l'aide apportée à un candidat par des agents publics avait déjà donné lieu à quelques arrêts. Chaque fois, le Conseil d'État entérina le scrutin dès lors que la liberté électorale demeurerait préservée. Il poursuit sous Napoléon III le même raisonnement mais à propos d'élections organisées dans un cadre distinct, le vote étant désormais populaire.

Les arrêts démontrent la multiplicité des agents publics susceptibles d'être mobilisés en faveur d'un candidat ainsi que la diversité des moyens utilisés.

Cheville ouvrière du système, le préfet est évidemment visé par le Conseil d'État. La juridiction lui reconnaît le droit de faire connaître son choix au moyen de ses tournées spéciales ou de ses circulaires adressées aux agents locaux et, plus généralement, auprès de tous les hommes localement influents, tels un desservant, un conseiller municipal et un maire. Cette reconnaissance se constate encore en 1868, dans un arrêt rendu le 11 juin, *Élection de Beaumont-le-Roger*, révélant le maintien tardif de la coutume du candidat patronné et, partant,

9 Cette loi est animée par le même esprit que celle de la presse et remplace le principe d'autorisation préalable des réunions publiques par celui de la simple déclaration préalable, à la condition toutefois de ne pas menacer la sécurité publique et de ne pas aborder des sujets politiques ou religieux. Toutefois, cette réserve politique est facilement levée car il suffit à un orateur qui participe à un débat portant sur un sujet de société quelconque d'intervenir en posant une question politique pour détourner la réunion en meeting électoral.

la persistance césarienne dans l'Empire devenu libéral¹⁰. À l'échelle locale, le concours administratif est surtout mis en œuvre sous l'impulsion du sous-préfet, aidé du commissaire de police, du curé, du desservant, du maire, tous autorisés à aider le favori de l'Empire. Parmi ces auxiliaires, le maire assume un rôle prépondérant, non seulement en raison de sa proximité avec les administrés mais aussi de sa dépendance à l'Empereur. Aux termes de l'article 57 de la Constitution, il est en effet désigné par le pouvoir exécutif et peut être pris hors du conseil municipal¹¹. Cette relation du maire à l'exécutif connaîtra toutefois une évolution notable. En écho au débat doctrinal relatif à la décentralisation, illustré par le *Manifeste de Nancy* de 1865, le ministre de l'Intérieur annonce, dans une circulaire prise le 28 juin de la même année, le souhait gouvernemental de désigner à l'avenir des maires parmi les conseillers honorés des suffrages de leurs électeurs, avant l'abrogation de l'article 57 par la Constitution du 21 mai 1870, suivi du couronnement de l'évolution deux mois plus tard proclamé par l'article 1^{er} de la loi du 22 juillet obligeant l'exécutif à choisir le maire dans le sein du conseil municipal¹².

Le volontarisme administratif en faveur d'un candidat donne lieu, le plus souvent, soit à une pression sur l'électorat, soit à une dépréciation du candidat de l'opposition. La jurisprudence autorise l'action exercée sur l'électorat par le maire, notamment lors de la distribution des cartes électorales. Elle lui permet aussi, à titre d'exemple, d'user largement de ses prérogatives de président du bureau électoral en sortant plusieurs fois de la salle afin d'engager les électeurs à venir voter et, à cet effet, de distribuer les bons bulletins. Cette jurisprudence est antérieure à celle du Corps législatif qui se développe à partir de 1860. Son influence s'observe par exemple à travers la décision du Corps législatif, *Élection de M. de Dalmas*, du 21 mars 1860. En l'espèce, le Corps considère le sous-préfet libre de diffuser des instructions pour recommander au maire, d'une part de disposer sur le bureau électoral des bulletins portant le nom d'un seul candidat et, d'autre part, de placer aux abords de la mairie « *des personnes intelligentes et sûres pour protéger les électeurs contre l'erreur et le mensonge* ». Le volontarisme administratif au bénéfice d'un candidat est donc reconnu, confirmant l'autoritarisme césarien.

La mise en œuvre de l'appui au profit du favori impérial ne saurait toutefois porter atteinte à la liberté électorale et rencontre une limite tant formelle que matérielle. C'est par cette digue opposée à la puissance publique que le Conseil d'État va tracer le sillon ouvrant vers la jurisprudence électorale

10 CE 11 juin 1868 : « *en adressant une circulaire aux maires des communes du canton de Beaumont-le-Roger pour leur recommander la candidature du sieur de Boisgelin, le préfet de l'Eure a usé du droit qui lui appartient* ». En l'espèce, le préfet n'a pu agir qu'en tant que tel puisqu'il fait connaître son choix, non pas par des lettres privées mais au moyen de circulaires.

11 Constitution du 14 janvier 1852, article 57 : « *Une loi déterminera l'organisation municipale. Les maires seront nommés par le pouvoir exécutif, et pourront être pris hors du conseil municipal.* »

12 Loi du 22 juillet 1870 relative à la nomination des maires et des adjoints, article 1^{er} : « *Les maires et les adjoints nommés par l'Empereur ou par le préfet sont choisis dans le sein du conseil municipal.* » V. Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET, *La Commission de décentralisation de 1870*, Paris, PUF, 1973.

moderne. La limite formelle résulte des règles objectives engendrant automatiquement la nullité du scrutin. La limite matérielle, en revanche, conduit le juge à apprécier les conséquences des agissements, par hypothèse irréguliers, sur la sincérité du résultat. Il s'ensuit l'émergence de deux types de contentieux : l'un objectif, par lequel le juge annule des opérations électorales du seul fait de la constatation de l'irrégularité ; l'autre subjectif, amenant le juge à déclarer la nullité d'un scrutin seulement si le fait litigieux, d'après les circonstances de l'espèce, génère une modification substantielle du résultat.

Concernant les prescriptions formelles, la jurisprudence impériale veille scrupuleusement à leur respect. Elle s'inscrit dans le mouvement de réforme du contentieux. La période se traduit en effet par le puissant essor du recours pour excès de pouvoir, stimulé par le décret du 2 novembre 1864 dispensant du ministère d'avocat et abaissant les droits de timbre. Cette jurisprudence exprime aussi le courant de pensée juridique liant la forme et la liberté, résumé après l'Empire, en 1877, par la fameuse formule du juriste allemand Rudolf von Jhering (1818-1892) contenue dans *L'Esprit du Droit romain* (1880) : « *ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté* ». Parmi les exemples, celui de l'éligibilité du candidat peut être noté. Le juge administratif annule systématiquement l'élection ou n'en autorise pas la tenue dès lors qu'un candidat ne remplit pas les conditions pour se présenter. Par conséquent, l'éventail du choix de candidat offert à l'administration rencontre des bornes.

Formelle, la limite est aussi matérielle, dans la mesure où le Conseil d'État, dans le cadre du contentieux subjectif, entoure de conditions strictes la légalité des pressions exercées par les agents publics en faveur du candidat impérial. Dans un arrêt rendu le 2 février 1859, un sous-préfet peut essayer de dissuader un candidat de se présenter mais doit respecter la liberté électorale¹³. Dans un autre, en date du 5 août 1868, les recommandations préfectorales auprès des conseillers municipaux et des desservants du canton au moyen de circulaires en faveur d'un certain Bezançon sont autorisées, à condition de ne pas présenter un caractère contraignant¹⁴. Quant aux pressions sur l'électorat, elles doivent demeurer modérées et ne pas transformer le résultat du scrutin.

L'appréciation jurisprudentielle empirique

Le contentieux de type subjectif génère une appréciation empirique de la part du Conseil d'État. Ce dernier apprécie, selon les circonstances de chaque espèce, les effets des actes irréguliers sur la sincérité du scrutin. Cette méthode, observable de manière générale dans l'élaboration du droit administratif en cours, confirme la largesse de l'espace d'autonomie dans lequel se meut la Haute Assemblée. Son principe s'accompagne néanmoins d'un critère objectif pour mesurer les actes irréguliers.

13 CE 2 février 1859, *Élection de Chaumergy*.

14 CE 5 août 1868, *Élection de Luxeuil*.

La juridiction procède à un contrôle en deux temps. Premièrement, elle vérifie la régularité des manœuvres contestées. Ce faisant, elle consacre en particulier les principes de liberté et de secret du vote proclamés par l'article 1^{er} du décret organique de 1852. Dans son arrêt *Élection du Blanc*, le 6 janvier 1859, elle définit même le secret du vote comme un principe d'ordre public, de sorte qu'un électeur ne saurait y renoncer, même volontairement et en pleine conscience. En l'espèce, elle infirme la décision du conseil de préfecture reconnaissant à chaque électeur la faculté de renoncer librement au secret du vote. L'arrêt présente un intérêt redoublé du fait qu'il est assorti, de manière inédite dans le *Recueil Lebon*, d'une note doctrinale anonyme et des observations des avocats. Ces commentaires insistent, sans employer le mot, sur le caractère indisponible du principe d'un vote secret retenu par le Conseil d'État, s'opposant ainsi à la conception privée du vote défendue par le conseil de préfecture. La note remarque : « *Il faut dire que le secret du vote n'appartient pas à l'électeur, que ce secret n'est pas pour l'électeur un droit auquel il peut renoncer, mais une obligation dont la loi lui interdit de s'affranchir.* » En définitive, le principe du secret de vote est indissociable de celui de la liberté électorale et, dès lors, s'impose à la puissance publique comme à l'électeur lui-même. Le contexte impérial rend pourtant l'exigence du secret difficile à satisfaire. Du reste, l'idée même d'un vote exercé à l'abri des regards paraît longtemps suspecte, y compris chez les républicains, à l'image du projet de réforme électorale en 98 articles publié en 1869 par le juriste Ferdinand Hérold peu après sa défaite aux élections législatives. Au nom de la nécessité, ce dernier suggère le recours à une enveloppe uniforme et fermée mais en reconnaît le caractère humiliant pour l'électeur.

Pour faire respecter le principe, le Conseil d'État est confronté à une double difficulté. Tout d'abord, l'isoloir et l'enveloppe opaque ne sont pas encore en vigueur, ces deux règles n'étant instituées qu'en 1913 et en 1914. Aussi est-il demandé à l'électeur, à l'appel de son nom, de signer un registre puis, muni de son bulletin en rentrant dans la salle, de remettre ce document plié au président, ce dernier étant en mesure d'identifier le choix de l'électeur en palpant le bulletin. Ensuite, les membres du bureau électoral sont face à des électeurs néophytes et souvent illettrés. Ceux-ci n'ont pas toujours conscience des règles électorales ou tout au moins de leur portée impérative. Certains sollicitent même une aide pour accomplir leur acte électoral, quitte à froisser le principe du secret. Dès lors, si les conseillers d'État déterminent la régularité des agissements au regard des grands principes de liberté et de secret, ils ne prononcent pas systématiquement la nullité du scrutin.

Cette conclusion est le résultat éventuellement obtenu d'un second temps de la démarche. Au cours de celle-ci, la Haute Juridiction, à l'instar des pratiques actuelles, examine les effets produits sur le scrutin par des manœuvres, abusives par hypothèse. Les opérations ne sont annulées que si ces manœuvres altèrent la sincérité de l'élection. Ce principe de sincérité apparaît comme une création prétorienne, à la différence des principes de secret et de liberté consacrés par une scrupuleuse application de l'article 1^{er} du décret organique de 1852. Certes, il n'est pas une nouveauté. En 1847, le Conseil d'État s'appuya pour la première fois sur le défaut de sincérité d'un scrutin pour en prononcer l'annulation au motif d'une violation de la liberté et du secret du vote. Mais les électeurs étaient peu



nombreux en raison du cadre censitaire du scrutin et, de surcroît, lettrés le plus souvent. En revanche, si le Conseil d'État impérial confirme sa jurisprudence antérieure, il se prononce à l'endroit d'opérations de vote différentes dans leur nature.

Si un acte irrégulier est, sinon isolé du moins peu répandu, le score est entériné, plus encore lorsqu'il s'agit d'aider l'électeur illettré à identifier les deux urnes à l'occasion de deux élections – municipales et départementales – organisées en même temps. Cependant, si la violation du secret dépend d'un système organisé, les résultats sont dépourvus de signification et par conséquent annulés. C'est le cas de l'arrêt *Élection de Veys* rendu le 16 avril 1856 : en l'espèce, un maire distribue aux électeurs des bulletins portant des numéros d'ordre permettant de savoir avec exactitude le choix de chacun. Il en va de même dans l'arrêt *Élection de Vic-sur-Nahon* en date du 10 avril 1866, où un maire, aidé des membres du bureau, remplace le bulletin par un autre dans les mains des électeurs paraissant suspects : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que les faits allégués par les requérants ont eu pour résultat de porter atteinte au secret des votes et ont altéré la sincérité de l'élection.* »

Empirique, la jurisprudence du Conseil d'État dégage néanmoins un critère objectif pour la mesure juridique des agissements irréguliers : l'écart de voix. L'élection est à refaire si le scrutin, marqué par des irrégularités, se ponctue par un faible écart. En soi, le raisonnement peut être critiquable puisque l'importance de l'écart peut aussi montrer l'efficacité des manœuvres employées. Développé sous le Second Empire, il a encore cours aujourd'hui. Sous Napoléon III, il est utilisé à différentes reprises concernant les conséquences à tirer de la distribution gratuite de vin aux électeurs. Ces affaires se rencontrent davantage dans les communes rurales où le vote revêt souvent une dimension festive. Pourtant, le décret organique du 2 février comporte quantité d'articles prohibant, sous peine d'emprisonnement et d'amendes, les manœuvres de toutes sortes, y compris les bruits ou clameurs gênant les opérations.

Pris littéralement, il conçoit l'acte électoral avec gravité et austérité, en opposition avec la pratique répandue dans les campagnes. Fidèle à son empirisme, le Conseil d'État ne rejette pas le principe de ces distributions. Il se détermine par rapport au critère de voix : si l'écart est faible, les agissements répréhensibles faussent l'élection ; dans le cas inverse, ils ne sont qu'une péripétie du scrutin. Cette doctrine jurisprudentielle, élaborée méthodiquement à partir d'un contentieux prenant de l'ampleur, conduit à deux conclusions opposées : soit elle corrige les excès les plus criants, soit elle démontre la volonté d'édifier un système contraignant de légalité des élections. Quelle que soit la conclusion retenue, le droit reçoit sanction et les principes électoraux fondamentaux consécration. Ce faisant, l'État doit être au service prioritaire de la sincérité du scrutin, quand bien même il entendrait soutenir un candidat.

L'État au service de la sincérité du scrutin

L'organisation des consultations enregistre une mutation importante sous Napoléon III : la sincérité du scrutin dépend de la seule puissance publique. Il s'ensuit un amendement de la vocation de l'auxiliaire de l'État mué en agent de la liberté électorale.

L'État, en charge de l'organisation d'un scrutin sincère

Principe cardinal du scrutin, la sincérité ne peut être abandonnée à la conscience du citoyen et procède uniquement de la puissance publique, notamment du fonctionnaire assermenté.

La confirmation par le Prince-Président de la suppression, décidée en 1848, de l'obligation imposée à l'électeur de prêter serment lors des opérations de vote démultiplie la charge pesant sur l'État. Certes, l'histoire nous enseigne, surtout si on a en tête Talleyrand et ses 17 serments prêtés auprès de tous les régimes possibles, à quel point cette formalité a *de facto* une valeur contraignante limitée. Il reste que la suppression du serment intensifie la mission électorale de l'État et renouvelle l'interrogation sur la nature du vote, à savoir s'il s'agit d'un droit ou d'une fonction. Sous la monarchie de Juillet, l'article 47 de la loi de 1831 astreignait l'électeur avant de voter à la procédure du serment, d'après les formes prévues par la loi du 31 août 1830¹⁵. Cette dernière loi portait sur l'obligation promissoire du fonctionnaire. Même si la jurisprudence appréciait de manière large l'accomplissement par les électeurs de ce devoir¹⁶, le renvoi au texte de 1830 attestait l'assimilation entre l'exercice du vote et l'exercice d'une fonction publique, de sorte que, sous Louis-Philippe, le vote constituait pour l'électeur une fonction à remplir. Dès lors, l'abrogation de cette prescription à partir de l'avènement du suffrage universel en 1848 semble exprimer le changement de nature juridique de l'électorat.

Une différence est néanmoins à noter entre la Deuxième République et le Second Empire. En 1848, la disparition de la formalité accompagne la suppression générale du serment politique, à l'exception du Président de la République et du vice-président. En revanche, sous le régime césarien, l'obligation demeure écartée pour l'électeur mais l'article 14 de la Constitution la rétablit pour le fonctionnaire. Le texte dispose : « *Les ministres, les membres du Sénat, du Corps législatif et du Conseil d'État, les officiers de terre et de mer, les magistrats et les fonctionnaires*

15 Loi du 19 avril 1831, article 47 : « *Avant de voter pour la première fois, chaque électeur prête le serment prescrit par la loi du 31 août 1830.* »

16 La jurisprudence écarte l'exigence fixée par un président de prêter le serment au moment du dépôt du bulletin, et non lors de la remise du bulletin blanc pour écrire le vote, Ch. Dép. 1^{er} août 1834, *Élect. de M. Vejux*. Une élection n'est pas nulle du fait que plusieurs électeurs n'ont pas prêté le serment dans les termes stricts de la loi de 1830, enveloppés dans la formule « *Je le jure* ». Les intéressés ont dit « *Je promets* », mais ils appartenaient notoirement à une religion interdisant le serment, Ch. Dép. 30 décembre 1845, *Élect. de M. Parandier, M. Mortimer Ternaux*.

publics prêtent le serment ainsi conçu : “Je jure obéissance à la Constitution et fidélité au président”. »

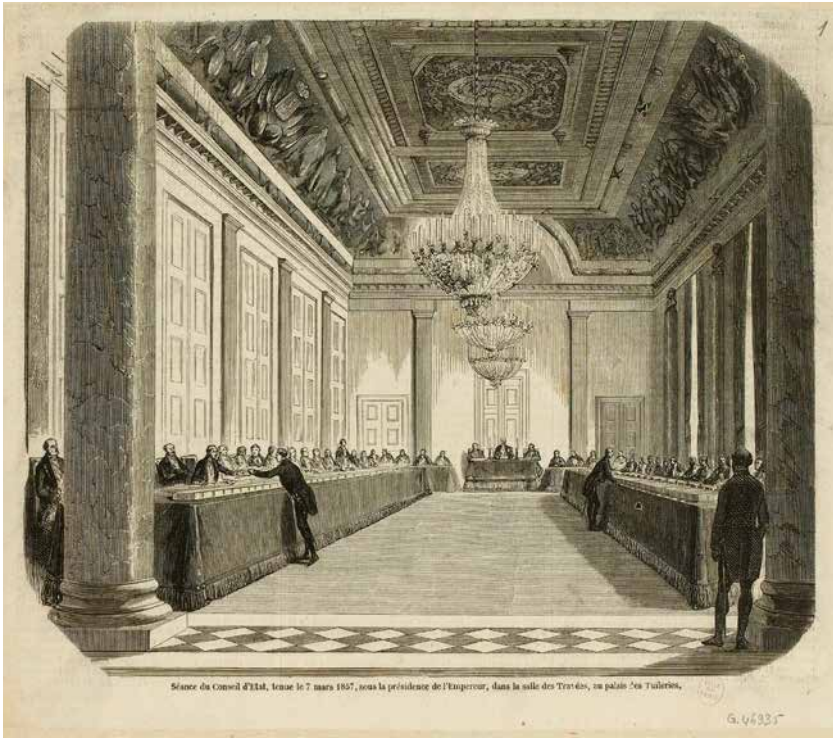
Cette distinction renouvelle le principe d'une dissociation entre l'acte de voter et l'acte d'administrer. Concernant le vote, la fin du serment paraît lui conférer les traits d'un droit subjectif alors que, paradoxalement, la conception plébiscitaire de l'élection inhérente à la coutume de la candidature officielle lui assigne plutôt une fonction, celle de ratifier l'autorité du Prince. Quant à l'acte d'administrer, son application à l'organisation du scrutin révèle le nœud gordien du régime. En vertu du droit coutumier, le fonctionnaire est l'instrument du candidat officiel. Son serment vaut adhésion à cette pratique. Mais, selon le droit écrit électoral interprété par le Conseil d'État, il est l'auxiliaire d'une puissance publique vouée à assurer la sincérité du scrutin. Pour s'efforcer de rendre cette sincérité effective, les articles 31 à 52 du décret organique prévoient des sanctions pénales à l'encontre des membres du bureau et, plus généralement, de toutes les personnalités influentes se rendant coupables d'une série de violations électorales, tels le délit d'addition frauduleuse de bulletins¹⁷ ou de corruption électorale¹⁸. Sans jamais complètement trancher entre ces deux branches de l'alternative, l'orientation du régime tend prioritairement vers la seconde.

En charge de l'opération électorale, le fonctionnaire est astreint à une prestation de serment dont la valeur contraignante est à relativiser. Tout d'abord, le libellé de l'article ne crée pas une obligation de fidélité illimitée. Le texte précité de l'article 14 de la Constitution prescrit une obéissance à la Constitution puis une fidélité, éventuellement personnelle, au chef de l'État. En cas de conflit d'allégeance entre les fidélités dues au texte et au Prince puis à l'Empereur, la première prévaut attendu qu'elle précède la seconde. L'assujettissement à la personne de l'Empereur devient dès lors conditionné au respect par ce dernier de la Constitution.

Ensuite, la pratique du serment confirme les limites promissaires. L'évolution de la position des républicains sur le sujet est exemplaire. Contrairement à leurs devanciers, le groupe des « Cinq Républicains », Jules Favre, Alfred Darimon, Émile Ollivier, Jacques-Louis Hénon et Ernest Picard, acceptent après les élections générales des 21 et 22 juin 1857 puis partielles du 25 avril 1858, de déférer à l'obligation promissaire des élus et même des candidats après le sénatus-consulte

17 Décret organique du 2 février 1852, article 35 : « *Quiconque, étant chargé, dans un scrutin, de recevoir, compter ou dépouiller les bulletins contenant les suffrages des citoyens, aura soustrait, ajouté ou altéré des bulletins, ou lu un nom autre que celui inscrit, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans.* »

18 Décret organique du février 1852, article 38 : « *Quiconque aura donné, promis ou reçu des deniers, effets ou valeurs quelconques, sous la condition soit de donner ou de procurer un suffrage, soit de s'abstenir de voter, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans (...).* »²



Séance du Conseil d'État, tenue le 7 mars 1857, sous la présidence de l'Empereur, dans la salle des Trévées, au palais des Tuileries, lithographie.

du 17 février 1858¹⁹. Loin de tout reniement, les Cinq sont convaincus d'intégrer un régime pour en stimuler le libéralisme et partant la métamorphose²⁰. Par conséquent, le droit écrit en vigueur assigne à l'État d'organiser un scrutin libre, manifestement en opposition avec les impératifs coutumiers de la candidature officielle.

19 Éric ANCEAU, *Napoléon III*, Paris, Taillandier, 2008, p. 293 et s.; du même auteur, « Cinq (groupe des) », in *Dictionnaire du Second Empire*, sous la direction de Jean TULARD, Paris, Fayard, 1995, p. 297-298. Ollivier, Darimon, Hénon et trois anciens quarante-huitards, à savoir Carnot, Goudchaux et Cavaignac, sont élus en juin 1857; ces trois derniers refusent de déférer à l'obligation de serment. Les élections complémentaires organisées en avril suivant donnent lieu à l'élection de Picard et de Favre. Il s'ensuit que le groupe des Cinq est composé des trois vainqueurs jureurs de juin 1857 et des deux victorieux de 1858.

20 François SAINT-BONNET, « Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire. Les "libertés sociales" comme dépassement de l'alternative entre libertés individuelles et libertés politiques », in *Jus Politicum Revue de droit politique*, n° 5, 2010, p. 1-18, surtout p. 4-5.

L'agent public, agent de la liberté électorale

La notion d'agent public s'entend *lato sensu*. Elle intègre le maire car ce dernier est dépendant et auxiliaire de l'État. L'intéressé a pour devoir d'organiser un scrutin sincère. En sa qualité de citoyen, les droits électoraux lui sont reconnus.

La détermination de la période horaire des opérations et la police de l'élection font partie des obligations à assumer par l'agent public, notamment le maire.

Au maire revient la charge d'aviser le corps électoral de la période horaire. Conformément à son empirisme, le Conseil d'État, dans son arrêt rendu le 12 mars 1863, *Élection de Mansles*, conclut à la nullité des opérations débutées avant l'heure publiée dans l'avis du maire, notamment en raison des conséquences produites sur la composition du bureau : « *les électeurs ont été privés du droit qui leur appartient de concourir à la formation du bureau et de la garantie résultant, pour la sincérité des opérations électorales, de la composition régulière dudit bureau* ». De même annule-t-il, dans l'arrêt *Élection d'Allegrat* du 7 avril 1866, le scrutin clôturé à midi alors que les bulletins indiquaient quatre heures du soir, de nombreux électeurs n'ayant pu participer à la consultation. En revanche, il ne remet pas en cause la régularité des opérations qui ne se conforment pas strictement aux indications horaires : soit pour des motifs légitimes, tel le scrutin cantonal s'ouvrant une heure et demie après l'heure prévue par l'arrêté préfectoral, du fait que le nombre insuffisant d'électeurs ne permettait pas de former le bureau ; soit en raison de l'absence d'incidence sur le résultat final, comme c'est le cas de certaines consultations ayant été prolongées au-delà de l'heure légale ; soit enfin parce que les électeurs avaient été informés par le maire de la modification, préalablement autorisée par le préfet.

Concernant la police de l'élection, le Conseil d'État rappelle régulièrement que le maire, en tant que président de l'assemblée électorale, est tenu de prendre les mesures nécessaires au bon déroulement du scrutin. Parmi celles-ci figure la réquisition de la force publique en vue de garantir la sécurité des opérations²¹. *A priori*, les conseillers entendent de façon restrictive la notion de nécessité et n'autorisent les mesures éventuellement coercitives que si elles restent proportionnées à la menace pesant sur la sécurité et la liberté du scrutin. Ils entérinent ainsi l'appel aux forces armées ordonné par le président si cette réquisition a pour but exclusif de préserver la sécurité des opérations²². De même, dans la continuité jurisprudentielle de la monarchie de Juillet²³, la simple présence d'un agent de police à l'entrée de la salle ne saurait être une cause de nullité lorsqu'elle ne s'accompagne d'aucun acte susceptible de porter atteinte à la liberté du vote

21 CE 19 juin 1856, *Élect. de Trie* ; CE 21 mars 1866, *Élect. de Saint-Aignan*.

22 CE 22 août 1853, *Élect. d'Argelliers*.

23 Le premier arrêt du contentieux électoral porte sur la légalité de la présence de gardes lors des opérations, le Conseil d'État considérant que la simple présence des intéressés ne saurait engendrer l'annulation du scrutin. CE 24 août 1832, *Dupuy*.

et n'intimide en rien l'électorat²⁴. Le maire est également fondé à imposer la présence de la force publique pour garder la boîte, à condition que cette présence reste muette et ne compromette donc pas la liberté du vote²⁵.

En saisissant l'agent public du devoir d'organiser un scrutin sincère, les textes et la jurisprudence distinguent en lui la qualité de serviteur de l'État et celle de citoyen, de sorte qu'en tant que citoyen l'agent public possède une pleine capacité électorale.

Par cette distinction, la jurisprudence prolonge à l'auxiliaire de la puissance publique la célèbre théorie des deux corps du roi que développera Ernst Kantorowicz en 1989²⁶, lui permettant ainsi de jouir de tous les attributs de la citoyenneté sans préjudice de ses devoirs de fonctionnaire. Le Conseil d'État établit cette distinction, en particulier, dans son arrêt *Élection de Beuzeville* en date du 12 mai 1868. En l'espèce, des gardes champêtres sont désignés membres du bureau électoral dans trois communes afin d'exercer les fonctions d'assesseurs et de scrutateurs, en application de l'article 14 du décret réglementaire du 2 février 1852. Ce texte prévoit que le bureau électoral se compose d'un président, de quatre assesseurs et d'un secrétaire. Les assesseurs doivent être pris dans l'ordre du tableau, parmi les conseillers municipaux sachant lire et écrire. En l'absence d'un nombre suffisant de conseillers municipaux répondant aux conditions linguistiques, il y a lieu de désigner les deux plus âgés et les deux plus jeunes se trouvant sans la salle, sachant lire et écrire.

Dans son arrêt, le Conseil d'État relève que les gardes champêtres ont été désignés pour suppléer la carence linguistique des conseillers municipaux, non pas au titre de leur fonction d'auxiliaire de l'État mais en tant qu'électeurs. En faisant explicitement ressortir les deux corps de l'agent public, l'arrêt confirme que celui-ci jouit pleinement de la capacité électorale au titre de son statut de citoyen et qu'il exerce des missions d'État en sa qualité de serviteur de l'autorité publique. Certes, cette dissociation n'interdit pas que, conformément à l'idéologie césarienne, le service public couvre une action électorale à exercer pour le compte du candidat de l'Empereur. Pour autant, l'action en faveur de ce dernier ne saurait être sans limite puisque la lettre des textes électoraux et leur interprétation par la jurisprudence obligent le pouvoir exécutif à œuvrer prioritairement à la sauvegarde de la liberté et de la sincérité électorales. L'arrêt rendu par le Conseil d'État, *Élection de Saint-Bonnet* du 22 avril 1865, en apporte la preuve, plusieurs fonctionnaires se divisant dans la défense d'un impétrant. En somme, la jurisprudence définit des grands principes libéraux contraires aux bases mêmes de la coutume administrative de la candidature officielle, transformant jusqu'à la vocation même de l'agent public.

24 20 juillet 1853, *Élect. du canton de Lunel*; CE 19 juin 1856, *Élect. de Trie*; CE 23 juillet 1856, *Élect. de Berry-Bouy*.

25 CE 18 mars 1857, *Élect. de la Côte-Saint-André* : « Considérant qu'aux termes des articles 11, 22 et 26 du décret réglementaire du 2 février 1852, il appartenait au sieur Meyer, en sa qualité de président de l'assemblée électorale, de sceller la boîte du scrutin et d'en conserver les clefs, et, en sa qualité de maire, de requérir la force publique pour la garde de cette boîte (...), il n'est pas allégué que cette intervention ait eu pour effet de porter atteinte à la sincérité de l'élection. »

26 ERNST KANTOROWICZ, *Les Deux Corps du roi. Essai sur la théologie politique du Moyen Âge*, Gallimard, Collection « Bibliothèque des Histoires », 1989.



Émile Ollivier (1825-1913), photographie de Pierre Petit.

L'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État impérial contribue à la fécondation sous le Second Empire de la démocratie libérale. Elle se dessine en miroir du consensus libéral ambiant, révélant l'effort inédit de combiner le suffrage universel et le libéralisme. Perce ainsi l'idée sous Napoléon III que le suffrage universel s'exprime dans les bornes du droit électoral tel qu'il est interprété par la juridiction compétente, anticipant la décision n^{os} 85-197 du Conseil constitutionnel du 23 août 1985 : « *la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* ». Cette construction révèle aussi une particularité française. Comme à chaque étape de grande mutation, l'État, souvent guidé par le Conseil d'État, aiguillonne de manière verticale la transition. Tel est le cas dans cet apprentissage du suffrage universel progressivement associé au libéralisme. Après avoir largement façonné la Nation, l'État administre sous le Second Empire la démocratie tout en y jetant, avec le concours décisif du Conseil d'État, des jalons propres à la démocratie libérale fortement enrichis par les régimes républicains successeurs.

